

D | L
DIREITO E LINGUAGEM

www.direitoelinguagem.com

Número 04 | 2025
Volume 02 | Extraordinário

ISSN
3020-898X

D I
DIREITO E LINGUAGEM
D L

Número 04 | 2025
Volume 02 | Extraordinário

ISSN
3020-898X



@Direito e Linguagem, nº 4, vol. 2, Extraordinário, 2025.

Equipe editorial da revista e dossiê

Organizador do dossiê

*Dr. **Rodrigo Leite Ferreira Cabral***, Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil.

Editores-chefes

*Pós-Dr. **Paulo César Busato***, Universidade Federal do Paraná, Brasil.

*Dra. **Sarah Gonçalves Ribeiro***, Pontifícia Universidade Católica, Brasil.

Equipe editorial e avaliadores da Revista

Pós-Doutor **Rubén Miranda Gonçalves** - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España; Pós-Doutora **Caty Vidales Rodriguez** - Universitat de Valencia, España; Doutor **Alfonso Galán Muñoz**, Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Pós-Doutor **Américo Bedê Freire Júnior** - Universidad Las Palmas Gran Canaria, Espanha; Doutor **Luiz Osório Moraes Panza** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Pós-Doutora **Priscilla Placha Sá** - Centro Universitário de Brasília, Brasil; Doutor **José Luis González Cussac** –

Universidad de Valencia, Espanha; Pós- Doutor **Wagner Menezes** - Università de Pádova, Itália; Doutor **Rodrigo Leite Ferreira Cabral** - Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Pós-Doutor **Fábio André Guaragni** - Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália; Pós-Doutora **Renata Ceschin Melfi de Macedo** - Unisinos, Brasil; Doutor **Arlen Souza**, Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, Brasil; Doutor **Cleide Calgaro** - Universidade de Caxias do Sul, Brasil; Doutor **Deilton Ribeiro Brasil** - Universidade de Itaúna MG (UIT), Brazil; **Doutor Enrique Acosta Pumarejo** - Universidad Internacional de La Rioja; Doutor **Jacson Luiz Zilio** – Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Doutor **Jorge Eduardo Braz de Amorim**, Universidad de Oviedo, España; Doutor **José Julio Fernández Rodríguez**, Universidad de Santiago de Compostela, España; Doutora **Karla González Zambrano**, Universidad Internacional de La Rioja, España; Doutora **Leticia Mirelli Faleiro e Silva**, Universidade de Santiago de Compostela; Doutora **Manuel Palomares Herrera**, Universidad Internacional de La Rioja, España; Doutor **Márcio Soares Bercláz** - Universidade Federal do Paraná; Doutor. **Pablo Fernández García-Armero**, Universidade de A Coruña, Spain; Doutor **Paulo de Brito** - Universidade Lusófona, Portugal; Doutora **Priscila Luciene Santos de Lima**, Universidade Presbiteriana Mackenzie; Doutora **Vânia Siciliano Aieta**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Sérgio Valladão Ferraz** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Bruno Augusto Vigo Milanez** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Décio Franco David** - Universidade Estadual do Norte do Paraná (UNIVEL), Brasil; Doutor **Salo de Carvalho** - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Alaor Carlos Lopes Leite**, Ludwig-Maximilians Universität, Munich, Alemanha; Doutor **Marco Aurélio Nunes da Silveira** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Antonio José Teixeira Martins** - Universidade de Frankfurt (Goethe-Universität), Alemanha; Doutor **Gustavo Senna Miranda** - Universidade de Direito de Vitória, Brasil; Doutor **Fábio da Silva Bozza** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Sebastian Borges de Albuquerque Mello** - Universidade Federal da Bahia, Brasil; Pós-Doutor **Maurício Stegemann Dieter** - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Bruno Cortez Torres Castelo Branco** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Israel Domingos Jorio** - Faculdade de Direito de Vitória, Brasil; Doutor **Rodrigo Régner Chemim Guimarães** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutora **Allana Campos Marques Schrappe** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Vitor Stegemann Dieter** - University of Kent, Inglaterra; Doutora **Cláudia Roberta de Araújo Sampaio** - Universitat de Barcelona, Espanha; Pós-Doutor **Leandro Ayres França** - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil; Pós-Doutor **Júlio César Faria Zini** - Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil; Doutor **Davi de Paiva Costa Tangerino** - Universidade de São Paulo, Brasil; Doutora **Elena Nuñez Castaño** - Universidad de Sevilla, Espanha; Pós- Doutor **Patrick Lemos Cacicedo**, Universidade de São Paulo, Brasil; Pós-Doutor **Rodrigo Duque Estrada Roig** - Universidade de Bolonha, Itália; Doutor **Frederico Horta** – Faculdade Federal de Minas Gerais; Doutora **Mariana Cesto** – Faculdade Federal do Paraná.

Santiago de Compostela, Galicia, Espanha.

ISSN: 3020-898X

ÍNDICE

1. Gustavo Eloi Razera e Rodrigo Leite Ferreira Cabral. *“Cadeia de custódia: requisitos e consequências do seu descumprimento”* pp. 09-48
2. Rodrigo Chemim e Fábio André Guaragni. *“Entre a Democracia Defensiva e a Filosofia da Linguagem: os usos eufemísticos do discurso jurídico no processo penal de exceção”*pp. 49-96
3. Octahydes Ballan Junior e Ticiane Louise Santana Pereira. *“Racismo e linguagem: contribuições da hermenêutica constitucional, da obra de Wittgenstein e da teoria da ação significativa para a interpretação do art. 20 da Lei n. 7.716/1989”*pp. 97-123
4. Alexey Choi Caruncho e Márcio Soares Berclaz. *“A participação da sociedade no planejamento estratégico do Ministério Público brasileiro: uma tarefa pendente”*pp.124-145
5. Jeferson Teodorovicz, Elder Teodorovicz e André Luís Bortolini. *“Independência funcional do Ministério Público: uma análise do instituto sob a perspectiva democrática e o princípio republicano”*pp.146-160
6. Guilherme Carneiro de Rezende. *“Para uma Perspectiva Vitimocêntrica do Processo Penal”*pp. 161-178

APRESENTAÇÃO

A filosofia da linguagem tem como um dos seus pontos mais centrais a *vis atractiva* que a prática intersubjetiva exerce sobre o significado das nossas ações e palavras. E, nada mais característico dessa centralidade pragmática do que a intersecção entre a pesquisa acadêmica e a atuação profissional no campo do Direito.

Assim, é que a proposta do presente dossiê especial da revista "Direito e Linguagem" (Volume 02, Número 04, Edição Extraordinária de 2025), conta, fundamentalmente, com contribuições de doutores e Membros do Ministério Público do Estado do Paraná, instituição de reconhecida por sua sólida formação técnica e combativa atuação prática.

O eixo comum dos artigos é uma análise aprofundada e original sobre temas centrais do direito, como o direito probatório, o uso linguístico e vitimológico no processo penal e princípios institucionais do Ministério Público.

1. Cadeia de custódia: requisitos e consequências do seu descumprimento - *Por Gustavo Eloi Razera e Rodrigo Leite Ferreira Cabral*

O artigo analisa o regime jurídico da cadeia de custódia no âmbito brasileiro, seus requisitos e contornos legais, tendo como foco especial as consequências de eventual descumprimento da normativa sobre o tema. Examina as regras de exclusão probatória, criticando teses que defendem a exclusão por ilicitude e propõe, como solução pró-epistêmica, a inclusão da prova mesmo diante de problemas de autenticação, cujos eventuais reflexos deverão ser examinados por ocasião da valoração da prova.

2. Entre a Democracia Defensiva e a Filosofia da Linguagem: os usos eufemísticos do discurso jurídico no processo penal de exceção - *Por Rodrigo Chemim e Fábio André Guaragni*

O artigo problematiza o uso da linguagem jurídica eufemística como forma de legitimar práticas autoritárias, sob o pretexto de defesa da democracia,

criticando a noção de "democracia defensiva" como justificativa para estados de exceção e para a reedição de um Direito Penal do Inimigo. Demonstra como a distorção da ideia original de "democracia militante" se apoia em uma filosofia da consciência subjetivista e defende a filosofia da linguagem como alternativa hermenêutica para resgatar o sentido garantista das categorias do processo penal.

3. Racismo e linguagem: contribuições da hermenêutica constitucional, da obra de Wittgenstein e da teoria da ação significativa para a interpretação do art. 20 da Lei n. 7.716/1989 - Por Octaydes Ballan Junior e Ticiane Louise Santana Pereira

O texto examina a criminalização do discurso racista (art. 20 da Lei n. 7.716/1989) à luz da Constituição, da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa de Vives Antón. Argumenta que o racismo se manifesta como violência simbólica discursiva e que o dizer é uma forma de agir, devendo o discurso racista ser interpretado como conduta penalmente relevante. Propõe uma hermenêutica constitucional que reconheça os efeitos pragmáticos da linguagem para efetivar a proteção penal contra o racismo.

4. A participação da sociedade no planejamento estratégico do Ministério Público brasileiro: uma tarefa pendente - Por Alexey Choi Caruncho e Márcio Soares Berclaz

O artigo trata do planejamento estratégico do Ministério Público brasileiro, sustentando que a participação social no seu desenvolvimento é um imperativo constitucional ainda não plenamente realizado. Analisa a evolução histórica dessa questão, os desafios estruturais e a necessidade de metodologias participativas eficazes. Conclui que a interação contínua com a sociedade é fundamental para a legitimidade, eficácia e accountability da atuação ministerial.

5. Independência funcional do Ministério Público: uma análise do instituto sob a perspectiva democrática e o princípio republicano - Por Jeferson Teodorovicz, Elder Teodorovicz e André Luís Bortolini

Na contribuição, se examina o princípio constitucional da independência funcional dos membros do Ministério Público, refletindo sobre suas repercussões e limites no contexto democrático brasileiro, em uma carreira cujo ingresso ocorre por concurso público e não por eleição popular. Defende-se, portanto, uma leitura republicana do instituto, argumentando que a satisfação do bem coletivo deve prevalecer nas tomadas de decisão ministeriais.

6. Para uma Perspectiva Vitimocêntrica do Processo Penal - Por Guilherme Carneiro de Rezende

Realiza uma análise teórico-jurisprudencial da trajetória da vítima no processo penal, propondo um modelo vitimocêntrico baseado nas obrigações processuais positivas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente da Corte IDH. Argumenta que a vítima deve ser reconhecida como sujeito de direitos, destacando a jurisprudência interamericana e o controle de convencionalidade como balizas para um processo penal que equilibre garantias defensivas e eficiência. Conclui que a centralidade da vítima é uma evolução normativa necessária para uma justiça orientada pela dignidade humana.

Esta edição extraordinária reafirma o compromisso da Revista Direito e Linguagem com a produção de conhecimento com especial atenção às suas consequências práticas, alinhando Direito e Linguagem, voltadas ao desenvolvimento de um conhecimento mais sólido e adequado.

Agradecemos aos autores e autoras, à equipe editorial, em especial à Sarah Gonçalves Ribeiro, e a todos os que tornam possível este espaço de diálogo, rigor científico e compromisso com o Estado de Direito.

Prof. Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral
Coordenador do Dossiê

© *Direito e Linguagem* nº 4, vol. 2. Extraordinário (2025), pp. 09-48
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.15272035

Cadeia de custódia: requisitos e consequências do seu descumprimento

Chain of custody: requirements and consequences of non-compliance

Gustavo Eloí Razera¹

Ministério Público do Estado do Paraná

Rodrigo Leite Ferreira Cabral²

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Sumário: 1. A cadeia de custódia e seus requisitos. 2. A atividade probatória – regras de admissibilidade e exclusão. 2.1. Filtros epistêmicos. 2.1.1. Relevância. 2.1.2. Fiabilidade. 2.2 filtros políticos. 2.2.1. Prova ilícita. 2.2.2. Prova protelatória. 3. A questão da quebra da cadeia de custódia e suas consequências. 3.1. Exclusão por razões políticas: prova ilícita. 3.2. Exclusão

¹ Mestre em Processo Penal e Garantismo pela Universidade de Girona (Espanha) e pela Universidade de Gênova (Itália). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil).

²Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide. Mestre em Criminologia e Ciências Forenses pela mesma universidade. Foi pesquisador visitante no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Professor do Programa de Mestrado da Universidade Estadual de Ponta Grossa, professor substituto da Universidade Federal do Paraná e professor do Programa de Doutorado em Ciências Criminais da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de San Carlos da Guatemala. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil).

por razões epistêmicas: irrelevância / baixa fiabilidade. 3.3. A prova da cadeia de custódia - uma proposta inclusiva. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

Resumo: Este artigo investiga a relação entre a cadeia de custódia das provas e sua admissibilidade, concentrando-se no contexto brasileiro, abordando tanto as propostas de controle político quanto epistêmico. Adotada uma classificação para as diferentes fases do processo segundo a atividade probatória, é examinada a fase de admissibilidade, com ênfase nas regras de exclusão probatória. Propostas que antecedem este artigo, como a exclusão da fonte de prova por ilicitude e por irrelevância são examinadas, concluindo-se que a primeira carece de fundamento em qualquer cenário, e a segunda padece de equívoco conceitual, por acreditar definir um controle de relevância quando na realidade está tratando da fiabilidade probatória. Situado o debate no campo da fiabilidade, é apresentada como solução pro-epistêmica a inclusão da prova, ainda que presentes problemas de autenticação, e, finalmente, para a eventualidade de uma futura proposta legislativa de exclusão da fonte de prova de baixa fiabilidade, são feitas sugestões como a adoção de um *standard* de fiabilidade, além da criação de um momento processual adequado ao debate em contraditório e valoração da fiabilidade não apenas individual, mas em conjunto com os demais elementos de prova.

Palavras-chave: cadeia de custódia; admissibilidade probatória; prova ilícita; fiabilidade.

Abstract: This article investigates the relationship between the chain of custody of evidence and its admissibility, focusing on the Brazilian context, addressing both political and epistemic control proposals. Having adopted a classification for the different phases of the process of evidentiary activity, the admissibility phase is examined, with emphasis on the rules of exclusion. Proposals that precede this article, such as the exclusion of the source of evidence due to illegality and irrelevance, are examined, concluding that the first lacks foundation in any scenario, and the second suffers from a conceptual error, for believing that it

defines a control of relevance when in reality it is dealing with evidentiary reliability. The debate is situated in the field of reliability, and the inclusion of evidence is presented as a pro-epistemic solution, even if authentication problems are present. Finally, in the event of a future legislative proposal to exclude the source of evidence with low reliability, suggestions are made such as the adoption of a reliability standard, in addition to the creation of a procedural moment suitable for the debate in contradiction and the assessment of reliability not only individually, but in conjunction with other elements of evidence.

Keywords: chain of custody; admissibility; exclusionary rules; reliability

1. A CADEIA DE CUSTÓDIA E SEUS REQUISITOS

A Lei 13.960/19 introduziu no Código de Processo Penal os artigos 158-A a 158-F, que disciplinam o tema da cadeia de custódia na persecução penal brasileira. A cadeia de custódia – tradução da expressão inglesa *chain of custody* – em origem no sistema dos Estados Unidos e é utilizada não apenas no processo penal, mas também, no âmbito empresarial, para assegurar a origem de produtos comercializados³.

O art. 158-A, *caput*, CPP, conceitua cadeia de custódia como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

Desde logo, não se deve confundir os conceitos de "cadeia de custódia", com o de "prova da cadeia de custódia". A "cadeia de custódia" refere-se à sequência real de eventos (a coleta de evidências e seu acautelamento até a subsequente análise e apresentação em juízo), em contraste, a "prova da cadeia de custódia" alude ao registro desses eventos consecutivos (como a

³ NIEVA FENOLL, Jordi. Derecho procesal III Proceso Penal 2ª ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2023, p. 252.

formalização da coleta de evidência, os registros do seu transporte, a confirmação de seu recebimento pelo laboratório, etc.)⁴.

O nosso Código de Processo Penal estabelece o objeto material da cadeia de custódia, o período de intervenção da cadeia de custódia (da preservação até o descarte), a sua procedimentalização e comprovação burocrática (prova da cadeia de custódia).

O objeto da cadeia de custódia é o vestígio, que é conceituado pelo § 3º do art. 158-A do Código de Processo Penal, como *“todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”*.

Assim, a procedimentalização da cadeia de custódia deve ser aplicada a todos objetos relacionados à infração delitiva. Objeto visível é toda coisa individual, que ocupa lugar no tempo e no espaço (continuidade espaço-temporal), que pode ter cor, forma, tamanho, peso (como artefatos, instrumentos, objetos, produto do crime)⁵. Objeto latente é todo elemento material relacionado ao fato delituoso que, apesar de ser encontrado no local ou em coisa móvel, não se revela de imediato aos sentidos e só pode ser detectado ou caracterizado mediante emprego de métodos, técnicas ou equipamentos periciais especializados.

Ademais, o material bruto pode ser compreendido como parte (porções menores de um todo do qual faziam parte) de seres animados (v.g. sangue, esperma, pelos, cabelos, ossos, dentes, unhas, partes do corpo etc.) ou objetos inanimados (vidro, tecido, frações de objetos físicos, etc.).

Não se deve confundir o conceito de vestígio com o de resultado do delito. Os crimes de resultado (aqueles em que há uma distinção espaço-temporal entre a ação e o resultado⁶) geralmente deixam vestígios. No entanto, há delitos de mera conduta que também podem deixar vestígios, como é o caso, por exemplo, do crime de estupro, cujo recolhimento de rastros materiais é

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 524.

⁵ Sobre o debate filosófico, aqui utilizado, a respeito do conceito de coisa e substância, cf.: HACKER, P.M.S. *Human Nature: The Categorical Framework*, Wiley-Blackwell, Sussex, 2010, pp. 29-51.

⁶ ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Ed, vol. 1. Berlim: De Gruyter, 2020, p. 330.

extremamente importante (v.g. esperma ou outros traços que permitam identificar o DNA do autor).

Um ponto fundamental que justifica a necessidade da cadeia de custódia reside na natureza inerentemente vulnerável dos vestígios criminais. Esses elementos, muitas vezes manipuláveis, frágeis ou microscópicos, são altamente suscetíveis à modificação – seja por contaminação, degradação natural ou alteração –, bem como ao risco de perda, troca ou substituição se não houver controle rigoroso sobre seu manuseio e armazenamento. Frequentemente, carecem de características distintivas que sejam imediatamente aparentes ou facilmente identificáveis por observação direta, demandando análise especializada para revelar seu pleno significado probatório⁷.

A cadeia de custódia também envolve o controle documental e logístico de um objeto único, cujo valor probatório decorre desse rigor, não de uma suposta indistinguibilidade intrínseca.

Diante dessas características dos vestígios, é possível afirmar que o papel central da cadeia de custódia é o de conservá-los, assegurando a fiabilidade da fonte de prova: (i) garantindo que o vestígio examinado pelos peritos seja precisamente o mesmo que foi recolhido na cena do crime (evitando-se troca, subtração ou destruição) e (ii) preservando a incolumidade do vestígio (mesmidade), evitando-se que ele seja contaminado com a alteração ou inclusão de novos vestígios antes inexistentes, por terceiros após o cometimento do crime, seja por pessoas privadas, que intervieram no local, seja por agentes

⁷Há autores que defendem que é a fungibilidade a característica marcante que exige a cadeia de custódia (cf.: SÁNCHEZ RUBIO, Ana. *La Prueba Científica en la Justicia Penal*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2019, p. 160). Sem embargo, o termo “fungível” (*inerentemente intercambiável*) não descreve adequadamente a natureza da maioria das provas forenses. O objetivo da perícia é, muitas vezes, demonstrar a unicidade ou a ligação específica do vestígio (*tornando-o infungível no contexto do crime*). A cadeia de custódia protege a identidade e integridade desse item específico, justamente para que sua conexão única com o fato possa ser estabelecida confiavelmente. O risco não é que todos os fios de cabelo sejam iguais, mas que aquele fio de cabelo específico encontrado na cena seja perdido, alterado ou trocado. Em vez de “fungibilidade”, o ponto central é a fragilidade do material probatório e a necessidade de rastrear cada etapa (*coleta, transporte, armazenamento, exame*), preservando suas características originais e seu vínculo espaço-temporal.

públicos, que atuaram no caso entre a coleta e a destruição do vestígio (cuidados que devem ser observados inclusive na sua conservação)⁸.

Desse modo, verifica-se que a prova da cadeia de custódia e a norma que estabelece esse procedimento têm finalidade pró-epistêmica, buscam otimizar os processos de investigação de modo a auxiliar na maior aproximação possível entre o fato histórico ocorrido no mundo e a sua reconstrução em juízo⁹.

Além disso, a cadeia de custódia também tem a finalidade secundária de identificar a prova e todas as etapas seguidas pelo vestígio, possibilitar o rastreamento desse *iter*, individualizar os agentes públicos que nele intervieram, assim como possibilitar a sua eventual responsabilidade no caso da quebra da cadeia.

Pretendendo assegurar mencionado potencial epistêmico, a Lei nº 13.964/2019 introduziu um conjunto de medidas que materializam o aprimoramento técnico-jurídico na gestão da cadeia de custódia da prova penal. De maneira resumida, o artigo 158-B do Código de Processo Penal (CPP) especifica as várias fases de rastreio de evidências, incluindo identificação, isolamento, registro, coleta, embalagem, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e eliminação. Por outro lado, o artigo 158-C define o perito oficial como a figura central na coleta de evidências e indica o local adequado para seu envio (central de custódia). O artigo 158-D, por sua vez, regula a embalagem dos vestígios, exigindo que todos os recipientes sejam

⁸ A “Lei da mesmidade”, segundo Geraldo Prado, é: “o princípio pelo qual ‘o mesmo’ que se encontrou na cena (do crime) é o ‘mesmo’ que será utilizado na decisão judicial” (PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal. In: GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; DAMAS DA SILVEIRA, Edson. Prova Penal: Estado Democrático de Direito. Lisboa, Rei dos Livros, 2015, p. 30-31). Badaró explica que o termo “mesmidade” foi cunhado pela doutrina espanhola e consagrado com a adoção pelo Tribunal Supremo espanhol na sentença de 10 de fevereiro de 2010: “es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la mismidad de la prueba” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In SIDI, Ricardo; LOPES, Anderso Bezerra (orgs.) Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 525.

⁹ Reconhecendo este caráter instrumental de acreditação da prova, Prado sustenta que a “cadeia de custódia da prova nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório”. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 86.

selados com lacres numerados individualmente, para assegurar a sua inviolabilidade.

Todo esse processo de preservação da cadeia de custódia e sua complexidade variam conforme as características da evidência. Isso requer a documentação minuciosa de cada ação, incluindo data, hora, pessoas envolvidas, detalhes dos procedimentos adotados, estado da amostra, embalagem e lacre antes e depois do manuseio, bem como quaisquer intercorrências que afetem o estado original da evidência, embalagem ou lacre¹⁰.

O rigor nos registros é essencial para autenticar as evidências apresentadas em um processo, especialmente quando estas não foram obtidas na presença das partes e do julgador.

A propósito, é importante distinguir "autenticação" de "autenticidade", pois uma evidência pode ser autenticada (ou seja, é o que se alega ser) e ainda assim não ser genuína. A "autenticação" diz respeito ao processo de verificação de que uma evidência é exatamente aquilo que se alega ser, enquanto "autenticidade" refere-se à genuinidade e veracidade da própria evidência. Como bem salientam Dallagnol e Câmara, esses conceitos não se confundem, visto que uma prova pode passar pelo teste de autenticação, sendo reconhecida como o que se alega ser, mas ainda assim falhar no teste de autenticidade por ser, de fato, uma falsificação¹¹. Um exemplo elucidativo disso ocorre quando a acusação apresenta um documento falso, apreendido com o réu, que acaba sendo autenticado por ser exatamente o que a acusação afirma ser, mas que, na realidade, não passa no teste de autenticidade por ser uma falsificação¹².

Sem embargo da disciplina detalhada, o Código de Processo Penal não prevê as consequências processuais para o descumprimento da disciplina sobre

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>. Acesso em 01 dez. 2023.

¹¹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 532.

¹² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 532.

a cadeia de custódia, de modo que surgiram diversas posições acerca da (in)admissibilidade da fonte de prova: há quem defenda a exclusão por ilicitude¹³, outros que sustentam a exclusão por razões epistemológicas¹⁴, e ainda aqueles que argumentam que a fase de admissibilidade deve ser sempre superada, resolvendo-se a questão no momento da valoração¹⁵.

2. A ATIVIDADE PROBATÓRIA – REGRAS DE ADMISSIBILIDADE E EXCLUSÃO

Seguindo proposta de Ferrer Beltrán¹⁶, adota-se uma classificação dos momentos processuais sobre a prova em função do tipo de atividade realizada em cada um desses momentos.

De acordo com o autor, as etapas, ou momentos da atividade probatória, podem ser divididos em três: (i) o primeiro corresponde à formação do conjunto de elementos de julgamento ou provas que posteriormente serão considerados para decidir. Esse momento inclui desde a proposição da prova e sua admissão até a prática das provas em juízo; (ii) o segundo é o momento da valoração da prova, que inclui a valoração individual da fiabilidade de cada uma das provas admitidas no processo e a valoração conjunta das provas para determinar o grau de corroboração que conferem a cada hipótese fática; (iii) por fim, há o momento da decisão sobre os fatos, no qual o julgador deve decidir e fundamentar quais hipóteses podem ser consideradas provadas e quais hipóteses, por outro lado, não alcançam essa consideração, com base nas regras processuais que regulamentam a decisão — presunções, ônus e standards de prova — e nas conclusões sobre o grau de corroboração probatória alcançado.

¹³ PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia da prova digital. *Direito probatório*. Londrina: Thoth, 2023. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4852301>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

¹⁵ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). *A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade*. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 529-566.

¹⁶ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. pp. 61-67.

A fase de admissibilidade (ou exclusão) probatória tem fundamental importância para examinar as consequências da quebra da cadeia de custódia.

Em um processo racional, que objetiva o acerto da verdade, o momento da formação do conjunto de elementos de juízo deve ter por objetivo alcançar um acervo probatório o mais rico e fiável possível, pois vigora o princípio epistemológico de que quanto mais completa e confiável for a informação sobre os fatos de que dispomos, maior será a probabilidade de acerto na decisão¹⁷.

Não obstante, a verdade não é um valor absoluto no processo. Por mais que seja uma condição necessária para a justiça das decisões¹⁸, os sistemas legais podem estabelecer limitações à admissibilidade de provas e regras de exclusão, com o objetivo de resguardar outros valores, como os direitos fundamentais. Essas provas não admitidas ou excluídas não podem ser levadas em consideração no julgamento do caso penal¹⁹.

Nesse cenário, torna-se de grande importância o estudo dos filtros para a admissão de provas no processo e as regras de exclusão. Cada país, poderá configurar o filtro de admissibilidade das provas em seus respectivos sistemas, que podem se fundamentar em razões (i) epistêmicas, como a não admissão de provas irrelevantes ou consideradas de baixa fiabilidade, ou (ii) não epistêmicas

¹⁷ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Manual de Razonamiento Probatorio*. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023, p. 53.

¹⁸ Quando Taruffo fala em justo processo, adota uma interpretação segundo a qual não basta a correção do procedimento, mas sim da subsistência de três elementos: (i) que a decisão seja o resultado de um processo justo, sem violação de garantias fundamentais; (ii) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, em homenagem ao princípio da legalidade; (iii) que a decisão esteja fundada em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que nenhuma decisão é justa caso se funde em fatos equivocados. *In*: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 142.

¹⁹ O juiz não pode levar em conta informações ou elementos de julgamento que possui "privadamente" ou aqueles que, tendo sido apresentados no processo, foram excluídos, por exemplo, por serem ilícitos. Essa é, conforme lição de Ferrer Beltrán "a chave para a especificidade da prova jurídica". Ainda segundo o autor, "pode-se dizer sem excessivo risco de erro que em todos os demais âmbitos do conhecimento o conjunto de elementos de julgamento que pode e deve ser analisado para a tomada de uma decisão racional é igual ao total das informações disponíveis e relevantes para o caso. No caso da prova jurídica, por outro lado, o conjunto de elementos a valorar é um subconjunto do conjunto formado pela totalidade dos elementos disponíveis: aqueles que foram incorporados aos autos judiciais". *In*: FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 62.

(políticas), a exemplo da exclusão probatória para a proteção de direitos fundamentais²⁰.

2.1. FILTROS EPISTÊMICOS

Os filtros epistêmicos são aqueles que determinado sistema jurídico pode adotar para impedir – na fase da admissibilidade da prova – a produção de prova que não tem potencial para contribuir cognitivamente para a tomada de decisão a respeito do caso penal.

2.1.1. RELEVÂNCIA

Em qualquer esfera da vida, se quisermos tomar decisões racionais sobre os fatos, o primeiro passo é reunir todas as informações relevantes disponíveis sobre eles. Trata-se de formar um conjunto de elementos de julgamento ou provas que forneçam o maior número de informações relevantes possível sobre os fatos do caso, para posteriormente tomar a decisão²¹.

No Brasil, o Código de Processo Penal, com a reforma de 2008, passou a prever uma regra geral sobre limites epistêmicos à admissibilidade no § 1º do artigo 400: “As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.

Dizer que determinada informação é relevante para provar certos enunciados fáticos significa considerar que ela nos dá razões epistêmicas para

²⁰ A propósito, esclarece BADARÓ: “Nos países de *common law*, é comum a distinção entre *exclusionary rules* fundadas em *extrinsic policies* ou em *intrinsic policies*. As *exclusionary rules of extrinsic policy* são regras que afastam elementos dotados de valor probatório, para salvaguardar outros valores não conexos com a busca da verdade; as *exclusionary rules of intrinsic policy* são entendidas como “as regras de exclusão de provas ditadas pelo interesse de uma correta apuração da verdade. De forma semelhante, na doutrina nacional, Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que os limites à admissibilidade da prova podem ter fundamentos extraprocessuais (políticos) ou processuais (lógicos e epistemológicos)”. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal [livro eletrônico]. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

²¹FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração Racional da Prova. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 62. No mesmo sentido, considerando a regra de que toda prova relevante deve ser admitida consiste em um filtro epistemológico: GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho. 3º edición Madrid/Barcelona/Bs. Aires: Marcial Pons, 2010, p. 115.

aceitar determinado fato como verdadeiro ou falso. Conforme esclarece Taruffo, um elemento de prova pode ser considerado relevante se nos permite basear nele – isoladamente ou em conjunto com outros elementos – uma conclusão sobre a veracidade da hipótese fática a ser testada²². Em complemento, Dei Vecchi²³ explica que uma prova é relevante se, levada em consideração, altera o *status* de justificação epistêmica da proposição em questão.

Nos Estados Unidos, a *rule* 401 do *Federal Rules of Evidence*, estabelece que uma prova é relevante se: “(a) *tem alguma tendência a tornar um fato mais ou menos provável do que seria sem a evidência; e (b) o fato é importante na determinação da ação*”²⁴.

Acrescente-se que, embora a relevância normalmente seja considerada em relação ao objeto do processo, isto é, a questão de direito material debatida (*thema probandum*), é possível também uma relevância processual da prova. Isto é, quando a prova se destina a demonstrar a fiabilidade de outro meio de prova, reforçando ou debilitando a sua força inferencial (prova de segundo grau ou metaprova)²⁵.

Também cabe ressaltar que a relevância não exige que essa evidência atinja determinado *standard* de fiabilidade. O julgamento de relevância é de “tudo ou nada”, porque uma prova é relevante ou irrelevante. Não faz sentido perguntar até que ponto é relevante, porque quando dizemos “muito relevante” ou “pouco relevante” estamos na verdade a referir-nos ao valor probatório do elemento de juízo²⁶.

²²TARUFFO, Michele. A prova. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38.

²³DEI VECCHI, Diego. Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión. In: ROVATTI, Pablo; LIMARDO Alan (dirs.). Pensar la prueba, nº. 1, 2020, pp. 27-54.

²⁴*Rule 401. Test for Relevant Evidence Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action.* Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf>. Acesso em 01 dez. 2023.

²⁵SALGADO, Daniel de Resende. Fundamento à admissibilidade da metaprova no processo penal. Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Girona, v. 5, p. 95-123, junho de 2023. Também nesse sentido: FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração Racional da Prova. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 130.

²⁶ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. Criminal Evidence, Oxford University Press, 2ª edição. 2010, p. 101.

Pode-se considerar esse filtro, na verdade, um princípio geral de inclusão²⁷. Funcionaria, portanto, prescrevendo a admissão de todas as provas relevantes que não devam ser excluídas pela aplicação de algum dos filtros adicionais impostos pelas regras jurídicas²⁸.

2.1.2. FIABILIDADE

Existem sistemas processuais que, em alguns específicos casos, deslocam o tema da fiabilidade da prova para o momento da admissibilidade da prova. A prova pouco fiável sequer ingressa ou permanece no processo.

Um elemento é considerado fiável quando há razões para crer que seu conteúdo é verdadeiro ou, ao menos, plausível²⁹. Para Susan Haack a aceção fiável remete àquilo que confere resultados verdadeiros com maior frequência do que o contrário³⁰.

O Código de Processo Penal Brasileiro não trata, em momento algum, de um controle de fiabilidade como juízo de admissibilidade da prova. Em uma única passagem, no art. 203, prevê circunstâncias para a aferição da credibilidade de uma testemunha, segundo características do sujeito e seu potencial interesse no julgamento. Esse depoimento, porém, não leva à inadmissão da prova, devendo o depoimento da testemunha, ainda que potencialmente não credível/fiável, ser valorado pelo julgador, conforme preconiza o art. 214.

Também no sistema Norte-Americano, como regra, a análise da fiabilidade da prova deve ser relegada aos jurados, cabendo ao magistrado realizar um juízo de admissão em termos hipotéticos, isto é, deve perguntar-se:

²⁷LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

²⁸Nesse sentido: “*Rule 402. General Admissibility of Relevant Evidence Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: • the United States Constitution; • federal statute; • these rules; or • other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible*”. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf>. Acesso em 01 dez. 2023.

²⁹ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

³⁰ HAACK, Susan. *Evidencia e Investigación: Hacia la reconstrucción en epistemología*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 191-215.

“se esta prova fosse fiável, é de alguma pertinência para o caso?” Ou seja, faz-se um controle de relevância, e para esse efeito a fiabilidade se presume³¹. Não obstante, em muitos casos, essa regra dá lugar a exceções como no juízo de admissão da prova pericial.

O tema da admissão da prova pericial, nos últimos anos, trouxe grande interesse acadêmico, em virtude do impacto da decisão Suprema Corte dos EUA no famoso caso Daubert (1993³²). Em Daubert, a SCOTUS estabeleceu quatro critérios de qualidade da prova pericial a serem valorados como condição para a sua admissão (“Critérios Daubert”): a) é indispensável que a técnica seja testável, de acordo com os padrões científicos vigentes; b) que já tenha sido publicada em revistas científicas, com submissão à revisão por pares; c) o conhecimento das taxas de erro e a existência de *standards* que controlam a investigação sobre a qual se baseia a teoria; d) a aceitação pela comunidade científica.

Para além desses critérios, chama a atenção o próprio fato de serem estabelecidos critérios de fiabilidade mínima da prova ainda na etapa de admissão, e uma das razões para tanto, afirma Vázquez, é o argumento de proteção do jurado leigo de suas más decisões a respeito do conhecimento científico, em outros termos, pressupõe-se que os jurados são incapazes de valorar adequadamente o conhecimento experto, por isso deve-se evitar que seja contaminado com informação de baixa ou nula qualidade³³.

Antes mesmo de Daubert, já havia um critério de cientificidade para admissão da prova pericial, estabelecido pelo caso Frye (1923³⁴), consistente na aceitação geral, pela comunidade científica, da técnica empregada pelo perito (“teste de aceitação geral”), no entanto, a partir de Daubert e sua repercussão

³¹ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 45.

³² Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786.

³³ (...) *esta línea argumental, como se ha dicho, supone que efectivamente hay alguien a quien proteger de sus malas decisiones y, por ello, se le ha llamado “paternalismo epistémico”, en analogía al paternalismo tradicional*. In: VÁZQUEZ, Carmen; LÓPEZ, Mercedes Fernández. *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*. In: FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Manual de Razonamiento Probatorio*. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023, pp. 139-212.

³⁴ Caso Frye v. United States, 1923.

intensificaram-se movimentos pela aplicação de filtros de fiabilidade mínima também em países de cultura *civil law* e, inclusive, com o transporte dos fundamentos da tese para outras espécies de prova³⁵.

Outra hipótese sempre lembrada como limite epistemológico à admissibilidade é a *hearsay rule*³⁶, que veda a utilização do testemunho indireto ou testemunho de ouvir dizer, pois seu valor probatório pode ser incerto e não é passível de verificação por meio do exame cruzado da fonte de prova originária³⁷. Pode-se dizer que a função primordial da *hearsay rule* é evitar que o jurado cometa erro ao avaliar a veracidade dessas informações, de modo que se pretende com a não admissão permitir ou propiciar que se alcance a verdade³⁸.

Ainda, depois de definir o chamado teste de relevância (rule 401) e prever a regra geral de admissão das provas relevantes (rule 402), o *Federal Rules Of Evidence* estabelece importantes exceções às provas que podem gerar julgamentos equivocados (rule 403³⁹). Nos termos da *rule* 403, o tribunal pode

³⁵ A esse respeito, ver: VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. Exclusión de la prueba pericial científica (de baja calidad epistémica) en fase de admisibilidad en procesos penales de tradición románica-continental: Diálogo entre dos culturas jurídicas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 375-408, jan./abr. 2021.

³⁶ Segundo a Rule 801 (c) das *Federal Rules of Evidence*, um testemunho indireto é “uma declaração, diversa daquela prestada pelo depoente no curso do processo, que se oferece como elemento de prova para demonstrar a verdade daquilo que se afirmou”. In: TARUFFO, Michele. A prova. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 41.

³⁷ A *hearsay rule* já chegou a ser apontada como a regra mais característica do direito probatório anglo-americano. Todavia, atualmente, a regra de exclusão de *hearsay* admite muitas exceções, nas quais se considera que o testemunho indireto é confiável o bastante para ser admitido. O *Federal Rules of Evidence* apresenta um complexo regramento, com quase três dezenas de exceções à regra geral de exclusão do testemunho de ouvir dizer. As exceções justificam-se, em linhas gerais, por dois motivos. Um primeiro grupo de exceções, admite a *hearsay witness* mesmo estando disponível a fonte originária, que poderia comparecer pessoalmente ao julgamento (regra 803 do *Federal Rules of Evidence*). No segundo grupo, são previstas exceções em casos nos quais a testemunha direta ou originária não está disponível (regra 804 do referido diploma legal). O mesmo fenômeno de flexibilização da *hearsay rule* ocorre no direito inglês. O Criminal Justice Act, de 2003, ampliou a margem de discricionariedade judicial para admitir depoimentos de ouvir dizer, por exemplo, quando o tribunal considerar que tal depoimento indireto “atende aos interesses da justiça” (artigo 114(1)(d)). In: BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal [livro eletrônico]. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

³⁸ TARUFFO, Michele. A prova. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 41.

³⁹ Rule 403. *Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons: The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.* Disponível em:

<https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf>. Acesso em 01 dez. 2023.

excluir provas relevantes se o seu valor probatório for substancialmente superado pelo perigo de gerar preconceito injusto, confusão sobre os fatos em litígio, indução do júri em erro, atraso indevido, perda de tempo ou apresentação desnecessária de provas redundantes. O dispositivo, que recebe críticas por se tratar de norma geral e imprecisa, atribuindo enorme discricionariedade ao decisor⁴⁰, tem por objetivo prevenir erros e mal-entendidos que podem ocorrer quando o jurado estabelece o valor probatório da evidência.

Diversas regras de exclusão anglo-americanas explicam-se por essa mesma razão: evitar que o julgador dos fatos atribua ao elemento probatório maior ou menor valor do que efetivamente merece. O grande problema, já denunciava Taruffo⁴¹, é resolver o paradoxo de normas que parecem endereçadas a realizar uma finalidade epistêmica, mas, em realidade, são contra-epistêmicas, pois impedem que elementos probatórios relevantes sejam admitidos ao processo.

Damaška defende a tese de que a ausência de necessária motivação no julgamento sobre os fatos nos sistemas de *common law* explica a proliferação, nesse âmbito, de regras jurídicas que excluem provas consideradas como fornecedoras de informações pouco fiáveis⁴². Em certo sentido, essas regras buscam garantir, *ex ante*, uma maior racionalidade geral nas decisões sobre os fatos, mesmo que isso signifique excluir elementos de julgamento que, apesar de terem valor relativamente baixo, poderiam fornecer informações relevantes⁴³.

Acrescenta Ferrer Beltrán que essa não é a única razão que explica a proliferação tradicional de regras de exclusão de provas nos sistemas de *common law*, mas também a presença da instituição do júri composto exclusivamente por leigos como órgão responsável pela decisão sobre os

⁴⁰ LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 47-55.

⁴¹ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 169-180.

⁴² DAMAŠKA, Mirjan R. Evidence Law Adrift. New Haven: Yale University Press, 2013. p. 41-46.

⁴³ FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração Racional da Prova. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, pp. 65-66.

fatos⁴⁴. Logo, além de não ser controlável, a decisão dos jurados tem a sua racionalidade questionada e por isso ele deve ser protegido de informações de baixa fiabilidade, que podem gerar crenças equivocadas⁴⁵. Com isso, transfere-se ao juiz a função de *gatekeeper* da qualidade epistêmica da prova, a partir da qual deve impedir que elementos pouco fiáveis sejam aportados ao processo⁴⁶.

Nos ordenamentos de cultura *civil law* ou de tradição europeu-continental, diferentemente, os fundamentos para a aplicação de um filtro de fiabilidade não se replicam, pois, salvo raras exceções, as decisões são tomadas

⁴⁴ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoración Racional da Prova*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, pp. 65-66.

⁴⁵ LAUDAN critica veementemente a ideia segundo a qual restringir o acesso a informação relevante ao jurado pode trazer maior racionalidade ao sistema, dado não existirem estudos empíricos que denotem se tratar de uma prática efetiva do ponto de vista da epistemologia ou redutora de erros, e também acusa essas regras de inadmissão de evidenciar uma certa contradição até mesmo em termos ideológicos: “*A essas alturas o leitor já deveria haver notado a ironía de un sistema que enaltece las virtudes de los juicios ante jurado así como la <garantía de integridad> de nuestro sistema de justicia, mientras a su vez argumenta que los jurados son demasiado estúpidos, ingenuos o ignorantes como para confiar en que son capaces de valorar argumentos complejos, pruebas subversivas o prejuiciosas, confesiones de procedencia incierta, etc. (...) Esta ironía se ve agravada por el hecho de que, a pesar de tratar a los jurados como si fuesen unos tontos que se impresionan fácilmente, luego se ignora esto y se trata a sus veredictos como si hubiesen sido escritos en piedra. Los jurados no tienen la obligación de fundamentar sus veredictos. Los tribunales de apelación raramente anularan la decisión fáctica de un jurado, sin importar lo inválidas que sus inferencias parezcan ser. Más rotundamente, la absolución de un jurado es literalmente la última palabra, aun cuando haya resultado de la incompetencia del jurado o de su manipulación o si (lo que sucede más comúnmente) se deriva de reglas que restringen drásticamente el acceso a pruebas relevantes. Todo esto, a su manera, es tan objetable como el hecho de que el jurado antes de dictar su veredicto sea tratado con tanta condescendencia*”. In: LAUDAN, L., *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press, 2006. Citado por la traducción al castellano de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, “Verdad, error y proceso penal”, Marcial Pons, 2013.

⁴⁶ Analisando o caso Daubert, Vera Sanches conclui: “*Sin afirmarlo expresamente, el fallo Daubert asume que un jurado compuesto por legos o laicos presenta menores competencias cognitivas que un solo juez letrado para reconocer una prueba pericial científica de mala calidad, que pueda estar amparada por el sesgo de la ‘cientificidad’ o ‘mito de la infalibilidad antes señalado. Por ello se haría necesario adoptar un cierto paternalismo epistémico para proteger al jurado de creencias equivocadas. Con ello el fallo Daubert transfiere la problemática de la prueba científica desde la valoración que hace el jurado hacia la admisibilidad de la prueba*.”. In: VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. Exclusión de la prueba pericial científica (de baja calidad epistémica) en fase de admisibilidad en procesos penales de tradición románica-continental: Diálogo entre dos culturas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 375-408, jan./abr. 2021.

por juízes profissionais⁴⁷ e motivadas, portanto, o controle de racionalidade se realiza *ex post*, por meio do controle da motivação⁴⁸.

2.2. FILTROS POLÍTICOS

Um outro conjunto de filtros de admissibilidade da prova que tem extrema importância no processo penal não tem natureza epistêmica, não buscam obter a verdade. Esses filtros decorrem de uma decisão de política legislativa de não se admitir uma prova – apesar de epistemicamente relevante e útil para o acerto dos fatos - com vista a preservar interesses (outros valores) de especial importância, como o respeito aos direitos fundamentais do acusado ou a necessidade de assegurar o princípio da celeridade processual.

2.2.1. PROVA ILÍCITA

O mais importante filtro político de inadmissibilidade de provas é a decisão legislativa de excluir as provas ilícitas, pois, como afirma GÖSSEL, “o

⁴⁷ *“En nuestros sistemas, donde tenemos jueces profesionales, esta línea argumentativa sería muy complicada, pues si dudamos de la capacidad del tribunal de enjuiciamiento para decidir racionalmente con conocimiento experto, ¿por qué podríamos confiar en que el juez de garantías lo haría bien, considerando que ambos tienen el mismo tipo de formación? Aún más, en nuestros sistemas no se han hecho estudios empíricos para analizar cuán bien deciden los jueces cuando hay conocimiento experto de por medio, solo tenemos datos anecdóticos o experiencias personales. En todo caso, dudar sistemáticamente de la capacidad de todos los jueces para esta labor debería conllevar a un giro copernicano en el diseño de nuestros sistemas jurídicos; por lo que antes de ello, quizá lo más adecuado sería mejorar la formación de los jueces en materia de razonamiento probatorio y la prueba pericial”.* In: VÁZQUEZ, Carmen; LÓPEZ, Mercedes Fernández. La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas. In: FERRER-BELTRÁN, Jordi. Manual de Razonamiento Probatorio. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023, pp. 139-212.

⁴⁸ Assim, por exemplo, diante de uma prova ou de um tipo de prova de fiabilidade muito baixa, o controle de racionalidade pode funcionar a posteriori sempre que se exigir daquele que decide sobre os fatos provados que justifique o porquê de ter declarado provados esses fatos e o apoio empírico em que baseou sua decisão. Poder-se-á comprovar, então, se quem decide outorgou um peso excessivo a uma prova cuja confiabilidade é questionada. In: FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração Racional da Prova. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 66.

legítimo interesse de um processo penal plenamente eficaz encontra seu limite no interesse e nas garantias individuais do cidadão”⁴⁹.

O tema das provas ilícitas é extremamente complexo e dinâmico e as razões para se reconhecer uma prova como lícita ou ilícita não são unívocas⁵⁰. Existem várias propostas de conceituação de prova ilícita, que vão desde um conceito ampliado até um conceito mais categorizado⁵¹.

O nosso Código de Processo Penal, após a reforma de 2008, estabeleceu um conceito de prova ilícita bastante amplo, ao dizer que é toda aquela que for obtida “*em violação a normas constitucionais ou legais*” (CPP, art. 157). Esse conceito, como explica BADARÓ, contraria “*os parâmetros doutrinários e jurisprudenciais que vinham sendo tranquilamente aceitos, a partir da distinção entre provas ilícitas (violação de regras de direito material) e provas ilegítimas (violação de regras processuais)*”⁵².

A distinção entre prova ilícita e prova ilegítima (ou irregular) sempre foi amplamente aceita na doutrina nacional e tem importância na compreensão das consequências jurídicas aplicáveis, visto que a regra de exclusão e seu efeito reflexo são predicados exclusivos da prova ilícita. A prova irregular (ou ilegítima) é submetida exclusivamente ao regime da nulidade dos atos processuais, admitindo-se, em determinados casos, o saneamento ou convalidação⁵³.

O presente trabalho, porém, não tem como objeto debater com maior profundidade o conceito de prova ilícita. O que importa aqui é assentar a premissa de que a ilicitude da prova é um dos fundamentos políticos para a não admissão ou exclusão da prova. Vários países adotam essa solução. O próprio Código de Processo Penal brasileiro assenta a inadmissibilidade das provas ilícitas (CPP, art. 157).

⁴⁹ GÖSSEL, Karl-Heinz. Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal: Aspectos jurídico-constitucionales y político criminales, *in* El proceso penal antes el Estado de Derecho. Grijley: Lima, 2004, p. 67.

⁵⁰ ARMENTA DEU, Teresa. A prova ilícita: Um estudo comparado. Marcial Pons: São Paulo, 2011, pp. 37 e ss.

⁵¹ EUSAMIO MAZAGATOS, Ester; SÁNCHEZ RUBIO, ANA. La Prueba Ilícita en la Doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos. Tirant lo Blanch: Valencia, 2016, pp. 57 e ss.

⁵² BADARÓ, Gustavo. Processo Penal, 8. ed.. São Paulo: RT, 2020, pp. 453-454.

⁵³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. ¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. 2012. Disponível em:
<https://www.researchgate.net/publication/329104652_Libertad_de_prueba_Defensa_de_la_regla_de_exclusion_de_prueba_ilicita>.

Apesar disso, vários outros países criam a possibilidade de sua admissão em determinadas condições, como é o caso da teoria da ponderação no âmbito alemão (que leva em conta a gravidade do fato e o peso da infração processual penal)⁵⁴ e, principalmente, a atual interpretação das *exclusionary rules* no sistema dos Estados Unidos, em que, dada a elevada quantidade de exceções, pode-se dizer que *a regra de exclusão se tornou a própria exceção*⁵⁵.

2.2.2. PROVA PROTELATÓRIA

Outra decisão de natureza política, que resulta na inadmissão da produção probatória é a tomada pelo nosso Código de Processo Penal de considerar expressamente inadmissíveis as provas protelatórias (CPP, art. 400, § 1º). Isso com o objetivo de preservar o princípio constitucional da celeridade processual.

A prova protelatória é aquela substanciada por pedidos de produção de provas que passam no filtro da relevância (pois se trata de prova pertinente e relevante), mas que materializam uma finalidade oculta, que é a pretensão de atrasar ilicitamente a tramitação processual. Esse propósito constitui um abuso do direito de petição de prova, materializado pelo emprego de expedientes que busquem apenas o retardo da tramitação processual⁵⁶.

Alguns exemplos de pedido de provas protelatórios são aqueles em que se arrolam testemunhas de difícil acesso (v.g. que residente no exterior), mas cujo conteúdo da declaração pode ser prestado por outra testemunha facilmente acessível.

⁵⁴ ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: Um estudo comparado*. Marcial Pons: São Paulo, 2011, p. 57.

⁵⁵ EUSAMIO MAZAGATOS, Ester; SÁNCHEZ RUBIO, ANA. *La Prueba Ilícita en la Doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2016, p. 126.

⁵⁶ GÖSSEL, Karl-Heinz. *El Proceso Penal ante el Estado de Derecho: Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Lima: Grijley, 2004, p. 154. Sobre os requisitos para considerar um pedido de prova protelatório, cf.: VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 7a ed. München: Beck, 2010, pp. 234-2235.

Mais uma vez, o relevante aqui é assentar a premissa de que a prova protelatória também é uma decisão política de inadmissão ou exclusão de provas, mesmo que epistemologicamente relevantes.

3. A QUESTÃO DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Uma vez delimitados os filtros de admissibilidade e as regras de exclusão dos elementos de juízo, restam estabelecidas as premissas para enfrentar o problema das consequências jurídicas do desrespeito aos protocolos da cadeia de custódia.

Antes de propor uma solução para o problema, serão examinadas as propostas da doutrina brasileira para consequências do que se convencionou chamar “quebra da cadeia de custódia da prova”⁵⁷.

3.1. EXCLUSÃO POR RAZÕES POLÍTICAS: PROVA ILÍCITA

Uma primeira posição doutrinária que merece ser mencionada é aquela que advoga a ilicitude probatória das evidências que não tiveram a cadeia de custódia comprovada. O principal expoente desta doutrina em solo brasileiro é

⁵⁷ Importante a ressalva que faz Gustavo Badaró no sentido de que o termo “quebra da cadeia de custódia”, embora de emprego corrente na doutrina e jurisprudência, apresenta impropriedade técnica: “No que toca as consequências da chamada “violação da cadeia de custódia”, é importante ressaltar que, do ponto de vista terminológico, não é possível violar a cadeia de custódia em si. Uma pessoa ou tem ou não tem contato com a fonte de prova. Por sua vez, essa fonte de prova – ou vestígio, como se refere o § 3º do art. 158-A do CPP – pode se manter íntegra ou ser adulterada. Falsificar a fonte de prova real não é violar a cadeia de custódia (isto é, a documentação da cadeia de custódia), é fraudar ou adulterar a própria fonte de prova. Não se viola a sucessão de pessoas que teve contato com a coisa, mas a documentação que atesta essa realidade. Se não há nenhum registro das pessoas que tiveram contato, p. ex., com uma mostra sanguínea coletada na cena do crime, inexistente “cadeia de custódia”, entendida como “documentação da cadeia de custódia”, por ausência do procedimento de integral registro das pessoas que tiveram contato com tal fonte de prova. Mas é evidente que houve uma cadeia de custódia, isto é, um conjunto maior ou menor de pessoas que tiveram contato com a prova. Por outro lado, se houve o registro somente de algumas das pessoas que tiveram contato com a fonte de prova, há uma documentação parcial da cadeia de custódia. Nesse caso, pode-se dizer que a cadeia de custódia, no sentido de documentação da cadeia de custódia, foi violada, porque essa não foi registrada em sua integralidade”. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia da prova digital. Direito probatório. Londrina: Thoth, 2023. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4852301>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

Geraldo Prado, ele sustenta, em resumo, que da quebra da cadeia de custódia resulta a “impossibilidade do exercício efetivo do contraditório pela parte que não tem acesso à prova íntegra”⁵⁸. E conclui: “Enquanto o direito brasileiro não dispõe de regra específica sobre a cadeia de custódia das provas a consequência de sua violação há de ser retirada da constatação de que o contraditório, como condição de validade constitucional do ato processual, igualmente foi violado, tornando ilícita a prova remanescente”⁵⁹. Também defende o autor que a ilicitude contamina as provas derivadas⁶⁰.

Os escritos de Geraldo Prado foram precursores e influenciaram doutrina⁶¹ e, em alguma medida também a jurisprudência⁶², que se assenta, com pequenas alterações, nos mesmos fundamentos.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2. ed. Marcial Pons. São Paulo, 2021, p. 209.

⁵⁹ PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2. ed. Marcial Pons. São Paulo, 2021, p. 209.

⁶⁰ PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2. ed. Marcial Pons. São Paulo, 2021, p. 210-212.

⁶¹ Nesse sentido: Aury Lopes Jr.: “A preservação das fontes de prova, através da manutenção da cadeia de custódia, situa a discussão no campo da “conexão de antijuridicidade da prova ilícita”, consagrada no art. 5º, LVI, da Constituição, acarretando a inadmissibilidade da prova ilícita. Existe, explica GERALDO PRADO, um sistema de controle epistêmico da atividade probatória que assegura (e exige) a autenticidade de determinados elementos probatórios.” E acrescenta: “Tema diretamente vinculado, ensina GERALDO PRADO, é o da “conexão de antijuridicidade”, onde a contaminação deve ser ponderada através da causalidade naturalística ou da causalidade normativa. A primeira (naturalística) faz com que toda prova derivada (nexo causal físico, naturalístico) seja necessariamente declarada ilícita e excluída do processo. Já a causalidade normativa interdita o emprego do conhecimento obtido pela prova ilícita para interpretar provas aparentemente produzidas sem uma filiação direta e imediata com a prova declarada ilícita. É por isso que uma vez reconhecida a ilicitude de uma prova, não se pode, por exemplo, fazer posteriormente perguntas para testemunhas sobre o mesmo objeto, buscando validar por via transversa. Ainda que a prova testemunhal seja válida e não derive da ilícita (não há causalidade naturalística), existe um impedimento decorrente da causalidade normativa, que veda o emprego do conhecimento ilicitamente obtido. É um mecanismo com ambição de evitamento da “lavagem da prova ilícita” (LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019). Carlos Edinger: “A prova cuja cadeia de custódia for quebrada será considerada ilícita ou ilegítima (distinção que, para mim, cientificamente, a partir da supremacia da Constituição ou da sua dimensão objetiva, pouco sentido faz). Assim, uma vez reconhecida sua ilicitude, de forma definitiva, haverá o desentranhamento e sua inutilização” (EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, p. 237-257, mai.-jun./2016. p. 251).

⁶² “o instituto da quebra da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita”. In: STJ, AgRg no HC 615.321/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 03/11/2020, DJe 12/11/2020.

Na jurisprudência brasileira, a temática acerca da cadeia de custódia da prova teve seu precedente mais famoso no julgamento do HC n. 160.662/RJ (Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 17/3/2014) pelo Superior Tribunal de Justiça. O caso tratava de uma medida de interceptação telefônica autorizada pela justiça, em que parte dos áudios captados não foram apresentados em juízo, porque extraviados ainda na fase investigativa, havendo, assim, descontinuidade nas conversas e na sua ordem. Ao julgar o *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ilícitas as provas produzidas, determinando o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, sob o fundamento de que a prova obtida "em razão da perda de sua unidade" ou a "perda da cadeia de custódia da prova" gerava cerceamento do direito de defesa⁶³⁻⁶⁴.

3.2. *EXCLUSÃO POR RAZÕES EPISTÊMICAS: IRRELEVÂNCIA / BAIXA FIABILIDADE*

A defesa de um filtro epistêmico para o juízo de admissibilidade da evidência que não teve a cadeia de custódia preservada tem como referência no âmbito nacional Gustavo Badaró. O autor defende que a quebra da cadeia de custódia da prova não é questão de ilicitude, porém, ainda assim, em casos específicos, deve haver a exclusão do elemento probatório, porque vícios graves na cadeia de custódia podem eliminar o seu potencial epistêmico.

O doutrinador, é bem verdade, chegou a sustentar em seus primeiros escritos que da quebra da cadeia de custódia não resultaria inadmissão ou

⁶³ Parecer emitido por Geraldo Prado instruiu o julgamento. O parecer, posteriormente, foi adaptado e publicado como livro, com o nome "A cadeia de custódia da prova no processo penal".

⁶⁴ O *leading case* no Brasil não trata de prova da cadeia de custódia, mas do extravio da fonte de prova em si. Como consequência, a não ser que cadeia de custódia seja entendida como a elipse de *documentação da cadeia de custódia*, trata-se de imprecisão terminológica falar em violação ou quebra da cadeia de custódia, pois, a fonte de prova foi ou não foi coletada e o perito teve ou não teve contato com a fonte de prova para análise laboratorial. O que pode faltar, contudo, são os registros desses contatos, impedindo a posterior verificação da sucessão desses fatos que, independentemente da documentação, aconteceram. In: OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>. Acesso em 01 dez. 2023.

exclusão, devendo o elemento probatório ser valorado, independentemente do grau de violação ao método de autenticação⁶⁵, contudo, em trabalho seguinte, dedicado à “prova digital”, sugeriu matizes à admissibilidade que se assentam em premissas aplicáveis não apenas ao vestígio eletrônico, mas generalizáveis⁶⁶. Segundo Badaró, quando “*não há qualquer documentação da cadeia de custódia*” ou “*quando não seja possível, minimamente, assegurar que o vestígio tenha potencial para o acerto do fato*”, a prova não deve ser admitida, porquanto irrelevante.

De maneira semelhante, Rafael Serra Oliveira, em sua tese de doutorado, sustenta que violações significativas da cadeia de custódia, a tal ponto que comprometem a garantia da identidade da fonte de prova, exigem a exclusão probatória com base no critério de relevância⁶⁷.

⁶⁵ “(...) defende-se que as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração. (...) Ainda que com cuidados redobrados, é possível que mesmo em casos nos quais haja irregularidade na cadeia de custódia, a prova seja aceita e admitida sua produção e valoração. Por outro lado, no caso de vícios mais graves, em que se tenha dúvidas sobre a autenticidade ou integridade da fonte de prova, em que haja uma probabilidade de que a mesma tenha sido adulterada, substituída] ou modificada, isso enfraquecerá seu valor, cabendo ao julgador, motivadamente, fazer tal análise.” Em seguida, conclui: “se houver elementos concretos que permitam dúvidas da autenticidade ou integridade da fonte de prova, ante a probabilidade de que a mesma tenha sido adulterada, substituída ou modificada, a sua valoração exigirá um esforço justificativo demonstrando o porque ser possível confiar na autenticidade e integridade de tal fonte, para valorar seu conteúdo”. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 561.

⁶⁶ “Temos defendido que, a constatação de vícios na cadeia de custódia, não leva, necessariamente, à ilicitude ou ilegitimidade da prova, que seria inadmissível no processo. Isso porque, é possível que haja apenas omissões ou irregularidades leves, sem que haja indicativos concretos de que a fonte de prova possa ter sido modificada, adulterada ou substituída. Em tais casos, a questão deve ser resolvida no momento da valoração. (...) A solução, contudo, é diversa em dois casos: o primeiro, *quando não há qualquer documentação da cadeia de custódia*; o segundo, *quando não seja possível, minimamente, assegurar que o vestígio tenha potencial para o acerto do fato*. Não havendo documentação da cadeia de custódia, e não sendo possível sequer ligar o dado probatório à ocorrência do delito, o mesmo não deverá ser admitido no processo. A parte que pretende a produção de uma prova digital tem o ônus de demonstrar previamente a sua integridade e autenticidade, por meio da documentação da cadeia de custódia. Sem isso, sequer é possível constatar sua *relevância probatória*”. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A cadeia de custódia da prova digital. Direito probatório*. Londrina: Thoth, 2023. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4852301>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

⁶⁷ (...) a falta de manutenção da cadeia de custódia pode retirar da prova a sua capacidade de ser útil ao processo; principalmente nos casos em que, em razão da impossibilidade de rastrear, de maneira sequencial, a sua origem, ela perde a *credibilidade* para servir de elemento apto à reconstrução histórica dos fatos. (...) sob essa perspectiva do filtro do critério lógico de admissão

Serra Oliveira acrescenta que a avaliação da admissibilidade da fonte de prova que não teve sua cadeia de custódia devidamente demonstrada deve passar pela adoção de um *standard*, sugerindo para tanto a “preponderância da prova”, em outros termos, quando houver maior probabilidade de a evidência apresentada em juízo ser aquilo que a parte diz ser (identidade) admite-se, do contrário, deverá ser inadmitida/excluída, porquanto irrelevante⁶⁸.

3.3. A PROVA DA CADEIA DE CUSTÓDIA - UMA PROPOSTA INCLUSIVA

da prova é que se deve analisar, inicialmente, as repercussões da quebra da cadeia de custódia para um elemento ou fonte de prova, principalmente nas situações em que a quebra afetar o requisito da identidade.(...) A inadmissibilidade pela impertinência do pedido da parte em realizar perícia em amostra de entorpecente que, sem qualquer demonstração de sua origem, foi apresentada em juízo, não seria objeto de grandes discussões jurídicas. Tampouco demandaria acalorado debate a negativa do pedido de realização de exame de sangue para constatar a embriaguez sem a indicação de que a amostra é proveniente de alguém específico. Enfim, os exemplos são muitos e têm em comum o fato de que, pelo desconhecimento da origem da fonte de prova - a droga poderia estar em qualquer lugar ou com qualquer pessoa, o sangue pode ser de qualquer um e ter sido colhido em qualquer lugar -, ela não tem potencial de provar a hipótese acusatória, isto é, que determinada pessoa portava drogas ou conduzia o veículo automotor sob efeito de álcool. Por sua vez, em determinadas situações, a quebra da cadeia de custódia conduz à mesma situação de inadmissibilidade pelos critérios lógicos de pertinência e relevância, especialmente quando a violação resultar na desconexão entre o elemento ou a fonte de prova, que se pretende utilizar ou produzir em juízo, com o fato que se pretende provar, retirando-lhe por completo a potencialidade de influenciar no julgamento. In: OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>. Acesso em 01 dez. 2023.

⁶⁸ Para além da exigência de fundamentação, há também que se buscar maximizar o resultado da conflitante relação existente entre, de um lado, a garantia do direito à prova e a entrada de conhecimentos úteis para a apuração verídica dos fatos e, de outro, a exigência da superação da presunção de inocência do acusado para a condenação. O caminho para tanto é diferenciar o *standard* necessário para a admissão da prova, na análise da sua pertinência e relevância, daquele exigido para a condenação. Portanto, no que se refere ao critério lógico de admissibilidade, a prova deve ser admitida quando “atende a um requisito muito menos exigente, de mera preponderância de evidência (normalmente traduzido como uma exigência de probabilidade de 50%)”. (...) Dessa forma, não obstante a quebra da cadeia de custódia do elemento ou fonte de prova possa resultar na sua inadmissão por conta da irrelevância e impertinência, a avaliação deverá ser feita sob a perspectiva de um regime de inclusão da prova, de modo que deverão ser aceitas aquelas que tenham maior probabilidade de serem o que a parte diz que são. In: OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>. Acesso em 01 dez. 2023.

O presente artigo propõe que a quebra da cadeia de custódia não traz consequências para a admissibilidade da prova e, para tanto, pretende-se superar as propostas de exclusão da fonte de prova por razões políticas e epistêmicas.

De largada, é preciso esclarecer os aparentes equívocos da doutrina que advoga a ilicitude da fonte de prova por desrespeito às normas da cadeia de custódia. Como se viu acima, os defensores desta afirmam que violações à cadeia de custódia da prova causam prejuízo ao exercício do contraditório, direito fundamental, o que justificaria a conclusão pela ilicitude.

A cadeia de custódia é um mecanismo cuja finalidade é autenticar a fonte de prova. Ela é concebida como um conjunto de medidas que buscam preservar a identidade e integridade dos elementos de juízo, assegurando a sua fiabilidade. Dessa maneira, o procedimento por meio do qual se registra a cadeia de custódia não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para autenticação da fonte de prova, não sendo possível descartar que esta autenticação se dê por outros meios⁶⁹.

A cadeia de custódia se refere, então, à acreditação da evidência, à sua fiabilidade, razão pela qual o que se questiona quando os procedimentos de registro da cadeia de custódia são descumpridos não é a licitude da fonte de prova, mas o seu valor probatório⁷⁰.

Esse entendimento tem prevalecido em países em que discussões a respeito da cadeia de custódia já estão mais maduras comparadas ao Brasil, como é o caso da Colômbia, onde o meio de autenticação recebeu previsão constitucional ainda no ano de 2003⁷¹. Do mesmo modo, o *Código de*

⁶⁹ OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>. Acesso em 01 dez. 2023.

⁷⁰ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 529-566.

⁷¹ Por meio do *Acto Legislativo 3 de 2002* o Congresso colombiano estabeleceu o dever do órgão de acusação de garantir a cadeia de custódia: "*En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá (...) 3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas*

Procedimiento Penal colombiano, de 2004, destina um capítulo próprio à cadeia de custódia, e prevê que os elementos probatórios e a evidência física são considerados autênticos quando seguem os procedimentos técnicos para detecção, fixação, recolhimento e embalagem e acrescenta que a autenticação da fonte de prova não submetida à cadeia de custódia cabe à parte que a apresenta (artigo 277⁷²).

Mencionada previsão normativa, especificamente a parte final do artigo 277 - *“La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.”* - teve sua constitucionalidade questionada justamente pelo fato de permitir que a fonte de prova que sofreu violação em sua cadeia de custódia seja autenticada por outros meios. Alegava o autor da ação, entre outros argumentos, que tal previsão ofenderia o direito fundamental ao devido processo, fundamento que foi refutado pela Suprema Corte Colombiana, nesses termos⁷³:

“En este sentido, la autenticidad implica el acatamiento de los procedimientos normativos concernientes a la protección y conservación de la prueba y su incumplimiento afecta su aptitud demostrativa pero no implica su ilegalidad. Por lo anterior, cuando no se aplica la cadena de custodia no se está afectando el debido proceso, sino que se reduce el mérito probatorio específico del elemento material probatorio, el cual podrá acreditarse a través de otros mecanismos, aunque en ese evento su eficacia probatoria deberá evaluarse por el juez en cada caso concreto.”

Ao decidir pela constitucionalidade da norma, a Suprema Corte colombiana assinalou que a finalidade da previsão normativa da cadeia de

adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.” Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6679>>. Acesso em 29 nov. 2023>.

⁷² *“Ley 906 de 2004 Congreso de la República de Colombia: Artículo 277. Autenticidad. Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia. La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente”.* Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787> - Acesso em 29 nov. 2023.

⁷³ Sentencia C-496/15 da Corte Constitucional de Colômbia.

custódia não é impedir que haja outros meios de autenticação de prova, mas evitar que o elemento de prova perca seu valor probatório⁷⁴ em razão de más práticas dos órgãos de persecução, acrescentando que o descumprimento do dever de preservar a cadeia de custódia não desonera os agentes públicos, que podem vir a sofrer, inclusive, consequências penais e disciplinares⁷⁵.

⁷⁴ Desde 2007 a *Sala de Casación Penal* da *Corte Suprema de Justicia* da Colômbia vem decidindo que a falha no registro da cadeia de custódia não é critério de ilicitude, mas de valor probatório: “*La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan –como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad. Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio. En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos éstos a los que tendrá que enfilar la crítica la parte contra la cual se aduce. (...) Con todo, se insiste, si se demuestran defectos en la cadena de custodia, acreditación o autenticidad y, pese a ello, la prueba se practica, dicha prueba no deviene ilegal y no será viable su exclusión; sino que, debe ser cuestionada en su mérito o fuerza de convicción por la parte contra la cual se aduce.*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicación N. 25920). Essa mesma decisão foi reiterada pela Corte Suprema em outras oportunidades, mencionam-se os julgados 28195, 30598 e 31898. Disponível em: <[https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/AUDIENCIA%20PREPARATORIA/EVIDENCIA%20FISICA%20PERTINENCIA%20Y%20AUTENTICACION/25920\(21-02-07\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/AUDIENCIA%20PREPARATORIA/EVIDENCIA%20FISICA%20PERTINENCIA%20Y%20AUTENTICACION/25920(21-02-07).doc)> Acesso em: 01 dez. 2023.

⁷⁵ “*En desarrollo de este deber, la Fiscalía General de la Nación está obligada a aplicar una serie de medidas que tienen por objeto preservar la identidad o integridad de los elementos materiales probatorios o evidencia física para establecer la verdad de los hechos y determinar la responsabilidad del procesado. Por lo anterior, la finalidad de esta norma no es impedir que existan otros medios de autenticación de las pruebas, sino evitar que se afecte el poder demostrativo de aquellas que sean recaudadas por la Fiscalía que pueden acreditar la inocencia o culpabilidad de una persona. (...) De esta manera, la posibilidad de que existan otros medios de autenticación de las pruebas en ningún momento afecta el numeral 3º del artículo 250 de la Constitución, sino que permite que en casos en los cuales no se haya podido garantizar la cadena de custodia se empleen otros medios de autenticación distintos aunque con un menor valor probatorio debe ser acreditado en cada caso concreto. En este sentido, el análisis de si se aplicó la cadena de custodia u otro medio idóneo para la verificación de la autenticidad de los elementos materiales probatorios o la evidencia física hace parte del derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso, en virtud del cual, el juez luego de un completo y exhaustivo análisis, deberá decidir en cada caso en concreto el mérito probatorio que le asigna a las mismas. En consecuencia, el inciso 2º del artículo 277 de la Ley 906 de 2004 en ningún momento elimina ni limita el deber de la Fiscalía de asegurar la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios que recaude consagrado en el artículo 250 de la Constitución, el cual sigue existiendo y su incumplimiento puede tener consecuencias penales y disciplinarias.*” In: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicación N. 25920.

No mesmo rumo se percebe a jurisprudência mexicana que, ao interpretar os artigos 227 e 228 do Código Nacional de Procedimientos Penales⁷⁶, deixa clara a necessidade de se escrutinar as violações ao procedimento da cadeia de custódia pelo seu aspecto epistêmico e não legal, ressaltando que a licitude diz respeito aos meios de obtenção de prova e a cadeia de custódia diz respeito a como se preserva a fonte de prova⁷⁷.

Nessa linha, com razão a parcela da doutrina brasileira que afirma não ser a prova da cadeia de custódia um direito da defesa, mas um ônus da acusação⁷⁸, um ônus que, uma vez descumprido, trará inegável prejuízo epistêmico à fonte de prova.

⁷⁶ Artículo 227. *La cadena de custodia es el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.*

Con el fin de corroborar los elementos materiales probatorios y la evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos.

Artículo 228. *Responsables de cadena de custodia.- La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de quienes en cumplimiento de las funciones propias de su encargo o actividad, en los términos de ley, tengan contacto con los indicios, vestigios, evidencias, objetos, instrumentos o productos del hecho delictivo.*

Cuando durante el procedimiento de cadena de custodia los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito se alteren, no perderán su valor probatorio, a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que hayan perdido su eficacia para acreditar el hecho o circunstancia de que se trate. Los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito deberán concatenarse con otros medios probatorios para tal fin. Lo anterior, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir los servidores públicos por la inobservancia de este procedimiento. In: Código Nacional de Procedimientos Penales MÉXICO, disponível em: <<https://www.gob.mx/pff/documentos/codigo-nacional-de-procedimientos-penales-259843>>. Acesso em 01 dez. 2023.

⁷⁷ CADENA DE CUSTODIA. *SU TRANSGRESIÓN NO TORNA ILÍCITOS LOS DATOS DE PRUEBA.* *La transgresión a los principios legales de cadena de custodia, no torna ilícitos los datos de prueba relacionados con la evidencia respectiva. La ilicitud es un tema que atañe a la manera en que se obtiene la prueba en tanto que la cadena de custodia es la manera en que se preserva la misma. Conforme al artículo 264 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los datos de prueba obtenidos contra derechos fundamentales conllevan su exclusión o nulidad; en cambio, los indicios alterados por violación a la cadena de custodia repercuten en su valoración, pues el numeral 228 del mismo código, determina que aquéllos no perderán su valor probatorio a menos que la autoridad competente verifique que han sido modificados de tal forma que pierdan su eficacia.* In: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 275/2019. 30 de enero de 2020. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Lara González. Secretaria: Laura Olivia Sánchez Aguirre. Disponível em: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2021845>>. Acesso em 01 dez. 2023.

⁷⁸ A comprovação da cadeia de custódia não é um direito da defesa, mas sim um ônus da acusação (...) O direito que a defesa tem, decorrente da presunção de inocência, é de não haver uma condenação criminal sem que haja prova da culpa do réu para além da dúvida razoável. A

Assim é alcançada uma conclusão parcial: a violação da cadeia de custódia, independente do grau, não torna ilícita a fonte de prova.

Não obstante, concluir que não se trata de prova ilícita não resolve o problema da admissibilidade pois, como vimos, para ser admitida e passar à fase da valoração o elemento de juízo ainda precisa passar pelos filtros epistêmicos.

Uma proposta inclusiva precisa enfrentar, portanto, os substanciosos argumentos pela inadmissibilidade da prova por razões de cariz epistemológico. A esse respeito, já se disse que parte da doutrina nacional sustenta que graves violações à cadeia de custódia comprometem o requisito da identidade, isto é, impedem afiançar uma ligação entre a fonte de prova e o *thema probandum*, o que tornaria a evidência carente de potencial epistêmico e, portanto, irrelevante (se a porção de drogas periciada e apresentada em juízo diz respeito a outro caso penal ela naturalmente não tem o condão de tornar mais ou menos provável o fato sob julgamento). Avançando nessa linha de raciocínio, essa doutrina sugere, inclusive, um *standard* para avaliação da relevância do elemento de prova.

Aqui, aparentemente, há uma confusão de conceitos, sustentada em premissas equivocadas, pois o juízo de relevância de um elemento probatório é de “tudo ou nada”, isto é, ou a evidência tem potencial para acerto do *thema probandum* e, portanto, é relevante, ou não tem e, logo, não é relevante⁷⁹. Um elemento de prova é relevante quando detém potencial epistêmico, qualquer que seja ele, a relevância não é alta, média, ou baixa, desse modo, não é adequado se falar em *standards* de relevância.

Trazendo a discussão para o tema da cadeia de custódia, pode-se dizer que se existe alguma possibilidade de a fonte de prova ser o que a parte diz que é, ela é relevante, mas não, necessariamente, fiável. É preciso concluir, desse

falta da cadeia de custódia pode enfraquecer a prova e impedir a condenação. In: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019. p. 529-566.

⁷⁹ “(...) a relevância da prova não é uma questão de grau: uma prova é relevante ou não é”. In: TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 163.

modo, que o controle epistêmico sugerido não é de relevância, mas de fiabilidade.

O controle de fiabilidade da fonte de prova é nota característica do sistema norte-americano, inclusive quando o tema é cadeia de custódia. A cadeia de custódia, enquanto método de autenticação da prova, é regida no direito norte-americano pelas *rules* 901 e 902 do *Federal Rules of Evidence*, e falhas na autenticação da prova podem levar sim à inadmissibilidade. Como critério para admissão a parte que apresenta a evidência deve comprovar que esta é (mais provavelmente do que não) aquilo que alega ser⁸⁰, ou seja, adota-se o *standard preponderance of the evidence* para o juízo de admissibilidade.

Esse controle prévio sobre a fiabilidade dos elementos probatórios, no âmbito do direito norte-americano, conforme já pontuado, se deve a uma busca por garantir a racionalidade do julgamento “*ex ante*”, isto é, selecionam-se as provas que poderão ser praticadas perante o jurado (que é, predominantemente, o julgador dos fatos no *common law*), com a finalidade de impedir erros de julgamento.

De fato, não sendo possível conhecer o valor probatório atribuído pelo jurado ao elemento de prova, porque ele, como regra, não motiva, também não será possível saber se ele atribuiu àquele elemento o valor merecido.

Mas não é só, também existe, evidentemente, uma relação paternalista entre o juiz técnico e o jurado, entendendo-se que, por ser o jurado leigo, se justificaria protegê-lo de suas crenças equivocadas.

Para a adoção de um controle de fiabilidade, tão próprio dos sistemas do *common law*, necessita-se uma reflexão prévia: essas mesmas características que o fundamentam estão presentes no ordenamento brasileiro? A resposta, obviamente, é negativa. À exceção do julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, da CF), as decisões são tomadas por juízes profissionais e não por jurados.

⁸⁰ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019, pp. 529-566.

Desse modo, não se justifica no sistema processual brasileiro a adoção de uma atitude paternalista para proteger o julgador (paternalismo epistêmico⁸¹), afinal será ele próprio quem decide sobre a admissibilidade das provas, ou então, com a recente adoção do “juiz das garantias”, haveria um juiz técnico protegendo outro⁸².

Por outro lado, ainda que no Brasil, e nos países de *civil law* de maneira geral, não estejam presentes essas mesmas condições que fundamentam o controle de fiabilidade nos EUA, isso não resolve a questão em definitivo, pois partindo do marco de uma concepção racionalista, que estabelece uma relação teleológica entre prova e verdade, é preciso responder à indagação: a exclusão do elemento de prova que teve sua cadeia de custódia violada, favorece ou prejudica o acerto dos fatos?

Inicialmente é preciso esclarecer, quando o tema é cadeia de custódia, essa discussão, que encerra um controle de fiabilidade, somente terá lugar nas

⁸¹ *Ahora, esta línea argumental, como se ha dicho, supone que efectivamente hay alguien a quien proteger de sus malas decisiones y, por ello, se le ha llamado “paternalismo epistémico”, en analogía al paternalismo tradicional. Fue Goldman el primero en sugerir que si el jurado era incapaz de decidir adecuadamente con conocimiento experto, entonces tendríamos que apartarlo de sus malas decisiones: Si, en opinión de los legisladores, una cierta categoría de elementos de juicio suele inducir al jurado a error, ellos están facultados para exigir o permitir que tales pruebas se mantengan fuera del alcance de los jurados. Este es un ejemplo de lo que llamo paternalismo epistémico. [...] El tribunal sustituye con su propia expectativa sobre el error del jurado la expectativa del jurado mismo. In: VÁZQUEZ, Carmen; LÓPEZ, Mercedes Fernández. La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas. In: FERRER-BELTRÁN, Jordi. Manual de Razonamiento Probatorio. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023, pp. 139-212.*

⁸² Em livro dedicado à prova pericial, em comentários aos critérios Daubert, Carmen Vázquez afirma serem condições para a adoção de medidas paternalistas: “(i) Ter informação empírica sólida que fundamente tais deficiências nos juízes, mostrando que produzem uma tendência ao erro, e não só a existência de erros ocasionais. Para isso, devem-se levar em consideração, ademais, as características de cada tipo de julgador, visto que poderá ter diferenças importantes entre julgadores profissionais e jurados leigos, por exemplo. (ii) Que tais deficiências sejam relevantes para a tarefa a ser realizada. Levando em conta que não se pede ao juiz que comprove ou refaça as atividades periciais que levam a um determinado resultado; (iii) Analisar quais mecanismos paternalistas são adequados. Inclusive, se se considera justificado exercer o paternalismo epistémico dos juízes, isso não autoriza que se considere apropriado qualquer mecanismo paternalista. Nem sempre será acertado, por exemplo, excluir provas que possam aportar informação relevante; pode-se considerar, também, a imposição de programas de formação continuada que façam do juiz um melhor consumidor de informação técnica etc.”. In: VÁZQUEZ, Carmen. Prova Pericial: Da prova científica à prova pericial. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 486.

situações em que o elemento probatório não puder ser autenticado por outros meios, condição necessária para que a fiabilidade seja questionada.

Portanto, para hipóteses de graves violações da cadeia de custódia (e ausentes outros meios de autenticação), das quais resultem fundadas objeções à identidade do elemento de prova, é legítimo discutir se essa fonte de prova deve ser valorada.

Considerando que o parâmetro de controle (fiabilidade) é epistemológico, a resposta ao problema, igualmente, deve ser; e do ponto de vista epistêmico, é correto afirmar que quando se busca acertar a verdade de um enunciado fático, deve-se admitir o maior número possível de informações relevantes (“*total evidence principle*⁸³”).

De acordo com Laudan, existe um acordo universal, fora do direito, no sentido de que aqueles que estão encarregados de tomar decisões podem fazê-lo da melhor maneira se têm conhecimento de tanta informação relevante quanto possível⁸⁴. E conclui o epistemólogo norte-americano que excluir provas relevantes, e não redundantes, seja qual for a razão, diminui a probabilidade de que pessoas, em princípio, racionais, cheguem a conclusões corretas⁸⁵.

Pode, por vezes, parecer contraintuitivo, mas sob um parâmetro puramente epistêmico, a exclusão de provas, mesmo de baixa fiabilidade, não se justifica. Para respaldar essa assertiva é importante entender o conceito de peso probatório e diferenciá-lo de valor probatório.

Ferrer Beltrán, a partir da releitura da obra de John Maynard Keynes, esclarece que valor probatório mede o grau de confirmação que um conjunto de elementos de juízo aporta a uma hipótese, enquanto o peso probatório corresponde ao grau de completude, de riqueza de elementos de juízo disponíveis ao julgador⁸⁶. Portanto, peso probatório é a soma de elementos de juízo relevantes, favoráveis e desfavoráveis, que permitem atribuir valor

⁸³ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 165-166.

⁸⁴ LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 46.

⁸⁵ LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 46.

⁸⁶ FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prova sem convicção: Standards de prova e devido processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, pp. 411-415.

probatório a cada uma das hipóteses em conflito⁸⁷. Assim, enquanto o valor probatório de uma hipótese denota a probabilidade de que essa hipótese seja verdadeira em termos comparativos com suas hipóteses rivais, o peso probatório refere-se à probabilidade de acerto da decisão, em função da riqueza dos elementos de juízo considerados para decidir. É nesse sentido que se pode afirmar que, quanto maior a informação disponível, maior a probabilidade de acerto⁸⁸.

Embora todo enunciado fático seja sempre probabilístico (em razão das limitações cognitivas inerentes à atividade humana), o conjunto de provas sobre o qual se embasa esse enunciado pode ser mais ou menos completo e tais provas podem ser mais ou menos fiáveis. E do ponto de vista epistemológico, a maior completude, independente da fiabilidade ser baixa ou alta, significa, *ceteris paribus*, maior probabilidade de acerto dos fatos (segurança da decisão)⁸⁹.

Infere-se, nessa linha, que uma vez ausente justificativa epistêmica para a exclusão da fonte de prova que não conta com a devida autenticação, a adoção de um controle de fiabilidade demandaria uma escolha político-legislativa⁹⁰, que em tal caso estaria lastreada em valores alternativos à averiguação da verdade (norma contra-epistêmica), como a redistribuição de riscos de erro (falsos materiais) em favor do acusado.

⁸⁷ FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prova sem convicção: Standards de prova e devido processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, pp. 411-415.

⁸⁸ FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prova sem convicção: Standards de prova e devido processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, pp. 411-415.

⁸⁹ Em sentido contrário: *“Mientras la información de que disponga el decisor sobre los hechos siga siendo incompleta, la adquisición de información adicional con credenciales inciertas puede no mejorar su posición epistémica. La llegada de nueva información podría sólo sustituir el riesgo de error existente hasta el momento por un nuevo riesgo de error, vinculado a la credibilidad de la nueva información. Más aún, no hay garantía de que el nuevo riesgo de error sea menor que el anterior. (...) mi tesis simplemente refuta la intuitiva (pero falaz) idea de que el aumento de información necesariamente produce mayor exactitud en la determinación de los hechos”* (STEIN, A. (2005). Foundations of Evidence Law. USA, Oxford: Oxford University Press, p.123 *apud* FERRER-BELTRÁN, Jordi. La Prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo. Cartagena (Colombia) Vol. IX. N° 18: 150-169, julio-diciembre 2017).

⁹⁰ Nesse ponto, vale recordar, a averiguação da verdade é o fim prioritário do processo em matéria de prova, porém não é, em absoluto, o único, de modo que filtros adicionais à relevância para a fase admissibilidade podem ser legítimos, desde que decorram de uma escolha expressa do legislador;

Um controle de fiabilidade prévio à valoração da prova em sentença deve ter por critério a autenticação da fonte de prova e não a violação da norma da cadeia de custódia - pois, repise-se, o registro da cadeia de custódia é apenas um método de autenticação -, e nesse caso demandaria a fixação de um *standard* para definir quando está suficientemente demonstrada a identidade do elemento probatório.

Também é preciso notar, como afirma Susan Haack, que a fiabilidade da prova não pode ser avaliada tão somente a partir de critérios intrínsecos, uma vez que elementos probatórios, individualmente, pouco fiáveis, podem ser acreditados quando corroborados por outros elementos inseridos no mesmo conjunto probatório⁹¹, motivo pelo qual a exclusão de provas consideradas pouco fiáveis pode se revelar prematura, causando considerável prejuízo epistêmico⁹².

Por essa razão, a adoção de um controle de fiabilidade da fonte de prova para o sistema processual brasileiro, demandaria, ainda, a criação de um momento processual adequado, de maneira a permitir a prática de novas provas em contraditório (metaprovas) e a avaliação não apenas da fiabilidade intrínseca, mas do apoio epistêmico que outros elementos probatórios aportam àquela.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a analisar o problema da admissibilidade da fonte de prova que não teve sua cadeia de custódia preservada, com especial

⁹¹ SALGADO, Daniel de Resende. A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 153.

⁹² Na mesma linha, SALGADO explica, com base em PARDO e NANCE, que, mesmo as provas de baixa qualidade podem ser úteis, desde que o julgador compreenda a força que lhes deve ser atribuída. Ao considerar as provas científicas, muitos dos problemas relativos à fiabilidade devem ser tratados sob pena de elevado custo epistêmico, não no estágio de admissibilidade, mas em um contexto de valoração e posterior determinação de suficiência probatória, mormente quando o julgador, se mais bem informado das limitações daquela prova, passa a lhe conferir força adequada em casos individuais. In: SALGADO, Daniel de Resende. A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 153.

foco na realidade brasileira. Não obstante tenha sido este o propósito principal, também foram enfrentadas questões epistemológicas complexas e multifacetadas - como o caráter “verdade-conducente” da admissão de provas de baixa fiabilidade, objeto de profunda discussão acadêmica - que impuseram evidentes limitações ao escopo de análise. Por esse motivo, reconhece-se que as conclusões a seguir demandam aprofundamento teórico, incorporando inclusive o conhecimento de outras disciplinas, como a filosofia e a psicologia.

Feitas estas ressalvas, passa-se, sem maiores digressões, às conclusões:

- A cadeia de custódia é um método de autenticação da prova que não exclui outros;
- Violações à cadeia de custódia, independente do grau, não tornam a fonte de prova ilícita;
- O controle de admissibilidade e exclusão da fonte de prova que não teve sua cadeia de custódia preservada deve, portanto, ser realizado à luz de critérios epistemológicos, de relevância e fiabilidade;
- A ausência de registro da cadeia de custódia ou graves violações desta, quando ausentes meios alternativos de autenticação, rebaixam o potencial epistêmico da fonte de prova;
- Mesmo a prova de baixa ou escassa fiabilidade é relevante;
- O direito processual penal brasileiro não estabelece nenhum controle de fiabilidade para a admissibilidade probatória;
- Portanto, a violação à cadeia de custódia da prova, em qualquer hipótese, não tem o condão de levar à exclusão da prova no direito brasileiro;
- Falhas de autenticação, das quais resultem fundados questionamentos a respeito da identidade e integralidade da fonte de prova, devem ser objeto de apreciação no momento da valoração judicial - individual e de conjunto;
- Mesmo a prova de baixa fiabilidade aumenta o peso probatório e, portanto, a segurança (probabilidade de acerto) da decisão;

- Não há justificativa epistêmica para a exclusão de provas relevantes, ainda que de baixa fiabilidade, quando se pressupõe um julgador dos fatos racional;

- A adoção de filtro de fiabilidade na fase de admissão pode ter fundamentos alternativos à averiguação da verdade, como a redistribuição de riscos de erro (falsos materiais) em favor do acusado, nesse caso, dependerá de uma escolha política, do legislador;

- Eventual controle de fiabilidade, caso implementado no direito brasileiro, precisa observar as especificidades que fundamentam as regras de admissibilidade em outros sistemas, como o norte-americano, onde prevalece o julgamento por jurados, leigos, que não motivam suas decisões;

- O controle de racionalidade das decisões, em sistemas de *civil law*, deve se dar por meio da motivação / justificação;

- Considerando que a fiabilidade é medida em graus, o controle do ingresso da prova por esse critério pressupõe a adoção de um *standard* a ser previamente definido;

- A adoção de controles de fiabilidade demandaria, ainda, a criação de um momento processual adequado, que permita nova produção probatória e a avaliação não apenas da fiabilidade intrínseca, mas o apoio epistêmico que outras provas aportam à fonte de prova questionada.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMENTA DEU, Teresa. A prova ilícita: Um estudo comparado. Marcial Pons: São Paulo, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia da prova digital. Direito probatório. Londrina: Thoth, 2023. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4852301>>. Acesso em: 01 dez. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.).

- Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia judiciária e prova penal [livro eletrônico]. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- BADARÓ, Gustavo. Processo Penal, 8. ed.. São Paulo: RT, 2020.
- CORDERO, Franco. Procedura Penale. 9a ed. Milano: Giuffrè, 2012.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org). A prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. São Paulo: JusPodivm, 2019.
- DAMAŠKA, Mirjan R. Evidence Law Adrift. New Haven: Yale University Press, 2013.
- DEI VECCHI, Diego. Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión. In: ROVATTI, Pablo; LIMARDO Alan (dirs.). Pensar la prueba, nº. 1, 2020.
- EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, p. 237-257, mai.-jun./2016.
- EUSAMIO MAZAGATOS, Ester; SÁNCHEZ RUBIO, ANA. La Prueba Ilícita en la Doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos. Tirant lo Blanch: Valencia, 2016.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. La Prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena (Colombia) Vol. IX. Nº 18: 150-169, julio-diciembre 2017.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. Manual de Razonamiento Probatorio. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prova sem convicção: Standards de prova e devido processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. Valoração Racional da Prova. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina. ¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. 2012. Disponible em: <https://www.researchgate.net/publication/329104652_Libertad_de_prueba_Defensa_de_la_regla_de_exclusion_de_prueba_ilicita>.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GOMEZ COLOMBER, JUAN-LUIS. El Proceso Penal alemán: introducción y normas básicas. Barcelona: Bosch, 1985.
- GÖSSEL, Karl-Heinz. Las prohibiciones de prueba como límites de la búsqueda de la verdad en el proceso penal: Aspectos jurídico-constitucionales y político criminales, in El proceso penal antes el Estado de Derecho. Grijley: Lima, 2004.
- HAACK, Susan. Evidencia e Investigación: Hacia la reconstrucción en epistemología. Madrid: Tecnos, 1997.
- HACKER, P.M.S. Human Nature: The Categorical Framework, Wiley-Blackwell, Sussex, 2010.
- HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica. trad. Carmen Vázquez e Edgard Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal: Especial referencia a la Exclusionary Rule Estadounidense. 2. ed. Ciudad de México: Ubijus Editorial. 2018.

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. 131-151, maio de 2010.
- NIEVA FERROLL, Jordi. *Derecho procesal III Proceso Penal* 2ª ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2023.
- OLIVEIRA, Rafael Serra. *Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA*. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/en.php>>.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2ª edição. 2010.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Ed, vol. 1. Berlim: De Gruyter, 2020.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000
- SALGADO, Daniel de Resende. *A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova*. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- SALGADO, Daniel de Resende. *Fundamento à admissibilidade da metaprova no processo penal. Quaestio facti*. *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Girona, v. 5, p. 95-123, junho de 2023.
- SÁNCHEZ RUBIO, Ana. *La Prueba Científica en la Justicia Penal*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2019.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- VÁZQUEZ, Carmen; LÓPEZ, Mercedes Fernández. *La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas*. In: FERRER-

BELTRÁN, Jordi. Manual de Razonamiento Probatorio. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023.

VÁZQUEZ, Carmen. Prova Pericial: Da prova científica à prova pericial. São Paulo: JusPodivm, 2021.

VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. Exclusión de la prueba pericial científica (de baja calidad epistémica) en fase de admisibilidad en procesos penales de tradición románica-continental: Diálogo entre dos culturas jurídicas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 375-408, jan./abr. 2021.

VOLK, Klaus. Grundkurs StPO. 7a ed. München: Beck, 2010.

© *Direito e Linguagem* nº 4, vol. 2. Extraordinário (2025), pp. 49-96
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.15272227

Entre a Democracia Defensiva e a Filosofia da Linguagem: os usos eufemísticos do discurso jurídico no processo penal de exceção

Between Defensive Democracy and the Philosophy of Language: the euphemistic uses of legal discourse in exceptional criminal proceedings

Rodrigo Chemim

Universidade Positivo¹

Fábio André Guaragni

Centro Universitário Unicuritiba²

Sumário. 1. Introdução. 2. A genealogia da “democracia militante” e sua deturpação contemporânea como “democracia defensiva”. 3. O eufemismo como estratégia de linguagem: entre a retórica política e o decisionismo judicial. 4. Democracia defensiva e “estado de exceção em legítima defesa”. 5. Filosofia da consciência e a má hermenêutica das garantias constitucionais. 6. Filosofia da linguagem como alternativa hermenêutica ao decisionismo. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo problematizar o uso da linguagem eufemística como mecanismo de legitimação discursiva de práticas autoritárias promovidas sob o pretexto da proteção institucional da democracia. Em especial, critica-se a noção contemporânea de “democracia defensiva”, recentemente adotada no Brasil em documentos oficiais e seminários institucionais, como

¹ Professor Titular de Processo Penal no PPGD - Mestrado Profissional em Direito da Universidade Positivo, da graduação do Unicuritiba e da FEMPAR. Doutor em Direito de Estado pela Universidade Federal do Paraná. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Procurador de Justiça no Ministério Público do Paraná. E-mail: rrchemim@mppr.mp.br

² Professor Titular de Direito Penal no PPGD - Mestrado e Doutorado do Unicuritiba, da FEMPAR, EMAP, FAPAD. Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR com pesquisa Pós-doutoral junto à Università degli Studi di Milano – UNIMI e Università Mediterranea di Reggio Calabria. Procurador de Justiça no Ministério Público do Paraná. E-mail: guaragni@mppr.mp.br.

forma dissimulada de justificar estados de exceção permanentes no interior da ordem constitucional, com a repaginação de um modelo de direito penal de autor: o chamado *Direito Penal do Inimigo*. Retomando a matriz original da “democracia militante” proposta por Karl Loewenstein, o artigo demonstra como a sua deturpação atual se ancora em uma filosofia da consciência que desconsidera os limites hermenêuticos constitucionais do processo penal e se apoia em um modelo de interpretação subjetivista e decisionista. Defende-se, em contraposição, a centralidade da filosofia da linguagem como fundamento de uma hermenêutica constitucional que resgate o sentido intersubjetivo e garantista das categorias jurídicas, especialmente no campo do processo penal.

Palavras-chave: Linguagem eufemística; Democracia defensiva; Direito penal do inimigo; Filosofia da linguagem; Processo penal.

Abstract: This article aims to problematize the use of euphemistic language as a rhetorical strategy to legitimize authoritarian practices allegedly justified by the institutional defense of democracy. In particular, it criticizes the contemporary notion of "defensive democracy", recently adopted in official speeches and institutional seminars in Brazil, as a disguised way of sustaining permanent states of exception within the constitutional order, redesigning a model of author-based criminal law: the so-called Enemy Criminal Law. Revisiting Karl Loewenstein's original conception of "militant democracy", the article demonstrates how its current distortion relies on a philosophy of consciousness that disregards the hermeneutical limits of constitutional criminal procedure, favoring a subjectivist and decisionist mode of interpretation. As an alternative, it defends the centrality of the philosophy of language as a hermeneutical foundation to restore the intersubjective and garantist meaning of legal categories, especially in criminal procedure.

Keywords: Euphemistic language; Defensive democracy; Enemy criminal law; Philosophy of language; Criminal procedure.

1. INTRODUÇÃO

O mito da neutralidade judicial se consolidou ao longo do século XIX, especialmente sob a influência do positivismo exegético amplamente aceito à época³. Suas raízes remontam à filosofia iluminista, quando já se difundia a concepção do juiz como mero “boca da lei” para emprestar a expressão cunhada por Montesquieu⁴. Na doutrina francesa de processo penal do século XIX, por exemplo, autores como Guichard e Dubochet afirmavam categoricamente que o juiz deveria permanecer “*neutro, absolutamente neutro entre o Ministério Público e o acusado.*”⁵ Da mesma forma, Carnot, em sua obra *De l’instruction criminelle*, de 1812, também aderiu a essa ideia de neutralidade judicial⁶. Hoje se sabe que os juízes não são “neutros”, porque nenhum ser humano é neutro em relação a tudo que viveu, que experimentou ao longo de sua vida. No entanto, mesmo não sendo neutro, ele deve ser imparcial, isto é, deve guardar equidistância das teses das partes. E aí vem uma quase impossibilidade prática. Ciente disso, o legislador brasileiro procurou se antecipar às discussões nos casos concretos e positivou regras que regulam as hipóteses nas quais o juiz não deve exercer seu poder jurisdicional porque, diante de algumas circunstâncias objetivas e subjetivas, a ausência de neutralidade é de tal ordem que a probabilidade de ele quebrar a imparcialidade é muito elevada.

E é justamente nesse ponto que a doutrina e a legislação processual penal contemporânea buscaram ressignificar o papel do julgador, concebendo a

³ Sobre o tema, de forma mais detalhada, vide CHEMIM, Rodrigo. *Processo Penal: fundamentos dos fundamentos*. Porto Alegre: Citadel, 2023, p. 505 e s.

⁴ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brede e de. *Do Espírito das Leis*. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 158 e 160, *verbis*: “Porém, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos. (...) Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.

⁵ GUICHARD, Victor e DUBOCHET, J.J. *Manuel du Jure ou Exposition des Principes de La Legislation Criminelle dans ses Rapports Avec les Fonctions de Jure*. Paris: A. Sautet et Compagnie, Libraires, 1827, p. 318.

⁶ CARNOT, M. *De L’Instruction Criminelle*. Paris: Chez Neve, Libraire de la Cour de Cassation, 1812, p. 159.

inércia probatória como um mecanismo de contenção, ou seja, como uma forma de impedir que o “ser-no-mundo”⁷ do juiz, inevitavelmente situado, não neutro e investido da função de julgar, acabe por se deixar guiar, ainda que inconscientemente, por seus próprios preconceitos e juízos prévios sobre os fatos, as pessoas ou os crimes. Reconhecendo-se que não há instrumento capaz de produzir um juiz neutro, já que essa neutralidade, sabe-se desde Freud⁸, constitui uma falácia discursiva, a doutrina mais atual defende que o modelo processual mais protetivo das garantias do acusado é o que usou denominar de “sistema acusatório”, segundo o qual a função do juiz não é conduzir as investigações criminais, nem tampouco se autoprovocar ou ter postura ativa na produção da prova no curso do processo. Ele deve ser inerte e se reservar a julgar o caso com o material que as partes lhe trouxerem. A centralização da produção e da gestão da prova nas partes procura minimizar os riscos inerentes à quebra da imparcialidade judicial.

Sob tal modelo, o juiz deve evitar a formação prévia de um convencimento íntimo (preconceito ou pré-juízo) que, posteriormente, o leve a buscar ativamente, ainda que de modo inconsciente, elementos que confirmem essa convicção mental anterior. Nesse sentido, é ilustrativo o diagnóstico oferecido pelo jurista italiano Franco Cordero em sua obra *Guida alla Procedura Penale*, ao tratar do chamado “método inquisitório”. Ao analisar práticas processuais dos séculos XIII a XVIII, Cordero descreveu um padrão de atuação judicial marcado por isolamento decisório e ausência de contraditório, ambiente no qual o juiz inquisidor, jamais confrontado dialeticamente, acabava por desenvolver o que ele chamou de “*quadros mentais paranoicos*” nos quais se dá o “*primado das hipóteses sobre os fatos*”, isto é, a tendência a aderir a uma

⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, 2ª ed. Tradução de Marcia Sa Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 206 e s. e p. 209 e s. Para definir o homem no plano ontológico, Heidegger se utiliza da palavra em alemão “*Dasein*” (o “ser-aí”, lançado ou jogado numa determinada facticidade que o circunda, também traduzido como o “ser-no-mundo”). Isso remete a importância de se questionar o “ser-aí” à luz de sua contingência, de sua facticidade, de sua cotidianidade desvelada “como modo da temporalidade” e, portanto, também de sua finitude (morte). Para Heidegger, o tempo é o “horizonte de toda a compreensão e interpretação do ser”, “o tempo é de onde a presença em geral compreende e interpreta implicitamente o ser”.

⁸ FREUD, Sigmund. O Inconsciente (1915). *Obras Completas*. V. 12. *Introdução ao Narcisismo, Ensaio de Metapsicologia e Outros Textos (1914-1916)*. Tradução de Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

hipótese prévia e moldar a colheita da prova em sua direção, muitas vezes mediante meios coercitivos, como a tortura⁹.

Ainda que não se possa transpor diretamente esse diagnóstico histórico referente a um modelo processual marcado pela solidão do julgador e pela admissibilidade da tortura para os sistemas contemporâneos, orientados pelas garantias do contraditório, da ampla defesa, do direito ao silêncio e da inércia judicial na produção da prova, tais expressões de Cordero continuam a oferecer valiosos referenciais teóricos. Elas permitem à doutrina moderna refletir criticamente sobre os riscos psicológicos e estruturais que ainda persistem na atividade jurisdicional, especialmente quando se desconsidera a imprescindibilidade da separação entre as funções de investigar e acusar (de um lado) e de julgar (de outro).

O certo é que, se em razão de sua natureza o ser humano nunca é neutro, tampouco a linguagem é neutra. E no campo jurídico, menos ainda. Assim, essa compreensão deveria gerar ampla preocupação em defensores da democracia, quando magistrados recorrem a eufemismos para descrever práticas de exceção. Quando esse tipo de comportamento se verifica não se trata apenas de compreender o uso de uma estratégia retórica, mas é possível identificar uma operação filosófica consciente que visa retirar a carga negativa de uma medida autoritária por meio da manipulação de seu signo linguístico. Há aí, portanto, um problema filosófico de primeira ordem, que transcende a técnica jurídica e atinge o núcleo mesmo da interpretação constitucional no Estado Democrático de Direito. O Brasil, atualmente, parece estar inserido nesse problema.

Essa percepção tem como marco inaugural o anúncio da instauração de um inquérito no Supremo Tribunal Federal, feito publicamente pelo então

⁹ CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986, p. 43. Em tradução livre: “2.7. *Lógica deformada. A solidão com que os inquisidores trabalham, nunca expostos ao contraditório, fora das grades dialéticas, talvez seja propícia ao trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Vamos chamá-los “primado das hipóteses sobre os fatos”; quem pergunta segue uma delas, as vezes de olhos fechados; nada garante ser a mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem mesmo que esse trabalho estimule uma cautelosa autocrítica; assim, como as cartas do jogo estão em suas mãos, e ele quem as põe na mesa; centra-se na “sua” hipótese.*”

Presidente do STF, ministro Dias Toffoli, no início da sessão plenária de 14 de março de 2019, mesma data em que a Corte, por apertada maioria de 6 votos a 5, decidiu pela competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos aos delitos eleitorais apurados na Operação Lava Jato. Essa decisão resultou na anulação de parte substancial das investigações iniciadas desde 2014 e reverteu entendimento consolidado da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça desde 2013, segundo o qual as regras de atração da competência da Justiça Eleitoral se aplicam exclusivamente no âmbito da Justiça Estadual, não se sobrepondo à competência da Justiça Federal, prevista constitucionalmente (cf. STJ, Terceira Seção, CC 126.729/RS, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.4.2013).

Durante a sessão no STF, alguns ministros criticaram publicamente os procuradores da República que haviam se manifestado em defesa da manutenção da competência da Justiça Federal. O ministro Gilmar Mendes qualificou os membros do Ministério Público Federal como “*infelizes, reles e desqualificados*”. O ministro Alexandre de Moraes afirmou que “*não existem salvadores da Pátria*”. O ministro Dias Toffoli, por sua vez, declarou: “*todos estamos unidos no combate à corrupção, tanto que são raros os casos de reversão de alguma condenação*”¹⁰. Ainda na mesma sessão, o ministro Dias Toffoli anunciou, em plenário, a apresentação de representação contra os procuradores Deltan Dallagnol e Diogo Castor perante o Conselho Nacional do Ministério Público e a Corregedoria do Ministério Público Federal, afirmando: “*Anuncio uma representação (...) em razão dos ataques desse procurador à Justiça Eleitoral. (...) Críticas, no debate jurídico, (...) fazem parte da dialética (...). Agora, a injúria, a difamação e a calúnia não serão admitidas*”.

Em seguida, o ministro Dias Toffoli tornou pública a Portaria GP nº 69/2019, que determinou a instauração do inquérito no STF. O texto da Portaria indicava, como objeto da apuração, supostos crimes relacionados a “*notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*”, voltados à

¹⁰ PUPO, Amanda. PIRES, Breno. Corrupção com caixa 2 fica na Justiça Eleitoral. In: *Jornal O Estado de São Paulo*. Edição do dia 15 de março de 2019. Página A4. Disponível em <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20190315-45804-nac-4-pol-a4-not>

“honorabilidade e segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”.

Todavia, a Portaria não delimitava qualquer fato concreto, tampouco individualizava condutas ou indicava possíveis autores, limitando-se a mencionar de forma genérica os referidos *nomen iuris* de infrações penais. Além disso, não houve distribuição livre por sorteio, em flagrante violação ao princípio do juiz natural. Desde sua origem, o inquérito foi direcionado ao ministro Alexandre de Moraes sem que houvesse, à época, qualquer justificativa que conferisse ao Supremo competência originária para a condução da investigação nos termos do artigo 102, I, da Constituição Federal.

Para contornar tal limitação, ampliou-se a interpretação do art. 43 do Regimento Interno do STF, que trata da competência da Corte para apurar delitos ocorridos *“nas dependências do Tribunal”*, de modo a incluir também os acessos virtuais de conteúdos ofensivos por meio dos dispositivos móveis dos ministros, que teriam sido acessados nas instalações físicas da Corte. Dessa forma, criou-se um vínculo artificial entre os supostos fatos e a competência do STF.

A controvérsia jurídica que essa instauração do inquérito gerou, e ainda gera, agrava-se tanto mais quanto se observa que não houve questionamento institucional sobre a inconstitucionalidade de magistrados exercerem funções investigativas, em flagrante violação ao sistema acusatório adotado pela Constituição de 1988. Tampouco foi observada a vedação expressa do art. 252, inciso IV, do Código de Processo Penal, que impede o exercício da jurisdição por magistrado que figure como vítima ou tenha interesse direto no caso.

Apesar da ausência de concretude fática ou de pessoas a serem investigadas no texto da Portaria, reportagem publicada por *O Globo* revelou que os alvos da investigação se direcionariam para também investigar a ação de auditores da Receita Federal, que haviam incluído o ministro Gilmar Mendes,

sua mulher e a mulher do ministro Dias Toffoli em uma lista de movimentações financeiras suspeitas¹¹.

Ainda segundo a reportagem, outras frentes de apuração incluiriam críticas dirigidas ao ministro Ricardo Lewandowski em um voo comercial¹², publicações de vídeos na internet com ofensas ou ameaças a ministros e familiares, bem como suspeitas de que usuários de redes sociais estariam sendo remunerados para promover campanhas de ataque contra o STF.

Importante anotar que, se havia crimes contra a honra e ameaças aos ministros e seus familiares, a situação deveria ter sido resolvida com notícia de crime para ser apurada em primeiro grau de jurisdição, observada a competência do Juizado Especial Criminal, dado que esses crimes são catalogados como de menor potencial ofensivo (artigo 98, I, da Constituição Federal). Esse seria o devido processo legal assegurado constitucionalmente.

¹¹ Consta da reportagem: “*Entre os alvos, estão procuradores da Lava-Jato que postaram vídeos na internet conclamando a população a tomar partido no julgamento de hoje, como Deltan Dallagnol. Outro investigado será Diogo Castor, que publicou um artigo dizendo que o tribunal preparava um “golpe” contra a Lava-Jato. Também será investigada a ação da Receita Federal, que recentemente incluiu o ministro Gilmar Mendes, sua mulher, a advogada Guiomar, e a mulher de Toffoli, a advogada Roberta Rangel, em uma lista de movimentações financeiras suspeitas, para serem averiguadas. A suspeita é de denúncia caluniosa, pois a investigação preliminar teria chegado a conclusões graves sem provas concretas (...) Entre os casos a serem investigados está também o episódio recente em que o ministro Ricardo Lewandowski foi duramente criticado por um passageiro em um avião. Também serão alvo de apuração vídeos postados na internet por pessoas comuns fazendo apologia a ataques a ministros, ou mesmo ameaçando ministros e seus familiares. E, ainda, o suposto pagamento de usuários de redes sociais para promover ofensas contra o STF.*” (BRÍGIDO, Carolina. Inquérito aberto por Toffoli vai investigar Deltan Dallagnol e auditores da Receita. In: *O Globo*. Edição do dia 14 de março de 2019. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/inquerito-aberto-por-toffoli-vai-investigar-deltan-dallagnol-auditores-da-receita-23523423>.

¹² Segundo noticiado na imprensa em relação a esse fato já havia sido instaurado inquérito policial em dezembro de 2018, a pedido do ministro Toffoli, porém não conduzido no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Consta de reportagem da Revista Veja: “*a Polícia Federal (PF) vai apurar em um inquérito a discussão entre o ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal (STF), e o advogado Cristiano Caiado de Acioli, de 39 anos, nesta terça. Após ouvir do advogado que o Supremo é uma “vergonha”, o ministro questionou se ele queria ser preso e pediu aos comissários da aeronave que chamassem agentes da PF. A conversa foi gravada e divulgada.*” Disponível em: MELLO, Lucas. PF apura discussão entre Lewandowski e advogado em voo. Edição do dia 5 de dezembro de 2018. In: *Revista Veja*. Disponível em <https://veja.abril.com.br/politica/pf-apura-discussao-entre-lewandowski-e-advogado-em-voe>. Posteriormente, a pedido do Ministério Público, o inquérito que tramitava em primeiro grau de jurisdição foi arquivado ao argumento central de que “*Nas falas transcritas nessa peça observa-se que o investigado não utilizou, em momento algum, palavras de baixo calão, xingamentos, tom de menoscabo ou desprezo. A crítica foi direcionada, genericamente, a atuação recente do Supremo Tribunal Federal, não fazendo a imputação de nenhuma característica efetivamente negativa ou depreciativa no sentido de caracterizá-la como inábil, como volátil ou mesmo, imputando alguma conduta criminosa aos Ministros daquela Suprema Corte. Entendimento diverso inviabilizaria o exercício de crítica da atuação dos funcionários e órgãos públicos, situação essa incompatível com o Estado Democrático de Direito*”

Como não havia fatos determinados na portaria de instauração do inquérito, ele passou a ser utilizado de forma a servir de base para tudo que viesse a ser considerado ofensivo ou ameaçador aos ministros, de acordo com suas percepções pessoais, ao longo dos anos que se sucederam.

Para ilustrar, logo no início da tramitação desse inquérito nº 4.781, em 13 de abril de 2019, o ministro Alexandre de Moraes determinou, cautelarmente, que se retirasse da internet uma reportagem publicada dois dias antes, em 11 de abril de 2019, pela revista *Crusoé*, cuja capa estampava a imagem do ministro Dias Toffoli ao lado de uma frase atribuída ao empreiteiro Marcelo Odebrecht, investigado pela Lava Jato, que o identificava como “*o amigo do amigo de meu pai*”. A decisão foi tomada sem prévia ouvida dos jornalistas responsáveis pela matéria e atendeu a uma mensagem do ministro Dias Toffoli que estava fora do país e pedia providências ao ministro Alexandre¹³. A mesma medida foi estendida ao site *O Antagonista*, que havia reproduzido o conteúdo da matéria¹⁴. A justificativa do ministro foi de que, uma vez consultada a Procuradoria-geral da República, obteve informação de que ela não confirmava “*o teor e nem mesmo a existência de documento sigiloso referente a colaboração premiada com referência ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, citado pela reportagem como de posse daquele órgão*”. Depois, em 18 de abril de 2019, tendo tido ciência de que o documento referido na reportagem realmente existia, mas teria sido enviado pela Procuradoria Regional da República no Paraná à Procuradoria-geral da República apenas no dia 12 de abril de 2019, o ministro

¹³ Segundo consta da notícia veiculada no site G1: “Na própria sexta, segundo a decisão de Alexandre de Moraes, Toffoli mandou mensagem pedindo apuração, com o seguinte teor: ‘*Permita-me o uso desse meio para uma formalização, haja vista estar fora do Brasil. Diante de mentiras e ataques e da nota ora divulgada pela PGR que encaminho abaixo, requeiro a V. Exa. Autorizando transformar em termo está mensagem, a devida apuração das mentiras recém divulgadas por pessoas e sites ignóbeis que querem atingir as instituições brasileiras*’, afirmou o presidente do Supremo’. (...) A TV Globo confirmou que o documento de fato foi anexado aos autos da Lava a Jato, no dia 9 de abril, e seu conteúdo é o que a revista descreve. O documento, porém, não chegou à Procuradoria Geral da República”. (G1. Política. STF censura sites e manda retirar matéria que liga Toffoli à Odebrecht. Edição do dia 15 de abril de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/15/stf-censura-sites-e-e-manda-retirar-materia-que-liga-toffoli-a-odebrecht.ghtml>).

¹⁴ G1. Política. *STF censura sites e manda retirar matéria que liga Toffoli à Odebrecht*. Edição do dia 15 de abril de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/15/stf-censura-sites-e-e-manda-retirar-materia-que-liga-toffoli-a-odebrecht.ghtml>

Alexandre de Moraes revogou a medida cautelar de proibição de divulgação da notícia¹⁵.

Concomitantemente a essas providências que vinham sendo adotadas em relação à reportagem da revista *Crusoé*, em 16 de abril de 2019, a Dra. Raquel Dodge, quando estava no exercício da função de procuradora-geral da República, acertadamente se manifestou pelo arquivamento desse inquérito instaurado de ofício pelo ministro Dias Toffoli¹⁶. Tivesse sido observada a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal (v.g. Pet. 2509/MG¹⁷), o provimento de arquivamento da procuradora-geral da República deveria ter sido mantido, dado que não cabe ao Poder Judiciário ir na contramão do que decide o chefe do Ministério Público em sede de competência originária dos Tribunais. Mas, não foi o que ocorreu, tendo o ministro Alexandre dado continuidade nas investigações mesmo assim, rejeitando a promoção de arquivamento ainda no mesmo dia 16 de abril. Argumentou que não haveria fundamentação

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781. *Decisão do dia 12 de abril de 2019*. Disponível em <https://estaticog1.globo.com/2019/04/18/INQ478118abril.pdf>

¹⁶ Promoção de arquivamento disponível em <https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf>.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Pet. 2509*. Relator ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18 de fevereiro de 2004, DJ 25-06-2004, p. 00066: “*INQUÉRITO E PEÇAS CONSUBSTANCIADORAS DE "NOTITIA CRIMINIS" - ARQUIVAMENTO REQUERIDO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, QUE NÃO VISLUMBRA A OCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL - IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DA "OPINIO DELICTI" - IRRECUSABILIDADE DESSE PEDIDO DE ARQUIVAMENTO - DECISÃO DO RELATOR QUE DEFERE A POSTULAÇÃO DEDUZIDA PELO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ATO DECISÓRIO IRRECORRÍVEL - RECURSO NÃO CONHECIDO. O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL, MOTIVADO PELA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE PERMITAM AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA FORMAR A "OPINIO DELICTI", NÃO PODE SER RECUSADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - Se o Procurador-Geral da República requer o arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de expediente consubstanciador de "notitia criminis", motivado pela ausência de elementos que lhe permitam formar a "opinio delicti", por não vislumbrar a existência de infração penal (ou de elementos que a caracterizem), essa promoção não pode deixar de ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em tal hipótese, o pedido emanado do Chefe do Ministério Público da União é de atendimento irrecusável. Doutrina. Precedentes. IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO DO RELATOR, QUE, NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DEFERE O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL FORMULADO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. - O ato judicial que ordena, no Supremo Tribunal Federal, o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, a pedido do Procurador-Geral da República, motivado pela ausência de "opinio delicti" derivada da impossibilidade de o Chefe do Ministério Público da União identificar a existência de elementos que lhe permitam reconhecer a ocorrência de prática delituosa, é insuscetível de recurso (RT 422/316), embora essa decisão - por não se revestir da autoridade da coisa julgada (RT 559/299-300 - RT 621/357 - RT 733/676) - não impeça a reabertura das investigações penais, desde que (a) haja provas substancialmente novas (RTJ 91/831 - RT 540/393 - RT 674/356 - RT 710/353 - RT 760/654) e (b) não se tenha consumado, ainda, a prescrição penal. Doutrina. Precedentes.”*

constitucional à promoção de arquivamento da procuradora-geral da República e que isso não impediria que a polícia seguisse investigando caso fosse de interesse do Poder Judiciário (“*sic*”)¹⁸.

A investigação, então, seguiu seu propósito. Em 1º de agosto de 2019, sempre no bojo do mesmo inquérito, confirmando a notícia que havia sido dado pelo *O Globo*, o ministro Alexandre de Moraes determinou a suspensão das investigações administrativas da Receita Federal em relação às esposas dos ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Não bastasse, ainda determinou a suspensão dos auditores fiscais Wilson Nelson da Silva e Luciano Francisco Castro, ao argumento de que haveria “*fortes indícios*” de violação de sigilo funcional e cometimento de crime¹⁹.

Na ausência de fatos predeterminados, o inquérito seguiu sendo utilizado para episódios aleatórios de que se passou a ter notícia posteriormente à sua instauração. Assim, serviu de base para a adoção de providências em razão da notícia divulgada e respeito de um livro publicado pelo ex-procurador-geral da República, Rodrigo Janot, no qual ele revelou que num determinado dia teria ido armado ao prédio do Supremo Tribunal Federal com a intenção de matar o ministro Gilmar Mendes. Ao chegar lá, no entanto, ele teria refletido e desistido da empreitada. Essa notícia veio a público em 26 de setembro de 2019, em reportagem da Revista *Veja*²⁰. No dia seguinte, dia 27 de setembro, o ministro

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781. *Decisão do dia 16 de abril de 2019*. Decisão disponível em <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/alexandre-rejeita-arquivamento.pdf>. Na decisão consta a seguinte fundamentação: “*não encontra qualquer respaldo legal, além de ser intempestivo, e, se baseando em premissas absolutamente equivocadas, pretender, inconstitucional e ilegalmente, interpretar o regimento da CORTE e anular decisões judiciais do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O sistema acusatório de 1988 concedeu ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública, porém não a estendeu às investigações penais, mantendo a presidência dos inquéritos policiais junto aos delegados de Polícia Judiciária e, excepcionalmente, no próprio Supremo Tribunal Federal, por instauração e determinação de sua Presidência, nos termos do 43 do Regimento Interno.*” É impressionante como dizer qualquer coisa sobre temas consagrados em sentido contrário, sem qualquer fundamentação racionalmente consistente, é suficiente para manter decisões teratológicas.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781. *Decisão do dia 01 de agosto de 2019*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/alexandre-moraes-suspende-investigacoes-2.pdf>

²⁰ POLICARPO JUNIOR; BORGES, Larissa. Rodrigo Janot sobre Gilmar Mendes: “*la dar um tiro na cara dele*”. In: *Revista Veja*. Edição do dia 26 de setembro de 2019. Disponível em <https://veja.abril.com.br/politica/janot-gilmar-ia-dar-um-tiro-na-cara-dele>

Alexandre, no bojo do inquérito 4.781, determinou busca e apreensão na residência de Rodrigo Janot, determinou sua oitiva na investigação, determinou medida cautelar de proibição de ingresso nas dependências do Supremo Tribunal Federal e determinou a cassação do registro de porte de arma²¹. Tudo isso sem que um crime concreto tenha sido realmente praticado. O ministro até indicou que haveria crimes por ele considerados como sendo o do art. 286 do Código Penal²² em sua forma tentada e os artigos 18²³, 22²⁴, 23²⁵, 26²⁶ e 27²⁷ da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83). Não é demais anotar que a revelação do ex-procurador-geral é realmente chocante, mas não chega a caracterizar crime algum. No plano técnico penal é preciso esclarecer que crime de empreendimento ou de atentado não admite tentativa. Não há tentativa da tentativa. De resto, a cogitação não é punível, tanto quanto não o são atos preparatórios, como o deslocamento ao local para perpetuar o crime pretendido. Como não houve consumação do intento homicida, seria possível pensar na tentativa de um homicídio ou mesmo de “*ofender a integridade corporal*” de uma autoridade (tipo penal indicado pelo ministro em sua decisão)? No caso concreto, não. Nem mesmo à luz da teoria objetivo-individual, que considera início de execução o último ato, no plano mental do autor, antes de incidir no verbo do tipo (no caso, “matar alguém”). Como Janot tinha porte legal de arma, não deveria responder nem mesmo por delito do Estatuto do Desarmamento. Sua conduta à luz do direito penal foi, portanto, um nada jurídico. Mesmo assim, o ministro Alexandre de Moraes, a pedido do ministro Gilmar Mendes, determinou busca e apreensão na residência de Janot e determinou outras medidas cautelares

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781. *Decisão do dia 27 de setembro de 2019*. Disponível em

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781decisao27setembro.pdf>

²² Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime.

²³ Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.

²⁴ Art. 22 - Fazer, em público, propaganda: I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social; II - de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa; III - de guerra; IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

²⁵ Art. 23 - Incitar: I - à subversão da ordem política ou social; II - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis; III - à luta com violência entre as classes sociais; IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

²⁶ Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

²⁷ Art. 27 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de qualquer das autoridades mencionadas no artigo anterior.

pessoais. Utilizou-se, portanto, do inquérito 4.781, das “fake news”, sem objeto definido, instaurado pelo ministro Dias Toffoli, com arquivamento já promovido pela então procuradora-geral, Raquel Dodge, mas que segue tramitando sigilosamente. Na decisão, o ministro invocou crimes inexistentes para justificar a decisão. Simplesmente disse que foram caracterizados os delitos em tese, sem dizer o porquê. Não bastasse, ainda olvidou que Janot já era ex-procurador, estava aposentado, e, assim, de acordo com a jurisprudência da época, não possuía mais prerrogativa de foro no STF. Esse inquérito sem objeto definido na portaria de instauração; não distribuído por sorteio; conduzido por quem não tem competência para tanto; já arquivado, mas que prossegue; sigiloso; sem controle externo algum; no qual se suspende reportagem de jornal; suspende-se investigação da Receita e se afastam seus auditores e se expede mandado de busca e apreensão em casa de ex-procurador, com adoção de medidas cautelares contra ele (!), já dava ares, em 2019, que parecia ser um guarda-chuva em que tudo cabe.

Portanto, desde 2019, com a instauração de ofício desse inquérito nº 4.781, abriu-se no Brasil um ciclo político-jurídico de exceção institucionalizada, com apoio de parte da doutrina²⁸, de parte do Ministério Público Federal²⁹ e de parte da opinião pública³⁰.

²⁸ Por exemplo: STRECK, Lenio. Shakespeare e o desprezo ao STF: a resposta do lorde-juiz ao príncipe. In: *PRERRO - Grupo Prerrogativas*, 16 de setembro de 2021. Disponível em <https://prerro.com.br/shakespeare-e-o-desprezo-ao-stf-a-resposta-do-lorde-juiz-ao-principe/>

²⁹ O Dr. Augusto Aras, ao vir a ocupar a função de Procurador-geral da República, resolveu ignorar a promoção de arquivamento de sua antecessora e se manifestou favorável ao prosseguimento da investigação. Disse ele: “*Nós concordamos com o inquérito porque nós queremos ter o direito de participar, sobre atos e diligências previamente. Mormente aqueles que dizem respeito a atos e diligências invasivos, porque compete também velar pela defesa dos jurisdicionados*”. E seguiu dizendo: “*Precisamos apenas de balizas para que o objeto não seja cambiante*”. Declarou que pediu, então, ao Supremo “*para que o objeto [do inquérito] se faça de forma delimitada e que medidas de forma invasiva sejam submetidas previamente ao sistema acusatória e que o Ministério Público possa receber a atenção do relator Alexandre de Moraes e de outros relatores em outros inquéritos*.” Conforme: D’AGOSTINO, Rosanne. AGU e PGR defendem validade do inquérito das fake news no STF, mas pedem parâmetros claros. In: *G1, Política*. Edição do dia 10 de junho de 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/10/agu-e-pgr-defendem-validade-do-inquerito-das-fake-news-no-stf-mas-pedem-parametros-claros.ghtml>

³⁰ V.g. o editorial do dia 15 de março de 2019 do jornal O Estado de São Paulo fez elogios à instauração do inquérito no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Constou do texto do editorial: “*O ministro Dias Toffoli fez bem, portanto, ao determinar a abertura de inquérito policial a respeito*

Passados seis anos, ao tempo em que se escreve esse artigo (abril de 2025), esse inquérito inaugural dessa nova fase na história da República brasileira, que passou a ser chamado de “*inquérito das fake News*” ou “*inquérito do fim do mundo*”³¹, segue tramitando, em sigilo. Nesse intervalo de tempo a investigação-mãe gerou frutos e foram abertos outros inquéritos no mesmo Supremo Tribunal Federal, todos sempre capitaneados pelo ministro Alexandre de Moraes. Não se sabe o número exato de inquéritos derivados do primeiro, dado que tramitam em sigilo e existem inúmeras “Petições” que foram sendo neles encartadas e promovendo desdobramentos internos, com novas linhas investigativas. Por vezes, se tem notícia de outros, a exemplo do inquérito 4781, que ficou conhecido por “*inquérito dos atos antidemocráticos*”, ou do inquérito 4.828, para apurar “*aglomerações de indivíduos diante de quartéis do Exército no dia 19 de abril de 2020*”. Este último foi depois arquivado a pedido do Ministério Público Federal, mas na promoção de arquivamento o ministro Alexandre de Moraes determinou a extração de peças para instaurar novo inquérito, o de nº 4874, que ficou apelidado de “*inquérito das milícias digitais*”³².

Segundo o advogado André Marsiglia, que foi o primeiro a atuar como advogado de investigado no inquérito original logo no primeiro mês (advogado dos jornalistas da Revista *Crusoé*), estariam hoje tramitando nove inquéritos no Supremo Tribunal Federal, de números 4.781, 4.874, 4.879³³, 4.917, 4.918,

de fake news e de ameaças envolvendo a Suprema Corte”. E complementou em defesa dessa providência, dizendo que “*vale lembrar que a abertura do inquérito determinada pelo presidente do STF não significa que o Poder Judiciário esteja assumindo um papel de investigador. Num inquérito, quem realiza a investigação é a autoridade policial competente, sob a supervisão da Justiça. O ministro Alexandre de Moraes será o relator do inquérito*”. A única crítica para o Jornal O Estado de São Paulo foi o caráter sigiloso do inquérito, que lhe “*suscitou estranhamento*”. (Editorial. O Estado de São Paulo. Edição do dia 16 de março de 2019, página A3. Disponível em <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20190316-45805-nac-3-edi-a3-not>).

³¹ Essa expressão foi cunhada pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, conforme CNN Brasil. Moraes “*vem errando*” e “*apoio irrestrito*” ao ministro é preocupante, diz Marco Aurélio Mello à CNN. Edição de 03 de setembro de 2024. Disponível <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/apoio-irrestrito-a-alexandre-de-moraes-e-preocupante-diz-marco-aurelio-mello-a-cnn/>

³² SBT NEWS. Moraes arquiva inquérito dos atos antidemocráticos e abre um sobre ataques. Edição do dia 01 de julho de 2021. Disponível em <https://sbtnews.sbt.com.br/noticia/justica/172517-moraes-arquiva-inquerito-dos-atos-antidemocraticos-e-abre-um-sobre-ataques>

³³ Este, segundo manifestação do juiz instrutor do STF, visa “*apurar a convocação da população, por meio das redes sociais, a praticar atos criminosos e violentos de protesto, às vésperas do feriado de 07 de setembro de 2021, durante uma suposta manifestação e greve de caminhoneiros*”.

4.919, 4.921³⁴, 4.922³⁵ e 4.923³⁶. Segundo o relatório em homenagem aos sete anos de atuação do ministro Alexandre de Moraes no Supremo Tribunal Federal, divulgado em janeiro de 2024 pelo seu gabinete, apenas em referência aos atos ocorridos no dia 8 de janeiro de 2023, ainda tramitariam 33 inquéritos em seu gabinete.

A partir do julgamento da ADPF 572, em voto de lavra do ministro Edson Fachin, datado de 18 de junho de 2020, que legitimou a abertura do inquérito no âmbito do STF e não viu problema constitucional na invocação do Regimento Interno, o movimento de apoio aos inquéritos no Supremo Tribunal Federal encontrou uma tentativa de legitimação doutrinária incorporada nesse acórdão, com um novo nome invocado especialmente para o caso³⁷. A reação fora da regra pelo STF foi justificada sob o manto da chamada “*democracia militante*” ou de uma sua variação, a chamada “*democracia defensiva*”³⁸. As expressões, lidas como equivalentes, passaram a ser adotadas em seminários institucionais e atos

³⁴ Segundo o Relatório 7 anos publicado pelo ministro Alexandre em janeiro de 2024, esse inquérito 4921 visa investigar os autores intelectuais e partícipes por instigação dos crimes de associação criminosa e incitação ao crime no contexto dos atos praticados em 08 de janeiro de 2023. E como resultado desse inquérito já teriam sido recebidas 1.113 denúncias criminais. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RelatrioGMAM21_03_2024_final.pdf, p. 11

³⁵ Segundo o Relatório 7 anos publicado pelo ministro Alexandre em janeiro de 2024, esse inquérito 4922 visa investigar os executores dos crimes de associação criminosa armada para a prática de delitos de abolição violenta do estado democrático de direito, golpe de estado, dano qualificado e deterioração do patrimônio tombado. E como resultado desse inquérito já teriam sido recebidas 270 denúncias criminais.

³⁶ MARSIGLIA, André. *Censura por Toda Parte. Os bastidores jurídicos do inquérito das fake news e a nova onda repressora que assola o Brasil*. São Paulo: Faro Editorial, 2024, p. 22.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 572. Relator ministro Edson Fachin. Acórdão do dia 18 de junho de 2020. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20572%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true.

³⁸ Vide, dentre outros: FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. In: *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, ano 58, n. 230, p. 133-147, abr./jun. 2021. RÉGO, Eduardo de Carvalho; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Democracia defensiva no Supremo Tribunal Federal: o inquérito das fake News como estímulo para a construção de uma jurisprudência constitucional em defesa da democracia. In: *Revista Digital de Direito Administrativo*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. vol. 10, n. 1, p. 318-335, 2023. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/201661/192200>

oficiais, inclusive pelo TSE em 2023³⁹, e se revelaram em um expediente linguístico que opera sob o verniz da legitimidade democrática, mas cuja função de fundo é autorizar a suspensão de garantias processuais em nome de uma suposta proteção da ordem democrática. Para deixar mais claro, a inspiração para a chamada “*democracia defensiva*” veio de uma repaginação de uma construção teórica desenvolvida por Karl Loewenstein⁴⁰, denominada de “*democracia militante*”. Em 1937 ele defendeu a ideia de que partidos políticos que tivessem como bandeira política exercer o autoritarismo não deveriam sequer participar do processo eleitoral democrático. Era uma tentativa de evitar o nacional-socialismo e o fascismo. Loewenstein buscava barrar o avanço de forças totalitárias no processo eleitoral, impedindo que o autoritarismo usasse as instituições democráticas para tomar o poder. A versão brasileira, no entanto, aposta na manutenção de instrumentos autoritários dentro da própria democracia, criando uma lógica de autopreservação que perverte o modelo constitucional.

Mais grave ainda é o fato de que essa lógica de autopreservação tem se sustentado, paradoxalmente, sobre uma filosofia da consciência que reduz a interpretação das regras de direito penal e processo penal à experiência subjetiva do intérprete.

Contribui para essa liberdade hermenêutica o fato de que o direito brasileiro desde, pelo menos, o incremento da difusão do discurso do “direito alternativo” nos anos 1980, tem se orientado numa direção subjetiva excessiva⁴¹. E o problema central é que, ao dar primazia à consciência individual como instância última da interpretação jurídica, essa concepção rompe com os limites historicamente consolidados da hermenêutica jurídica, sobretudo no campo do processo penal. E o faz invocando a defesa da democracia, o que,

³⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *TSE sedia seminário internacional sobre democracia defensiva*. Notícia do dia 10 de agosto de 2023. Disponível em <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Agosto/tse-sedia-seminario-internacional-sobre-democracia-defensiva>

⁴⁰ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. In: *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, 1937, p. 417-432. Disponível em https://warwick.ac.uk/fac/arts/history/students/modules/hi290/seminars/revolution/loewenstein_militant_democracy_i.pdf

⁴¹ Sobre a influência do Direito Alternativo no Brasil vide CHEMIM, Rodrigo. *Processo Penal: fundamentos dos fundamentos*. Ob. cit., p. 45 e ss.

paradoxalmente, acaba esvaziando a própria democracia de seu conteúdo normativo. No lugar de uma hermenêutica pública, pautada em compreensões historicamente consolidadas e compartilhadas, assiste-se à proliferação de hermenêuticas privadas guiadas por intenções, crenças e afetos que reduzem os princípios do devido processo legal, da legalidade, do juiz natural, da imparcialidade do julgador, da inércia da jurisdição, da presunção de inocência e outros tantos, convertendo-os em obstáculos superáveis “em nome do bem”.

Este artigo parte da crítica a esse deslocamento hermenêutico, sustentando que a legitimação do que também se usou denominar de “*estado de exceção em legítima defesa*”, nada mais é do que uma nova roupagem do velho decisionismo e só é possível pela negação da filosofia da linguagem como fundamento da interpretação jurídica. Ao mesmo tempo, quer-se denunciar o uso sistemático do eufemismo como tecnologia simbólica de apagamento da violência institucional. O que se anuncia como mecanismo de defesa da democracia é, no fundo, a reafirmação da lógica do “*Direito Penal do Inimigo*”, tal como estruturada por Günther Jakobs, ou seja, com a construção de um não-sujeito de direitos processuais, justificada por uma pretensa ameaça existencial à ordem social⁴².

Contra esse panorama, o texto propõe a centralidade da filosofia da linguagem como critério de contenção interpretativa e fundamento epistemológico de um processo penal que preze pelas garantias constitucionais.

2. A GENEALOGIA DA “DEMOCRACIA MILITANTE” E SUA DETURPAÇÃO CONTEMPORÂNEA COMO “DEMOCRACIA DEFENSIVA”

⁴² Sobre o direito penal do inimigo de Jakobs, vide, dentre outros: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIA, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de Andre Luís Callegari e Nereu Jose Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 56, 2005, p. 84; e PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araujo e Carina Quito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, v. 47, 2004, p. 41-42.

A tese da “*democracia militante*”, desenvolvida por Karl Loewenstein em 1937, nasceu de uma preocupação concreta centrada na autodestruição da democracia constitucional diante da permissividade institucional que legitimava que movimentos totalitários utilizassem os próprios mecanismos democráticos para conquistar o poder e, em seguida, destruí-los.

O contexto histórico levava em conta o colapso da República de Weimar e a ascensão do nacional-socialismo, que empregou o sufrágio universal, o parlamento e o aparato legal como instrumentos de subversão da democracia. A proposta de Loewenstein era, nesse cenário, circunscrita e claramente dirigida a impedir, dentro dos marcos constitucionais, a participação eleitoral de partidos ou grupos políticos que tivessem como projeto a supressão da própria democracia. Era, portanto, um mecanismo de defesa institucional contra o totalitarismo.

Loewenstein argumentou que os regimes fascistas e autoritários se fundam na substituição do governo constitucional pelo “*governo emocional*”, onde o Estado de Direito cede lugar ao “*oportunismo legalizado sob o disfarce da raison d’État*”⁴³. Nesse contexto, desapareceria qualquer garantia de direitos fundamentais, pois o direito positivo passaria a ser entendido não mais em termos de legalidade constitucional, mas de “*comando incontestável*”⁴⁴.

Loewenstein ainda defendeu que o fascismo não é uma ideologia, mas uma técnica política extremamente eficaz para conquistar e manter o poder. Ele afirmou, de forma categórica, que o “*fascismo não é uma filosofia – nem mesmo um programa construtivo realista – mas a técnica política mais efetiva da história moderna*”⁴⁵.

Essa técnica se aproveitaria das liberdades democráticas para sabotá-las por dentro. Nas palavras de Loewenstein: “*A democracia e a tolerância democrática foram usadas para a sua própria destruição*”⁴⁶ e o fascismo atuaria como um “*cavalo de Troia*” que explora a liberdade de expressão, a imunidade parlamentar e o sistema proporcional para minar as instituições desde dentro⁴⁷.

⁴³ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. Ob. cit., p. 418.

⁴⁴ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. Ob. cit., p. 418.

⁴⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. Ob. cit., p. 423.

⁴⁶ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. Ob. cit., p. 424.

⁴⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. Ob. cit., p. 424-425.

Ele destacou também o papel simbólico e emocional das milícias partidárias fascistas, que se tornam “*uma competição potencial com as forças armadas regulares*” e reforçam o vínculo entre líder e massa através de elementos místicos e militares, o que criaria uma atmosfera de “*dupla legalidade*”, na qual a lealdade partidária suplanta a lealdade ao Estado⁴⁸.

Ao analisar o colapso da República de Weimar, Loewenstein criticou a “*cegueira legalista*” e a “*autodestruição jurídica*” do Estado alemão, que permitiu a ascensão do nazismo respeitando formalmente as regras democráticas⁴⁹. O erro fundamental da democracia alemã, segundo Loewenstein, foi sua incapacidade de se proteger de movimentos que usavam “*os próprios instrumentos democráticos*” para destruí-la⁵⁰.

Ele ainda sustentou que a democracia precisaria se tornar “*militante*”, ou seja, capaz de se defender restringindo os direitos daqueles que, sob a aparência de legalidade, visam eliminar o próprio regime democrático.

Por fim, mesmo reconhecendo que essa postura “*militante*” levanta dilemas, pois implica a suspensão de garantias fundamentais, concluiu que, “*se a democracia acredita na superioridade de seus valores absolutos em relação às platitudes oportunistas do fascismo, ela deve corresponder às exigências do momento*”, mesmo que isso custe “*a violação de princípios fundamentais*”⁵¹.

Importante registrar que sua proposta não autorizava a suspensão indefinida das garantias constitucionais, tampouco sugeria que se criassem estruturas paralelas de repressão política em nome de sua autopreservação. Tratava-se de um remédio extremo e excepcional, justificado por uma situação histórica específica, que visava evitar que a legalidade democrática fosse destruída desde dentro. Loewenstein não propôs um Estado de exceção como modo normal de governo, mas um reforço pontual de seus mecanismos imunológicos frente a ameaças reais e concretas, sempre com um horizonte de retorno à normalidade institucional.

⁴⁸ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. Ob. cit., p. 425.

⁴⁹ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. Ob. cit., p. 427.

⁵⁰ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. Ob. cit., p. 424.

⁵¹ LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. Ob. cit., p. 432.

No Brasil contemporâneo, contudo, a apropriação dessa doutrina ocorreu por via oblíqua. Já de início, caso se suspendam os preconceitos para enxergar a realidade, não há como se comparar o momento da ascensão do nacional-socialismo alemão na década de 1930, com a realidade brasileira que desencadeou o surgimento desses inquéritos no Supremo Tribunal Federal em março de 2019. Rememore-se que o inquérito-mãe, que inaugurou esse novo período singular de atuação da Suprema Corte brasileira, tinha como ponto de partida investigar notícias de crimes contra a honra e crimes de ameaça contra ministros e seus familiares. Todos, portanto, catalogados como delitos de menor potencial ofensivo e que deveriam – e poderiam – ser resolvidos na instância ordinária do Juizado Especial Criminal de primeiro grau em Brasília. Tivessem os ministros-vítima assim agido, teriam preservado o regramento existente e responsabilizado os autores das ofensas e ameaças nos limites da lei brasileira. No entanto, num ato que aparentou desconfiar dos juízes de primeiro grau, deu-se um nó nas regras de competência e de imparcialidade para manter a investigação no Supremo e com a condução de um ministro daquela Corte. E, não é demais anotar, na ocasião, em março de 2019, não estava no radar qualquer tentativa de golpe de Estado. Isso só apareceu mais de dois anos depois, em julho de 2021, quando o inquérito nº 4.874 foi instaurado. De resto, a noção de “*democracia defensiva*”⁵², adotada por setores do Judiciário, do Ministério Público e de parcela da doutrina para justificar o que vinha sendo feito, somente foi invocada a partir do julgamento da ADPF 572, em 18 de junho de 2020 e, mesmo assim, operando uma inversão semântica e filosófica da proposta loewensteiniana. No acórdão do Pleno da Suprema Corte, assim se utiliza a invocação da “*democracia militante*”:

⁵² O termo “democracia defensiva” não é novo e já foi discutido internacionalmente, porém, costuma ficar circunscrito à ideia original da “democracia militante” de Loewenstein, isto é, voltada para banir partidos políticos que querem abolir a democracia. Não há referências no sentido de se flexibilizar garantias penais e processuais penais. Nesse sentido, vide, por exemplo: BEIMENBETOV, Serik. *A comparative analysis of 'defensive democracy': a cross-national assessment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies*. University of Exeter, United Kingdom, 2014. Disponível em <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10871/17661/BeimenbetovS.pdf?sequence=1&isAllowed=y> e também CAPOCCIA, Giovanni. *Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation*. In: *Annual Review of Law and Social Science*. 9, 2013, p. 207–226.

Essa ordem de ideias ecoa o que Karl Loewestein chamava de democracia militante (streitbare Demokratie), mas, ao invés de simplesmente abolir grupo ou partidos, como às vezes é lida a tese do constitucionalista alemão, elas restringem sua aplicação aos atos que, abusando dos direitos e garantias protegidos pela Constituição, invocando-os a pretexto de ideologia política, visam abolir ou restringir direitos de determinadas pessoas ou grupos.

Como aponta Ulrich Wagrاندl, do texto dos tratados de direitos humanos emerge a exigência de que os instrumentos de democracia militante se restrinjam a aplacar os abusos de direitos que se materializam em atos, como, notadamente, a liberdade de expressão, nas situações em que ela é invocada para, precisamente, suprimir o direito de manifestação de outras pessoas ou de outros grupos.

O exemplo da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos é ilustrativo. No célebre caso Refah Partisi, onde a Grande Câmara do Tribunal, reconhecendo a possibilidade de proibir um partido que invocasse a Sharia como lei aplicável, afirmou que “um partido político, cujos líderes incitam a violência e que defendem políticas que falham em respeitar a democracia, ou que visem a própria destruição da democracia, e que desrespeitam os direitos reconhecidos em uma democracia, não pode invocar a proteção da Convenção contra penalidades impostas por atos praticados com essas finalidades” (ECtHR (Grand Chamber), Refah Partisi and others v Turkey, App. No. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, 13 de Fevereiro de 2003, par. 98).

O sentido da decisão é inequívoco. Não há ordem democrática sem o respeito às decisões judiciais. Não há direito que possa justificar o descumprimento de uma decisão judicial da última instância do Poder Judiciário. Afinal, é o Poder Judiciário o órgão responsável por afastar, mesmo contra maiorias constitucionais, quaisquer medidas que suprimam os direitos assegurados na Constituição. São inadmissíveis no Estado de Direito democrático, portanto, a defesa da ditadura, do fechamento do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal. Não há liberdade de expressão que ampare a defesa desses atos. Quem quer que os pratique precisa saber que enfrentará a justiça constitucional. Quem quer que os pratique precisa saber que o Supremo Tribunal Federal não os tolerará⁵³.

Com base nessa construção, passou-se a defender, sob eufemismos, a necessidade de se autorizar práticas que vão da investigação de ofício pelo Supremo Tribunal Federal à violação das garantias processuais dos investigados, das prerrogativas de advogados e parlamentares, passando por pitorescas formas de interpretar princípios penais e processuais penais que

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 572. Relator ministro Edson Fachin. Acórdão do dia 18 de junho de 2020, p. 28 e 29. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22ADPF%20572%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true

fundamentam as regras numa democracia. Invocando a proteção da democracia como valor absoluto e incondicionado, o Supremo Tribunal Federal passou a, paradoxalmente, relativizar o devido processo legal, contornando o sistema acusatório e substituindo os filtros constitucionais por narrativas políticas de urgência institucional.

A deturpação do conceito original é evidente. A ideia de uma “*democracia defensiva*” à brasileira não foi pensada como um instrumento de proteção da ordem constitucional contra movimentos organizados em partidos políticos que visariam eliminar a democracia como uma bandeira ideológica, a exigir uma postura mais potente do Estado na contenção dessa pretensão política. Ela veio a reboque do que já havia sido feito e cuja justificativa racional e democrática estava difícil de se sustentar. Primeiro se agiu fora dos limites das garantias. Depois se encontrou um argumento para tentar dar um ar de legitimidade teórica ao que vinha sendo feito. E se criou um estado permanente de excepcionalidade dentro da própria institucionalidade democrática.

A forma pela qual a Suprema Corte brasileira invocou a “*democracia militante*” para sustentar a validade da investigação por ela mesma, deturpa a teoria original. Em primeiro lugar a Suprema Corte promove a redução da tese a uma justificativa para repressão de discursos ou ideias. Isso fica claro quando se lê do acórdão as seguintes passagens: “*ao invés de simplesmente abolir grupo ou partidos (...) elas restringem sua aplicação aos atos que, abusando dos direitos e garantias protegidos pela Constituição (...) visam abolir ou restringir direitos de determinadas pessoas ou grupos.*” Esse trecho ignora a dimensão técnico-estratégica do conceito de Loewenstein, substituindo-a por uma lógica moral e normativa que passaria, na visão da Suprema Corte, a permitir se restringir a liberdade com base no conteúdo ideológico do discurso e não na estrutura instrumental de sua ameaça ao regime democrático. Isso aproxima o argumento do STF da chamada falácia do espantalho, pois simplifica o conceito original de “*democracia militante*” e o utiliza como justificativa para a repressão de ideias discordantes ou incômodas, e não instrumentais na subversão das instituições democráticas.

Mas não é só. A maneira da Suprema Corte invocar a “*democracia militante*” promove uma confusão entre decisão judicial e fundamento

democrático. Isso fica visível no seguinte trecho da decisão acima transcrita: “*Não há ordem democrática sem o respeito às decisões judiciais. Não há direito que possa justificar o descumprimento de uma decisão judicial da última instância do Poder Judiciário.*” Aqui o STF promove uma falsa equivalência entre Estado de Direito e a crença numa infalibilidade judicial. A democracia militante de Loewenstein é voltada contra movimentos que se valem da legalidade para destruí-la, e não contra indivíduos ou grupos que contestam decisões judiciais com base em argumentos democráticos ou mesmo jurídicos. A afirmação de que toda crítica ou desobediência a uma decisão judicial seria antidemocrática é problemática, podendo servir à legitimação de um Estado de exceção permanente.

Por fim, dos argumentos constantes do acórdão da Suprema Corte brasileira, o que se percebe é que ela visa promover um silenciamento de determinados discursos incômodos sob o pretexto de “proteger a democracia”. É o que se lê do seguinte trecho: “*São inadmissíveis no Estado de Direito democrático (...) a defesa da ditadura, do fechamento do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal.*” Embora seja legítimo que a ordem constitucional reaja a ameaças reais, o texto sugere que qualquer manifestação simbólica, hipotética ou retórica nesse sentido deva ser judicializada e reprimida. Isso leva à confusão entre discurso e ação, e pode justificar medidas preventivas desproporcionais sob o rótulo de defesa democrática, o que é uma característica típica do que Giorgio Agamben considera como sendo um estado de exceção normatizado⁵⁴.

O que se vê, portanto, é que há um há descompasso conceitual entre a teoria de Karl Loewenstein e a forma como ela é invocada pelo Supremo Tribunal Federal. A principal falha é transformar uma teoria de autodefesa institucional reativa e técnica, voltada contra movimentos que instrumentalizam a democracia para destruí-la, em uma justificativa para punir conteúdos ideológicos e contestação política, inclusive discursos simbólicos, dissensos judiciais e críticas

⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2ª ed, São Paulo: Boitempo, 2004, p. 11 e ss.

ao sistema. Isso fica claro, por exemplo, quando a Polícia Federal, embasada exclusivamente numa reportagem do jornal *Metrópoles*, requer ao ministro Alexandre de Moraes a autorização para realizar busca e apreensão contra oito empresários que participariam de um grupo privado de Whatsapp intitulado “*Whatsapp Empresários & Política*”, e teriam feito afirmações que, num grupo fechado e privado de amigos, podem ser lidas como meras bravatas. Por exemplo, consta da representação da Polícia Federal que um empresário teria escrito nesse grupo privado: “*Prefiro golpe do que a volta do PT. Um milhão de vezes. E com certeza ninguém vai deixar de fazer negócios com o Brasil. Como fazem com várias ditaduras pelo mundo*”. Em seguida outro também comentou: “*Quero ver se o STF tem coragem de fraudar as eleições após um desfile militar na Av. Atlântica com as tropas aplaudidas pelo público*”, no que um terceiro adicionou: “*O 7 de setembro está sendo programado para unir o povo e o Exército e ao mesmo tempo deixar claro de que lado o Exército está. Estratégia top e o palco será o Rio. A cidade ícone brasileira no exterior. Vai deixar muito claro*” e foi seguido de um quarto comentário dizendo: “*Golpe foi soltar o presidiário!!! Golpe é o ‘supremo’ agir fora da constituição! Golpe é a velha mídia só falar merda*” e a conversa finalizou com uma “figurinha” de uma pessoa com o polegar em sentido positivo.⁵⁵ Há ainda outros comentários destacados na representação da Polícia Federal e deles o mais próximo de uma ideia de quem sabe vir a praticar um crime eleitoral (frise-se: de uma ideia, de uma cogitação) é o seguinte: “*Alguém aqui no grupo deu uma ótima ideia, mas temos que ver se não é proibido. Dar um bônus em dinheiro ou um prêmio legal pra todos os funcionários das nossas empresas*”. Ora, todas essas mensagens não saem da esfera da opinião e da especulação. Repita-se um trecho da mensagem acima: “*..., mas temos que ver se não é proibido*”. Tudo especulação e bravata. É possível discordar e criticar veementemente o conteúdo das falas, mas não há como fundamentar uma busca e apreensão, que é uma medida cautelar que exige prática de um crime. O detalhe é que em manifestação do juiz instrutor desses inquéritos no Supremo, Airton Vieira, vinculado ao gabinete do ministro

⁵⁵ BRASIL. Polícia Federal. *Ofício nº 3097828/2022/2022 na Petição nº 10.543/DF - INQ nº 4.874-DF (Inquérito Policial nº 2021.0052061– RE 2022.0057713)*, datado de 19 de agosto de 2022, p. 4 a 6. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RepresentaesPFpet10543.pdf>

Alexandre de Moraes, ele indica que em razão da notícia divulgada no jornal *Metrópoles*, ocorreram manifestações formais do senador Randolfe Rodrigues (Petição STF nº 61.839/2022), das Deputadas Federais do PSOL Fernanda Melchionna, Sâmia Bonfim e Vivi Reis (PSOL) e dos Deputados Federais Gleisi Hoffmann, Reginaldo Lázaro e Alencar Santana (Pet. 10.544/DF), bem como da “*Associação Brasileira de Juristas pela Democracia*”, a “*Associação de Juizes para a Democracia*”, da “*Associação Americana de Juristas*”, do “*Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho*” e da “*Comissão Justiça e Paz de Brasília*”, que apresentaram notícia crime contra os empresários que, segundo eles, com essas postagens em grupos privados de WhatsApp, teriam cometido os crimes de “abolição violenta do Estado Democrático de Direito” e “interrupção do processo eleitoral” (e-Doc. 463, do INQ 4.874/DF)⁵⁶. O exagero narrativo e o descompasso com a realidade falam por si só, e ilustram o sintoma gerado com a deturpação do discurso da “*democracia militante*”. O certo é que com base nessas conversas de WhatsApp, o ministro Alexandre autorizou a busca e apreensão, determinou a quebra de sigilos bancário e telemático, mandou bloquear as contas bancárias desses empresários e bloqueou suas redes sociais⁵⁷. Passado um ano, o ministro Alexandre determinou o arquivamento dessa investigação contra seis dos oito empresários, ao argumento de que “*embora anuíssem com as notícias falsas, não passaram dos limites de manifestação interna no referido grupo*”⁵⁸. Como se essa percepção não pudesse ter sido detectada desde o nascedouro da investigação.

O problema, portanto, é que o inimigo, nesse modelo, não está mais fora do sistema democrático. Ele é fabricado no interior das disputas políticas,

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Juiz instrutor Airton Vieira. *Manifestação no Inquérito 4781*. Disponível em

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Manifestac807a771oPET10543.pdf>

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 10.543. Ministro Alexandre de Moraes. *Decisão do dia 19 de agosto de 2022*. Disponível em

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Decisa771oPET10543.pdf>

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 10.543. Ministro Alexandre de Moraes. *Decisão do dia 18 de agosto de 2023*. Disponível em

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET10543Merito.pdf>

jurídicas e midiáticas, e designado a partir de critérios subjetivos, morais ou ideológicos. Basta “parecer” uma ameaça à democracia para que o sujeito perca, na prática, a titularidade de garantias constitucionais.

Nesse ponto, o discurso da “*democracia defensiva*” transita da linguagem institucional para a lógica do inimigo e sua função deixa de ser o controle da exceção para se tornar o seu disfarce linguístico. Por isso o eufemismo cumpre aqui um papel decisivo. É ele que sustenta a fachada jurídica de práticas que, em seu núcleo, rompem com a tradição liberal garantista. Em vez de nominar a exceção como tal, transfigura-se sua linguagem, argumentando que o inquérito é “*atípico*”, possui “*singularidades*”, a medida é “*extraordinária*”, a decisão é “*preventiva*”, ou, ainda, que a suspensão de direitos é “*técnica*”. Vale recordar a defesa protagonizada pelo ministro Luís Roberto Barroso, na qualidade de Presidente da Suprema Corte, quando questionado a respeito do trâmite de mais cinco anos do inquérito das *fake news*: “*Algumas pessoas se queixam que alguns inquéritos no Supremo têm demorado muito. A 1ª coisa que eu gostaria de dizer é que o inquérito, com todas as suas singularidades, que eu reconheço, que ocorreram, foi decisivo para salvar a democracia no Brasil. Nós estávamos indo para um abismo*”⁵⁹.

Tudo em nome de um bem maior que não se define com precisão, mas que opera como justificativa última para qualquer suspensão normativa. A carta coringa da proteção da democracia foi jogada como uma tentativa de calar quem conseguia enxergar que esse modelo das investigações no âmbito do Supremo não é recomendável, justamente, numa democracia.

Tal como na teoria de Günther Jakobs, o discurso penal passou a ser dirigido não mais à conduta, mas ao sujeito, visto como um “não-cidadão”, um inimigo político, um corpo estranho que ameaça a ordem simbólica da democracia⁶⁰. O Direito Penal do Inimigo, que Jakobs descreveu como sistema funcional para situações extremas de ameaça social, encontrou terreno fértil

⁵⁹ PILLE, Leticia. inquérito das fake news foi “atípico”, mas necessário, diz Barroso. In: *Poder 360*. Edição do dia 10 de dezembro de 2024. Disponível em <https://www.poder360.com.br/poder-justica/inquerito-das-fake-news-foi-atipico-mas-necessario-diz-barroso/>

⁶⁰ Em sentido similar foi a percepção de ACCETTI, Carlo Invernizzi; ZUCKERMAN, Ian. What's wrong with militant democracy? In: *Political Studies*, [s. l.], v. 65, n. 1, p. 182-199, Apr. 2017. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/301733767_Whats_Wrong_with_Militant_Democracy

nesse modelo de “*democracia defensiva*”, na medida em que normalizou a quebra da legalidade sob o pretexto de preservar a própria legalidade. A exceção, assim, já não é uma anomalia, mas uma estratégia discursiva de atuação.

No limite, poderia ter se adotado o procedimento previsto constitucionalmente de estado de defesa ou de estado de sítio. E a não adoção desse caminho legítimo, revela um indicador significativo de que há uma percepção distinta entre os poderes de estado brasileiros sobre a necessidade de “salvação” da democracia. Enquanto os esforços retóricos em nome de uma “*democracia defensiva*” sintetizam emprego de práticas penais e processuais penais heterodoxas, com restrição de garantias processuais e direitos materiais pelo STF, os poderes aos quais constitucionalmente incumbem as reações contra ameaças ao estado democrático de direito mantêm-se silenciosos.

A Constituição da República, art. 49, IV, atribui ao Poder Legislativo aprovar “*o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas*”. A Presidência da República, cabeça do Poder Executivo, decreta estados de defesa e de sítio (art. 84, IX). O estado de defesa pressupõe, conforme a Carta Constitucional, art. 136, necessidade de “*preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza*”. A ineficácia da respectiva declaração pode conduzir à escalada de reação institucional para o estado de sítio, na forma do art. 137, I, CF.

A moldura da realidade brasileira, avivada na retórica empregada nos inquéritos sigilosos como justificante da condução de investigações de exceção, parece não ser a mesma percebida pelos demais Poderes. Note-se que justamente: a) são os poderes que, no marco constitucional, seriam os legitimados para fazer uso dos mecanismos de neutralização às ameaças para a estabilidade institucional, tornando-as inócuas; b) os mecanismos estão contidos em regras fixadas pelo legislador originário, confirmando o desenho constitucional, em vez de borrá-lo.

Seria o óculo da cúpula do Poder Judiciário mais sensível do que o dos demais poderes para detectar o movimento criminoso de forças políticas extremistas, ante as quais a democracia deve ser salva? E uma ameaça tão significativa pode, lado outro, não ser notada por agentes políticos usualmente sensíveis à realidade das ruas, como são os agentes políticos eleitos por voto popular?

De fato, pressuposta a consistência da periclitadação sofrida pelo estado democrático de direito no país, detectada pelo STF, é de espantar a falta de reação dos Poderes Legislativo e Executivo à ameaça das forças extremistas à ordem institucional, pelas vias autorizadas na Constituição. Se no início da instauração dos inquéritos, em 2019, os fatos concretos não eram muito claros em termos de alcance antidemocrático, até porque se resumiam, em grande parte, a crimes contra a honra e de ameaça (todos de menor potencial ofensivo) a partir de determinado momento se detectou a possibilidade de estar em curso o planejamento de um golpe de Estado. É um monstro grande demais para não ser visto e estava o Tribunal a lutar sozinho enquanto as demais instâncias de poder continuaram – e continuam - placidamente operando sob normalidade institucional. Mesmo sendo uma reação institucionalizada pela via do Poder Judiciário, a cautela recomendaria seguir o devido processo legal, para evitar ainda mais o esgarçamento das garantias constitucionais e a perda de credibilidade das instituições democráticas. Quisesse dar uma resposta que preenchesse a lacuna deixada pela inércia dos demais poderes, o Judiciário tinha um caminho de legalidade capaz de pôr freio e ele deveria preservar a Suprema Corte, mantendo-se as competências constitucionais dos magistrados de primeiro grau e somente agindo quando realmente fosse caso de prerrogativa de foro em razão da função pública do autor do delito.

Assim, se a percepção distinta de realidade não traduz estranha cegueira dos demais poderes, custa legitimar a atividade investigativa heterodoxa em curso. A invocação retórica de expedientes de “*democracia defensiva*”, derivados da categoria da “*democracia militante*”, para fazer frente a movimentos extremistas antidemocráticos, efetivamente necessitou de esforços argumentativos redobrados para ganhar legitimação. Emergem, aí, necessárias estratégias de linguagem.

3. O EUFEMISMO COMO ESTRATÉGIA DE LINGUAGEM: ENTRE A RETÓRICA POLÍTICA E O DECISIONISMO JUDICIAL

O eufemismo, no contexto jurídico-político contemporâneo, opera como técnica de escamoteamento. É uma forma de dizer sem dizer, de enunciar o poder sem expor sua violência. Nas mãos do Estado, o eufemismo disfarça o conteúdo autoritário da prática institucional e torna sua crítica mais difícil, pois desloca o foco do debate para o campo da pretensão democrática e se vale da retórica para sua proteção.

A prática de apelar para o emocional ao dizer que “*estávamos indo para o abismo*”, que “*o inquérito foi decisivo para salvar a democracia no Brasil*”, de nomear a exceção como “*proteção constitucional*”, de tratar investigações inconstitucionais como “*ações preventivas em defesa do regime democrático*”, que “*os poderes excepcionais foram importantes para aguentar o tranco do movimento antidemocrático*” e de qualificar perseguições políticas como “*medidas técnico-institucionais*”⁶¹ revela a centralidade do eufemismo como operação simbólica. A exceção é, antes de tudo, semântica.

Sob essa moldura, o poder punitivo vem atuando sem precisar dizer que está punindo. A linguagem processual penal passou a ser marcada por uma adesão cada vez mais forte à estética do indizível, isto é, decretaram-se medidas excepcionais sob o disfarce de tecnicidade e se invocaram conceitos jurídicos indeterminados como verdadeiros “*coringas semânticos*” (ameaça à ordem, risco institucional, discurso antidemocrático), capazes de justificar qualquer suspensão de garantias, desde que inseridos no contexto de autopreservação da democracia.

⁶¹ Foram inúmeras as manifestações públicas de juristas justificando a ação desmedida do Supremo Tribunal Federal e as expressões variavam, mas eram todas no mesmo tom. Vide, a título ilustrativo: AUGUSTO, Antonio. Especialistas avaliam condução de inquéritos do STF por Alexandre de Moraes. In: *Jornal Zero Hora*, edição do dia 14 de abril de 2024. Disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2024/04/especialistas-avaliam-conducao-de-inqueritos-do-stf-por-alexandre-de-moraes-clv04rtiv02j4012jgi6uvyae.html>

O vazamento de conversas entre assessores do ministro Alexandre, divulgado pelo jornal *Folha de São Paulo* em agosto de 2024, no episódio conhecido como “*Vaza Toga*”, expôs práticas reveladoras do problema. Entre elas, destaca-se a ausência de uma “*indicação clara e específica do conteúdo apontado como infringente*” nas ordens judiciais emanadas do ministro para retirar do ar ou bloquear redes sociais de pessoas por ele investigadas, como exige o §1º do art. 19 da lei nº 12.965/2014. Em um caso extremo, chegou-se ao ponto de fundamentar uma investigação com base na sugestiva orientação da assessoria: “*se não achou nada de irregular, use a criatividade*”⁶². Portanto, por mais que alguns tentem dar um ar de legitimidade ao que vem sendo feito pelo STF ao argumento de “*salvador da democracia*”, de “*democracia defensiva*”, de “*que era necessário em razão da iminência de golpe*”, não há como, suspendendo os preconceitos e a ideologia, dar ares de legalidade aos atos realizados. Se é certo que havia ameaças, ofensas e riscos de golpe, providências correspondentes poderiam ter sido tomadas dentro das regras de competência e dos limites legais, preservando-se as garantias constitucionais e democráticas dos investigados.

A perversão filosófica que busca legitimar o que vem sendo feito, portanto, é clara, na medida em que o intérprete deixa de ser um mediador da linguagem constitucional e passa a ser seu autor. A decisão deixa de ser um exercício de compreensão e passa a ser um ato de vontade. Trata-se de um retorno ao paradigma da consciência, que é o pior paradigma filosófico que se possa desejar numa democracia. Contraria mesmo a ideia de Estado de Direito, pois deixa de premiar um governo de leis para se fundar no governo de homens e de suas vontades solipsistas⁶³, orientadas por valores pessoais. No limite, passa a ser um dos grandes inimigos do processo penal democrático. A hermenêutica da consciência, ao colocar a experiência interior do intérprete

⁶² SERAPIÃO, Fábio; GREENWALD, Glenn. Moraes escolhia alvos e pedia ajustes em relatórios contra bolsonaristas, mostram mensagens. In: *Folha de São Paulo*, edição do dia 14 de agosto de 2024. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/08/moraes-escolhia-alvos-e-pedia-ajustes-em-relatorios-contra-bolsonaristas-mostram-mensagens.shtml>

⁶³ A respeito do termo, Ferrater Mora esclarece que a palavra “solipsismo” vem do latim “*solus*”, que significa “só”, e “*ipse*”, que significa ‘eu’ (portanto: “eu só”). É conhecida também como a “doutrina do só eu”. FERRATER MORA, J. *Dicionário de Filosofia*. Tomo IV. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 2732-2733.

como centro da significação jurídica, dissolve o compromisso com a linguagem intersubjetiva e com os limites normativos historicamente estabilizados.

Nesse contexto, o juiz se autoriza a dizer o Direito a partir daquilo que "sente como certo". E quando esse sentimento é revestido pela roupagem do eufemismo, o resultado é duplamente problemático. De um lado, porque o conteúdo da decisão se torna indevassável pela linguagem do contraditório; de outro, porque a própria violência institucional passa a operar sob o signo da que se está promovendo Justiça.

O decisionismo, portanto, não se apresenta mais como ruptura, mas como técnica institucionalizada de exercício de poder sem controle. E, sobretudo, com linguagem domesticada. Por isso, o eufemismo que vem sendo empregado para procurar legitimar esses inquéritos acaba sendo mais do que um recurso de estilo para se revelar em uma forma de poder. A exceção não precisa mais ser anunciada dado que ela é naturalizada.

Contra essa operação, a filosofia da linguagem oferece um antídoto. Seu compromisso com a intersubjetividade, com os limites do sentido e com os pactos semânticos que estruturam o discurso jurídico impede que o juiz diga o que quiser a partir de sua consciência. Retomar a centralidade da linguagem é, nesse sentido, condição de possibilidade de qualquer contenção do poder interpretativo. Do contrário, pelo que se está presenciando na condução desses inquéritos sem fim, tudo é possível e, pior, imprevisível.

4. “DEMOCRACIA DEFENSIVA” E “ESTADO DE EXCEÇÃO EM LEGÍTIMA DEFESA”

A mutação semântica que transforma o regime de garantias em um sistema de exceções autorizadas pela própria Constituição conseguiu ganhar novos contornos com a consagração de um novo eufemismo jurídico: o chamado “estado de exceção em legítima defesa”⁶⁴. Essa formulação, aparentemente

⁶⁴ SEMER, Marcelo. Um estado de exceção em legítima defesa. In: *O Estado de São Paulo*. Opinião. Edição do dia 23 de agosto de 2024. Disponível em 79

sofisticada, representa o ápice do giro autoritário travestido de legalidade. Seu perigo reside justamente na tentativa de normalizar o anormal, de estruturar um modelo institucional em que o estado de exceção já não precisa ser decretado, bastando ser narrado.

Sob esse novo paradigma, o Estado passa a se conceber como vítima. E, como toda vítima, invoca para si o direito à defesa. Mas, ao contrário do que ocorre com o indivíduo na análise da excludente de ilicitude do direito penal, cuja legítima defesa exige agressão injusta, atual e iminente, e sua repulsa com o uso moderado dos meios necessários, o Estado não precisa provar que está sendo agredido ou na iminência de sê-lo. Basta declarar que se sente ameaçado, operando à luz de um juízo de percepção política, e não com base em critério normativo. Com isso ele ativa a justificativa da exceção e qualquer forma de oposição, crítica ou dissenso passa a ser potencialmente “subversiva”. Nesse contexto, invocar as garantias processuais penais passa a ser visto como conivência com o inimigo.

Esse deslocamento retórico serve de base, reforce-se outra vez, para a implementação prática do *Direito Penal do Inimigo*, nos moldes concebidos por Günther Jakobs. Ao contrário do direito penal do cidadão, que reconhece a pessoa como titular de direitos e responsabilidades dentro de um sistema normativo de imputações, o direito penal do inimigo se volta à neutralização de sujeitos considerados perigosos *per se*, isto é, independentemente da prática de atos concretos. O alvo da punição não é a conduta, mas a condição ontológica do sujeito. O “inimigo”, portanto, não apenas comete crimes, mas representa riscos independentes do que fez.

A proposta de Jakobs pode ser compreendida como uma reatualização, ainda que velada, do antigo discurso do *direito penal de autor*, superado historicamente pela concepção de *direito penal do fato* ou *do resultado*. Em uma ordem democrática, a punição deve recair sobre o que o indivíduo fez, e não sobre aquilo que ele é.

No desenvolvimento de sua teoria, Günther Jakobs identificou uma suposta incompatibilidade entre um “*direito penal iluminista*”, fundado na

https://www.estadao.com.br/opiniao/espaco-aberto/um-estado-de-excecao-em-legitima-defesa/?srsltid=AfmBOorjnZpOCwXVLSPX1sj9YwtLQLpuKy80VdDdGca3kn-ir2L_y6x

racionalidade, na dignidade da pessoa humana e na centralidade do fato típico, e uma “*sociedade não iluminista*”, marcada por riscos difusos e condutas desvinculadas da concretude da lesão. Calha um parêntese aqui, para recordar a preocupação sintomática do ministro Luís Roberto Barroso, que vem afirmando que “*O Brasil precisa de um choque de Iluminismo*”⁶⁵. Fecha-se o parêntese para retomar o discurso de Jakobs. Foi durante conferência proferida no Congresso dos Penalistas Alemães, realizado em Frankfurt, em 1985, sob o título “*Incriminação no estado prévio à lesão de um bem jurídico*”, que Jakobs criticou a concepção de proteção de bens jurídicos como fundamento exclusivo da legitimidade penal, especialmente quando utilizada para justificar a criminalização de atos meramente preparatórios⁶⁶.

Como alternativa, propôs uma distinção entre dois modelos de direito penal: o *direito penal do cidadão*, vinculado à culpabilidade pessoal e aos limites do garantismo liberal, e o *direito penal do inimigo*, direcionado àquele que, por romper com os pressupostos normativos mínimos de convivência social, não pode mais ser tratado como sujeito de direitos em sentido pleno. Segundo Jakobs, esse “*inimigo do bem jurídico*” deve ser combatido não apenas pelo que faz, mas pelo que representa para a ordem jurídica.

E, como risco que é, deve ser neutralizado, ainda que para isso seja necessário flexibilizar os marcos legais da imputação penal, desconsiderar os princípios de solução do conflito aparente de normas para aplicar indevidos concursos materiais na fixação das penas, interpretar extensivamente “*in malam partem*” tipos penais, violar o juiz natural, camuflar violações claras de regras de imparcialidade, aplicar medidas cautelares não previstas em lei, sem contraditório, sem ampla defesa, deixar de aplicar causas de especial diminuição

⁶⁵ BRÍGIDO, Carolina. ‘O Brasil precisa de um choque de Iluminismo’, diz ministro Luís Roberto Barroso. In: *O Globo*. Edição do dia 09 de maio de 2020. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/o-brasil-precisa-de-um-choque-de-iluminismo-diz-ministro-luis-roberto-barroso-1-24418869>

⁶⁶ JAKOBS, Gunther. *Incriminação do estado prévio a lesão de um bem jurídico*. In: *Fundamentos do direito penal*. Trad. Andre Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003, p. 111.

da pena previstas em lei, dentre tantas outras violações à lei que possam ser necessárias no contexto da repressão e da prevenção⁶⁷.

A “*democracia defensiva*”, ao justificar a quebra de garantias com base na preservação institucional, opera exatamente nesse registro. Substitui-se o processo penal por uma lógica de contenção, em que o julgamento deixa de ser espaço de deliberação intersubjetiva e passa a ser campo de reafirmação da autoridade. A regra torna-se a medida excepcional e o processo vira rito simbólico de reafirmação de pertencimento institucional.

A isso se soma a transformação da linguagem jurídica em instrumento de reforço do inimigo simbólico. O réu deixa de ser apenas um sujeito passivo do processo e passa a encarnar, em sua figura, uma ameaça existencial à ordem. Não se apuram crimes tipificados em lei, mas se usa a palavra-chave e abstrata de divulgação de “fake news”. Eis aí um significante a procura de um significado e que pode ser facilmente manipulado para confundir opiniões pessoais desagradáveis aos ouvidos do detentor de poder como se “notícias falsas” fossem. Não que não se tenha notícias falsas, claro, mas a fluidez do termo permite nele encaixar muito do que está distante de sua compreensão semântica. Os adjetivos por vezes não têm tipificação legal, mas operam como categorias acusatórias suficientes para justificar sanções antecipadas, investigações sem provocação, medidas cautelares atípicas, bloqueios de patrimônio, cassações políticas, censura informacional e prisões preventivas eternizadas.

Esse modo de funcionamento reforça um projeto de governança por exceção permanente. A democracia, nesse modelo, não é mais o sistema da legalidade garantida, mas o regime da ameaça constante no qual a proteção do sistema se sobrepõe à proteção do cidadão. A exceção não mais suspende a norma, pois ela é a norma. O que se exige dos juristas, nesse ambiente, é a obediência hermenêutica e um novo tipo ideal de intérprete é forjado como sendo

⁶⁷ Para ilustrar como isso vem se dando no âmbito dos processos resultantes desses inquéritos vide, por todos: CHEMIM, Rodrigo. Moraes viola princípios penais em voto do caso Débora. In: *Poder 360*. Edição do dia 25 de março de 2025. Disponível em <https://www.poder360.com.br/opiniao/moraes-viola-principios-penais-em-voto-do-caso-debora/>

o técnico que acredita no sistema, mesmo que o sistema não mais acredite no Direito.

Nesse contexto, o retorno do inimigo não parece ser um acidente. Indica, em verdade, um projeto de recriação de um campo semântico em que a linguagem jurídica serve à exclusão, e não à inclusão; à justificação da punição, e não à contenção do poder. É nesse ponto que se revela a necessidade urgente de um deslocamento epistemológico, que saia da filosofia da consciência e se volte para a filosofia da linguagem. Enquanto a primeira autoriza a interpretação como expressão subjetiva, a segunda exige que ela seja um exercício intersubjetivo de mediação semântica e compromisso normativo.

5. FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E A MÁ HERMENÊUTICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O que permite que se naturalize a exceção em um regime jurídico que se autodeclara democrático e garantista? A resposta não está apenas nas estruturas institucionais, mas sobretudo na forma como se compreende a própria atividade de interpretar o Direito. É nesse ponto que se revela o papel nefasto da filosofia da consciência como base epistêmica predominante da hermenêutica judicial brasileira.

A filosofia da consciência parte da crença de que o sujeito-intérprete é capaz de apreender, por um ato de introspecção racional, o sentido da norma jurídica. Esse modelo, herdeiro de uma longa tradição cartesiana e idealista⁶⁸, pressupõe que o significado da norma está aguardando ser descoberto por uma consciência iluminada. Por um sujeito solipsista, isto é, um sujeito que se basta, que sozinho diz o mundo a partir de si, que se acredita um “senhor dos sentidos” do mundo. Como se o texto constitucional fosse uma espécie de grau zero de sentido e quem atribui o sentido original é o ser iluminado que o interpreta. Com

⁶⁸ DESCARTES, Rene. O Discurso do Método. *Descartes: obras escolhidas*. Organizadores: J. Guinsburg, Roberto Romano e Newton Cunha. Tradução de J. Guinsburg, Bento Prado Jr., Newton Cunha e Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 87 e 88.

isso, desconsidera-se a dimensão pública da linguagem, sua natureza intersubjetiva e sua dependência de práticas discursivas compartilhadas. A interpretação, nesse horizonte, torna-se uma atividade subjetiva, marcada por convicções morais, crenças pessoais e percepções intuitivas sobre o mundo.

Essa epistemologia subjetivista produz, no direito penal e no processo penal, efeitos devastadores. Quando se interpreta uma garantia a exemplo da imparcialidade do juiz, do juiz natural, da inércia da jurisdição ou do que se usou denominar de sistema acusatório, com base em uma filosofia da consciência, abre-se espaço para que o intérprete sobreponha sua intenção ao texto. As regras deixam de ter um limite e passam a ser moldadas conforme a consciência moral do julgador. Em nome de uma “defesa da democracia”, permite-se que a exceção seja decidida como se fosse a regra ou que a regra seja relativizada como se fosse obstáculo.

Não é por acaso que práticas como a investigação de ofício, o bloqueio de bens sem contraditório, a restrição de liberdade de expressão, a adoção de medidas cautelares não previstas em lei, a não aplicação de princípios de solução no conflito aparente de normas e a adoção de concurso material de crimes onde ele não se dá, dentre outras inúmeras criativas formas de interpretar garantias historicamente consolidadas, tenham sido normalizadas sem maiores resistências institucionais. Todas foram justificadas com base em uma hermenêutica que privilegia a intenção do intérprete sobre o sentido normativo da linguagem constitucional. O texto já não importa, mas sim o risco percebido, o perigo intuído, o sentimento de urgência. Nesse modelo, a consciência do juiz passa a ocupar o lugar do princípio.

É nesse contexto que a crítica à filosofia da consciência se impõe como tarefa urgente para o Direito. Como sustentado em *Processo Penal: fundamentos dos fundamentos*⁶⁹, o modelo de interpretação ancorado na subjetividade do intérprete leva à erosão do sentido normativo das garantias processuais. O juiz que acredita que “sente” o que a Constituição quis dizer é o mesmo que, diante de uma ameaça difusa, decidirá em nome da salvação do sistema, ainda que ao custo do sacrifício do réu e da própria democracia.

⁶⁹ CHEMIM, Rodrigo. *Processo Penal: fundamentos dos fundamentos*. Ob. cit.

Contra esse modelo, é preciso afirmar o compromisso hermenêutico com a linguagem. Interpretar não é um ato de consciência, mas sim um ato de linguagem e isso exige reconhecer que o sentido da norma não é produto da subjetividade, mas de uma construção intersubjetiva, fundada em critérios linguísticos, históricos e institucionais. A Constituição deve ser vista como um pacto de linguagem, um contrato semântico que limita o poder e protege o cidadão, sobretudo nos momentos de crise.

Ao manter a filosofia da consciência como fundamento da interpretação constitucional, o processo penal seguirá vulnerável às tentações autoritárias e aos ciclos de exceção. A “*democracia defensiva*” é, nesse sentido, apenas o sintoma mais recente de uma doença epistemológica mais profunda, isto é, a crença de que o juiz é capaz de dizer o Direito a partir de sua própria convicção, sem compromisso com a linguagem que estrutura a normatividade democrática.

6. FILOSOFIA DA LINGUAGEM COMO ALTERNATIVA HERMENÊUTICA AO DECISIONISMO.

A superação do decisionismo judicial e da normalização do estado de exceção passa necessariamente por uma mudança de paradigma hermenêutico. Não basta denunciar os abusos, é preciso atacar o fundamento epistemológico que os permite. E esse fundamento é, como se demonstrou, a adesão tácita à filosofia da consciência como critério legítimo de interpretação constitucional. O deslocamento necessário é em direção à filosofia da linguagem, entendida aqui como estrutura de contenção e espaço de intersubjetividade jurídica.

Ao contrário da filosofia da consciência, que parte do sujeito isolado como fonte de sentido, a filosofia da linguagem reconhece que o significado é fruto de práticas compartilhadas⁷⁰, de jogos de linguagem⁷¹, de pactos

⁷⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, 2ª ed. Tradução de Marcia Sa Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 206 e s. e p. 209 e ss.

⁷¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 6. ed. Tradução de Marcos G. Nontagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 81.

interpretativos sedimentados, historicamente consolidados⁷². O sentido não está “na regra” nem “no sujeito”, mas ele emerge do uso, da historicidade e da forma como os enunciados jurídicos circulam nas instituições. A interpretação, nesse modelo, não deve ser um ato de descoberta nem de invenção, mas de compreensão, orientado por critérios linguísticos e pela tradição constitucional. Essa abordagem impede que o intérprete se coloque acima do texto. Ele passa a ser, no máximo, um partícipe de sua compreensão, jamais seu dono.

No campo do direito penal e do processo penal essa mudança de chave é decisiva. Ela permite, por exemplo, recolocar o princípio da legalidade estrita em seu lugar originário, como garantia contra a arbitrariedade, e não como cláusula aberta para decisões fundadas apenas na invocação da “proteção da democracia”. E, sobretudo, permite que o juiz volte a ser juiz, isto é, um mediador institucional de linguagem, e não um redentor moral do sistema.

A filosofia da linguagem, nesse sentido, não é um luxo teórico, mas sim uma urgência institucional. Em tempos em que a exceção se apresenta como normalidade, e o eufemismo como verdade, só uma hermenêutica fundada no compromisso com o sentido compartilhado pode oferecer resistência. Não se trata, é claro, de negar a historicidade do Direito ou a dimensão política da interpretação, mas, sim, de impor à linguagem jurídica um horizonte de contenção que impeça que qualquer coisa seja dita em nome da “defesa da democracia”.

O papel da linguagem, então, deve cumprir a função de nomear a violência institucional, de desnaturalizar a exceção e de impedir que o inimigo seja construído a partir de adjetivos e suposições. A observância das garantias historicamente consolidadas, aqui, é inseparável da filosofia da linguagem e da manutenção da democracia, porque não há garantia e democracia sem linguagem comum. O Estado Democrático de Direito não foi pensado para servir ao intérprete que fala a partir de si mesmo.

Enquanto a comunidade jurídica brasileira não romper com o modelo subjetivista da consciência e não assumir o compromisso epistêmico com a

⁷² DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridade política y legal como clave de la teoría y practica*. Tradução para o espanhol de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 2012, p. 164.

linguagem como campo de disputa e contenção, a exceção continuará sendo o modo predominante. Parafraseando Umberto Eco⁷³, o “*nome da rosa*” pode até mudar e passar a se chamar “*democracia defensiva*” ou “*estado de exceção em legítima defesa*”, mas, como lembra Shakespeare, não importa o nome que se lhe dê, a rosa jamais perde seu mais doce perfume⁷⁴. Uma coisa não muda sua natureza porque lhe alteraram a denominação. O *direito penal do inimigo* seguirá aparecendo toda vez que se opere a suspensão das garantias em nome de algo eufemisticamente camuflado.

A tarefa crítica da filosofia da linguagem é, portanto, de dupla ordem, isto é, desmascarar o uso estratégico do eufemismo e reconstruir os critérios de sentido das categorias jurídicas.

7. CONCLUSÃO

A democracia não se defende traindo a si mesma e esse é o paradoxo fundamental que parece escapar aos que, em nome de sua preservação, vêm autorizando ou defendendo práticas excepcionais por meio de uma linguagem eufemística, revestida de juridicidade. O que este artigo buscou demonstrar é que o problema não é apenas jurídico ou político, mas essencialmente filosófico e está centrado no modo como se compreende a interpretação do Direito e o papel da linguagem na interpretação do direito penal e do processo penal.

Os inquéritos instaurados no Supremo Tribunal Federal a partir de 14 de março de 2019 foram, inicialmente, justificados com base em declarações públicas dos então procuradores da República Deltan Dallagnol e Diogo Castor de Mattos. Ambos alertavam para os efeitos que uma eventual decisão do STF quanto à competência da Justiça Eleitoral poderia produzir para julgar os casos

⁷³ ECO, Umberto. *O Nome da Rosa*. Tradução de Homero Freitas de Andrade e de Aurora Fornoni Bernardini. Rio de Janeiro: Record, 2022.

⁷⁴ SHAKESPEARE, William. *The Tragedy of Romeo and Juliet*, II, ii, 5^a ed., London: J.M. Dent and Co., 1899 (47–48). “*What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as Sweet*” (tradução livre: “*O que há em um nome? Aquilo que chamamos de rosa por qualquer outro nome teria o mesmo perfume*”).

da Operação Lava Jato, o que poderia implicar em nulidade de grande parte das investigações.

No mesmo dia em que determinou a abertura do inquérito no âmbito do STF, o ministro Dias Toffoli anunciou que representaria ambos os procuradores perante a Corregedoria do Ministério Público Federal. A portaria de instauração do inquérito trouxe, de modo genérico, menções a possíveis crimes contra a honra e de ameaça dirigidos a ministros da Corte, sem qualquer descrição concreta de fatos ou individualização de condutas.

No primeiro mês de tramitação, o ministro Alexandre de Moraes determinou a censura da reportagem da revista *Crusoe*, cuja capa trazia a imagem do ministro Dias Toffoli acompanhada da frase atribuída a Marcelo Odebrecht, segundo a qual ele seria “*o amigo do amigo de meu pai*”. A mesma censura foi imposta ao site *O Antagonista*, que repercutia a matéria.

Mais de dois anos após a instauração do inquérito, o ministro Alexandre determinou a abertura de nova investigação, desta vez para apurar suposta tentativa violenta de golpe de Estado. Nesse intervalo, foram sendo construídas teses com aparência jurídica para legitimar o conjunto de medidas adotadas desde 2019. Conceitos como “*democracia defensiva*” e “*estado de exceção em legítima defesa*” passaram a operar como mecanismos retóricos de justificação.

Ao que consta, nove inquéritos vinculados àquele procedimento original ainda tramitam no Supremo Tribunal Federal em 2025, muitos sob sigilo e sem previsão de encerramento. As práticas heterodoxas adotadas, com sistemáticas violações ou relativizações de garantias penais e processuais penais, vêm sendo reiteradamente chanceladas pelo Plenário do STF, contribuindo para a consolidação de uma perigosa jurisprudência. Trata-se, a princípio, de uma “jurisprudência de exceção”, mas que, com o tempo, tende à normalização. O risco de que essas práticas passem a ser replicadas por magistrados de primeira instância é concreto e iminente.

Ao resgatar a proposta original de Karl Loewenstein sobre a “*democracia militante*”, mostrou-se como sua transfiguração contemporânea sob a rubrica de “*democracia defensiva*” se distancia da ideia de contenção institucional de forças totalitárias, para se tornar um expediente de legitimação do decisionismo judicial, da perseguição seletiva e da suspensão contínua de garantias. A exceção,

travestida de técnica, torna-se a regra. O inimigo, agora interno, é designado por critérios morais, políticos ou afetivos e o sistema de Justiça passa a operar não mais como instância de julgamento, mas como mecanismo de exclusão simbólica.

A crítica ao uso do eufemismo, portanto, não é uma disputa semântica, mas sim uma denúncia de como a linguagem pode ser convertida em instrumento de poder punitivo. Quando se nomeia a exceção como defesa, a violação como prevenção, e a repressão como proteção, o que se está fazendo é exatamente o que o Direito deveria evitar, ou seja, romper com a publicidade do sentido, com a racionalidade do discurso e com o pacto normativo fundado na linguagem comum.

A filosofia da linguagem, nesse cenário, não é apenas uma alternativa hermenêutica, e sim a única saída possível diante da falência do paradigma da consciência. É a única via que ainda permite reconstituir o espaço da intersubjetividade jurídica, retomar a historicidade dos sentidos constitucionais e reinserir o juiz no círculo do compromisso com o texto, e não com suas convicções.

O direito penal e o processo penal, por sua vez, só podem cumprir seu papel civilizatório se for possível abandonar a ilusão de que a consciência do intérprete é medida suficiente para justificar a exceção. Enquanto o poder de punir se sustentar na moralidade difusa e não na linguagem compartilhada, o inimigo continuará entre nós, fabricado pelo discurso, perseguido pelo processo e excluído pela sentença.

Por isso, defender a filosofia da linguagem é, antes de tudo, defender a democracia de si mesma e da tentação de se proteger violando aquilo que a constitui. É dizer, com todas as letras, que não há democracia onde o medo autoriza o arbítrio, onde o poder se disfarça de vítima, e onde a linguagem é usada para esconder a exceção. A verdadeira defesa da democracia começa quando nomeamos, sem eufemismos, o que ela não pode aceitar.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCETTI, Carlo Invernizzi; ZUCKERMAN, Ian. What's wrong with militant democracy? In: *Political Studies*, [s. l.], v. 65, n. 1, p. 182-199, Apr. 2017. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/301733767_Whats_Wrong_with_Militant_Democracy.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2ª ed, São Paulo: Boitempo, 2004.
- AUGUSTO, Antônio. Especialistas avaliam condução de inquéritos do STF por Alexandre de Moraes. In: *Jornal Zero Hora*, edição do dia 14 de abril de 2024. Disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2024/04/especialistas-avaliam-conducao-de-inqueritos-do-stf-por-alexandre-de-moraes-clv04rtiv02j4012jgi6uvyae.html>.
- BEIMENBETOV, Serik. *A comparative analysis of 'defensive democracy': a cross-national assessment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies*. University of Exeter, United Kingdom, 2014. Disponível em <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10871/17661/BeimenbetovS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradora-geral da República. *Promoção de arquivamento*. Disponível em <https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf>.
- _____. Polícia Federal. *Ofício nº 3097828/2022/2022 na Petição nº 10.543/DF - INQ nº 4.874-DF (Inquérito Policial nº 2021.0052061– RE 2022.0057713)*, datado de 19 de agosto de 2022, p. 4 a 6. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RepresentaesPFpet10543.pdf>.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781. *Decisão do dia 12 de abril de 2019*. Disponível em <https://estaticog1.globo.com/2019/04/18/INQ478118abril.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Pet. 2509*. Relator ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18 de fevereiro de 2004, DJ 25-06-2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781. *Decisão do dia 16 de abril de 2019*. Decisão disponível em <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/alexandre-rejeita-arquivamento.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781. *Decisão do dia 01 de agosto de 2019*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/alexandre-moraes-suspende-investigacoes-2.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781. *Decisão do dia 27 de setembro de 2019*. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781decisao27setembro.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Gabinete do ministro Alexandre de Moraes. *Relatório 7 anos*, janeiro de 2024. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RelatorioGMA M21_03_2024_final.pdf.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADPF 572*. Relator ministro Edson Fachin. Acórdão do dia 18 de junho de 2020. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20572%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADPF 572*. Relator ministro Edson Fachin. Acórdão do dia 18 de junho de 2020, p. 28 e 29. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20572%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true.

_____. Supremo Tribunal Federal. Juiz instrutor Airton Vieira. *Manifestação no Inquérito 4781*. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Manifestac807a771oPET10543.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 10.543. Ministro Alexandre de Moraes. *Decisão do dia 19 de agosto de 2022*. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Decisa771oPET10543.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 10.543. Ministro Alexandre de Moraes. *Decisão do dia 18 de agosto de 2023*. Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET10543Meroito.pdf>.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *TSE sedia seminário internacional sobre democracia defensiva*. Notícia do dia 10 de agosto de 2023. Disponível em <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Agosto/tse-sedia-seminario-internacional-sobre-democracia-defensiva>.

BRÍGIDO, Carolina. Inquérito aberto por Toffoli vai investigar Deltan Dallagnol e auditores da Receita. In: *O Globo*. Edição do dia 14 de março de 2019. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/inquerito-aberto-por-toffoli-vai-investigar-deltan-dallagnol-auditores-da-receita-23523423>).

_____. 'O Brasil precisa de um choque de Iluminismo', diz ministro Luís Roberto Barroso. In: *O Globo*. Edição do dia 09 de maio de 2020. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/o-brasil-precisa-de-um-choque-de-iluminismo-diz-ministro-luis-roberto-barroso-1-24418869>.

CAPOCCIA, Giovanni. Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation. In: *Annual Review of Law and Social Science*. 9, 2013, p. 207–226.

CARNOT, M. *De L'Instruction Criminelle*. Paris: Chez Neve, Libraire de la Cour de Cassation, 1812.

CHEMIM, Rodrigo. *Processo Penal: fundamentos dos fundamentos*. Porto Alegre: Citadel, 2023.

- _____. Moraes viola princípios penais em voto do caso Débora. In: *Poder 360*. Edição do dia 25 de março de 2025. Disponível em <https://www.poder360.com.br/opiniaio/moraes-viola-principios-penais-em-voto-do-caso-debora/>.
- CNN. Moraes “vem errando” e “apoio irrestrito” ao ministro é preocupante, diz Marco Aurélio Mello à CNN. Edição de 03 de setembro de 2024. Disponível <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/apoio-irrestrito-a-alexandre-de-moraes-e-preocupante-diz-marco-aurelio-mello-a-cnn/>
- CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986.
- D'AGOSTINO, Rosanne. AGU e PGR defendem validade do inquérito das fake news no STF, mas pedem parâmetros claros. In: *G1, Política*. Edição do dia 10 de junho de 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/10/agu-e-pgr-defendem-validade-do-inquerito-das-fake-news-no-stf-mas-pedem-parametros-claros.ghtml>
- DESCARTES, Rene. O Discurso do Método. *Descartes: obras escolhidas*. Organizadores: J. Guinsburg, Roberto Romano e Newton Cunha. Tradução de J. Guinsburg, Bento Prado Jr., Newton Cunha e Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridade política y legal como clave de la teoría y practica*. Tradução para o espanhol de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 2012.
- ECO, Umberto. *O Nome da Rosa*. Tradução de Homero Freitas de Andrade e de Aurora Fornoni Bernardini. Rio de Janeiro: Record, 2022.
- FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. In: *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, ano 58, n. 230, p. 133-147, abr./jun. 2021.
- FERRATER MORA, J. *Dicionário de Filosofia*. Tomo IV. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

- FREUD, Sigmund. O Inconsciente (1915). *Obras Completas*. V. 12. *Introdução ao Narcisismo, Ensaios de Metapsicologia e Outros Textos (1914-1916)*. Tradução de Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- G1. Política. STF censura sites e manda retirar matéria que liga Toffoli à Odebrecht. Edição do dia 15 de abril de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/15/stf-censura-sites-e-e-manda-retirar-materia-que-liga-toffoli-a-odebrecht.ghtml>).
- _____. Política. *STF censura sites e manda retirar matéria que liga Toffoli à Odebrecht*. Edição do dia 15 de abril de 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/15/stf-censura-sites-e-e-manda-retirar-materia-que-liga-toffoli-a-odebrecht.ghtml>.
- GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 56, 2005
- GUICHARD, Victor e DUBOCHET, J.J. *Manuel du Jure ou Exposition des Principes de La Legislation Criminelle dans ses Rapports Avec les Fonctions de Jure*. Paris: A. Sautelet et Compagnie, Libraires, 1827.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, 2ª ed. Tradução de Marcia Sa Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2007.
- JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIA, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de Andre Luís Callegari e Nereu Jose Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- JAKOBS, Gunther. Incriminação do estado prévio a lesão de um bem jurídico. In: *Fundamentos do direito penal*. Trad. Andre Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.
- LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, I. In: *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, 1937, p. 417-432. Disponível em https://warwick.ac.uk/fac/arts/history/students/modules/hi290/seminars/r-evolution/lowenstein_militant_democracy_i.pdf.
- MARSIGLIA, André. *Censura por Toda Parte. Os bastidores jurídicos do inquérito das fake news e a nova onda repressora que assola o Brasil*. São Paulo: Faro Editorial, 2024.

- MELLO, Lucas. PF apura discussão entre Lewandowski e advogado em voo. Edição do dia 5 de dezembro de 2018. In: *Revista Veja*. Disponível em <https://veja.abril.com.br/politica/pf-apura-discussao-entre-lewandowski-e-advogado-em-voo>.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brede e de. *Do Espírito das Leis*. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- O Estado de São Paulo. *Editorial*. Edição do dia 16 de março de 2019, página A3. Disponível em <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20190316-45805-nac-3-edi-a3-not>).
- PILLE, Letícia. Inquérito das fake news foi “atípico”, mas necessário, diz Barroso. In: *Poder 360*. Edição do dia 10 de dezembro de 2024. Disponível em <https://www.poder360.com.br/poder-justica/inquerito-das-fake-news-foi-atipico-mas-necessario-diz-barroso/>.
- POLICARPO JUNIOR; BORGES, Larissa. Rodrigo Janot sobre Gilmar Mendes: “la dar um tiro na cara dele”. In: *Revista Veja*. Edição do dia 26 de setembro de 2019. Disponível em <https://veja.abril.com.br/politica/janot-gilmar-ia-dar-um-tiro-na-cara-dele>.
- PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araujo e Carina Quito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, v. 47, 2004.
- PUPO, Amanda. PIRES, Breno. Corrupção com caixa 2 fica na Justiça Eleitoral. In: *Jornal O Estado de São Paulo*. Edição do dia 15 de março de 2019. Página A4. Disponível em <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/20190315-45804-nac-4-pol-a4-not>).
- RÊGO, Eduardo de Carvalho; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Democracia defensiva no Supremo Tribunal Federal: o inquérito das fake News como estímulo para a construção de uma jurisprudência constitucional em defesa da democracia. In: *Revista Digital de Direito Administrativo*. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de

- São Paulo. vol. 10, n. 1, p. 318-335, 2023. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/201661/192200>.
- SBT NEWS. *Moraes arquiva inquérito dos atos antidemocráticos e abre um sobre ataques*. Edição do dia 01 de julho de 2021. Disponível em <https://sbtnews.sbt.com.br/noticia/justica/172517-moraes-arquiva-inquerito-dos-atos-antidemocraticos-e-abre-um-sobre-ataques>.
- SEMER, Marcelo. Um estado de exceção em legítima defesa. In: *O Estado de São Paulo*. Opinião. Edição do dia 23 de agosto de 2024. Disponível em https://www.estadao.com.br/opiniaao/espaco-aberto/um-estado-de-excecao-em-legitima-defesa/?srsltid=AfmBOorjnZpOCwXVLSPX1sj9YwtLQLpuKy80VdDdJdGca3kn-ir2L_y6x.
- SERAPIÃO, Fabio; GREENWALD, Glenn. Moraes escolhia alvos e pedia ajustes em relatórios contra bolsonaristas, mostram mensagens. In: *Folha de São Paulo*, edição do dia 14 de agosto de 2024. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/08/moraes-escolhia-alvos-e-pedia-ajustes-em-relatorios-contrabolsonaristas-mostram-mensagens.shtml>.
- SHAKESPEARE, William. *The Tragedy of Romeo and Juliet*, II, ii, 5ª ed., London: J.M. Dent and Co., 1899.
- STRECK, Lenio. Shakespeare e o desprezo ao STF: a resposta do lorde-juiz ao príncipe. In: *PRERROÔ - Grupo Prerrogativas*, 16 de setembro de 2021. Disponível em <https://prerro.com.br/shakespeare-e-o-desprezo-ao-stf-a-resposta-do-lorde-juiz-ao-principe/>.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 6. ed. Tradução de Marcos G. Nontagnoli. Petrópolis: Vozes, 2009.

© *Direito e Linguagem* nº 4, vol. 2. Extraordinário (2025), pp. 97-123
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.15272353

Racismo e linguagem: contribuições da hermenêutica constitucional, da obra de Wittgenstein e da teoria da ação significativa para a interpretação do art. 20 da Lei n. 7.716/1989

Racism and language: contributions of constitutional hermeneutics, the work of Wittgenstein and the theory of significant action for the interpretation of article 20 of Law n. 7,716/1989

Octahydes Ballan Junior¹

Centro Universitário Católica do Tocantins

Ticiane Louise Santana Pereira²

Fundação Escola Superior do Ministério Público do Paraná

Sumário: 1. Introdução; 2. O compromisso com a igualdade racial na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; 3. A filosofia da linguagem de Wittgenstein: linguagem como uso e ação; 4. A teoria da ação significativa de Vives Antón: a conduta linguística penalmente relevante; 5. A linguagem de ódio e a ponderação com a liberdade de expressão; 6. O Caso Dos Santos Nascimento e Ferreira Gomes vs. Brasil na Corte IDH. 7. Conclusão; 8. Referências.

¹ Doutor e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Promotor de Justiça do Estado do Tocantins. Professor do Centro Universitário Católica do Tocantins (UniCatólica), da Escola da Magistratura do Paraná (Emap) e da Escola Superior do Ministério Público do Tocantins.

² Mestra em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Promotora de Justiça do Estado do Paraná. Professora da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Paraná (Fempar) e da Escola da Magistratura do Paraná (Emap).

Resumo: O presente artigo examina a criminalização do discurso racista à luz da Constituição Federal de 1988, do art. 20 da Lei n. 7.716/1989 e de abordagens filosóficas contemporâneas da linguagem. Parte-se da premissa de que o racismo se manifesta também como violência simbólica, especialmente por meio de discursos que naturalizam a inferiorização de grupos racializados. Com base na filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein e na teoria da ação significativa de Vives Antón, argumenta-se que o dizer é uma forma de agir e que o discurso racista deve ser interpretado como conduta penalmente relevante. Defende-se, por fim, uma hermenêutica constitucionalmente orientada, que reconheça os efeitos pragmáticos da linguagem e promova a efetividade da proteção penal contra o racismo.

Palavras-chave: Racismo. Filosofia da linguagem. Wittgenstein. Teoria da ação significativa. Discurso discriminatório.

Abstract: This article examines the criminalization of racist speech in light of the 1988 Brazilian Federal Constitution, Article 20 of Law No. 7.716/1989, and contemporary philosophical approaches to language. It assumes that racism also manifests as symbolic violence, especially through discourses that naturalize the inferiority of racialized groups. Drawing from Ludwig Wittgenstein's philosophy of language and Vives Antón's theory of meaningful action, the article argues that speech is a form of action and that racist discourse should be interpreted as criminally relevant conduct. It ultimately defends a constitutionally oriented hermeneutic that acknowledges the pragmatic effects of language and promotes the effectiveness of criminal protection against racism.

Keywords: Racism. Philosophy of language. Wittgenstein. Theory of significant action. Discriminatory discourse.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 e os tratados internacionais de Direitos Humanos contêm diversos dispositivos reconhecidos como verdadeiros

mandados de criminalização, reclamando do Brasil a tutela de bens jurídicos por meio do direito penal, vinculando o legislador à tipificação de determinadas condutas³.

É o caso da criminalização do racismo, que constitui um dos pilares normativos da Constituição da República⁴, que elevou a dignidade da pessoa humana a valor fundante (art. 1º, III); definiu como objetivo fundamental a eliminação de todas as formas de discriminação, e o fez de forma expressa quanto a raça (art. 3º, IV); estabeleceu que o Brasil se rege nas suas relações internacionais pelo princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII); e assegurou a igualdade de todos (art. 5º, *caput*).

O Brasil ainda é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

O enfrentamento do racismo é um dever assumido pelo Estado Democrático de Direito. Num país que recebeu cerca de 4 (quatro) milhões de escravizados africanos, algo perto de um terço de todo o tráfico negreiro⁵, a criminalização do racismo é fundamental para a proteção de direitos humanos. É preciso compreender criticamente os *modus* de assimilação que o preconceito racial foi forjado no Brasil, e que reverbera um padrão segregacionista

³ PASSOS, J. D. da S. *Mandados de criminalização decorrentes de tratados de Direitos Humanos*. 290 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 100-101.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2025.

⁵ “O Brasil foi no continente americano a região que mais escravos africanos importou durante os mais de 300 anos de duração do tráfico transatlântico, entre os Séculos XVI e meados do XIX. Foram, segundo estimativas mais recentes, em torno de quatro milhões de homens, mulheres e crianças, equivalente a mais de um terço de todo aquele comércio. Uma contabilidade que não é exatamente para ser comemorada, mas a partir dela é que se pode melhor entender a contribuição africana para a formação histórica e cultural do País.” REIS, J. J. *Presença negra: conflitos e encontros. Brasil: 500 anos de povoamento*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2007, p. 81. Disponível em: <https://celp.fflch.usp.br/sites/celp.fflch.usp.br/files/Brasil%20500%20anos%20de%20povoamento.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2025.

particularizado, que refletirá diretamente nas ações comunicativas e no estabelecimento de uma linguagem.⁶

Entre as formas de manifestação do racismo, destaca-se o discurso discriminatório, cuja repressão penal encontra fundamento no art. 20 da Lei n. 7.716/1989⁷. No entanto, a eficácia dessa norma (e de outros crimes da mesma lei) enfrenta resistências interpretativas que reduzem a linguagem a mera expressão de opinião ou restringem o seu alcance aos casos de manifestações explícitas de ódio racial, dificilmente reconhecendo a presença de dolo⁸.

⁶ Na obra *O Povo Brasileiro*, de Darcy Ribeiro, o autor identifica particularidades na gênese segregacionista operada no Brasil, comparativamente a outras formas colonizadoras. Para o autor, o preconceito racial se fez atuar em um primeiro momento como uma “força integradora”, motora, geradora, quando identifica o padrão miscigenador de uma forma ampliada para, só após, experimentar formas abertas de separação como a estigmatização, eclipsamento, “branqueamento” e apagamento, condições essas gradativamente verificadas com a formação geográfica dos “polos de desenvolvimento” que viabilizariam a ideia liberal da emancipação brasileira. RIBEIRO, D. *O povo brasileiro*. São Paulo: Global, 2022, p. 172.

⁷ Mais recentemente, a Lei n. 14.532/2023 incluiu na Lei de Racismo o art. 2º-A, cuidando da injúria racial, com a seguinte redação: “Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas.” BRASIL. *Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 11 abr. 2025.

⁸ E aqui, de relevo considerar que a concepção jurídica do *dolo* assume uma formulação de base epistêmica que já revela a desconsideração das particularidades de ações e discursos discriminatórios culturalmente ensaiados no Brasil. A superação analítica de autênticos atos de violência são subvertidos para a elaboração discursiva romantizada, identificada pela pensadora Lélia Gonzalez (SANTOS, E. C. R. dos. *Lélia Gonzalez, intelectual amefricana: a (in)visibilidade de uma intérprete negra no Pensamento Social Brasileiro*. 203 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre, 2023.), como as afirmações literárias, típicas do séc. XIX, sobre o “amor na senzala”. A estudiosa revela a existência de um contrato social que sela um acordo de exclusão e subalternização, precisamente, em desfavor das mulheres negras, no qual o *epistemicídio* cumpre, além de uma função estratégica de processo de banimento social, o da exclusão de um ponto estratégico de observação referente discursiva: a análise do sujeito discriminado. As formas sabidamente veladas, com o aporte comparativo analógico, muitas vezes utilizados para ações e discursos discriminatórios são conhecidas e assumem certa identificação global. Mas a identificação jurídica do sentido discriminatório de tais exortações parece ainda ser de difícil captação para o Sistema de Justiça. Nesse sentido, vide o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL. ABSOLVIÇÃO. CONFLITO ENTRE VIZINHOS. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. PRINCÍPIO DO “IN DUBIO PRO REO”. RECURSO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME Apelação interposta pelo Ministério Público contra sentença absolutória que julgou improcedente a denúncia e absolveu o réu Roberto Vieira Machado da prática de injúria racial, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, e racismo, tipificado no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/1989. A decisão foi fundamentada no art. 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal. O Ministério Público pleiteou a reforma da sentença para condenação do réu e o pagamento de indenização por danos morais coletivos. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO Há duas questões em discussão: (i)

Este artigo busca problematizar essa limitação hermenêutica a partir de contribuições da filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein e da teoria da ação significativa do jurista espanhol Tomás Salvador Vives Antón. Defende-se que o discurso racista não é apenas manifestação semântica, mas ação significativa que produz efeitos concretos sobre os destinatários. Com isso, propõe-se uma leitura do art. 20 (e, de igual modo, do art. 2º-A) da Lei n. 7.716/1989 em conformidade com os preceitos constitucionais e sensível à dimensão pragmática da linguagem.

Definir se o conjunto probatório produzido nos autos é suficiente para demonstrar o dolo específico do réu na prática de injúria racial; (ii) Analisar se as condutas imputadas ao réu configuram o crime de racismo, nos termos do art. 20, §2º, da Lei nº 7.716/1989. III. RAZÕES DE DECIDIR O dolo específico exigido para o crime de injúria racial não se confirma, considerando que as alegadas ofensas ocorreram em um contexto de conflitos reiterados e mútuos entre vizinhos, envolvendo desentendimentos sobre reformas no apartamento da vítima e danos ao patrimônio do réu, não havendo demonstração inequívoca de que as declarações foram motivadas por discriminação racial. O crime de racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/1989, exige a presença de intenção específica de incitar ou induzir discriminação ou preconceito contra grupo ou coletividade. No caso, as condutas atribuídas ao réu ocorreram em contexto interpessoal conflituoso, sem comprovação de animus discriminatório dirigido a grupo ou coletividade com base em raça ou cor. O princípio do “in dubio pro reo” justifica a absolvição, já que a condenação penal exige prova robusta e inequívoca quanto à autoria e ao dolo, inexistentes no caso concreto, conforme análise do conjunto probatório. A sentença absolutória encontra respaldo na ausência de comprovação suficiente de que o réu tivesse a intenção deliberada de ofender ou discriminar a vítima em razão de sua cor ou raça, diante do histórico de desavenças prévias e mútuas ofensas entre as partes. IV. DISPOSITIVO E TESE Recurso desprovido. Tese de julgamento: A configuração do crime de injúria racial exige a demonstração inequívoca do dolo específico de ofender a vítima com base em sua raça ou cor, o que não se verifica quando as alegadas ofensas ocorrem em contexto de conflitos interpessoais sem provas robustas da intenção discriminatória. A caracterização do crime de racismo, previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/1989, depende da comprovação de que a conduta do agente visa incitar ou induzir preconceito ou discriminação contra grupo ou coletividade, o que não ocorre em desentendimentos individuais sem animus discriminatório. Na dúvida sobre a intenção do agente, aplica-se o princípio do “in dubio pro reo”. Dispositivos relevantes citados: Código Penal, art. 140, § 3º; Código de Processo Penal, art. 386, III e VII; Lei nº 7.716/1989, art. 20, §2º. Jurisprudência relevante citada: STJ, QC 2 / DF 2022/0249261-0, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 23.08.2023. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Criminal 1534029-80.2022.8.26.0050*. Relatora: Isaura Cristina Barreira. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal. Foro Central Criminal Barra Funda: 32ª Vara Criminal. Data do Julgamento: 09/04/2025; Data de Registro: 11/04/2025. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=19108558&cdForo=0>. Acesso em: 11 abr. 2025)

Num mundo onde a intolerância tem ganhado espaço, desfilando sem pudor em estádios de futebol⁹⁻¹⁰, grupos neonazistas¹¹ ou incitando ódio em redes sociais¹², é papel dos estudiosos manter um compromisso com um direito penal humano¹³ e, por conseguinte, com a igualdade racial.

2. O COMPROMISSO COM A IGUALDADE RACIAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição da República representa um marco normativo no reconhecimento e na proteção dos direitos fundamentais, entre os quais se destaca o compromisso com a erradicação do racismo. A previsão mais contundente, típico mandado de criminalização, está no art. 5º, XLII, que afirma que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Essa disposição traduz não apenas uma opção legislativa e político-criminal, mas um comando constitucional que obriga o legislador e o intérprete a considerar o racismo como uma violação intolerável da ordem democrática. Trata-se de um mandado de criminalização, que impõe ao Estado o dever de prever e aplicar sanções penais eficazes contra condutas discriminatórias.

Nesse contexto, o discurso racista deve ser analisado não apenas sob a ótica da liberdade de expressão, mas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial. O desafio hermenêutico consiste em

⁹ DE LAURENTIIS, F. *Palmeiras identifica e exclui sócio que fez gesto racista a torcedores do Cerro Porteño*. São Paulo, 10 abr. 2025. Disponível em: https://www.espn.com.br/futebol/palmeiras/artigo/_id/15034188/palmeiras-identifica-exclui-socio-fez-gesto-racista-torcedores-cerro-porteno. Acesso em: 11 abr. 2025.

¹⁰ NASCIMENTO, J. *De novo! Torcedor faz gesto racista em Talleres x São Paulo*. São Paulo, 3 abr. 2025. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/esportes/futebol/sao-paulo/de-novo-torcedor-faz-gesto-racista-em-talleres-x-sao-paulo/>. Acesso em: 11 abr. 2025.

¹¹ BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. *Tribunal do Júri de Campina Grande do Sul condena a penas superiores a 30 anos dois acusados por homicídios em disputa de comando de grupo neonazista*. Curitiba, 24 mar. 2025. Disponível em: <https://mppr.mp.br/Noticia/Tribunal-do-Juri-de-Campina-Grande-do-Sul-condena-penas-superiores-30-anos-dois-acusados>. Acesso em: 11 abr. 2025.

¹² MORAES, A. *Democracia e redes sociais: o desafio de combater o populismo digital extremista*. Barueri: Atlas, 2025.

¹³ ZAFFARONI, E. R. *Doutrina penal nazista: a dogmática alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, p. 25.

equilibrar tais valores constitucionais, ampliando uma perspectiva epistêmica, reconhecendo que a proteção da liberdade de expressão não pode servir de escudo para a perpetuação de práticas opressoras, especialmente quando se utilizam da linguagem como meio de exclusão e violência simbólica.

A Constituição de 1988 impõe, portanto, uma leitura normativa comprometida com uma hermenêutica antirracista, que reconheça a historicidade das desigualdades e a necessidade de enfrentá-las mediante políticas públicas e instrumentos jurídicos eficazes, entre os quais se destaca o Direito Penal, um dos veículos de garantia de direitos humanos fundamentais.

Para concretizar a proteção penal, a Lei n. 7.716/1989 regulamenta o dispositivo constitucional, prevendo o crime de racismo no art. 20 e punindo a conduta de “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.”

A redação legal abrange três condutas distintas e individualmente suficientes à consumação¹⁴: (i) prática direta de discriminação; (ii) induzimento à discriminação, influenciando terceiros; e (iii) incitação ao ódio ou à discriminação. A norma contempla condutas materiais e discursos que, por sua forma e conteúdo, reforcem estruturas de opressão racial.

É precisamente nesse ponto que se insere a relevância da filosofia da linguagem. A criminalização do discurso racista depende de uma compreensão da linguagem como ação, e não como mera transmissão de informações. E aqui, a compreensão do impacto desta linguagem deve assumir uma ampliação epistêmica agregadora da referência dos sujeitos e grupos atingidos¹⁵.

¹⁴ MARCHERI, P. L. *O nazismo, neonazismo e outras espécies de discriminação no sistema penal brasileiro*. 224 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário “Eurípedes de Marília”, Marília, 2014, p. 112.

¹⁵A ampliação epistêmica (considerando a diversidade dos sujeitos referente/referido) para a análise dos discursos discriminatórios é de fundamental importância para a compreensão do impacto lesivo que tais ações operaram historicamente sobre grupos segregados. Sobre o alheamento histórico dessa perspectiva democratizada nas considerações analíticas sobre formulações jurídicas, a filósofa Djamila Ribeiro, citando a pensadora feminista Lélia Gonzalez,

Expressões linguísticas podem ofender, inferiorizar e excluir, produzindo efeitos reais sobre os sujeitos racializados, perpetuando as estereotípias que, historicamente, afiguraram-se úteis para a exclusão de direitos civis e da própria diversidade de participação nas esferas de formação da vontade estatal. A linguagem não é apenas um meio de comunicação neutro, mas um instrumento de poder que, através de formulações e discursos, consagra privilégios e institui a mobilidade nos espaços sociais.

A exigência de dolo específico, usualmente requerida pela doutrina penal para a responsabilização por esse tipo de crime, não pode ser confundida com a intenção subjetiva de ofender, compreendida isoladamente, sob uma perspectiva de análise desprovida do significado assimilado pelo seu impacto em um dado momento.

Em se tratando de práticas discriminatórias, o elemento volitivo deve ser extraído do contexto, da forma do discurso, do ambiente em que é proferido e dos impactos que produz. Toda essa compreensão deve ser acomodada em uma perspectiva analítica agregadora dos vários sujeitos que experimentam o impacto da elaboração discursiva, considerando a linguagem como um elemento forjado de maneira peculiar quando se estabeleceu assimetrias de acessos sociais.¹⁶

Assim, a interpretação do art. 20 da Lei n. 7.716/1989 deve se alinhar aos parâmetros constitucionais e aos avanços filosófico-jurídicos, reconhecendo a linguagem como prática social e a fala racista como uma forma de ação que viola direitos fundamentais.

pontuou que “quem possui o privilégio social, possui o privilégio epistêmico”. RIBEIRO, D. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 26.

¹⁶ “A lei não define preconceito. Os brasileiros às vezes usam os termos preconceito, discriminação, racismo e desigualdade permutavelmente. O preconceito tem múltiplos significados no Brasil: ódio, intolerância, noções preconcebidas sobre outra pessoa e depreciação verbal. A expressão de ódio, como um explícito crime de ódio de grupos de inspiração nazista, é a forma mais fácil de preconceito analisado pelos juizes. Mas a noção de preconceito também se refere a mau tratamento velado por um perpetrador que age com base em noções preconcebidas – o que é um tipo muito diferente de preconceito e difícil de ser assimilado pelos tribunais brasileiros.” SANTOS, I. A. A. dos. *Direitos humanos e as práticas de racismo*. Brasília: Câmara dos Deputados: Edições Câmara, 2013, p. 238. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/13516/direitos_humanos_santos.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 11 abr. 2025.

A compreensão de uma epistemologia do racismo também envolve a inclusão ou exclusão dos fatores de discriminação contemplados na legislação brasileira, no mandado constitucional de criminalização do racismo – o qual prevê a inafiançabilidade, imprescritibilidade e sujeição à pena de reclusão para a prática de delito racial – reverberando, assim, o rigor da resposta estatal e a compreensão do impacto do fato penal em sua expressão no sistema de proteção de direitos humanos. A filosofia da linguagem pode contribuir para essa compreensão e proteção.

3. A FILOSOFIA DA LINGUAGEM DE WITTGENSTEIN: LINGUAGEM COMO USO E AÇÃO

A filosofia da linguagem desenvolvida por Ludwig Wittgenstein — notadamente nas Investigações Filosóficas — oferece uma contribuição fundamental para compreender a linguagem como forma de ação. Ao abandonar a visão referencial da linguagem, centrada na correspondência entre palavras e coisas, Wittgenstein propõe a ideia de que o significado das palavras está no seu uso nos “jogos de linguagem”¹⁷.

¹⁷ “7. Na prática do uso da linguagem (2), uma parte grita as palavras, a outra age de acordo com elas; mas na instrução da linguagem vamos encontrar *este* processo: o aprendiz *dá nome* aos objetos. Isto é, ele diz a palavra quando o professor aponta para a pedra. - De fato, vai-se encontrar aqui um exercício ainda mais difícil: o aluno repete as palavras que o professor pronuncia – ambos, processos linguísticos semelhantes.

Podemos imaginar também que todo o processo de uso de palavras em (2) seja um dos jogos por meio dos quais as crianças aprendem sua língua materna. Quero chamar esses jogos de ‘jogos de linguagem’, e falar de uma linguagem primitiva às vezes como de um jogo de linguagem.

E poder-se-ia chamar também de jogos de linguagem os processos de denominação das pedras e de repetição da palavra pronunciada. Pense em certo uso que se faz das palavras em brincadeiras.

Chamarei de ‘jogo de linguagem’ também a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada.” WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 18-19.

Isso inclui o processo de atribuição de nomes às coisas que, não há nenhuma dúvida, é uma manifestação de poder, de “direito senhorial”, de apropriação, como diz Friedrich Nietzsche¹⁸.

Compreenda-se que, segundo Wittgenstein, o pensamento “não é um processo sem corpo”¹⁹, é algo que se concretiza com a linguagem, que não se esgota na palavra, mas em todas as formas de comunicação²⁰, a exemplo de um gesto, um sinal ou um objeto usado.

A linguagem não possui um sentido fixo e abstrato, mas adquire significado a partir do contexto social e das formas de vida em que se insere. Falar é agir em determinado jogo de linguagem, cujas regras são compartilhadas pelos participantes. O dizer não é neutro: é uma prática, e como prática pode produzir efeitos diversos, inclusive opressores.

A ideia pode ser complementada, com Gadamer, sob a percepção de que a linguagem é o meio para a compreensão e “Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *medium* de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a própria linguagem do intérprete”²¹.

Mas, continua agora Wittgenstein, a linguagem é aquela do dia a dia²², a pedir um uso contínuo, costumeiro e que permita compreender uma língua²³, empregada com certa regularidade²⁴ que autorize “não só uma concordância nas definições, mas também (por mais estranho que isto possa soar), uma concordância nos juízos”²⁵.

¹⁸ “O direito senhorial de dar nomes vai tão longe, que nos permitiríamos conceber a própria origem da linguagem como expressão de poder dos senhores: eles dizem ‘isto é isto’, marcam cada coisa e acontecimento com um som, como que apropriando-se assim das coisas.” NIETZSCHE, F. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 17.

¹⁹ WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 149.

²⁰ COELHO, I. M. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34-35.

²¹ GADAMER, H.-G. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 503.

²² WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 73.

²³ WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 112-113.

²⁴ WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 115.

²⁵ WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 123.

A partir dessa concepção, o discurso racista não pode ser avaliado apenas como proposição semântica, mas como ato inserido num contexto de dominação simbólica. O que se diz e como se diz reforça estruturas sociais, podendo legitimar a exclusão, a inferiorização e o apagamento de determinados grupos. Essa perspectiva wittgensteiniana permite uma compreensão do discurso discriminatório como prática social carregada de sentido político e jurídico.

Não se deve indagar do agente a sua vontade para a definição ou não do crime de racismo. Wittgenstein explica:

“Querer, se não deve ser uma espécie de desejo, tem que ser a própria ação. Não deve ficar parado diante da ação.” Se é a ação, então o é no sentido usual da palavra; portanto: falar, escrever, ir levantar algo, representar-se algo. Mas também: aspirar, tentar, esforçar-se para falar, para escrever, para levantar algo, para representar-se algo etc²⁶.

Não é, pois, a intenção, em sua subjetividade mental, que deverá ser investigada na apuração do crime, mas a intenção manifestada em ato concreto, comunicada em seu sentido linguístico do dia a dia. Num país como o Brasil, com sua história indelevelmente marcada pela escravização de pessoas negras, o emprego de palavras e gestos inferiorizadores, como a imitação gesticular e gritos de macaco²⁷, ou ofensas como “burro preto”²⁸ têm um significado certo,

²⁶ WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 214.

²⁷ PIRES, B. Grêmio e Aranha, uma história de racismo perverso e continuado: visto por dirigentes como “pessoa perigosa”, goleiro revive o trauma dos ataques racistas. *El Pais*. São Paulo, 17 jul. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/17/deportes/1500309484_868649.html. Acesso em: 11 abr. 2025.

²⁸ APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE INJÚRIA RACIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO DO *ANIMUS INJURIANDI*. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. As provas dos autos, em especial, os depoimentos colhidos em sede inquisitorial e sob o crivo do contraditório, evidenciam que o réu, com o intuito de ofender a honra subjetiva da vítima, utilizando-se de elementos inerentes à raça ou cor, xingou-a de “burro preto”.

2. Doutrina e jurisprudência entendem ser necessário, para a caracterização do delito de injúria, o elemento subjetivo do tipo penal – o dolo, a saber, *animus injuriandi*, o qual se revela na intenção do agente de atingir a honra subjetiva da vítima, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, o que se verificou na hipótese lançada aos autos.

dominador, objetificador, senhorial, há séculos utilizadas para oprimir não apenas a pessoa atacada, mas todos os negros.

Essa percepção não é nem sequer exclusiva do Brasil. Estando de tal forma incluída na linguagem racista, discriminatória, de suposta superioridade/inferioridade de grupos sociais motivadas pela cor da pele, é facilmente compreendida mundialmente²⁹. Por isso, Viviane de Melo Resende e Sinara Bertholdo destacam que “A linguagem do racismo é universal. Os xingamentos em português, espanhol, inglês, francês ou em qualquer língua colonial são compreendidos na semiose do evento racista, que não demanda tradução justamente porque o racismo é um discurso universal”³⁰.

Não há mais espaço para se admitir que condutas semelhantes sejam consideradas brincadeiras, que não haja dolo ou outras justificativas semelhantes. Wittgenstein diz que “Se você souber o *que* a palavra designa, você a compreende, você conhece todo seu emprego”³¹, e todos conhecem o sentido dessas palavras e gestos, de objetos e símbolos racistas/nazistas³², que concretamente produzem uma ação significativa.

3. Recurso conhecido e não provido para manter a condenação do réu nas sanções do artigo 140, § 3º, do Código Penal à pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 10 (dez) dias-multa, calculados à razão mínima. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 1385403, Processo n. 0715131-67.2021.8.07.0001*. Relator Des. Roberval Casemiro Belinati. Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal. Data do julgamento: 10/11/2021. Publicado no DJe: 23/11/2021)

²⁹ A primeira mulher negra premiada com o Prêmio Nobel de Literatura, a estadunidense Toni Morrison, descreve situa o déficit identitário reverberado pelas práticas racistas de sua personagem: “*Implícita em seu desejo estava a aversão por si mesma, de origem racial.*” MORRISON, Toni. *O olho mais azul*. Companhia das Letras, 2019.

³⁰ RESENDE, V. de M.; BERTHOLDO, S. Racismo, mídia e futebol: efeitos do discurso antirracista no caso Vini Jr. *Calidoscópico*, 21(3): 579-595, set.-dez. 2023. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/calidoscopio/article/download/26780/60749709/60801471>. Acesso em: 11 abr. 2025.

³¹ WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 129.

³² Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARTIGOS 14 E 16, §1, INCISO IV DA LEI Nº 10.826/03. CRIME DE SÍMBOLO NAZISTA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. INVIÁVEL A ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. I - Materialidade e autoria delitiva devidamente comprovadas. Os depoimentos das autoridades policiais possuem reconhecida idoneidade, porquanto revestidos de fé pública, bem como são elementos legítimos a fundamentar o juízo condenatório, quando colhidos sob o crivo do contraditório e do devido processo legal. II - O porte/posse ilegal de arma de fogo é delito de perigo abstrato e de mera conduta, sendo prescindível a demonstração de lesividade ao bem jurídico tutelado, a qual é presumida pelo tipo penal. Desse modo, o fato afigura-se típico. III- Restou devidamente configurado o crime de fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Conforme prova

4. A TEORIA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA DE VIVES ANTÓN: A CONDUTA LINGUÍSTICA PENALMENTE RELEVANTE

A teoria da ação significativa, formulada pelo jurista espanhol Tomás Salvador Vives Antón no âmbito da dogmática penal, parte da ideia de que o Direito Penal deve ocupar-se de ações dotadas de sentido jurídico-social relevante. Essa teoria valoriza o contexto comunicativo do agente em sua relação com os destinatários da norma.

Segundo Vives Antón, a ação deve ser compreendida como um comportamento voluntário que se manifesta em um plano simbólico e intersubjetivo, produzindo efeitos no mundo social. A linguagem, enquanto forma de expressão da vontade e meio de relação com o outro, pode, portanto, configurar ação penalmente relevante, desde que se mostre significativa no contexto em que ocorre.

Para Vives Antón, deve ser abandonada a ideia de ação como objeto físico e mental³³. Sustenta que:

A ação não é, então, um fato *específico*; nem pode ser definido como *substrato da imputação* jurídico-penal, uma vez que a grande maioria das ações é definida independentemente dessa circunstância.

Só resta, por conseguinte, um caminho a ser explorado: o que, para colocá-lo de forma abreviada, partindo do sentido, também para nele; o que concebe a ação como um processo simbólico regido por normas, como o significado social da conduta, expressado linguisticamente.

Proponho, portanto, conceber as ações como interpretações que, segundo os distintos tipos de regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano. Definirei, pois, ação, não como um *substrato* condutual capaz de receber um sentido, mas como um *sentido* que, de acordo com um sistema de normas, pode ser atribuído a certos

oral e documental nos autos, o réu entalhou, nas armas de fogo apreendidas, diversas suásticas nazistas, bem como possuía o símbolo em sua carteira e desenhado nas paredes da residência. IV- Inviável o afastamento da pena de multa, pois integra o preceito secundário do tipo penal, imposição que não comporta relativização. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal n. 50008054520238210083*. Relator Des. Rogério Gesta Leal. Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal. Julgado em: 25 jul. 2024)

³³ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema penal*. Trad. Paulo César Busato. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 160.

comportamentos humanos. Assim, opera-se um *giro copernicano* na teoria da ação: ela não é mais o *substrato de um sentido*; mas, inversamente, o *sentido de um substrato*.³⁴

Partindo da teoria de Vives Antón, esclarecem José Luis González Cussac, Paulo Cesar Busato e Rodrigo Leite Ferreira Cabral que o que faz as ações relevantes são os significados a elas atribuídos em um determinado contexto social, acrescentando que “são as normas que atribuem um significado a fatos humanos. Antes das normas não há nem ações relevantes, nem significados (por isso fala-se em *tipo de ação*)”³⁵.

Nessa perspectiva, Vives Antón considera um erro da doutrina penal assumir o dolo como um processo psicológico a envolver conhecimento e vontade³⁶. Resgatando a ideia e dialogando com Wittgenstein, o jurista espanhol identifica o dolo a partir da ação comunicada pelo agente:

Portanto, o querer se manifesta em ações que são realmente realizadas, muitas das quais são visíveis para os outros, públicas; e, se isso é assim, resulta inevitável modificar nosso modo de abordarmos o problema do dolo. Pois, certamente, como Ramos enfatizou, critérios externos são necessários para determinar quando podemos dizer que uma determinada ação é ou não dolosa; mas não se trata de critérios externos a partir dos quais a existência ou inexistência de certos processos internos pode ser induzida; em vez disso, “tal dicotomia não existe”: determinam o uso da palavra e, portanto, os *critérios* são constitutivos, o dolo é sempre, portanto, *dolus in re ipsa*. Apesar disso, esses critérios não podem ser absolutamente seguros, nem constituem qualquer “ciência”; mas podem proporcionar segurança suficiente, que nos permita nos entendermos quando falamos e, conseqüentemente, avaliar corretamente nossas ações³⁷.

José Luis González Cussac complementa que o dolo, como um objeto mental, não desempenha função na determinação do sentido das ações, pois

³⁴ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema penal*. Trad. Paulo César Busato. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 161.

³⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; BUSATO, P. C.; CABRAL, R. L. F. *Compêndio de Direito Penal brasileiro: parte geral*. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 198.

³⁶ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema penal*. Trad. Paulo César Busato. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 183.

³⁷ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema penal*. Trad. Paulo César Busato. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 499.

não é dado conhecer o processo interno, mas apenas sua manifestação externa presente na ação. Isso porque “Nossa capacidade para expressar intenções mediante movimentos corporais adquire significado de acordo com um conjunto de práticas sociais preestabelecidas, e somente em conformidade com elas podem ser avaliadas”³⁸.

Daí a razão de González Cussac, citando Wittgenstein, dizer:

Com a clássica expressão *dolus in re ipsa* pretendo ressaltar que o procedimento mais racional, seguro e transparente para atribuir intencionalidade ao sujeito reside nas suas manifestações externas, na medida em que somente podemos analisar, avaliar, processar e provar condutas partindo de que podemos formular um significado à intenção. Assim, pode-se afirmar que as intenções já foram expressadas na ação: “a intenção está adequada à situação, aos costumes e às instituições humanas”³⁹.

Acolhendo essas ideias e amparado na filosofia da linguagem, Rodrigo Leite Ferreira Cabral argumenta que a intenção é uma “manifestação linguística em que o sujeito apresenta uma forma de intervenção no mundo por meio de uma ação”, de tal modo que “O sentido da intenção é identificado pelo contexto da ação e também pelas circunstâncias que o agente sabe e pelas técnicas que domina, é dizer, o elemento volitivo do dolo tem seu sentido vinculado ao elemento cognitivo”⁴⁰.

Aplicando essa teoria ao discurso racista, é possível afirmar que determinadas falas e atos configuram ações comunicativas dotadas de sentido discriminatório, ainda que revestidas de aparente neutralidade ou ironia. O que

³⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. Dolus in re ipsa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 111-134, jul.-dez. 2015. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/54/51>. Acesso em: 11 abr. 2025.

³⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. Dolus in re ipsa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 111-134, jul.-dez. 2015. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/54/51>. Acesso em: 11 abr. 2025.

⁴⁰ CABRAL, R. L. F. *Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 255.

importa é a significação social da conduta linguística, seus efeitos potenciais de exclusão e sua inserção em um cenário histórico marcado por desigualdades estruturais.

A partir dessa perspectiva, o art. 20 (e também o art. 2º-A, novo tipo penal de injúria racial) da Lei n. 7.716/1989 pode ser interpretado de modo mais coerente com a Constituição, permitindo a responsabilização penal de condutas interpretadas a partir do sentido linguísticas que, em seu contexto, incitem, induzam ou pratiquem discriminação racial.

5. A LINGUAGEM DE ÓDIO E A PONDERAÇÃO COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é direito fundamental assegurado pela Constituição da República (art. 5º, IV e IX), essencial à democracia. No entanto, como todo direito fundamental, não é absoluto. A linguagem de ódio, quando utilizada para propagar discursos de inferiorização racial, deve ser limitada e sancionada para proteger outros valores constitucionais, como a dignidade humana e a igualdade.

O Supremo Tribunal Federal tem afirmado que discursos racistas não se encontram protegidos pela liberdade de expressão. No julgamento do HC n. 82.424/RS, precedente histórico envolvendo discurso nazista, a Corte reconheceu que manifestações que incitam o ódio racial são incompatíveis com a ordem constitucional.

O HC n. 82.424/RS foi impetrado em favor de Siegfried Castan Ellwanger (que adotava em seus livros o nome de SE Castan) e julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. A impetração discutia uma condenação criminal confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que Ellwanger havia editado e vendido livros fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra judeus, configurando o crime do art. 20, *caput*, da Lei n. 7.716/1989.

Siegfried Ellwanger foi denunciado em 14/11/1991 perante a Justiça do Rio Grande do Sul, sendo absolvido em primeira instância no dia 14/7/1995 e

condenado em segundo grau de jurisdição, em 31/10/1996, a uma pena de 2 anos de reclusão⁴¹.

Impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça em novembro de 2000, tendo o Tribunal mantido a condenação em dezembro de 2001.

Em 12/09/2002, Ellwanger levou sua irresignação ao Supremo Tribunal Federal, impetrando novo *habeas corpus*, distribuído ao Ministro Moreira Alves. O julgamento foi iniciado em 12/12/2002 e concluído em 17/9/2003, após cinco sessões. Sustentou que:

1. judeu não é raça, mas sim um povo, e que, por isso mesmo, a discriminação que praticava não poderia ser considerada como racismo;
2. consequência disso, o suposto crime já estaria prescrito, não se devendo aplicar a regra do art. 5º, XLII, CF, segundo a qual “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”;
3. suas publicações estavam resguardadas pela própria Constituição Federal, que protege a liberdade de pensamento e de expressão, conforme art. 5º, incisos IV e IX.

O primeiro ponto central do debate girou em torno da caracterização ou não do povo judeu como raça, prevalecendo a tese de que não há raças, mas sim uma única raça, a humana, pois o mapeamento do genoma comprovou cientificamente que não existem distinções entre os homens, seja pela cor da

⁴¹ Os dados processuais citados neste trabalho e a síntese dos argumentos foram extraídos da análise dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando não indicada outra, acrescidos dos extratos de atas do mesmo julgamento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.424/RS*. Relator Originário Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Plenário. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 11 abr. 2025.

pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, sendo todos essencialmente iguais.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu (e aqui a maior importância do julgado) que a segmentação em raça é resultado de um processo de conteúdo meramente político-social, daí se originando o racismo, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

Essa, justamente, a pretensão da Constituição Federal e da Lei de Racismo, qual seja, vedar a prática de atos atentatórios, discriminatórios, segregacionistas, qualquer se seja o motivo do *discrimen*. Confirmava-se, assim, que atos antissemitas caracterizavam racismo e violavam o tipo penal do art. 20 da Lei n. 7.716/1989.

Os Ministros Moreira Alves (Relator originário) e Marco Aurélio perfilharam entendimento diverso e ficaram vencidos. Sustentaram que a Constituição da República, ao tratar de forma gravosa o racismo, não pretendeu alcançar o povo judeu, mas apenas os negros. Nessa ótica, afirmaram que a emenda aditiva do Deputado Constituinte Carlos Alberto Caó, que resultou no atual art. 5º, XLII, da Constituição, estava fundamentada na importância da experiência de discriminação racial contra os negros no Brasil.

No tocante ao segundo ponto do debate, qual seja, a livre manifestação do pensamento e expressão da atividade intelectual, a Corte entendeu que os direitos fundamentais não são absolutos e que a livre expressão encontra limites, não podendo ofender bens jurídicos de terceiros, a honra e a dignidade, também preceitos constitucionais, conforme artigo 5º, X, prevalecendo a norma que veda o racismo como forma de expressão da dignidade e da igualdade⁴².

Essa orientação jurisprudencial se alinha a hermenêutica constitucional que reconhece a centralidade da linguagem na estruturação das relações sociais. Proteger discursos discriminatórios sob o pretexto da liberdade de expressão é, na prática, negar o conteúdo material dos direitos fundamentais daqueles que historicamente foram silenciados.

⁴² Neste ponto, ficou vencido o Min. Ayres Britto, que concedia o *habeas corpus* por entender não configurado o crime do art. 20 da Lei n. 7.716/1989.

Embora biologicamente não existam raças humanas, Livia Sant'Anna Vaz esclarece que “A raça persiste enquanto construção sociopolítica e sua inconformidade enquanto conceito aplicável às ciências biológicas não elimina os estigmas que ela é capaz de (re)produzir, no âmbito das relações sociais”⁴³.

O racismo funciona como mecanismo de dominação, forjando “sentimentos de inferioridade/superioridade reforçados pelos meios de comunicação, pelo sistema de ensino e pelas instituições públicas e privadas, além das religiosas”⁴⁴.

Enraizado que está na sociedade, o racismo “nem sempre ocorre com deliberado desígnio ou de forma absolutamente consciente”⁴⁵, exigindo do aplicador do Direito redobrado cuidado e sensibilidade, precisamente, com a linguagem, que é reveladora do dolo. O elevado grau de naturalização, com reforço de estereótipos raciais, justificava a aceitação de “piadas” racistas, a ponto de ter exigido do legislador brasileiro a previsão específica de uma causa de aumento de pena⁴⁶ tendente a fazer cessar essas condutas.

O enfrentamento do racismo exige um compromisso estatal, alterando percepções que estão estruturalmente contidas nos próprios órgãos do sistema de justiça. Isso ficou claro no julgamento, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), do Caso Dos Santos Nascimento e Ferreira Gomes vs. Brasil.

6. O CASO DOS SANTOS NASCIMENTO E FERREIRA GOMES VS. BRASIL NA CORTE IDH

⁴³ VAZ, L. M. S. e S. *Direito fundamental à igualdade racial*. 951 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2022, p. 257.

⁴⁴ VAZ, L. M. S. e S. *Direito fundamental à igualdade racial*. 951 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2022, p. 259.

⁴⁵ VAZ, L. M. S. e S. *Direito fundamental à igualdade racial*. 951 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2022, p. 259.

⁴⁶ Lei n. 7.716/1989: Art. 20-A. Os crimes previstos nesta Lei terão as penas aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade, quando ocorrerem em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação. (Incluído pela Lei n. 14.532, de 2023)

O racismo nem sempre se exterioriza por palavras e gestos, mas integra outros “jogos de linguagem” que escamoteiam a discriminação. Exemplo concreto foi o Caso Dos Santos Nascimento e Ferreira Gomes vs. Brasil, que terminou com o reconhecimento da responsabilidade internacional do país e que deve ser aqui analisado, ainda que de forma breve, dada a relevância da questão e do recente entendimento da Corte IDH.

Em sentença de 7 de outubro de 2024, a Corte IDH decidiu o mencionado caso. A controvérsia se relacionava a ausência de resposta judicial adequada pelo Brasil e de manutenção da impunidade por crime de racismo sofrido no âmbito trabalhista por Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira Gomes, em março de 1998⁴⁷.

Na situação apurada, as vítimas, pessoas negras, dirigiram-se aos escritórios de determinada empresa de seguros médicos, em São Paulo, candidatando-se a ocupar cargos de pesquisador/a, conforme anunciado, dias antes, em jornal de grande circulação.

Evidenciou-se que as pretendentes ao cargo se encontraram por coincidência na sede da empresa e foram recebidas por funcionário que se recusou a entrevistá-las ou fornecer-lhes a ficha de inscrição argumentando que as vagas já estavam preenchidas, embora fosse possível avistar outras pessoas admitidas nos escritórios com a ficha de inscrição.

Comprovou-se que, na tarde daquele dia, uma amiga de Neusa e Gisele, de pele branca, foi à empresa, sendo recebida pelo mesmo funcionário, e, candidatam-se ao cargo pretendido, foi contratada de imediato, recebendo a informação de que havia muitas vagas na equipe e o pedido para avisar sobre a disponibilidade para “mais pessoas como ela”.

Diante disso, Gisele retornou à empresa no dia seguinte e foi recepcionada por outro recrutador, que confirmou a existência de vagas, autorizou o preenchimento da ficha e disse que iriam contratá-la posteriormente, o que não

⁴⁷ COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Dos Santos Nascimento e Ferreira Gomes vs. Brasil*. Sentença de 7 de outubro de 2024. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_539_por.pdf. Acesso em: 11 abr. 2025.

ocorreu. As vítimas tinham o mesmo nível escolar e experiência como pesquisadoras, relativamente a funcionária contratada.

A ação penal por crime definido na Lei n. 7.716/1989 foi ajuizada, mas, a despeito do pedido condenatório formulado pelo Ministério Público, o acusado foi absolvido. Em recurso, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou o funcionário da empresa, fixando uma pena de 2 anos de reclusão e declarando, de ofício, a extinção da punibilidade pela prescrição.

Houve recurso do Ministério Público, que foi acolhido e determinado o cumprimento de pena em regime semiaberto, mas, em *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça, autorizou-se o desconto da reprimenda em regime aberto em razão do quantitativo da pena⁴⁸.

Ato seguinte, o acusado/condenado ajuizou revisão criminal junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Alegou que sua conduta foi causada por seus chefes diretos e por isso deveria ser absolvido. O pedido foi acolhido, por maioria de votos, proferindo-se decisão absolutória por falta de provas, sob o seguinte fundamento:

A meu ver, não houve prova – e bem por isso o V. Acórdão julgou contra a evidência dos autos – não sendo elemento de convicção a simples probabilidade de que as recusas teriam sido motivadas pela cor da pele das candidatas; nem mesmo eventuais divergência dos relatos do peticionário, o qual, anote-se, sequer estava obrigado a fazer qualquer declaração; aliás, como recrutador, poderia mesmo recusar quem, a seu critério, não preenchesse expectativas, desde que, por óbvio, não caracterizasse preconceito proscrito⁴⁹.

Diante disso, a Corte IDH entendeu ter havido dano ao projeto de vida das vítimas. Afirmou não caber dúvida de que elas foram gravemente impedidas

⁴⁸ Trata-se do HC n. 71.324/SP. A íntegra da decisão pode ser conferida em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencia=2832948&tipo_documento=documento&num_registro=200602633565&data=20070614&formato=PDF. Acesso em: 11 abr. 2025.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revisão Criminal n. 993.07.100917-2*. Impetrante: Munehiro Tahara. Relator Des. Di Rissio Barbosa. Julgado em 1º jul. 2009. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4008551&cdForo=0>. Acesso em: 11 abr. 2025.

de desenvolver seu projeto de vida sem discriminação e sem estar sujeitas a estereótipos raciais, o que foi agravado pela ação institucional do Estado, manifestada na falta de acesso à justiça em condições de igualdade, tradutora de um contexto de discriminação racial estrutural e sistêmica.

Assim, a Corte IDH concluiu que o Brasil é responsável pela violação dos direitos à vida digna, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais, à proteção da honra e da dignidade, à igualdade perante a lei e ao acesso à justiça (arts. 4, 5, 7, 8, 11, 24 e 25 da Convenção Americana), em relação à obrigação de garantir a igualdade e a não discriminação no acesso aos direitos econômicos, sociais e culturais, em especial o direito ao trabalho (arts. 1.1 e 26), em detrimento de Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira Gomes, e pelo dano a seu projeto de vida.

Dentre as providências impostas, determinou-se a adoção de protocolos de investigação e julgamento de crimes de racismo. Em dezembro de 2024, o Conselho Nacional de Justiça editou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial⁵⁰.

O Protocolo reconhece que:

O poder figura como elemento central da relação racial no contexto do racismo institucional. O domínio sobre a organização política e econômica da sociedade se dá com a adoção de mecanismos seletivos – *linguagens, procedimentos, documentos necessários, distâncias, custos, etiquetas, atitudes* etc. – que estabelecem parâmetros discriminatórios baseados na raça, com o propósito de manter a hegemonia do grupo racial no poder⁵¹.

Em várias outras passagens do Protocolo há o expresso reconhecimento da linguagem como mecanismo de segregação. O documento reforça a

⁵⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial*. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/11/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-racial-2.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2025.

⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial*. Brasília: CNJ, 2024, p. 40. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/11/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-racial-2.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2025. Grifamos.

necessidade de atenção para o discurso de ódio e para o uso de linguagem discriminatória ou pejorativa⁵².

O Caso Dos Santos Nascimento e Ferreira Gomes toca diretamente na ferida do racismo institucional, mas, ao mesmo tempo, abre uma grande oportunidade para correção de rumos. O Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial é um instrumento que alerta a todas as autoridades do Poder Judiciário brasileiro e demais agentes do sistema de justiça para a necessidade de atenção aos “jogos de linguagem”, tão presentes no racismo.

7. CONCLUSÃO

O discurso racista é mais do que um conjunto de palavras ofensivas: é uma ação que reforça estruturas de dominação, exclui e inferioriza. A filosofia da linguagem de Wittgenstein e a teoria da ação significativa de Vives Antón oferecem bases teóricas robustas para interpretar o discurso como prática social penalmente relevante.

A Constituição Federal de 1988 impõe uma leitura antirracista do Direito Penal, e o art. 20 (assim também o art. 2º-A) da Lei n. 7.716/1989 deve ser interpretado à luz dessa diretriz. Não se trata de criminalizar opiniões divergentes, mas de reconhecer que determinadas manifestações não são simples ideias, mas atos que (re)produzem violência racial.

É necessário que a doutrina e a jurisprudência penal brasileira incorporem, de forma mais consistente, as contribuições da filosofia da linguagem e da teoria da ação significativa para uma hermenêutica penal constitucionalmente adequada. Isso permitirá um tratamento mais correto dos crimes de racismo, respeitando os direitos fundamentais de todos os envolvidos, mas sem tolerar práticas linguísticas que reproduzem a discriminação racial

⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial*. Brasília: CNJ, 2024, p. 76. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/11/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-racial-2.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2025.

O avanço nesse campo exige também a formação crítica dos operadores do Direito, capazes de reconhecer os múltiplos sentidos da linguagem e sua potência transformadora ou destrutiva nas relações sociais. O direito penal antirracista é, antes de tudo, uma exigência de justiça epistêmica e de reconhecimento da dignidade dos sujeitos historicamente oprimidos. O Caso Dos Santos Nascimento e Ferreira Gomes vs. Brasil, julgado pela Corte IDH, e o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial abrem uma janela de oportunidade para correção dos rumos.

8. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial*. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/11/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-racial-2.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2025.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2025.
- BRASIL. *Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 11 abr. 2025.
- BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. *Tribunal do Júri de Campina Grande do Sul condena a penas superiores a 30 anos dois acusados por homicídios em disputa de comando de grupo neonazista*. Curitiba, 24 mar. 2025. Disponível em: <https://mppr.mp.br/Noticia/Tribunal-do-Juri-de-Campina-Grande-do-Sul-condena-penas-superiores-30-anos-dois-acusados>. Acesso em: 11 abr. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.424/RS*. Relator Originário Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Plenário. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 11 abr. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Criminal 1534029-80.2022.8.26.0050*. Relatora: Isaura Cristina Barreira. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal. Foro Central Criminal Barra Funda: 32ª Vara Criminal. Data do Julgamento: 09/04/2025; Data de Registro: 11/04/2025. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=19108558&cdForo=0>. Acesso em: 11 abr. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revisão Criminal n. 993.07.100917-2*. Impetrante: Munehiro Tahara. Relator Des. Di Rissio Barbosa. Julgado em 1º jul. 2009. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4008551&cdForo=0>. Acesso em: 11 abr. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão 1385403, Processo n. 0715131-67.2021.8.07.0001*. Relator Des. Roberval Casemiro Belinati. Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal. Data do julgamento: 10/11/2021. Publicado no DJe: 23/11/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal n. 50008054520238210083*. Relator Des. Rogério Gesta Leal. Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal. Julgado em: 25 jul. 2024.

CABRAL, R. L. F. *Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*. Valência: Tirant lo Blanch, 2017.

COELHO, I. M. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DE LAURENTIIS, F. *Palmeiras identifica e exclui sócio que fez gesto racista a torcedores do Cerro Porteño*. São Paulo, 10 abr. 2025. Disponível em: https://www.espn.com.br/futebol/palmeiras/artigo/_/id/15034188/palmeiras-identifica-exclui-socio-fez-gesto-racista-torcedores-cerro-porteno. Acesso em: 11 abr. 2025.

- GADAMER, H.-G. *Verdade e método I:- traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. Dolus in re ipsa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 111-134, jul.-dez. 2015. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/54/51>. Acesso em: 11 abr. 2025.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; BUSATO, P. C.; CABRAL, R. L. F. *Compêndio de Direito Penal brasileiro: parte geral*. Valência: Tirant lo Blanch, 2017.
- MARCHERI, P. L. *O nazismo, neonazismo e outras espécies de discriminação no sistema penal brasileiro*. 224 f. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário “Eurípedes de Marília”, Marília, 2014.
- MORAES, A. *Democracia e redes sociais: o desafio de combater o populismo digital extremista*. Barueri: Atlas, 2025.
- NASCIMENTO, J. *De novo! Torcedor faz gesto racista em Talleres x São Paulo*. São Paulo, 3 abr. 2025. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/esportes/futebol/sao-paulo/de-novo-torcedor-faz-gesto-racista-em-talleres-x-sao-paulo/>. Acesso em: 11 abr. 2025.
- NIETZSCHE, F. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- PASSOS, J. D. da S. *Mandados de criminalização decorrentes de tratados de Direitos Humanos*. 290 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.
- PIRES, B. Grêmio e Aranha, uma história de racismo perverso e continuado: visto por dirigentes como “pessoa perigosa”, goleiro revive o trauma dos ataques racistas. *El País*. São Paulo, 17 jul. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/07/17/deportes/1500309484_868649.html. Acesso em: 11 abr. 2025.
- REIS, J. J. *Presença negra: conflitos e encontros. Brasil: 500 anos de povoamento*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2007. Disponível em:

<https://celp.fflch.usp.br/sites/celp.fflch.usp.br/files/Brasil%20500%20anos%20de%20povoamento.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2025.

RESENDE, V. de M; BERTHOLDO, S. Racismo, mídia e futebol: efeitos do discurso antirracista no caso Vini Jr. *Calidoscópico*, 21(3): 579-595, set.-dez. 2023. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/calidoscopio/article/download/26780/60749709/60801471>. Acesso em: 11 abr. 2025.

RIBEIRO, D. *O povo brasileiro*. São Paulo: Global, 2022.

RIBEIRO, D. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento, 2017.

SANTOS, E. C. R. dos. *Lélia Gonzalez, intelectual amefricana: a (in)visibilidade de uma intérprete negra no Pensamento Social Brasileiro*. 203 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre, 2023.

SANTOS, I. A. A. dos. *Direitos humanos e as práticas de racismo*. Brasília: Câmara dos Deputados: Edições Câmara, 2013, p. 238. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/13516/direitos_humanos_santos.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 11 abr. 2025.

VAZ, L. M. S. e S. *Direito fundamental à igualdade racial*. 951 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2022.

VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos do sistema penal*. Trad. Paulo César Busato. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

ZAFFARONI, E. R. *Doutrina penal nazista: a dogmática alemã entre 1933 a 1945*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024.

© *Direito e Linguagem* nº 4, vol. 2. Extraordinário (2025), pp. 124-145
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.15272417

A participação da sociedade no planejamento estratégico do Ministério Público brasileiro: uma tarefa pendente

The Role of Society in the Brazilian Public Prosecutor's Office's Strategic Planning: An Unresolved Task

Alexey Choi Caruncho¹

Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná

Márcio Soares Berclaz²

Ministério Público do Estado do Paraná

Sumário: 1. Introdução; 2. O planejamento estratégico como decorrência da natureza republicana do Ministério Público: historicidade de marcos referenciais; 3. A participação da sociedade na instituição Ministério Público: um enfoque a partir do seu planejamento estratégico; 4. Considerações finais; 5. Referências Bibliográficas.

Resumo: A participação da sociedade no planejamento estratégico do Ministério Público brasileiro é um imperativo constitucional ainda não plenamente concretizado. O artigo analisa a evolução desse processo, destacando desafios estruturais e a necessidade de metodologias participativas. A interação contínua com a sociedade deve fundamentar a atuação ministerial, promovendo legitimidade, eficácia e *accountability* institucional.

¹ O autor é doutorando em Ciências jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha/Espanha), com mestrado em Criminología e Ciências Forenses pela mesma instituição e em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (Brasil). É Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR) e Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil). *alexey_sp@hotmail.com*.

² O autor é Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil). Membro do Ministério Público do Paraná desde 2004. Membro do Coletivo para um Ministério Público Transformador (Transforma MP). *marcioberclaz@gmail.com*.

Palavras-chave: Ministério Público brasileiro. Planejamento estratégico. Participação social.

Abstract: The role of society in the Brazilian Public Prosecutor's Office's strategic planning remains an unfinished constitutional commitment. This article examines the evolution of this process, highlighting structural challenges and the need for participatory methodologies. Ongoing societal engagement should serve as a foundational principle of prosecutorial action, ensuring legitimacy, effectiveness, and institutional accountability.

Keywords: Brazilian Public Prosecutor's Office. Strategic Planning. Citizen Engagement.

1. INTRODUÇÃO

A participação da sociedade no destino do Ministério Público brasileiro figura como um consectário necessário do próprio (re)nascimento da instituição com a Constituição da República de 1988. Se, desde então, ao Ministério Público foi entregue um perfil voltado à contínua fiscalização dos poderes constituídos em nome da sociedade, sua defesa não pode ser mera retórica. Ao contrário, deve apresentar-se como um compromisso ético constitutivo que atravesse a instituição e todos os órgãos da sua administração.

Bastaria esta concepção para evidenciar a atualidade do tema e da pendência que este texto busca apontar. Até mesmo porque, diante da atual conformação constitucional da instituição, não pode haver dúvida de que o amplo espectro da atuação constitucional que lhe foi traçada exige organização e planejamento como medida de racionalização e factilidade. Um planejamento que não prescindia de densas reflexões e da contínua presença de espaços propícios à efetiva discussão e participação da e com a sociedade, nos quais as vias das audiências públicas e das conferências municipais, estaduais e federais

sejam apenas um meio a partir do qual possam ser extraídos os reclamos sociais.

Não por acaso, estas mesmas ideias iniciais serviram como fio condutor para que, ainda em 2009, por ocasião do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, um dos trabalhos apresentados pelos autores propunha uma reflexão metodológica fundamental, que articulava a interação da sociedade com o planejamento estratégico do Ministério Público brasileiro.³ Este artigo se propõe a revisitar e atualizar essa perspectiva.

Ultrapassados mais de 15 anos daquele escrito, resgata-se aquela problematização e, nos limites estreitos deste espaço, procura-se tratar, em um primeiro momento, da atualidade daquela pendência estruturante. Para tanto, opta-se por repassar o marco normativo no qual se insere a concepção de uma atuação planejada pelo Ministério Público brasileiro. Em um segundo momento, o texto procura verificar se a instituição conseguiu avançar desde então no processo de interação que deve manter com a sociedade, buscando aferir o grau de permeabilidade de seus reclamos na pauta das prioridades ministeriais.

Ao longo destas reflexões será verificado se os instrumentos dispostos para este fim têm se mostrado realmente eficazes e suficientes para concretizar uma participação social efetiva na conformação da atuação planejada da instituição que, como já se advertia naquele escrito inicial, recebeu um perfil pela Constituição que a tornou o *representante da sociedade*.

³ Refere-se, neste ponto, à tese elaborada por estes mesmos autores que foi defendida e aprovada durante o XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado entre os dias 25 e 28 de novembro de 2009, na cidade de Florianópolis/SC (Brasil). CARUNCHO, A.C.; BERCLAZ, M.S. “O planejamento estratégico institucional e a interação democrática com a sociedade”. In: ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social*. Florianópolis: ACMP, 2009, p. 509-517.

2. O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO COMO DECORRÊNCIA DA NATUREZA REPUBLICANA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: HISTORICIDADE DE MARCOS REFERENCIAIS⁴

A operosa missão constitucional do Ministério Público exige escolhas prioritárias, tal qual ocorre com qualquer instituição que detenha um número finito de recursos materiais e humanos para investir. Se tudo é prioridade, nada se torna prioritário.

Ainda que não se descure da necessária utilização de metodologias distintas, a ferramenta do planejamento como tática é expressão de consenso no âmbito público e privado. Como implementá-la e assimilá-la na cultura organizacional sempre foi um grande desafio, não apenas para a instituição do Ministério Público.

Tanto é assim que a ideia de planejamento já se fazia presente antes mesmo da Constituição dirigente de 1988, que alçou a instituição a um novo patamar de autonomia e independência, de uma forma bastante singular no mundo: um Ministério Público simultaneamente criminal e não-criminal, defensor dos direitos humanos e responsável pela tutela de direitos difusos e coletivos de diversas naturezas, com forte interferência nos rumos das políticas públicas.⁵ Um desenho que faz com que a concepção da atuação planejada se apresente, antes de tudo, como uma condição *estratégica*.

Não é demais historiar que a importância do planejamento na seara da Administração Pública é tema que já completou seis décadas. Desde sua redação original, a Lei n. 4.320/64 já trazia diversos dispositivos que tomavam por base, essencialmente, *critérios gerenciais*, apresentando uma clara preocupação com o zelo orçamentário e com a atividade planejada do

⁴ Para uma versão expandida desta Seção com um enfoque no planejamento persecutório, confira-se CARUNCHO, A.C.; MOREIRA, A.P. "O planejamento institucional do Ministério Público como premissa à eficácia na persecução da corrupção". *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, v. 9, p. 263-286, 2018.

⁵ ARAS, Vladimir. "História institucional do Ministério Público (1): seu caráter bifronte". Disponível em <https://vladimiraras.blog/2018/11/10/historia-institucional-do-ministerio-publico-brasileiro-1/>. Acesso em: 30 jan. 2022.

administrador.⁶ Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 25 já conceituava as *metas* como sendo “os resultados que se pretendem obter com a realização de cada programa”.

É da mesma época o Decreto-Lei nº 200/67, prevendo o “planejamento” como um dos princípios da administração pública (art. 6º, I).⁷ Ainda de forma prévia à atual Constituição, convém recordar do Decreto n.º 93.872 de 1986 que foi concebido com o *foco no resultado do gasto estatal*, dispondo expressamente o parágrafo 1º do artigo 142 que o custo dos projetos e das atividades a cargo da administração pública deve ser “objeto de exames de auditoria”, voltados a verificar os objetivos alcançados “em confronto com o programa de trabalho aprovado.”

Competiu à Constituição, entretanto, consagrar a necessidade de um planejamento de longo, médio e curto prazos na Administração Pública, vinculando-o definitivamente à perspectiva orçamentária. Com efeito, foi a partir desta concepção que foram idealizados, pelo artigo 165, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Embora não raro vistos como meros instrumentos de cunho financeiro, sua dimensão vai muito além deste aspecto, competindo também a eles evidenciar que os *resultados estatais* a serem obtidos derivam de um dado dispêndio do erário. Por isto, enquanto o parágrafo primeiro deste dispositivo trata do plano plurianual e faz expressa referência às “diretrizes, objetivos e metas da administração pública”, seu parágrafo segundo refere que será na lei de diretrizes orçamentárias que estarão presentes “as metas e prioridades da administração pública”.

⁶ Neste sentido, confira-se o artigo 5º (que proíbe a dotação orçamentária sem delimitação específica de seu objeto), o artigo 22, parágrafo único (ressaltando que deve constar na proposta orçamentária uma “descrição sucinta de suas principais finalidades”, com indicação da previsão legal correspondente) e o próprio artigo 75 (ao dispor no inciso III que o controle da execução orçamentária estará diretamente relacionado às realizações da área-fim de cada órgão).

⁷ Tanto que, no artigo 7º, constou o que haveria de se compreender por *planejamento*: “Art. 7º A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”.

Também figurando como um claro fruto desta evolução normativa, o chamado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado,⁸ em 1995, formalizaria definitivamente um gerencialismo no Estado brasileiro. Este Plano representou um arcabouço planejador apto a influenciar toda a estrutura administrativa. Tanto que, um ano após sua edição, com a Lei nº 9.276/96, passaria a estar detalhada a necessidade de planos plurianuais com *objetivos, indicadores e metas* para cada órgão da administração.

No âmbito do Ministério Público, o tema afeto à atuação planejada assumiu protagonismo a partir dos anos 2000⁹. Mais do que uma *moda*, referiasse que seria um *figurino*, que teria vindo para solucionar muitos impasses institucionais.

Efetivamente, em 2004, em uma das primeiras oportunidades, pesquisas de opinião contratadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)¹⁰ diagnosticavam a existência de um significativo déficit no conhecimento da instituição pela sociedade. Um Ministério Público que, para muitos, era visto como um *mistério* público.

Um dado que já permitia refletir sobre a importância que deveria assumir a abertura de espaços para a participação social no agir planejado da instituição, de modo a acentuar a consciência cidadã. *Planejar*, portanto, poderia se converter em uma oportunidade preciosa de encontro e reforço da própria legitimidade da instituição.

Até porque, a ausência de significado social na planificação institucional, além de um sintoma, enfraquece a necessária impregnação e alinhamento das prioridades institucionais com as necessidades da população brasileira,

⁸ BRASIL, Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

⁹ Na condição de uma das primeiras publicações que despertaram para o tema: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional*. São Paulo: Edições APMP, 2003.

¹⁰ CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. *Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil*. Brasília: Conamp, 2004.

especialmente sob a ótica daqueles que mais precisam da efetividade nas políticas públicas estatais.

Assim, a indagação da razão de o Ministério Público planejar traz como resposta, primeiro, a sua condição de instituição pública, que não pode dispensar um instrumento de indiscutível utilidade para sua conformação e para dar maior precisão no seu fazer constitucional. Ademais, também tem como resposta a amplitude e a complexidade do papel entregue à instituição, que justifica a documentação dessa exigência com metas, objetivos e finalidades institucionais bem delimitadas no tempo e no espaço e, mais do que isso, com mecanismos de controle e monitoramento dos resultados projetados.

Enfim, a considerável amplitude de demandas que decorrem dos objetivos estratégicos que foram traçados pelo constituinte nos artigos 127 e 129 faz do atuar planejado não uma escolha ou conveniência, mas uma verdadeira necessidade tardiamente reconhecida e positivada.¹¹

De fato, ao fazer parte da organização política do Estado, o Ministério Público brasileiro encontra nos objetivos fundamentais da República (CR, art. 3º, I a IV) o substrato a partir do qual deve extrair o delineamento de sua elevada *missão*. A exigência de se atuar em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento esteja voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos, faz com que a *missão institucional* de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CR, art. 127, *caput*) não seja interpretada como *qualquer coisa*.¹²

¹¹ Já no início dos anos 2000, advertia-se que a Instituição vinha atuando “como se fosse possível, num país pobre e repleto de problemas sociais crônicos e imemorais, tutelar, concomitantemente, todos os interesses da coletividade, nas inúmeras áreas cobertas por sua legitimação constitucional - ou seja, de todas as camadas sociais e de forma a abranger desde o mais simples interesse coletivo ou individual homogêneo ao mais amplo e grave interesse social”. FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional*. São Paulo: Edições APMP, 2003, p. 19.

¹² GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 167.

Mais do que uma mera carta programática, essa missão delimitou o campo de atuação institucional,¹³ fazendo com que sua concretização tivesse que ser realizada através do cumprimento de determinadas *funções* que, estando previstas na organicidade programática dos incisos do artigo 129 da Constituição, delineiam o que pode ser considerado como o *núcleo primordial da atuação* do Ministério Público pátrio. Basta uma rápida leitura do rol destes incisos para que seja verificada a vastidão do encargo institucional, horizonte que indica a definição motivada do quê, em certo período de tempo, deve ser priorizado.

Assim, parece evidente que tão somente por meio de um planejamento adequado é que será possível viabilizar uma *integração* que compatibilize os objetivos estratégicos institucionais com a observância de suas inevitáveis limitações administrativo-financeiras.

Mais do que isso, permitirá uma harmonização também com o limite do tempo-espço. Com a necessidade de se revisar caminhos e aprender com os erros. Afinal, serão, precisamente, os esclarecimentos prestados à sociedade sobre esta inte(g)ração que vão permitir um nível de transparência adequado para que a percepção de eficácia da atuação do Ministério Público reste potencializada.

Trata-se, enfim, de uma conjuntura que não permite ignorar que a atual visão gerencial faz com que o foco institucional assuma uma distinta diretriz. Ou seja, ao invés de persistir atenta exclusivamente ao controle dos *meios* de que dispõe (materiais, de pessoal etc.), impõe-se a persecução de *ações* e *resultados* para o esperado *lucro* social da sua atuação pretensamente transformadora da realidade. Até porque, embora o controle dos *recursos* seja de todo necessário, serão as *consequências de suas ações* que efetivamente vão importar à sociedade.

¹³ Igualmente reconhecendo os objetivos fundamentais da República como uma “diretriz segura” para delimitar os interesses sociais relevantes que serão abarcados pela atuação do Ministério Público, FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional*. São Paulo: Edições APMP, 2003, p. 107.

Nesse cenário, não restará alternativa senão estabelecer que a avaliação de cada *resultado* tenha que passar pela dependência de uma mensuração que esteja pautada em *indicadores* e *metas* previamente divulgadas e definidas a partir de critérios científicos, com a devida taxonomia e didática concisão. Para isto, não há mecanismo distinto do que aquele consolidado por meio do *planejamento* da instituição.

Normativamente, a cultura do planejamento passou a estar formalmente balizada em âmbito nacional a partir de 2007, com a publicação da Resolução n.º 25 pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que criou o então chamado “Núcleo de Ação Estratégica” e alterou sua Resolução n.º 12 para determinar que todos os ramos e unidades ministeriais deveriam encaminhar relatórios de atividades funcionais, nos quais apontariam os *resultados* alcançados.

Em 2011, um novo reforço normativo foi institucionalizado a partir da vinda da Resolução n.º 74/2011 deste mesmo Conselho, reconhecendo a necessidade e a importância de que fossem instituídos *mecanismos de aferição do desempenho* da atuação ministerial, como forma inclusive de subsidiar o planejamento estratégico da instituição.

Foi, porém, apenas com sua Resolução n.º 147 de 2016 que uma integral estruturação normativa de planejamento estratégico viria efetivamente a ser firmada, traçando diretrizes para toda e qualquer estrutura estatal afeta ao Ministério Público, abarcando assim não somente a totalidade das unidades e ramos ministeriais, como também o próprio CNMP.

Toda esta normatização, como se nota, surge dentro de um contexto marcado por uma profunda alteração de concepção no atuar administrativo, mas também como fruto de recomendações que vinham sendo endereçadas ao Ministério Público pelo próprio Tribunal de Contas da União, alertando a instituição da necessidade de seus planejamentos estratégicos contemplar “objetivos, indicadores e metas para suas ações”,¹⁴ assim como de prever

¹⁴ Neste sentido, confira-se o Acórdão do Tribunal de Contas da União, Plenário n.º 1.233/2012. BRASIL, *Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/>. Acesso em 28 mar. 2025.

mecanismos que intensificassem a transparência e a prestação de contas das atividades institucionais.¹⁵

Neste mesmo sentido, a certos ramos institucionais reportou-se, inclusive, sobre a imprescindibilidade de que fossem idealizadas “metas quantificáveis” que permitissem ao gestor “o monitoramento e avaliação da estratégia traçada”, bem como de que fossem fixados “indicadores capazes de comunicar e mensurar o alcance da estratégia, de forma a serem utilizados como ferramenta para auxiliar as decisões dos gestores.”¹⁶

Contudo, sem embargo do grande avanço que representou toda esta formalização relacionada ao planejamento institucional, na atualidade, é possível verificar que sua extensão ainda merece uma mais clara compreensão, tanto pelo público interno quanto externo, em especial naquilo que diz respeito aos seus reflexos para a interação da instituição com os reclamos sociais e sua influência no processo de definição de prioridades ministeriais.

Isto porque, se, por um lado, já se encontra ao menos normativamente sedimentado que o planejamento de todo e qualquer órgão público deve estabelecer aqueles *objetivos* que comprovem o alcance da *missão* institucional. Se, igualmente, já está inclusive positivado que cada um destes *objetivos estratégicos* deve vir acompanhado de *indicadores* e *metas* que permitam a

¹⁵ Neste particular, confira-se o Acórdão Tribunal de Contas da União, Plenário nº 3.023/2013, que referia à necessidade de formalização dos (i) objetivos de gestão de pessoas alinhados às estratégias de negócio; (ii) indicadores para cada objetivo definido, preferencialmente em termos de benefícios para o negócio; (iii) metas para cada indicador definido, atentando-se para as metas legais de cumprimento obrigatório; e (iv) mecanismos para que a alta administração acompanhe o desempenho da gestão de pessoas. BRASIL, *Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/>. Acesso em 28 mar. 2025.

¹⁶ Confira-se o Acórdão de Relatoria, do Tribunal de Contas da União nº 11.563/2016, 2ª Câmara, que julgou “regular com ressalvas” as contas do Ministério Público do Trabalho, no exercício de 2014, precisamente por falhas em seu planejamento estratégico. Referido Acórdão, em seus itens 1.8.1 e 1.8.2, recomendou ao MPT que fossem estabelecidas “metas para cada exercício, o grau de atingimento dessas metas de maneira quantificável, e [que se] garanta o alinhamento dessas ações com o planejamento estratégico vigente, bem como [que se] apresente essas informações no relatório de gestão”, assim como que fossem estabelecidas, ainda, “metas para os indicadores de desempenho, meça os indicadores de desempenho na periodicidade determinada, implante sistema de banco de dados para armazenar os históricos de medidas, e garanta a utilização dos indicadores de desempenho como subsídio às decisões dos gestores”. BRASIL, *Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/>. Acesso em 28 mar. 2025.

aferição da efetividade das atividades, tomando como referência um critério de satisfação das necessidades da sociedade. Se, já no primeiro mapa estratégico do Ministério Público brasileiro figurava como *visão de futuro* a busca de a instituição ser reconhecida como *transformadora da realidade social*, prevendo-se como *retorno para a sociedade*, expressamente, a “transformação social”.¹⁷ Por outro, não parece que se despertou para a imprescindível *integração* que deve existir entre estes discursos, a perspectiva institucional orçamentária há pouco referida e o próprio processo de definição do que a instituição irá se propor a entregar como resultados para a sociedade com a sua atuação.

Não se ignora que, no âmbito do Ministério Público, a própria Resolução n. 147/2016 do CNMP procurou traçar uma inicial diretriz neste sentido, dispondo que “os orçamentos das instituições deverão estar alinhados aos seus respectivos planejamentos estratégicos” (art. 21). A concretização desta *integração e alinhamento*, porém, ainda não parece ter sido inteiramente dimensionada.

Com efeito, mais do que tão só de natureza financeira, o orçamento apresenta variáveis política, econômica, técnica e jurídica. Por isto, embora por vezes de uma forma genérica, figurem nos planos plurianuais *metas de cunho finalístico* imediatamente relacionadas à execução da verba orçamentária. Na condição de instrumento que materializa políticas públicas, o plano plurianual exerce uma função que, sob este viés, justifica a necessidade dos *planos de ação institucionais*. Trata-se, verdadeiramente, de uma necessidade que deriva da unidade e universalidade do orçamento, da vedação do orçamento genérico, mas também da publicidade orçamentária.

Em certa medida, estas *metas* se equiparam àquelas vinculadas aos *objetivos estratégicos* dos planejamentos da atuação finalística institucional.

¹⁷ Serve como exemplo o chamado “Mapa Estratégico do Ministério Público brasileiro 2011-2015”, cuja conformação desses aspectos estruturantes passaria a ser replicada, basicamente, pelos Mapas Estratégicos de praticamente todos os Ministérios Públicos do país. Algo que seria objeto de modificação parcial tão somente por ocasião do Planejamento Estratégico Nacional 2020-2029, cujo Mapa Estratégico deixa de referir à *transformação social* como *visão de futuro* e assume uma aposta na busca do reconhecimento da *resolutividade da atuação ministerial na defesa da sociedade*. Para a consulta aos documentos institucionais mencionados, confira-se BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público - Comissão de Planejamento Estratégico. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-planejamento-estrategico/apresentacao>. Acesso em: 27 mar. 2025.

Uma equiparação que, por isto, legitima a exigência de uma articulação entre ambos os instrumentos, ao ponto de se esperar que as *metas do plano plurianual* e as derivadas do *planejamento estratégico* estejam integradas e, necessariamente, *dialoguem* entre si.

Até porque, estando cada planejamento dotado de *objetivos estratégicos* cuja dimensão supera um exercício financeiro e vai consumir *recursos fixos* (v.g., folha de pessoal) e *variáveis* (v.g., manutenção de patrimônio, aquisição de materiais), que exigem previsão legal específica,¹⁸ um consectário inevitável passa a ser que estes *objetivos* encontrem sustentação no *plano plurianual*, de forma a evidenciar uma sistematização adequada de seus custos.

Insiste-se neste destaque da perspectiva orçamentária do atuar planejado, porque sem a existência deste contínuo alinhamento entre os vieses financeiro, estratégico e normativo,¹⁹ prejudicada estará, inevitavelmente, a *transparência social* do próprio processo de definição dos rumos do Ministério Público. Afinal, é uma decorrência lógica pressupor que a falta de clareza sobre a limitação administrativo-financeira da instituição impossibilitará qualquer confronto com os objetivos que eventualmente tenham sido definidos.

Mais do que uma decorrência do quanto previsto na Lei nº 12.527/11 – que entregou a qualquer pessoa o direito de obter informações relativas aos órgãos públicos afetas "à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações", assim como de suas "metas e indicadores

¹⁸ Ao tratar da integração do planejamento estratégico e das leis orçamentárias, o Manual do Ordenador de Despesas, referenciado pelo CNMP, bem sintetiza que "o orçamento é uno, universal e deve ser detalhado em cada um de seus objetivos. Assim sendo, não é possível que os custos fixos estejam previstos legalmente e os custos variáveis estejam estabelecidos apenas em documento interno, como o Planejamento Estratégico. Se assim ocorresse, esses custos variáveis estariam sendo registrados de forma genérica no orçamento legal. Mais do que isso, não teriam a oportunidade de serem amplamente divulgados à sociedade". BRASIL. *Manual do Ordenador de Despesa do Conselho Nacional do Ministério Público*. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-controle-administrativo-e-financeiro/atuacao/manual-do-ordenador-de-despesas/planejamento-estrategico/integracao-do-planejamento-estrategico-e-as-leis-orcamentarias>. Acesso em: 13 out. 2018.

¹⁹ BRASIL, *Constituição da República de 1988*, artigos 74, I, e 167, VII e § 1º; BRASIL, *Lei Complementar nº 101/2000*, artigos 5º, §§ 4º e 5º; BRASIL, *Lei nº 12.527/11*, artigos 7º, VII, "a", e 8º, V; BRASIL, *Lei nº 4.320/64*, artigos 4º e 75, III. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 28 mar. 2025.

propostos” (art. 7º, VII) –, a *transparência* figura como um corolário da ampla margem assegurada ao Ministério Público de estabelecer prioridades institucionais.²⁰ Trata-se, neste sentido, de uma decorrência necessária da atuação planejada e há de ser metodologicamente preservada.

3. A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA INSTITUIÇÃO MINISTÉRIO PÚBLICO: UM ENFOQUE A PARTIR DE SEU PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Assimilada a importância do planejamento estratégico, inclusive para a atuação do Ministério Público, nada mais coerente do que exigir que a instituição, defensora do regime democrático, a partir do caleidoscópio da missão constitucional, esteja permeável à escuta da sociedade sobre suas principais demandas e necessidades.

O contexto ministerial traçado até aqui, analisado agora sob um viés da sua necessária *interação com a sociedade*, faz com que o discurso da exigência do *atuar planejado integrado com a vertente orçamentária* implique em inúmeros reflexos institucionais, a começar pelo próprio direcionamento dos investimentos da instituição.

Com efeito, ao se identificar que o atual Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público brasileiro (PEN 2020/2029) persiste mantendo como *visão* de futuro a referência do seu anseio em fazer com que a atuação institucional seja percebida como “resolutiva na defesa da sociedade”, firmando dentre os *resultados para a sociedade* o de uma *intensificação do diálogo*, faz-se necessário aferir quais mecanismos estão sendo considerados para este desiderato.

Ainda mais quando se verifica que, na anterior conformação do planejamento estratégico do Ministério Público brasileiro, existia uma clara

²⁰ Inclusive a partir do quanto legitimado pelo parágrafo 1º do artigo 16 da Res. 147/2016 do CNMP, ao estabelecer que “a critério de cada unidade poderão ser eleitas prioridades da atividade finalística e da atividade-meio de cumprimento obrigatório”. BRASIL. *Conselho Nacional do Ministério Público - Resolução n. 147/2016*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br>. Acesso em: 27 mar. 2025.

aposta de que este diálogo seria realizado a partir de processos de “comunicação e relacionamento” que pareciam assumir uma posição passiva da coletividade envolvida.

Efetivamente, na ocasião, arrolava-se como meios desta *comunicação e relacionamento*: (i) o fortalecimento da comunicação institucional, (ii) o aprimoramento do intercâmbio de informações e (iii) a intensificação das parcerias e de um trabalho em rede de cooperação com setores públicos, privado, sociedade civil organizada e comunidade em geral. Apostava-se que estes instrumentos promoveriam uma “facilitação do diálogo do cidadão com o Ministério Público”.²¹

Este detalhamento deixou de estar presente na conformação do agora chamado “Mapa Estratégico Nacional”. Na atual conformação, a busca do “diálogo com a sociedade” foi mantida apenas de uma forma atrelada com o “fomento à solução pacífica de conflitos”. Expressamente, menciona-se que o que se pretendeu com a alteração foi “o impulsionamento de novas formas de escuta qualificada da população e metodologias de diálogo deliberativo”.²²

Ainda que com uma redação mais delimitada e contida, é possível concluir que, ao menos textualmente, houve um importante avanço institucional. Afinal, superou-se aquela visão que, metodologicamente, partia da equivocada compreensão da sociedade como um ator passivo, essencialmente, receptor da atuação institucional definitiva em espaços internos. Em outras palavras, o que se assumia era que os integrantes do Ministério Público por si só seriam capazes de diagnosticar os reais anseios da sociedade e de suas prioridades. O novo texto, portanto, há de ser visto como um significativo avanço na conformação do planejamento institucional.

²¹ Uma vez mais, refere-se aqui a expressões que constaram no “Mapa Estratégico do Ministério Público brasileiro 2011-2015” elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público. BRASIL. *Comissão de Planejamento Estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-planejamento-estrategico/apresentacao>. Acesso em: 27 mar. 2025.

²² BRASIL, *Conselho Nacional do Ministério Público - Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público Brasileiro 2020/2029*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-planejamento-estrategico/apresentacao>. Acesso em: 27 mar. 2025.

No entanto, tratando-se de um documento redatado em 2020, atualmente, já é possível aferir se o que fora revisado, realmente, se converteu em *novas formas de escuta qualificada da população e de metodologias de diálogo deliberativo*. Esta aferição pode ser feita a partir de iniciais levantamentos que vêm sendo publicizados pela própria instituição.

Faz-se menção aqui ao chamado “Radar Estratégico” do Conselho Nacional do Ministério Público. Trata-se de uma ferramenta desenvolvida com o propósito de figurar como monitoramento e acompanhamento do Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público, permitindo uma análise dos avanços institucionais na área de planejamento e gestão. Para tanto, a partir de uma coleta sistemática de dados e do processamento de informações, o Radar disponibiliza a elaboração de alguns primeiros diagnósticos e avaliações sobre as unidades e ramos ministeriais. Desde 2021, este instrumento passou a estar dotado de relatórios interativos, o que possibilita análises, cruzamento de dados e geração de painéis que, em boa medida, aprimora a transparência do processo de avaliação institucional.²³

Em recente consulta efetuada à ferramenta por ocasião da elaboração deste texto, verificou-se que, tomando os dados de 2023 como ano-base, o *resultado* voltado a “intensificar o diálogo com a sociedade e fomentar a solução pacífica de conflitos” apresentou uma consolidação nacional de expressivos 80,31%.²⁴ Quantitativamente, não parece que exista dúvida deste percentual figurar como algo a ser nacionalmente enaltecido.

Efetuando-se, porém, um aprofundamento na compreensão desse número, uma segunda ferramenta desenvolvida pelo mesmo Conselho foi consultada. Intitulada “Banco Nacional de Projetos”, neste caso, anuncia-se que se está diante de um painel criado a partir dos dados extraídos do Sistema do Banco Nacional de Projetos (SisBNP) “para possibilitar o correlacionamento das iniciativas cadastradas pelos ramos e unidades do Ministério Público aos

²³ BRASIL, *Conselho Nacional do Ministério Público - Radar Estratégico*. Disponível em: <https://public.tableau.com/app/profile/cnmp/viz/RadarEstratgico/RadarEstratgico>. Acesso em: 27 mar. 2025.

²⁴ *Ibidem*.

objetivos estratégicos do Planejamento Estratégico Nacional (PEN-MP 2020/2029)".²⁵

Pois bem, neste painel do Banco Nacional o que se verificou foi que, em 2023, existiram 103 projetos cadastrados vinculados ao chamado “Objetivo 1.6”, isto é, aquele previsto para “intensificar o diálogo com a sociedade e fomentar a solução pacífica de conflitos”.

Basta uma consulta ao rol desses projetos, entretanto, para identificar que nele estão presentes projetos que pouco parecem realmente concretizar *formas de escuta qualificada da população* ou de *metodologias de diálogo deliberativo*. Pelo contrário, sua leitura direciona para projetos que são interessantes e, por vezes, inovadores. No entanto, poderiam facilmente estar vinculados a objetivos distintos daquele afeto ao diálogo da instituição com a sociedade.

Efetivamente, ora assumindo uma vertente preventiva criminal ou infracional ora uma vertente mediadora, esses projetos têm em comum o vício daquela inicial conformação do planejamento estratégico do Ministério Público brasileiro, assumindo a sociedade como ator receptor de uma prioridade institucional previamente definida. São projetos que não parecem traduzir demandas que decorreriam de *escutas qualificadas* dos espaços sociais, cujo produto tivesse sido determinante na conformação do planejamento e da definição dos investimentos da instituição.

Esta mesma fragilidade pode ser vista por meio de uma consulta na própria página virtual que compila todos os projetos cadastrados no Banco Nacional do CNMP,²⁶ seja quando esta busca é feita com o objetivo intitulado “facilitar o diálogo do cidadão com o Ministério Público”, seja quando recai no referido “Objetivo 1.6”. Com efeito, este exercício leva à apresentação de 120 projetos cadastrados, cuja mera leitura dos títulos evidencia a ausência de

²⁵ BRASIL, *Conselho Nacional do Ministério Público - Painel Banco Nacional de Projetos*. Disponível em: https://public.tableau.com/app/profile/cnmp/viz/Banco_Nacional_Projetos-PEN/Painel_Banco_Projetos. Acesso em: 27 mar. 2025.

²⁶ BRASIL, *Conselho Nacional do Ministério Público - Banco Nacional de Projetos*. Disponível em: <https://bancodeprojetos.cnmp.mp.br/novoBanco>. Acesso em: 27 mar. 2025.

referência a iniciativas que adotaram uma metodologia que realmente tivesse viabilizado uma *escuta qualificada* das demandas sociais para considerá-las no planejamento institucional.

Não se ignora que apenas uma pesquisa de maior fôlego, imprópria para este espaço, permitiria analisar individualmente estes projetos e poderia concluir que o impulsionamento de novas formas de escusa qualificada da sociedade ainda é uma tarefa pendente para a instituição. Em especial, quando assumida como elemento apto a ser levado em consideração na definição dos rumos finalísticos e das prioridades dos investimentos do Ministério Público.

Pelo que se verifica na prática institucional, porém, tem-se desde logo por hipótese que esta tarefa pendente é real, ou seja, que a instituição persiste com dificuldade em concretizar uma efetiva interação com a sociedade nos termos não apenas determinados pelo constituinte, mas já presentes em documentos do próprio Ministério Público brasileiro.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de alguns avanços, é necessário reconhecer que certas preocupações no texto elaborado na primeira década dos anos 2000 ainda figuram como tarefas estruturais pendentes na cultura organizacional do Ministério Público brasileiro.

A necessária referência à permeabilidade da participação social no planejado destino da instituição precisa fazer com ela atue em consequência das demandas sociais a serem precisamente diagnósticas. Na conformação constitucional do Ministério Público não existe espaço para uma escolha a respeito da efetividade desta participação, cabendo à instituição aprimorar continuamente a metodologia e os instrumentos que a tornem legítima.

A responsabilidade pela persistência destas pendências não pode ser atribuída apenas à ausência de uma modificação da cultura organizacional, sendo necessário que as estruturas administrativas incumbidas pelas orientações, fiscalizações e diretrizes institucionais entreguem prioridade à pauta do atuar planejado, tornando efetivo o alinhamento ministerial em todas as

esferas e setores da instituição. Em último grau, o que está em discussão é a responsividade e o controle social sobre a própria instituição.

Embora formalmente, os Ministérios Públicos tenham consolidado estruturas voltadas ao planejamento institucional, independentemente da modelagem adotada, persiste o desafio em assimilar que a construção e a implementação da atuação planejada deve buscar o equilíbrio entre uma perspectiva vertical com a devida horizontalidade derivada da escuta qualificada e atenta da sociedade, última destinatária dos serviços ministeriais.

Em 2009, advertia-se que, no atual estágio dos Estados democráticos de direito, não parecia ser mais admissível que os anseios legítimos da sociedade não coincidisse com as deliberações e o posicionamento adotados por seus representantes. Ultrapassada uma década e meia daquele momento, aquela advertência persiste atual e deve de ser considerada ante a condição entregue ao Ministério Público brasileiro de *representante da sociedade*.

Até porque, como instituição a quem foi encarregada pelo constituinte o dever de fomentar e de resguardar a participação social nas políticas públicas, cabe ao Ministério Público não descurar das principais implicações técnicas e políticas que decorrem da concretização desta participação, assim como dos dilemas que devem ser harmonizados em prol da implementação de práticas e políticas efetivamente participativas.

A necessidade da *participação* e da *interação com a sociedade* não pode ser uma mera exortação retórica, mas precisa assumir uma significação capaz de atravessar a instituição do Ministério Público no seu fazer cotidiano. Assim não reconhecer é banalizar ou diminuir a importância do planejamento estratégico e a necessidade de que, inclusive, haja controle social sobre o seu monitoramento e fiscalização. Um contexto que faz com que este planejamento não seja apenas valorizado, mas cobrado no âmbito do controle interno e pelas estruturas sociais.

Para além da servirem como advertência sobre um tema ainda atual, estas reflexões levam a assumir que o primeiro passo seria promover um balanço crítico e situacional do *estado da arte* do planejamento estratégico no

âmbito do Ministério Público brasileiro nos seus avanços e retrocessos, com as boas e as más práticas que venham a ser identificadas.

Mais do que remoer culpa com o passado ou reforçar a ansiedade com um futuro incerto, apostar no planejamento estratégico institucional construído *junto e com a sociedade* é reduzir a angústia e permitir um virtuoso alargamento do *presente* institucional.

Acreditar na cultura do planejamento construído de maneira democrática e integrada com a sociedade é enriquecer a consciência social, o imaginário e a própria representatividade do Ministério Público no seu *poder de agenda*. A possibilidade de aproximar a instituição da sua missão constitucional parte da escuta qualificada da sociedade como outro, como exterioridade, apartando a alienação e o distanciamento irrefletido do *comum*.²⁷

Até porque, é preciso reconhecer que o próprio poder do Ministério Público, como instituição fiscalizatória, se intensifica quando ressignificado a partir da participação da sociedade na conformação da sua atuação. Como refere Buyung-Chul Han,

“o poder caracteriza também uma relação particular com o outro. Torna capaz ao um se continuar nos outros. Promove uma *continuidade de si mesmo*. Não pressupõe, no entanto, violência ou repressão. O poder é, ao contrário, maior ali, onde o outro se submete ao um por *livre e espontânea* vontade. (...) O outro diz sim ao um que o alcança.”²⁸

Em definitivo, a conformação de planejamento aqui assumida insere uma perspectiva externa no processo de seleção de prioridades institucionais, reforçando a premissa ontológica que justificou o perfil entregue pelo constituinte ao Ministério Público brasileiro. O corolário é que, um caminho distinto, que obvie a interação social neste processo, compromete a própria *eficácia social* da atuação da instituição, compreendendo-se que somente é eficaz aquela postura

²⁷ CASARA, Rubens. *A construção do idiota: o processo de idiosubjetivação*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2024, p. 28-29.

²⁸ HAN, Byung-Chul. *Hegel e o poder: um ensaio sobre a amabilidade*. Petrópolis: Vozes, 2022, p. 09.

que leve à satisfação da sociedade enquanto real destinatária das políticas públicas.²⁹

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, Rolando Pavó. “Las linvestigaciones sociojurídicas acerca de la eficacia y efectividad del Derecho: algunas alternativas metodológicas”. *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. II, p. 437-462, 2016.
- ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público e política no Brasil. São Paulo: EDUC, Sumaré FAPESP, 2002.
- ARAS, Vladimir. “História institucional do Ministério Público (1): seu caráter bifronte”. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2018/11/10/historia-institucional-do-ministerio-publico-brasileiro-1/>. Acesso em: 30 jan. 2022.
- BRASIL, Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.
- BRASIL. *Comissão de Planejamento Estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-planejamento-estrategico/apresentacao>. Acesso em: 27 mar. 2025.
- BRASIL, *Conselho Nacional do Ministério Público - Banco Nacional de Projetos*. Disponível em: <https://bancodeprojetos.cnmp.mp.br/novoBanco>. Acesso em: 27 mar. 2025.
- BRASIL. *Conselho Nacional do Ministério Público - Comissão de Planejamento Estratégico*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-planejamento-estrategico/apresentacao>. Acesso em: 27 mar. 2025.

²⁹ Na Sociologia, a chamada “eficácia social” parte de uma perspectiva introduzida por um enfoque funcionalista, referindo-se aos efeitos sociais, econômicos e políticos derivados do cumprimento das normas sociais. Neste sentido, confira-se ACOSTA, Rolando Pavó. “Las linvestigaciones sociojurídicas acerca de la eficacia y efectividad del Derecho: algunas alternativas metodológicas”. *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. II, p. 443, 2016.

BRASIL, *Conselho Nacional do Ministério Público - Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público Brasileiro 2020/2029*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-planejamento-estrategico/apresentacao>. Acesso em: 27 mar. 2025.

BRASIL, *Conselho Nacional do Ministério Público - Painel Banco Nacional de Projetos*. Disponível em: https://public.tableau.com/app/profile/cnmp/viz/Banco_Nacional_Projetos-PEN/Painel_Banco_Projetos. Acesso em: 27 mar. 2025.

BRASIL. *Conselho Nacional do Ministério Público - Resolução n. 147/2016*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br>. Acesso em: 27 mar. 2025.

BRASIL, *Conselho Nacional do Ministério Público - Radar Estratégico*. Disponível em: <https://public.tableau.com/app/profile/cnmp/viz/RadarEstratgico/RadarEstratgico>. Acesso em: 27 mar. 2025.

BRASIL, *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 28 mar. 2025.

BRASIL, *Lei nº 4.320/64*. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 28 mar. 2025.

BRASIL, *Lei nº 12.527/11*. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 28 mar. 2025.

BRASIL, *Lei Complementar nº 101/2000*. Disponível em: <https://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 28 mar. 2025.

BRASIL. *Manual do Ordenador de Despesa do Conselho Nacional do Ministério Público*. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-controle-administrativo-e-financeiro/atuacao/manual-do-ordenador-de-despesas/planejamento-estrategico/integracao-do-planejamento-estrategico-e-as-leis-orcamentarias>. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL, *Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/>. Acesso em 28 mar. 2025.

CARUNCHO, Alexey Choi; BERCLAZ, Márcio Soares. “O planejamento estratégico institucional e a interação democrática com a sociedade”. In:

- ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social*. Florianópolis: ACMP, 2009, p. 509-517.
- CARUNCHO, Alexey Choi; MOREIRA, Ana Paula. “O planejamento institucional do Ministério Público como premissa à eficácia na persecução da corrupção”. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, v. 9, p. 263-286, 2018.
- CASARA, Rubens. *A construção do idiota: o processo de idiosubjetivação*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2024.
- CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. *Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil*. Brasília: Conamp, 2004.
- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional*. São Paulo: Edições APMP, 2003.
- GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- HAN, Byung-Chul. *Hegel e o poder: um ensaio sobre a amabilidade*. Petrópolis: Vozes, 2022.
- OMATTI, J.E.M. “A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade”. *In: CATTONI, M. (org.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- ROJAS, Rodrigo Cançado Anaya. *Participação popular e Ministério Público no Brasil: defesa do regime democrático e dos interesses metaindividuais no marco de uma teoria crítica de direitos humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

Independência funcional do Ministério Público: uma análise do instituto sob a perspectiva democrática e o princípio republicano

Functional independence of the Public Prosecutor's Office: An analysis of the institute from a democratic perspective and the republican principle

Jeferson Teodorovicz¹

Escola de Políticas Públicas e Governo da FGV Brasília

Elder Teodorovicz²

Centro Universitário Autônomo do Brasil

André Luís Bortolini³

Centro Universitário Autônomo do Brasil

Sumário: 1. A independência funcional e sua importância perante o sistema jurídico; 2. O fundamento de validade das ações e decisões ministeriais; 3. O princípio republicano e o balizamento da independência funcional; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de examinar o instituto da independência funcional, notadamente quanto a sua relação com as funções de membros do Ministério Público em processos judiciais. Para tanto, reflete-se acerca das repercussões e limites dessa garantia em um ambiente no qual a

¹ Pós-Doutorado em Direito pela UNB – Universidade de Brasília. Doutorado em Direito Econômico e Financeiro pela USP. Especialização em Gestão Contábil e Tributária pela UFPR. Graduação em Direito pela PUCPR. Professor e Pesquisador da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas - FGV EPPG – Brasília (Graduação e Mestrado). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1018-6438>. E-mail: jeferson.teodorovicz@fgv.br .

² Doutorando e mestre em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: eldert@mppr.mp.br.

³ Doutorando e mestre em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: abortolini@mppr.mp.br .

carreira é preenchida por membros advindos de concursos públicos, diversamente de países onde os membros são eleitos em eleições diretas, problematizando sobre a ausência de diálogo com o princípio democrático. Sustenta-se, assim, via metodologia dedutiva, uma leitura republicana do instituto da independência funcional, por meio da qual a satisfação do bem coletivo deve prevalecer nas tomadas de decisões.

Palavras-chave: Ministério Público. Independência funcional. Democracia, República.

Abstract: This article aims to examine the institution of functional independence, particularly regarding its relationship with the functions of public prosecutors in legal proceedings. To this end, it reflects on the repercussions and limits of this guarantee in an environment in which the respective careers are filled by members coming from public examinations, unlike countries where members are elected in direct elections, problematizing the lack of dialogue with the democratic principle. Thus, through deductive methodology, a republican reading of the institution of functional independence is supported, through which the satisfaction of the collective good must prevail in decision-making.

Keywords: Public Prosecutor's Office. Functional independence. Democracy, Republic.

1. A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E SUA IMPORTÂNCIA PERANTE O SISTEMA JURÍDICO

A independência funcional do Ministério Público é um princípio fundamental no contexto jurídico brasileiro, previsto no art. 127 da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Ao lado de prerrogativas como autonomia funcional e administrativa (art. 127, §2º, CF/88), inamovibilidade dos membros (art. 128, §5º, I, 'b', CF/88) e vitaliciedade (art. 128, §1º, I, 'a', CF/88), a independência funcional compõe um conjunto de garantias que permite ao Ministério Público uma atuação isenta, sem interferências externas, voltada ao cumprimento de suas missões constitucionais.

A instituição detém completa autonomia sobre a escolha da maior parte de seus quadros e sobre a organização de seus procedimentos internos, bem como estabelece sua própria agenda de atuação, planejando de forma relativamente independente como se dá sua presença geográfica pelo país, expansão e acesso pelo público. Tal como o Judiciário, o Ministério Público tem autonomia administrativa e financeira garantidas pela CF/88, de modo que elabora sua própria proposta orçamentária, cria e extingue cargos e serviços auxiliares, bem como estabelece a política remuneratória de seus membros e seus planos de carreira.⁴

Não sem razão tais prerrogativas figuram no texto constituinte, uma vez que, ao retirar o Ministério Público da alçada do Poder Executivo, a CF/88 buscou conferir àquele a condição de fiscal e guardião dos direitos da sociedade.

Para Hugo Nigro Mazzilli:

Temos dito que a independência funcional faz parte da nobreza da instituição do Ministério Público, e sem ela os órgãos do Ministério Público nada mais seriam que meros funcionários subordinados ou hierarquizados; não o são, porém, precisamente porque se vêem apenas sob a égide da lei e de suas consciências.⁵

Entretanto, a despeito da relevância da independência funcional para o desempenho da atuação do Ministério Público, essa autonomia deve encontrar restrições para garantir o equilíbrio entre os poderes no Estado Democrático de Direito.

Alguns dos principais limites da independência funcional do Ministério Público podem ser observados diante da observância do princípio da legalidade, segundo o qual o membro do Ministério Público deve atuar de acordo com a lei

⁴ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela Spanchero; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa accountability. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 7, n. 1, p. 181-195, 2020.

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. Os limites da independência funcional no Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, v. 715, 1995. p. 02.

e a Constituição Federal e, em síntese, suas ações devem ser pautadas pela legalidade e respeito aos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, se a independência funcional fosse ilimitada, também não haveria limites para o risco de abuso. A liberdade, embora essencial à democracia, deve respeitar os parâmetros legais. Do contrário, membros do Ministério Público poderiam, sob esse pretexto, descumprir a Constituição ou justificar violações da ordem jurídica com argumentos genéricos e sem razoabilidade.⁶

De toda forma, é certo que esses limites visam assegurar que o Ministério Público atue de maneira responsável, ética e em conformidade com os princípios democráticos. O equilíbrio entre a independência funcional e a observância desses limites é essencial para preservar a integridade das instituições e garantir o respeito aos direitos dos cidadãos.

Tais limites ganham maior importância diante do fato de que os membros do Ministério Público possuem um efetivo poder de agenda, decorrente da legitimidade de adoção de uma política que estabeleça premissas valorativas que expressem os objetivos da instituição, a qual não se trata de “mera emanção do Poder, mas, ela própria, também um poder político”.⁷

Nos dizeres de Hermes Zaneti Júnior:

A identificação de um poder de agenda difere a atuação do Ministério Público da atuação do Poder Judiciário. O Ministério Público pode definir o que vai fazer, quando vai fazer e como vai fazer. Pode definir suas prioridades institucionais. Mas essa tarefa, que está no âmbito das potencialidades da instituição, precisa ser colocada em prática. Estão a favor do poder de agenda do Ministério Público a independência institucional e o rol amplo de atribuições conferidos pela Constituição.⁸

⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op cit. p. 03.

⁷ FERNANDEZ FILHO, Rogério Rodriguez. A independência funcional e o princípio da unidade. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 5, p. 89-105, 2002.

⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Ministério Público e o processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 287.

Cuida-se, no destaque de Emerson Garcia, de um modelo de promotores independentes incomum a democracias, baseado “mais no ‘acaso’ do que em regras e incentivos institucionais formais típicos da relação entre atores eleitos e não eleitos do Estado, quadro que decorre, justamente, da combinação entre o alto grau de autonomia e discricionariedade e a escassez de instrumentos de *accountability*.”⁹

Sob esta perspectiva, o capítulo a seguir perquire qual o fundamento de validade que deve permear as posições institucionais dos membros do Ministério Público, dadas as peculiaridades de tal cargo diante do sistema democrático estabelecido constitucionalmente.

2. O FUNDAMENTO DE VALIDADE DAS AÇÕES E DECISÕES MINISTERIAIS

A confiança nas instituições possui papel central na percepção do sentimento dos cidadãos acerca da eficácia da política e, em consequência, da legitimidade que eles reconhecem ao regime democrático.

Destaca José Álvaro Moisés que a qualidade do regime democrático está diretamente vinculada aos mecanismos de *accountability* e responsividade, uma vez que a confiança nas instituições possui papel central na “percepção do sentimento dos cidadãos acerca da eficácia da política e, em consequência, da legitimidade que eles reconhecem ao regime democrático”.¹⁰

Ao se analisar a legitimação sob o ponto de vista do sistema de justiça, releva apontar, via Rainer Forst, que a justiça deve ser sensível ao contexto, ou seja, as diferentes concepções de justiça devem ser adequadas aos contextos sociais e históricos em que são aplicadas, com uma base moral universal que oriente a justiça em diferentes contextos.¹¹

⁹ GARCIA, EMERSON. Ministério Público: essência e limites da independência funcional. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 35, p. 19, 2010.

¹⁰ MOISÉS, José Álvaro. *Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?* São Paulo: EDUSP, 2010, p. 9-20.

¹¹ FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010.

Diante do perfil de Ministério Público desenhado pela CF/88, com alto grau de autonomia e discricionariedade (poder de agenda), o processo de legitimação das suas ações e decisões é fundamental para garantir a aceitação e a confiança da sociedade no sistema jurídico, dada a responsabilidade que recai sobre a instituição.

No ponto, o que surge, de plano, é a peculiaridade de o acesso à carreira no Ministério Público do Brasil não se dar através de pleito popular, ou seja, não envolver eleição através de voto popular dentre os cidadãos integrantes da comunidade.

Também não se relaciona a um modelo profissional-aristocrático de ingresso, conforme pontuado por Antoine Garapon, no qual a seleção dos membros se dá via recrutamento dentro de uma mesma classe social, em meio a um grupo de advogados, pela intermediação de um corpo judiciário restrito e homogêneo.¹²

Tal formato, que leva em conta a classe social, gera risco de refletir sobre o viés ideológico dos futuros membros da instituição, o que, sob o ponto de vista do ativismo ministerial, pode representar grande perigo para a democracia¹³.

No Brasil, o acesso à carreira do Ministério Público se adstringe, conforme modelo constitucionalmente acolhido, em um processo rigoroso e competitivo de seleção de seus membros, via exames específicos em concursos públicos, com o objetivo de garantir a qualidade e a imparcialidade no sistema de justiça do país.

Ao contrário de países em que a legitimação é corolário do processo de escolha dos agentes, em pleito popular ou indiretamente adstrita a um grupo seletivo, no sistema brasileiro a legitimação é conferida por uma série de

¹² GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luísa de Carvalho. Rio de Janeiro. Revan. 1999, p. 56.

¹³ PRADO, Danilo Luchetta; CASALINO, Vinícius. Para além do poder constituinte: o sistema democrático como fundamento de um núcleo imutável de direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 28, n. 1, p. 75-102, 2023.

elementos e mecanismos, constitucional e legalmente estabelecidos, que buscam assegurar a transparência, a imparcialidade e a juridicidade.

Nessa linha, o princípio da juridicidade é um desses mecanismos de legitimação, posto que a atuação funcional de membros do Ministério Público deve ser fundamentada na legislação vigente e respeitar os princípios estabelecidos na CF/88.

A conformidade com a legalidade e a constitucionalidade é um elemento crucial para a legitimação das decisões podendo tais conceitos serem analisados sob a perspectiva da garantia do devido processo legal, que é essencial para a legitimação das posições ministeriais¹⁴.

Por sua vez, princípio da publicidade também é fator essencial para a legitimação da atuação do Ministério Público brasileiro, aliado ao controle externo desempenhado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que tem a responsabilidade de fiscalizar a atuação de membros e garantir a observância de normas éticas e legais.

O conjunto desses elementos visa arquitetar uma base sólida de legitimação, fortalecendo a confiança da sociedade no sistema de justiça e assegurando a efetividade do Estado de Direito, o qual pode e deve ser revisto e aprimorado de tempos em tempos pela via do debate democrático.

Nas ponderações de Bruno Meneses Lorenzetto:

O fato de as normas constitucionais serem *constitutivas* não remove a possibilidade de revisões democráticas, ou seja, não garante a *cooriginalidade* que Habermas procura defender. Waldron afirma que as democracias normalmente revisam as *regras do jogo*, e isso ocorre mediante debates, discordâncias, como pode ser observado em posições majoritárias que não são unânimes, em votos parlamentares ou em decisões judiciais. As normas constituintes demandam que uma democracia não mude as *regras do jogo* durante a partida, enquanto o jogo está sendo jogado. As normas das eleições não poderiam ser mudadas no meio do processo eleitoral, apesar da decisão em *Bush v. Gore*. Mas as pessoas possuem desacordos que passam pelo conteúdo e pela forma das regras, e isso se apresenta como um problema que pode ser agravado, especialmente nos casos em que

¹⁴ ASSIS, Jorge Cesar de. A independência funcional e a postulação do Ministério Público diretamente nos tribunais: inevitáveis colisões de interesses ministeriais de instâncias e ramos diversos. *Revista do Ministério Público Militar*, v. 50, n. 40, p. 55-82, 2023.

tais desacordos não parecem possuir meios para um entendimento no futuro.¹⁵

A legitimidade da atuação ministerial no Brasil é, assim, um processo complexo que envolve uma combinação de fatores institucionais, legais, éticos e sociais. Esses elementos trabalham em conjunto para garantir que a atuação seja transparente, justa e alinhada com os valores democráticos e constitucionais do país.

Tais garantias e mecanismos de controle visam evitar que o membro do Ministério Público se utilize do seu cargo para pautar e propagar interesses puramente pessoais, tais como utilização do seu poder decisório ou de agenda para atuar de forma ideológica ou ativista.

O que se busca destacar, no ponto, não é a atuação voltada à efetivação de direitos, calcada na utilização proativa dos instrumentos legais postos à disposição na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, verdadeira missão constitucional da instituição, mas, sim, aquela atuação criativa, que foge à norma vigente.

Nessa linha, Glauco Gumerato Ramos trata do ativismo judicial, cujas matrizes podem ser transpostas ao ativismo ministerial:

Para o ativismo judicial, o exercício do poder – da jurisdição, portanto – habilita o juiz a buscar, a qualquer custo, fazer “justiça” nos casos que lhe são submetidos. E, por mais acariano que possa soar a afirmação de que ao juiz toca fazer “justiça”, para os ativistas, essa busca por “justiça” não encontra obstáculo nem mesmo na eventual falta de autorização do legislador para que o juiz aja em determinadas situações. Para os ativistas, é normal que o sistema dote o juiz de maiores poderes de atuação na relação processual e mesmo na condução do processo. E, mesmo quando a legislação – muitas vezes porque ultrapassada – ainda não se tenha aperfeiçoado para permitir ao juiz o manejo mais contundente de seus poderes, mesmo assim teria o magistrado de atuar com coragem e fazer tudo que estivesse ao seu alcance para, com criatividade, potencializar sua atuação no processo para fazer com que seu resultado seja “justo”. O ativismo judicial, conforme afirma Jorge W. Peyrano, um de seus maiores defensores na Argentina, “(...) confia nos magistrados”.

¹⁵ LORENZETTO, Bruno Meneses. Os caminhos do constitucionalismo para a democracia. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná, 2014.

Ocorre que o ativismo apresenta inúmeros problemas, em especial no tocante à falta de segurança jurídica, decorrente do caráter subjetivo que as tomadas de decisões, desapegadas às normas, pode tomar¹⁶, e sua interlocução com um grau mínimo de coerência e previsibilidade.¹⁷

Não há, por outro lado, e conforme bem aponta Gisele Cittadino, que se confundir ativismo judicial com interpretação constitucional, elemento este presente em qualquer processo hermenêutico e que contribui para a integração do sistema jurídico¹⁸.

Sob esta óptica, Luiz Roberto Barroso argumenta que a judicialização é um reflexo de uma sociedade que busca respostas rápidas para problemas complexos, e que, muitas vezes, a inércia do Legislativo leva à necessidade de intervenção do Judiciário. No entanto, ressalta que o ativismo judicial deve ser exercido com prudência e responsabilidade, uma vez que a sobreposição de funções entre os Poderes pode comprometer a separação e a independência entre eles, pilares fundamentais da democracia:

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder

¹⁶ RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. MPMG jurídico*, 2009. p. 13.

¹⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. Editora Saraiva, 2017.

¹⁸ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. 2, n. 3, p. 135-144, 2002, p. 08.

Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.¹⁹

Pontuadas tais considerações acerca do ativismo e a questão da subjetividade que está presente em tal prática, há que se enfrentar a questão deste fenômeno frente ao princípio democrático.

Os membros do Ministério Público desempenham papéis fundamentais na sustentação e fortalecimento da democracia em um país. Suas funções e responsabilidades contribuem para a promoção da justiça, respeito aos direitos fundamentais e equilíbrio entre os poderes.

Em outros termos, seu comprometimento com a justiça, a legalidade e a proteção dos direitos fundamentais contribui para a construção de uma sociedade mais justa, equitativa e baseada no respeito às leis e às liberdades individuais, devendo sempre ser este o norte de suas atuações, evitando-se uma atuação pessoalizada, que objetive a satisfação de sua subjetividade e que torne o seu atuar ideologizado e ativista.

3. O PRINCÍPIO REPUBLICANO E O BALIZAMENTO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

O conceito de república tem raízes antigas e remonta à Roma Antiga, onde se desenvolveu como uma forma alternativa de governo à monarquia. A palavra “república” tem origem no latim “res publica”, que significa “coisa pública” ou “interesse público”. O modelo republicano romano foi influente na construção do conceito, e sua tradição continuou a ser uma referência ao longo da história.²⁰

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium* - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. fl. 13.

²⁰ “O conceito de república nos primeiros escritos políticos de Constant está sempre ligado à ideia da defesa da liberdade pública contra o despotismo jacobino e contra a reação da monarquia hereditária. A reação é a ação política das forças arbitrárias, enquanto a revolução verdadeira deve se apegar aos princípios cujo fundamento é a constituição da liberdade pública

Os ideais republicanos também foram fundamentais para movimentos de independência e revoluções, como a Revolução Americana (1775-1783) e a Revolução Francesa (1789-1799). Nos Estados Unidos, a Constituição de 1787 estabeleceu uma república federativa, inspirando muitas repúblicas modernas, dentre as quais a brasileira.

De maneira geral, a concepção republicana de governo é vista como uma forma de limitar o poder absoluto dos monarcas, através da divisão de poderes ou da alternância de funções eletivas.²¹

O conceito de república evoluiu ao longo do tempo, adaptando-se às diversas realidades históricas e culturais. No entanto, suas raízes e sua influência em movimentos e pensadores ao longo da história destacam sua importância duradoura como uma forma de governo comprometida com a participação democrática e a busca pelo bem coletivo.

O princípio republicano leva em seu âmago, desde Montesquieu a Maquiavel, a ideia de renúncia às vantagens privadas em favor do bem comum e da coisa pública, disposição às virtudes e sacrifícios de quaisquer desejos particulares, carregando consigo a ideia de dever.²²

A república e o princípio republicano são essenciais para a estruturação do sistema político e jurídico em muitos países ao redor do mundo, incluindo o Brasil. Esses conceitos visam criar um ambiente em que o governo sirva aos interesses da sociedade, respeitando a dignidade humana, a liberdade e a justiça.

em instituições estáveis. A superação da hereditariedade está inscrita na “força das coisas”, e o progresso “natural” da sociedade, que impõe sua destruição, levará a considerarmos a monarquia hereditária tão ultrapassada quando a escravidão. A revolução não cumpre senão o papel de acelerar esse processo (Constant, 1796, p. 100). Sendo assim, o julgamento de Constant em defesa da destruição definitiva do sistema de hereditariedade apela fundamentalmente a seu anacronismo. A injustiça da monarquia hereditária é fruto de sua inadequação ao “espírito do tempo”, a uma sociedade cujo fundamento recai sobre a necessidade de garantir a liberdade pública contra o assédio da autoridade arbitrária. O combate violento entre as paixões políticas não resultará senão na exposição da evidência de que hereditariedade e arbítrio são fundamentos inextrincavelmente ligados.” CASSIMIRO, Paulo Henrique Paschoeto. O liberalismo político e a república dos modernos: a crítica de Benjamin Constant ao conceito rousseauiano de soberania popular. *Revista Brasileira de Ciência Política*, p. 249-286, 2016.

²¹ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 1, p. 43-54, 2008.

²² RIBEIRO, Renato Janine. *A boa política*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 40.

Na lição de Ricardo Lewandowski, o princípio republicano é núcleo essencial da CF/88:

A se levar em conta a importância da topologia para a hermenêutica constitucional, não há como deixar de reconhecer que, quando se adotou a forma republicana de governo, na verdade se estava definindo um dos princípios estruturantes de nossa Lei Maior. Com efeito, o princípio republicano, ao lado dos princípios federativo e democrático, configura, no dizer da doutrina, o núcleo essencial da Constituição, visto que lhe garante uma determinada identidade e estrutura.²³

Diante desse panorama, é de se questionar qual a função republicana dos órgãos do sistema de Justiça brasileiro, em especial daquele que é objeto do presente estudo, o Ministério Público, bem como, se a questão do asseguramento da independência funcional a seus membros pode de algum modo prejudicar o pleno exercício dessa função.

De plano, a missão republicana da instituição está diretamente vinculada ao desempenho de atribuições constitucionalmente estabelecidas.

Em outras palavras, a independência funcional é garantia para o efetivo cumprimento dessas funções. Qualquer outra interpretação que não esta feriria o princípio republicano pois colocaria uma garantia a função exclusiva da individualidade do integrante do órgão público, algo que remonta o já superado sistema de soberania individual superado pela revolução francesa.

Ao longo da história, o republicanismo direcionou-se para o bem-estar coletivo, o sentimento de solidariedade, ou seja, para uma leitura nos sentido de que o interesse de todos deve estar acima dos interesses individuais ou de determinados de grupos.

Sob este ponto de vista, não se pode admitir, no destaque de Daniel Sarmento, uma atuação patrimonialista de membros do Ministério Público,

²³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005.

caracterizada por “tratarem o Estado como se fosse sua propriedade privada, submetendo a coisa pública às suas preferências e interesses”²⁴.

O republicanismo propõe um ideal ambicioso para a esfera política e de atuação de servidores públicos e membros de poder de maneira geral. Deseja-se que a política – entendida de forma ampla – seja relevante para as pessoas.

Nessa perspectiva, o princípio republicano deve servir de norte para o balizamento da independência funcional quando da atuação de membros do Ministério Público em suas atividades judiciais e extrajudiciais.

A independência funcional não pode ser levantada para proteger decisões claramente pessoalizadas, que representem apenas uma visão ou um interesse estritamente pessoal ou ideologizada, em desprezo à função e ao ônus do cargo e da instituição que ele compõe.

O princípio republicano deve ser utilizado como um balizador da independência funcional atribuída pela Constituição a juízes e promotores, devendo sempre sua atuação ser norteada pela função pública que a instituição possui como missão realizar dentro do panorama constitucionalmente traçado.

Assim não o sendo, há evidente risco de utilização da independência funcional como um manto para a satisfação de interesses puramente pessoalizados, e que em nada contribuam para a sociedade como um todo.

4. CONCLUSÃO

O princípio da independência funcional é uma importante garantia para os membros do Ministério Público no tocante à maneira de assegurar a sua imparcialidade e garantia de uma tomada de decisões independente.

Entretanto, ele não pode servir como um escudo de proteção para que o membro utilize dessa prerrogativa de forma desvirtuada, de maneira a ir contra a própria essência da sua instituição, e satisfazer um interesse primordialmente pessoal, em detrimento do institucional.

²⁴ SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. *Revista da EMERJ*, v. 20, p. 296-318, 2018.

Nessa perspectiva, o princípio republicado representa um balizamento para a independência funcional, a qual, como qualquer outra garantia constitucional, não é absoluta, tendo limites dentro dos princípios legais e constitucionais.

Daí que o princípio republicano demanda uma atuação consciente por parte do agente público, no sentido de que ele é integrante de uma instituição que possui uma missão constitucional e legal, essencialmente pública, voltado ao bem estar de toda a coletividade, e balizada dentro dos parâmetros legais e constitucionais.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. Editora Saraiva, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium* - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. fl. 13.
- CASSIMIRO, Paulo Henrique Paschoeto. O liberalismo político e a república dos modernos: a crítica de Benjamin Constant ao conceito rousseauiano de soberania popular. *Revista Brasileira de Ciência Política*, p. 249-286, 2016.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. 2, n. 3, p. 135-144, 2002.
- CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 1, p. 43-54, 2008.
- ASSIS, Jorge Cesar de. A independência funcional e a postulação do Ministério Público diretamente nos tribunais: inevitáveis colisões de interesses ministeriais de instâncias e ramos diversos. *Revista do Ministério Público Militar*, v. 50, n. 40, p. 55-82, 2023.

- OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela Spanchero; DE VASCONCELOS, Natália Pires. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa accountability. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 7, n. 1, p. 181-195, 2020.
- FERNANDEZ FILHO, Rogério Rodriguez. A independência funcional e o princípio da unidade. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 5, p. 89-105, 2002.
- FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução Maria Luísa de Carvalho. Rio de Janeiro. .Revan. 1999.
- GARCIA, EMERSON. Ministério Público: essência e limites da independência funcional. *Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ*, n. 35, p. 19, 2010.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005.
- LORENZETTO, Bruno Meneses. Os caminhos do constitucionalismo para a democracia. *Tese (Doutorado)*. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná, 2014.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Os limites da independência funcional no Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, v. 715, 1995.
- MOISÉS, José Álvaro. *Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?* São Paulo: EDUSP, 2010.
- PRADO, Danilo Luchetta; CASALINO, Vinícius. Para além do poder constituinte: o sistema democrático como fundamento de um núcleo imutável de direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 28, n. 1, p. 75-102, 2023.
- RIBEIRO, Renato Janine. *A boa política*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 40.

- SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. *Revista da EMERJ*, v. 20, p. 296-318, 2018.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Ministério Público e o processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2021

Para uma Perspectiva Vitimocêntrica do Processo Penal

Towards a Victim-Centric Approach to Criminal Procedure

Guilherme Carneiro de Rezende¹

Ministério Público do Estado do Paraná

Sumário: 1. Introdução; 2. O percurso histórico da vítima; 3. O DIDH e a jurisprudência da Corte IDH; 4. Estabelecendo as premissas de um processo vitimocêntrico; 5. Considerações finais. 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: O artigo realiza uma análise teórico-jurisprudencial sobre a trajetória da vítima no processo penal e propõe a construção de um modelo vitimocêntrico, fundamentado nas obrigações processuais positivas reconhecidas no Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), especialmente pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A pesquisa tem como objetivo demonstrar que a vítima, tradicionalmente excluída do protagonismo processual, deve ser reconhecida como sujeito de direitos humanos e destinatária da proteção conferida pelo sistema global e interamericano. A metodologia adotada consiste em revisão crítica da literatura especializada e análise qualitativa das decisões da Corte IDH. O estudo evidencia que a jurisprudência interamericana estabelece parâmetros normativos que vinculam os Estados por meio do controle de convencionalidade, exigindo investigações diligentes, participação efetiva da vítima e mecanismos reparatórios, inclusive no âmbito do processo penal. Como resultado, propõe-se um redesenho do processo penal, que equilibre garantias defensivas e eficiência, em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da proteção integral. Conclui que a centralidade da vítima não configura retrocesso garantista nem populismo punitivo, mas evolução normativa e institucional necessária à construção de uma justiça penal orientada pela dignidade da pessoa humana. O processo penal vitimocêntrico se revela, assim, compatível com os

¹ Doutor e mestre em Direito pela UNISINOS. Professor. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná.

compromissos internacionais assumidos pelo Estado e indispensável para a efetivação de uma tutela verdadeiramente equitativa e eficaz.

Palavras-chave: Processo penal. Direitos humanos. Corte Interamericana. Vítima. Controle de convencionalidade.

Abstract: This article presents a theoretical and jurisprudential analysis of the victim's trajectory in criminal proceedings and proposes the construction of a victim-centered model based on the positive procedural obligations recognized under International Human Rights Law (IHRL), especially through the case law of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). The study aims to demonstrate that the victim, historically excluded from procedural protagonism, must be acknowledged as a subject of human rights and as a legitimate beneficiary of protection within the global and inter-American systems. The methodology combines a critical literature review with a qualitative analysis of key judgments issued by the IACtHR. The research reveals that the Court's jurisprudence establishes binding normative parameters for States through the mechanism of conventionality control, requiring diligent investigations, effective victim participation, and reparatory mechanisms, including within criminal justice processes. As a result, the article proposes a redesign of criminal proceedings that balances procedural safeguards and efficiency, in accordance with the principles of proportionality and integral protection. It concludes that placing the victim at the center of the criminal justice system does not represent a regression of guarantees or punitive populism, but rather a normative and institutional evolution necessary for achieving justice guided by human dignity. The victim-centered criminal process is, therefore, consistent with international commitments and essential to ensuring equitable and effective protection of human rights.

Keywords: Criminal procedure. Human rights. Inter-American Court. Victim. Conventionality control.

1. INTRODUÇÃO

Malgrado o contexto histórico de edição do Código de Processo Penal remonte ao período ditatorial da Era Vargas, a trajetória mais recente do processo penal brasileiro foi marcada por uma estrutura centralizada na figura do réu, como consequência de um modelo garantista instituído em reação à lógica inquisitorial.

Embora essas garantias sejam essenciais para prevenir arbitrariedades e assegurar os direitos fundamentais do acusado, a lógica dessa premissa ignora outro sujeito processual indispensável: a vítima. Frequentemente relegada a

uma posição marginal, a vítima é tratada como nota de rodapé na engrenagem processual penal.

A metodologia adotada neste artigo é de natureza teórico-jurisprudencial, desenvolvida por meio da revisão crítica da literatura especializada sobre o processo penal e dos direitos humanos, complementada por uma análise qualitativa e interpretativa da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Propõe-se uma visão vitimocêntrica do processo penal que, sem substituir, complementa a tradicional perspectiva garantista. Defende-se, assim, que o processo penal deve ser concebido também como instrumento efetivo de proteção à vítima, assegurando-lhe o direito à verdade, à justiça e à não-repetição das violações sofridas.

A estrutura do texto está dividida em quatro etapas: a) a exclusão histórica da vítima e seu recente resgate normativo e jurisprudencial; b) o reconhecimento jurisprudencial dos deveres estatais de proteção no âmbito da Corte IDH; c) o diálogo entre o sistema interamericano e o direito interno, com destaque ao controle de convencionalidade e à superação do processo penal autorreferenciado; e d) a caracterização de um processo penal vitimocêntrico, consentâneo com os padrões internacionais de proteção aos direitos humanos.

Com esse percurso, pretende-se demonstrar que a inclusão ativa e significativa da vítima no processo penal é não apenas legítima, mas imprescindível para a realização plena de uma justiça equitativa.

2. O PERCURSO HISTÓRICO DA VÍTIMA

Ao longo da história, a vítima assumiu diferentes posições dentro do processo penal, transitando do protagonismo inicial, passando pelo esquecimento, até alcançar uma recente redescoberta.

Na fase inicial, conhecida como "idade de ouro", que se estendeu desde os primórdios da humanidade até a Idade Média, a vítima detinha papel central nas relações sociais. Era um tempo marcado pela prevalência da vingança

privada, aceita e até mesmo incentivada socialmente, como mecanismo eficaz de controle social. Greco destaca que "o único fundamento da vingança era a pura e simples retribuição a alguém pelo mal que havia praticado".² Rodrigues complementa, destacando que o castigo proveniente dessa vingança privada frequentemente não tinha limites definidos, levando muitas vezes a retaliações contínuas e formando um ciclo incessante de violência. Para impor limites a essa prática desenfreada surgiu a Lei de Talião, consagrada no Código de Hammurabi.³

Posteriormente, com a gradual concentração do poder em núcleos regionais – inicialmente nos feudos e posteriormente nos Estados Nacionais –, ocorreu uma mudança significativa: a vingança, até então exercida diretamente pela vítima, foi institucionalizada, transferindo-se exclusivamente para o Estado o poder de punir (*jus puniendi*), relegando a vítima a uma posição secundária. Rodrigues esclarece que:

A ofensa dirigia-se, destarte, não à vítima (ou, ao menos, não em primeiro plano), mas sim ao Estado. O desvio social – a infração – representava, pois, um ato de desafio ao Rei e a seu Direito. E, como tal, merecia uma resposta à altura, resposta deliberadamente desproporcional, que fizeste despertar nos súditos a certeza de sua inferioridade em face da supremacia do poder de seu Monarca.⁴

Gomes e Molina afirmam que, após o período de protagonismo inicial, a vítima vivenciou um "secular e deliberado abandono".⁵ No Século das Luzes, com o Iluminismo penal, surge o pensamento do Marquês de Beccaria e sua obra fundamental *Dos delitos e das penas*, em que se reforça o papel do Estado como único titular legítimo da ação penal, cabendo-lhe também impor limites ao poder punitivo. O foco passa a ser a legalidade, a imparcialidade e a proporcionalidade, e a figura da vítima é relegada ao papel de mera "testemunha".

² GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 84.

³ RODRIGUES, Roger de Melo. *A vítima e o processo penal brasileiro: novas perspectivas*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 19.

⁴ RODRIGUES, Roger de Melo, op. cit. p. 26.

⁵ GOMES, Luiz Flavio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 78.

Nesse contexto, tanto o Direito Penal quanto a Criminologia passaram a centrar-se nas figuras do delito e do delinquente, enquanto os sistemas jurídicos – como os Códigos Penais e Processuais Penais – limitaram-se a tipificar condutas, regulamentar procedimentos e tratar da punição e ressocialização do condenado, restringindo à vítima um papel marginal.

Cançado Trindade sintetiza esse cenário ao afirmar que

... o direito penal estatal se orientou, em sua evolução, rumo à figura do delinquente, relegando a vítima a uma posição marginal; este enfoque se refletiu, por algum tempo, no próprio coletivo social, que passou a demonstrar maior interesse pela figura do criminoso do que pelas de suas vítimas, abandonadas ao esquecimento.⁶

Esse afastamento, embora motivado por razões legítimas – como evitar que a vítima, movida pela emoção, influenciasse a justiça penal – acabou gerando um desequilíbrio no sistema. Como observa Molina, "el sistema legal no puede ser indiferente a las percepciones y actitudes de la víctima del delito respecto a la policía, los jueces, fiscales, abogados, etc.". ⁷

A redescoberta da vítima ocorre especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com o fortalecimento do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. A Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) consolidam a dignidade da pessoa humana como centro do direito internacional, incluindo a condição da vítima.

Cuaresma lembra que a moderna vitimologia não busca o retorno à vingança privada, mas sim a inclusão da vítima no sistema de justiça, com respeito a seus direitos e sem prejuízo às garantias do acusado. Como bem

⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 90, p. 233-288, abril/junho 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181722>. Acesso em: 27 fev. 2021. p. 435.

⁷ MOLINA, Antonio Garcia- Pablos de. *Tratado de criminologia*. 3. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 167.

sintetiza Molina, a justiça penal deve proteger tanto o “outro-acusado” quanto o “outro-vítima”.⁸

Essa inflexão teórica e normativa, que visa restituir à vítima um lugar de relevância no processo penal, não se limita, como se percebe, ao plano interno. Ela encontra ressonância e aprofundamento no Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente no Sistema Interamericano de Proteção. Nesse contexto, é possível identificar um movimento de valorização da vítima como sujeito de direitos, tanto no âmbito global quanto regional, com destaque para o desenvolvimento jurisprudencial da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), segundo Cançado Trindade, constitui um *corpus juris* voltado à salvaguarda do ser humano, e tem sido essencial para recolocar a vítima no centro da ordem jurídica internacional, “o que tem sua razão de ser”.⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) asseguram, além dos direitos fundamentais à vida, à liberdade e à integridade, o direito a um recurso efetivo perante autoridades nacionais (DUDH, art. 8º; PIDCP, art. 2º).

A proteção específica às vítimas é reforçada pela Resolução 60/147 da ONU, que reconhece seu direito à reparação integral – sob as formas de restituição, indenização, reabilitação, satisfação e garantias de não-repetição – em casos de violações graves de direitos humanos.

No plano regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ao lado da jurisprudência da Corte IDH, ampliou significativamente o papel da vítima, reconhecendo sua condição de sujeito de direitos. A conjugação dos artigos 1.1, 8º e 25 da Convenção fundamenta o direito de acesso à justiça e impõe aos Estados o dever de prevenir, investigar, julgar e punir violações de direitos humanos.

No julgamento do Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Cançado Trindade defendeu que o acesso à justiça deveria integrar o domínio do *jus cogens*, dada sua importância estrutural para a proteção da dignidade humana. A Corte IDH,

⁸ CUARESMA, Sergio. La victmologia. In: Cançado Trindade (*et al*) *Estudios básicos de derechos humanos V*. São José da Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 304.

⁹ Id. *Ibidem*. p. 430.

nesse mesmo julgamento, afirmou que o direito à vida não admite restrições e exige um aparato estatal eficaz, capaz de investigar, punir e reparar eventuais violações, sejam cometidas por agentes estatais ou por particulares.

Conforme destacam Fischer e Pereira, o sistema interamericano reconhece obrigações negativas (de abstenção) e positivas (de ação), que incluem o dever de penalizar condutas violadoras dos direitos humanos – seja por meio da criminalização (obrigação substancial), seja por meio da investigação e punição efetivas (obrigação processual positiva).¹⁰

Embora o artigo 8º da CADH trate predominantemente das garantias do acusado, a jurisprudência interamericana tem reconhecido, a partir dele, o direito de participação das vítimas no processo. Segundo Osmo e Martin-Chenut, trata-se de uma construção jurisprudencial fundada no dever de combater a impunidade, garantindo às vítimas e seus familiares o direito de ver os fatos investigados e os responsáveis julgados.¹¹

A reparação, como lembra Palacios,¹² assume múltiplas dimensões: pode ser pecuniária, institucional, simbólica, de memória ou de justiça. Trata-se, pois, de um direito autônomo das vítimas à verdade, à justiça e à não-repetição — expressão do processo de reconciliação democrática e do compromisso com a dignidade humana.

Como resume Cançado Trindade, as vítimas deixam de ser “objeto neutro” do processo penal e irrompem como sujeitos plenos de direitos, merecedores de reconhecimento, proteção e reparação.¹³

¹⁰ FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as cortes europeia e interamericana de direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 96.

¹¹ OSMO, Carla; MARTIN-CHENUT, Kathia. A participação das vítimas no sistema interamericano: fundamento e significado do direito de participar. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1463, junho de 2017. <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28031>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201455&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 fev. 2021.

¹² PALACIOS, David Lovatón. Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología. *Revista IIDH*, São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985. n. 1, p. 222/223, enero/junio 1985.

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas.

3. O DIDH E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

A compreensão contemporânea dos direitos humanos exige mais do que o reconhecimento formal de direitos: ela impõe ao Estado o cumprimento de deveres correlatos, sob pena de tornar letra morta os compromissos internacionais. Tais deveres se desdobram em três dimensões principais: deveres de respeitar, de proteger e de garantir os direitos humanos.

O dever de respeitar implica a abstenção do Estado em interferir indevidamente no exercício dos direitos; o dever de proteger obriga a prevenir violações; e o dever de garantir exige a adoção de medidas positivas, legislativas, administrativas e judiciais, para assegurar o pleno gozo dos direitos humanos.

É justamente nesse último aspecto que se inserem as chamadas obrigações processuais positivas, cuja origem jurisprudencial remonta ao emblemático Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) afirmou que a obrigação de garantir os direitos implica o dever do Estado de prevenir, investigar, julgar e punir violações. Tais obrigações impõem aos Estados a implementação de medidas eficazes para responder às violações de direitos humanos, inclusive por meio do processo penal.

Essas obrigações, embora não estejam expressamente previstas em dispositivos isolados dos tratados, derivam logicamente da conjugação dos artigos 1.1 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). O artigo 1.1 estabelece a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos reconhecidos na Convenção; o artigo 25 assegura o direito a um recurso simples, rápido e eficaz contra atos que violem direitos fundamentais.

Trata-se de obrigações de meio, e não de resultado. Isso significa que o Estado não está vinculado à obtenção de um desfecho específico (como a condenação do acusado), mas deve demonstrar que adotou todas as medidas

Revista de Informação Legislativa, v. 23, n. 90, p. 233-288, abril/junho 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181722>. Acesso em: 27 fev. 2021. p. 435.

razoáveis, com a devida diligência, para apurar os fatos, processar os responsáveis e reparar as vítimas.

A jurisprudência da Corte IDH tem reiterado que essas obrigações exigem, entre outras medidas: a) o estabelecimento de um marco normativo adequado; b) a remoção de obstáculos legais ou práticos à investigação e julgamento; c) a existência de instituições independentes e imparciais; d) a condução das investigações com seriedade, imparcialidade e em prazo razoável; e) a participação ativa das vítimas e de seus familiares; e f) a observância de protocolos específicos nos casos que envolvam grupos vulneráveis.

A jurisprudência da Corte Interamericana dialoga diretamente com o direito interno por meio do controle de convencionalidade¹⁴ e do diálogo das cortes.¹⁵ Por essa razão, impõe-se superar a tendência autorreferenciada do processo penal interno, abrindo-se a um modelo que incorpore os parâmetros internacionais.

O processo penal vitimocêntrico, nesse cenário, deve ser compatível com as diretrizes fixadas pela Corte: um processo que reconheça a centralidade da vítima, garanta seu direito à verdade, à justiça e às garantias de não-

¹⁴ A validade da norma de direito interno exige dupla compatibilidade: com a Constituição (controle de constitucionalidade) e com a ordem internacional (controle de convencionalidade), além do cumprimento dos requisitos formais. Assim, a produção normativa interna deve respeitar tanto as regras expressas na Constituição e Tratados, quanto aquelas implícitas – por vezes de difícil percepção –, derivadas do regime e dos princípios constitucionais adotados. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. v. 46, n. 181, p. 113, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>. Acesso em: 1º/02/2021.)

¹⁵ A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, regendo-se nas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos. Esses princípios autorizam – e exigem – um diálogo entre as ordens nacional e internacional em prol da pessoa humana, relativizando o conceito clássico de soberania. Nesse cenário, emerge o direito constitucional multinível, caracterizado pelo intercâmbio entre sistemas jurídicos diversos e pela centralidade do ser humano concreto, em substituição ao sujeito abstrato da modernidade. Não se trata de estabelecer hierarquias entre as ordens, mas de reconhecer uma rede de planos interligados que se complementam na proteção dos direitos (CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília - DF, v. 1, n. 2, p. 113-150, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n2.a66>. Acesso em: 28 ago. 2024.)

repetição, bem como assegure a responsabilização do agressor, com observância plena às garantias processuais.

Nesse particular, o artigo 63.1 da CADH dialoga com normas gerais de direito internacional sobre as consequências jurídicas de um ato internacionalmente ilícito, dentre elas a Resolução 60/147, da Assembleia Geral das Nações Unidas, que adotou os Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Graves das Normas Internacionais de Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.

Dentre os princípios e diretrizes básicas está o direito de reparação (itens 15 a 23). A Resolução nomina as seguintes formas de reparação à vítima: a restituição, a indenização, a reabilitação, a satisfação e as garantias de não-repetição (item 18). A restituição compreende o restabelecimento do direito ou liberdade violado; a indenização busca reparar danos economicamente mensuráveis; a reabilitação consiste no oferecimento de assistência médica, psicológica e serviços jurídicos e sociais; a satisfação compreende, dentre outros, estabelecer a verdade, mediante verificação dos fatos e as sanções judiciais e administrativas contra os responsáveis pela violação; finalmente, as garantias de não-repetição devem incluir o controle efetivo das forças militares e de segurança, que os procedimentos civis e militares observem normas internacionais relativas às garantias processuais, equidade e imparcialidade etc.

4. ESTABELECENDO AS PREMISSAS DE UM PROCESSO VITIMOCÊNTRICO

A construção de um processo penal vitimocêntrico exige uma reconfiguração estrutural da lógica processual clássica, deslocando o eixo exclusivo do réu para a inclusão ativa da vítima como sujeito de direitos. Essa mudança de paradigma não se propõe a substituir a centralidade das garantias defensivas, mas a complementá-las, resgatando a dignidade da vítima no âmbito da persecução penal.

Para tanto, o processo penal deve ser redesenhado em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), particularmente pela jurisprudência da Corte Interamericana

de Direitos Humanos, que tem se consolidado como o principal referencial normativo para a proteção processual da vítima.

A Corte IDH tem afirmado reiteradamente que a obrigação de investigar constitui uma obrigação de meio, e não de resultado. Isso significa que, embora não se exija a condenação do responsável, é imprescindível que as autoridades estatais ajam com devida diligência, adotando todas as providências razoáveis e necessárias à apuração dos fatos e à responsabilização dos envolvidos. Como assinala a doutrina, trata-se do “ônus que se atribui ao Estado para que aja com seriedade e responsabilidade na condução de certos atos procedimentais”.¹⁶

Essa diligência ganha contornos ainda mais exigentes nos casos que envolvem violações estruturais ou cometidas contra grupos em situação de vulnerabilidade. A Corte IDH, nos casos Favela Nova Brasília, Barbosa de Souza e Sales Pimenta, identificou falhas graves no cumprimento desse dever, inclusive pela ausência de protocolos específicos ou pela exclusão das vítimas do processo.

A Corte tem fixado critérios objetivos para a verificação da devida diligência, como a observância do Protocolo de Minnesota, a garantia da participação das vítimas e seus familiares nas investigações (como nos casos Garibaldi, Favela Nova Brasília e Leite de Souza) e a adoção de medidas específicas nos casos de crimes sexuais ou contra defensores de direitos humanos.

Complementarmente, a Corte Europeia de Direitos Humanos também tem contribuído para esse desenvolvimento, exigindo que as investigações sejam eficazes, céleres e imparciais, especialmente quando há suspeita de envolvimento de agentes estatais. Ela estabelece que, nessas hipóteses, o grau de escrutínio deve ser particularmente rigoroso (§158), devendo as autoridades

¹⁶ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Comentário ao art. 8. PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Não paginado.

tomar todas as medidas razoáveis para garantir a preservação das provas (§172) e realizar uma análise objetiva e imparcial dos fatos (§173).¹⁷

No plano interno, o processo penal brasileiro deve superar a tendência autorreferenciada que o caracteriza, abrindo-se à incorporação das diretrizes convencionais por meio do controle de convencionalidade e do diálogo das cortes.¹⁸ Como asseverado pela Corte IDH no Caso Gelman vs. Uruguai, todos os órgãos do Estado, inclusive os juízes de primeiro grau, têm o dever de exercer *ex officio* o controle de convencionalidade, à luz da CADH e da jurisprudência interamericana.

Nesse sentido, a Resolução 60/147, da Assembleia Geral das Nações Unidas, ao estabelecer os Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação, reforça o papel central do processo penal como meio de assegurar o direito à verdade, à justiça e à não-repetição. Nos termos do item 18 da Resolução, a reparação deve ocorrer por meio de: a) restituição do direito ou liberdade violado; b) indenização por danos materiais e morais; c) reabilitação, com suporte médico, psicológico, jurídico e social; d) satisfação, que inclui o reconhecimento público dos fatos e a sanção dos responsáveis; e e) garantias de não-repetição, como o controle efetivo das forças de segurança e o respeito às garantias processuais.

O processo vitimocêntrico deve operar segundo três eixos fundamentais: garantia, eficiência e justiça – conforme a doutrina de Wedy, que propõe uma “tríplice hélice” do processo penal.¹⁹ Nesse modelo, sem garantias não há justiça, sem justiça não há eficiência, e sem eficiência não há legitimidade democrática. Como observa Chemim, é preciso pensar o processo penal como instrumento a serviço de todos os sujeitos – inclusive da vítima –,²⁰ com capacidade de proteger

¹⁷ As Diretrizes para a Erradicação da Impunidade para Sérias Violações de Direitos Humanos, do Conselho da Europa, assevera que as investigações devem ser abrangentes, identificando vítimas, suspeitos e testemunhas, examinar o local da violação para a coleta de evidências materiais etc. (COUNCIL OF EUROPE. Directorate General of Human Rights and Rule of Law, *Eradicating impunity for serious human rights violations: guidelines and reference texts*. Strasbourg: Council of Europe, 2011. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680695d6e>. Acesso em: 29 nov. 2024).

¹⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 41.

¹⁹ WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 290-300.

²⁰ CHEMIM, Rodrigo. *Processo penal: fundamentos dos fundamentos*. Porto Alegre: Cidadela, 2023. p. 148-151.

contra abusos tanto públicos quanto privados, reconhecendo sua dupla função de escudo e espada.

Trata-se de um processo que não apenas evita arbitrariedades estatais, mas que também reage com seriedade às violações dos direitos humanos, assegurando que a vítima possa: ser ouvida, obter uma resposta institucional e ter sua dignidade restabelecida.

Dessa forma, um processo penal vitimocêntrico deve reunir, entre suas premissas: a) reconhecimento da vítima como sujeito de direitos humanos, titular do direito à justiça, à verdade e à reparação; b) participação efetiva da vítima em todas as fases da persecução penal, inclusive com direito à informação, à manifestação e à consulta; c) observância da devida diligência como critério de atuação dos agentes públicos, em especial em casos de violações graves; c) implementação de protocolos específicos, como os de gênero, de Minnesota e de proteção a defensores de direitos humanos; d) equilíbrio entre garantias defensivas e proteção eficaz da vítima, conforme a doutrina da proporcionalidade e da proibição de proteção deficiente; e) realização do controle de convencionalidade por todos os órgãos do sistema de justiça, com base na jurisprudência da Corte IDH; e f) compromisso com a reparação integral, nos moldes da Resolução 60/147 da ONU e do artigo 63.1 da CADH.

Esse modelo não configura retrocesso, tampouco populismo punitivo. Trata-se, ao contrário, de uma evolução normativa e jurisprudencial que exige do Estado uma atuação equilibrada, comprometida e responsável, no rumo de um processo penal verdadeiramente justo.

Importante gizar que a aplicação dos direitos humanos no contexto da persecução penal exige que se observe o princípio da proporcionalidade, compreendido em suas duas dimensões fundamentais: a proibição de excessos e a proibição da proteção deficiente. Como destaca a jurisprudência interamericana, todas as medidas estatais destinadas à proteção de direitos – sejam legislativas, administrativas ou judiciais – devem respeitar esse princípio, garantindo que não ultrapassem o necessário (evitando excessos), nem fiquem aquém do exigido (evitando omissões).

No campo do direito penal, isso significa que a criminalização de condutas, a cominação abstrata de penas, a atuação dos órgãos de persecução penal e o funcionamento do processo judicial devem ser avaliados à luz da proporcionalidade. A medida estatal não pode representar um atentado a outros direitos, tampouco pode ser tão branda que se revele incapaz de tutelar adequadamente os bens jurídicos violados. Nem mais, nem menos do que o necessário. A virtude está no equilíbrio.²¹

Sarlet afirma que esse é precisamente o critério para aferição da violação dos deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos de proteção: a medida não pode desbordar os limites da necessidade, adequação e da proporcionalidade em sentido estrito ou da razoabilidade; tampouco pode oferecer uma proteção aquém de um patamar (que se pode afirmar) mínimo.²²

Embora os direitos humanos sejam frequentemente interpretados como limites ao poder punitivo estatal, eles também atuam como catalisadores da atuação penal quando o objetivo é a proteção de vítimas de violações. Nesse sentido, Piovesan observa que “o *victim centric approach* é a fonte de inspiração que move a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos – toda ela destinada a conferir a melhor e mais eficaz proteção às vítimas reais e potenciais de violação de direitos”.²³

Os deveres de proteção, oriundos da dimensão objetiva dos direitos humanos – em contraste com a dimensão subjetiva, que confere titularidade a indivíduos – vinculam todos os poderes estatais, ainda que o Legislativo detenha maior liberdade de conformação. Qualquer que seja o caminho normativo ou institucional adotado, a resposta estatal deverá sempre passar pelo crivo da proporcionalidade, como garantia de que o Estado nem excede seu poder, nem se omite em sua função protetiva.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

²¹ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O combate à impunidade como direito fundamental da vítima e da sociedade. *Revista Jurídica ESMP-SP*. São Paulo, v. 14, p. 151, 2018.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito penal e proporcionalidade: entre proibições e obrigações*. *Revista de Direito Público*, Florianópolis - SC, v. 4, n. 2, p. 178, 2020.

²³ PIOVESAN, Flavia. Proteção dos direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. Perspectivas do constitucionalismo brasileiro à luz dos sistemas global e regional de proteção. BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari (org.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 36.

A trajetória do processo penal brasileiro, marcada historicamente por uma lógica autorreferenciada e centrada exclusivamente na figura do réu, precisa ser repensada à luz dos compromissos assumidos pelo Estado no plano internacional. O reconhecimento das vítimas como sujeitos de direitos, com protagonismo legítimo na persecução penal, é um imperativo que decorre da dignidade da pessoa humana – referencial último de proteção no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou parâmetros que não apenas impõem ao Estado o dever de prevenir, investigar, julgar e punir as violações de direitos humanos, mas também orientam a construção de um processo penal que seja, ao mesmo tempo, garantista e eficiente. Não se trata de subverter a lógica do devido processo legal ou de relativizar direitos do acusado, mas de reconhecer que a vítima, como pessoa humana, é também destinatária da tutela do sistema de justiça, devendo ser ouvida, respeitada e reparada.

Nesse sentido, os parâmetros firmados pela Corte IDH – como a exigência de devida diligência, a participação efetiva da vítima, o compromisso com a reparação integral e a adoção de protocolos específicos em casos de vulnerabilidade – devem guiar a atuação dos órgãos estatais. Isso porque os processos internos não estão imunes à avaliação internacional: submetem-se ao controle de convencionalidade e ao crescente diálogo entre as cortes, nacional e internacional, como garantia da efetividade dos direitos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A proposta de um processo penal vitimocêntrico não representa um retrocesso no campo das garantias, tampouco uma inflexão populista. Ao contrário, ela traduz uma evolução normativa e jurisprudencial que exige equilíbrio — entre a proteção do acusado e a proteção da vítima, entre o direito de defesa e o direito à justiça, entre a segurança jurídica e a eficácia dos instrumentos de tutela.

A proporcionalidade, nesse contexto, deve ser compreendida em sua totalidade: tanto como proibição de excessos quanto como proibição da proteção deficiente. O Estado não pode adotar medidas desproporcionais em nome da repressão, mas também não pode se omitir diante de violações graves, especialmente quando atingem os mais vulneráveis.

Por fim, reconhecer a vítima como sujeito pleno de direitos no processo penal é reafirmar a centralidade da pessoa humana na ordem jurídica. Um processo que se pretenda equo e alinhado aos padrões internacionais de direitos humanos deve conjugar garantias, eficiência e justiça em uma estrutura que não apenas evite arbitrariedades, mas que responda com eficiência às violações cometidas. Esse é o verdadeiro sentido de um processo penal orientado pela dignidade, pela reparação e pela não-repetição.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade; FACHIN, Melina Girardi. O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília - DF, v. 1, n. 2, p. 113-150, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n2.a66>. Acesso em: 28 ago. 2024.
- CHEMIM, Rodrigo. *Processo penal: fundamentos dos fundamentos*. Porto Alegre: Cidadela, 2023.
- COUNCIL OF EUROPE. Directorate General of Human Rights and Rule of Law. *Eradicating impunity for serious human rights violations: guidelines and reference texts*. Strasbourg: Council of Europe, 2011. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680695d6e>. Acesso em: 29 nov. 2024.
- CUARESMA, Sergio. La victmologia. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto et al. *Estudios básicos de derechos humanos V*. São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as cortes europeia e interamericana de direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

- FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. O combate à impunidade como direito fundamental da vítima e da sociedade. *Revista Jurídica ESMP-SP*, São Paulo, v. 14, p. 151, 2018.
- GOMES, Luiz Flavio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. v. 46, n. 181, p. 113, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>. Acesso em: 31 de mar. 2025..
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Princípio constitucional da ampla defesa da vítima*. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2024.
- MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Tratado de criminologia*. 3. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.
- OSMO, Carla; MARTIN-CHENUT, Kathia. A participação das vítimas no sistema interamericano: fundamento e significado do direito de participar. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1463, junho de 2017. <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28031>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201455&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 2 fev. 2021.
- PALACIOS, David Lovatón. Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología. *Revista IIDH*, São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n. 1, p. 222-223, enero/junio 1985.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

- PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. Comentário ao art. 8. PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Não paginado.
- PIOVESAN, Flavia. Proteção dos direitos humanos sob as perspectivas de raça, etnia, gênero e orientação sexual. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fagundes; CARDOSO, Simone Tassinari (org.). *Direitos fundamentais e vulnerabilidade social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- RODRIGUES, Roger de Melo. *A vítima e o processo penal brasileiro: novas perspectivas*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direito penal e proporcionalidade: entre proibições e obrigações. *Revista de Direito Público*, Florianópolis - SC, v. 4, n. 2, p. 178, 2020.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 90, p. 233-288, abr./jun. 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181722>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal*. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016.