



## O DIREITO POR QUEM O FAZ

# RESUMO DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DE THOMAS LUBANGA DYILO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL<sup>(1)</sup>

A Sala de Julgamento I (“Sala de Julgamento”, ou “Sala”) do Tribunal Penal Internacional (“Tribunal” ou “TPI”), no caso do Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo (“caso Lubanga”), expede o seguinte resumo do “Julgamento de Acordo com o artigo 74 do Estatuto”:<sup>(2)</sup>

### A. Introdução

1. Este é o sumário do julgamento proferido pela Sala de acordo com o artigo 74 do Estatuto de Roma a respeito da existência de provas da Procuradoria sobre a responsabilidade penal do acusado.

### B. Acusações contra o réu

2. Aos 29 de janeiro de 2007, a Sala de Juízo Preliminar<sup>(3)</sup> expediu sua Decisão sobre a Confirmação das Acusações. Esta Sala confirmou que havia provas suficientes para estabelecer com substancial grau de certeza<sup>(4)</sup> que:

“Thomas Lubanga Dyilo é responsável, como coautor, pelas acusações de alistamento e recrutamento de crianças menores de 15 anos na FPLC e utilização dessas crianças para participação efetiva nas hostilidades, **do princípio de setembro de 2002 a junho de 2003**, nos termos dos artigos 8(2)(b)(xxvi)<sup>(5)</sup> e 25(3)(a)<sup>(6)</sup> do Estatuto”.

A Sala de Juízo Preliminar confirmou, adicionalmente, que havia prova suficiente para estabelecer com substancial grau de certeza que:

“Thomas Lubanga Dyilo é responsável, como coautor, pelas acusações de alistamento e recrutamento de crianças menores de 15 anos e sua utilização para participação ativa nas hostilidades, **de junho a agosto de 2003**, nos termos dos artigos 8 (2) (vii)<sup>(7)</sup> e 25(3)(a) do Estatuto”.

### C. Jurisdição<sup>(8)</sup>

3. De acordo com o artigo 19 do Estatuto, o “Tribunal deve estar convencido de que tem jurisdição sobre qualquer caso trazido à sua apreciação”. A República Democrática do Congo (“RDC”) tornou-se um Estado Parte aos 11 de abril de 2002 e, nos termos do artigo 14 do

Estatuto, o presidente Kabila remeteu a situação da RDC ao Procurador do Tribunal em março de 2004. A Sala de Juízo Preliminar concluiu que o caso se submete à jurisdição do Tribunal, e a Sala de Apelações confirmou a decisão proferida pela Sala de Juízo Preliminar no recurso de impugnação à jurisdição do Tribunal oposto pelo acusado. Os elementos pessoal, temporal e territorial [da competência] não se alteraram desde a Decisão de Confirmação das Acusações, e nenhuma outra impugnação foi oposta pelas partes ou por qualquer Estado perante à Sala.

### D. Breve histórico do processo

4. A primeira audiência perante à Sala de Julgamento foi realizada em 4 de setembro de 2007, e após esta ocorreram 54 audiências prévias ao início do julgamento. Em seguida se elencam alguns dos principais atos processuais que tiveram impacto significativo no curso do processo.
5. O julgamento foi suspenso duas vezes, como consequência de problemas relativos à comunicação de provas<sup>(9)</sup> [da acusação à defesa]. A primeira suspensão foi imposta pela Sala em 13 de junho de 2008, e foi revogada em 18 de novembro de 2008. A segunda suspensão foi imposta em 8 de julho de 2010. A apresentação de provas recomeçou em 25 de outubro de 2010.
6. As partes e os representantes legais das vítimas fizeram suas apresentações de abertura em 26 e 27 de janeiro de 2009. A Procuradoria chamou sua primeira testemunha em 28 de janeiro de 2009. A apresentação de prova oral pela Procuradoria foi concluída em 14 de julho de 2009.
7. Aos 3 de setembro de 2009 a Sala suspendeu o procedimento de apresentação de provas durante a apreciação de um recurso interposto. A Sala de Apelações expediu seu julgamento aos 8 de dezembro de 2009 e a apresentação das provas recomeçou a partir de 7 de janeiro de 2010.
8. A defesa apresentou seu caso em duas fases. Na primeira fase a defesa impugnou os depoimentos de todas as crianças soldados que foram chamadas a testemunhar pela Procuradoria, e nesse questionamento a Procuradoria foi autorizada a trazer outras testemunhas para rebater as impugnações. Em 10 de dezembro de 2010, a defesa apresentou um pedido de suspensão permanente do processo. A Sala exarou sua decisão rejeitando o pedido aos 23 de fevereiro de 2011.
9. A segunda parte da apresentação de provas pela defesa teve início logo após e, aos 11 de maio de 2011, a fase de apresentação de provas foi formalmente encerrada.
10. A Sala ouviu 67 testemunhas e houve 204 dias de audiências para suas oitivas. A Procuradoria chamou a depor 36 testemunhas, incluindo-se 3 peritos, e a defesa chamou 24 testemunhas. Três vítimas foram chamadas como testemunhas a pedido de seus representantes legais. Adicionalmente, a Sala chamou quatro peritos. A Procuradoria submeteu à apreciação da Sala 368 itens de prova, a defesa 992, e os representantes legais das vítimas 13 (um total de 1.373 itens de prova). Além da apresentação de razões por escrito, os argumentos orais finais das partes e dos participantes foram ouvidos em 25 e 26 de agosto de 2011. Desde 6 de junho de 2007, quando o “dossier” do caso foi transmitido à Sala de Julgamento, a Sala proferiu 275 decisões e ordens escritas e 347 decisões orais.
11. Nos termos do artigo 68(3)<sup>(10)</sup> do Estatuto, vítimas participaram do processo, requereram a apresentação de provas, autorização para interrogar testemunhas e aduziram argumentos escritos e orais com a autorização da Sala, e com a assistência de seus representantes legais. O número total de vítimas autorizadas a participar do processo é de 129 (34 mulheres e 95 homens).
12. A pedido do acusado e de acordo com o artigo 76(2)<sup>(11)</sup> do Estatuto, a Sala, em uma decisão oral, decidiu que haveria uma audiência em separado para tornar

pública a decisão sobre a sentença a ser aplicada, no caso de o acusado ser condenado.

### E. Resumo dos fatos

13. A Sala de Julgamento ouviu o testemunho de diversos peritos e analisou a prova documental relativa à existência de um conflito inter-étnico em Ituri entre 1999 e 2003.
14. Nesse contexto, a União de Patriotas Congolezes (“UPC”) foi criada em 15 de setembro de 2000. Embora Thomas Lubanga Dyilo tenha sido um dos membros fundadores e Presidente da UPC desde seu início, a natureza do grupo, quando este foi criado, é tema de discussão neste caso. Esse tópico vem analisado em detalhes adiante, quando a Sala analisa a responsabilidade penal individual do acusado.
15. A UPC, com seu braço militar denominado Força Patriótica pela Liberação do Congo (“FPLC”), tomou o poder em Ituri em setembro de 2002.

### F. O ônus da prova

16. De acordo com o artigo 66<sup>(12)</sup> do Estatuto, o acusado presume-se inocente até que a Procuradoria prove sua culpa. Para uma condenação, cada elemento do crime pelo qual a pessoa é acusada há de ser provado “além de qualquer dúvida razoável”.

### G. Intermediários

17. Um tema que ocupou a Sala por um período significativo de tempo do presente caso refere-se ao uso, pela Procuradoria, de intermediários oriundos do local dos fatos na RDC. A Sala entende que a Procuradoria não deveria ter delegado a responsabilidade de partes da investigação a intermediários como se analisa no presente julgamento, mesmo apesar das reconhecidas dificuldades de segurança por ela enfrentadas. Um número de testemunhos ouvidos durante a instrução do presente caso não podem ser levados em conta, tendo-se em vista que seu conteúdo não é confiável, por conta da assistência dada, sem qualquer supervisão, por três dos principais intermediários.
18. A Sala dispendeu considerável período de tempo investigando as circunstâncias sob as quais um número substancial de relatos dados por testemunhas foi considerado, ao menos em parte, como incorreto ou desonesto. A negligência da Procuradoria, que falhou ao não verificar e certificar esses materiais em tempo suficientemente anterior à sua introdução como prova levou

a uma significativa perda de tempo por parte do Tribunal. Uma consequência adicional a essa ausência de supervisão apropriada da atuação dos intermediários é que eles foram potencialmente hábeis em tirar proveito das testemunhas por eles contactadas. Independentemente das conclusões da Sala a respeito da credibilidade ou confiabilidade das assim chamadas crianças soldados que testemunharam, que, devido à sua pouca idade e possível exposição a conflitos armados, seriam vulneráveis à manipulação.

19. A Sala retirou de seis vítimas/testemunhas seu direito de participar dos procedimentos, em consequência das conclusões da Sala em relação à sua confiabilidade e correição [dos seus depoimentos].
20. Da mesma forma, a Sala não considerou a prova produzida pelas três vítimas que testemunharam em audiência (a/0225/06, a/0229/06 e a/0270/07) por conta da não credibilidade de seus testemunhos. Tendo em vista as dúvidas substantivas que existem sobre a identidade de duas dessas vítimas, o que também sem dúvida afeta a credibilidade da terceira, a Sala decidiu retirar-lhes o direito outorgado anteriormente de participar dos procedimentos como vítimas.
21. A Sala concluiu pela existência de um risco de que os intermediários P-0143, P-316 e P-321 tenham persuadido, encorajado ou ajudado as testemunhas a dar falso testemunho. Esses indivíduos podem ter cometido crimes de acordo com o artigo 70<sup>(13)</sup> do Estatuto. Nos termos da regra 165 das Regras de Procedimento<sup>(14)</sup>, a responsabilidade por iniciar e conduzir investigações cabe ao Procurador. As investigações podem ser iniciadas com base em informações enviadas pela Sala ou qualquer outra fonte confiável. A Sala comunica a informação relevante à Procuradoria, e o Procurador deve assegurar que o risco de um conflito de interesses seja evitado em relação a qualquer investigação.

### H. O conflito armado e sua natureza

22. Embora a Sala de Juízo Preliminar, na sua Decisão de Confirmação das Acusações, tenha determinado que ao menos parte do período relevante aos fatos o conflito armado era de natureza internacional, a Sala conclui que a UPC/FPLC, como grupo armado organizado, envolveu-se em um conflito armado de natureza não internacional contra o Exército Popular Congolês (“APC”) e outras milícias

Lendu, incluindo-se a Força de Resistência Patriótica de Ituri (“FRPI”), entre setembro de 2002 e 13 de agosto de 2003. Assim, aplicando-se o regulamento 55<sup>(15)</sup> do Regulamento do Tribunal, a Sala modificou a caracterização legal dos fatos na medida em que reconheceu que o conflito armado relevante às acusações é de natureza não internacional.

### I. Definição legal de recrutamento, alistamento e utilização de menores<sup>(16)</sup>

23. As acusações contra o acusado incluem três condutas criminais distintas. A Sala concluiu que os crimes de recrutamento e alistamento são cometidos no momento em que a criança menor de 15 anos é incorporada ou incluída num grupo armado ou em forças armadas, compulsorimente ou não. Esses crimes são de natureza continuada. Eles perduram até que a criança atinja a idade de 15 anos ou deixe as forças ou grupo armado.
24. Em relação ao crime de utilizar crianças menores de 15 anos a participar das hostilidades, a Sala concluiu que essa conduta envolve uma série de atividades, desde crianças sendo utilizadas na linha de frente de combates (participação direta) até meninos e meninas utilizados numa miríade de papéis de suporte aos combatentes. Todas essas atividades, que cobrem participação direta ou indireta nas hostilidades, têm uma característica comum: a criança em questão é, no mínimo, um alvo potencial. O fator decisivo, portanto, em decidir se uma atividade indireta deve ser tratada como participação ativa nas hostilidades é saber se o tipo de atividade exercida pela criança em relação aos combatentes expõe a mesma a riscos como um alvo potencial. Na conclusão da Sala esses fatores combinados – o apoio dado pela criança aos militares e o conseqüente nível de exposição a risco – significa que, embora distante do local das hostilidades, essa criança estava, entretanto, envolvida ativamente nas hostilidades.

### J. Os fatos relativos ao alistamento e recrutamento de crianças menores de 15 anos e sua utilização para participação ativa nas hostilidades

25. Alega-se que o acusado, juntamente com outros, recrutou e alistou crianças menores de 15 anos em seu grupo armado, a UPC/FPLC, e que as utilizou para participar ativamente das hostilidades entre 1 de setembro de 2002 e 13 de agosto de 2003.

26. A Sala concluiu que a UPC/FPLC era um grupo armado.
27. A Sala concluiu que entre 1 de setembro de 2002 e 13 de agosto de 2003, o grupo armado pertencente a UPC/FPLC era responsável pelo recrutamento generalizado de jovens, incluindo-se crianças menores de 15 anos de idade, de uma forma forçada ou “voluntária”.
28. Diversas testemunhas relataram, de forma crível e confiável, que crianças menores de 15 anos foram forçadamente recrutadas, ou voluntariamente alistadas na UPC/FPLC e enviadas seja ao quartel general da UPC/FPLC em Bunia ou a campos de treinamento militar, incluindo-se em Rwampara, Mandro e Mongbwalu. Cenas gravadas em vídeo mostram claramente recrutas menores de 15 anos no campo de treinamento militar de Rwampara.
29. A prova demonstra que as crianças, nos campos de treinamento militar, foram submetidas a um regime de treinamento árduo e foram sujeitas a uma variedade de punições severas. A prova também demonstra que crianças, especialmente meninas, foram usadas por comandantes da UPC/FPLC para fazer todos os trabalhos domésticos. A Sala de Julgamento ouviu provas testemunhais de que meninas soldados foram submetidas à violência sexual e estupro. Testemunhas se referiram especificamente a meninas menores de 15 anos que foram submetidas à violência sexual por comandantes da UPC/FPLC. Violência sexual não está entre as acusações trazidas contra o acusado, e portanto a Sala não emitiu nenhuma conclusão sobre esses fatos, em especial sobre a eventual reponsabilidade que poderia ser atribuída ao acusado.
30. A prova coligida demonstra, além de qualquer dúvida razoável, que crianças menores de 15 anos foram alistadas e recrutadas pela UPC/FPLC grupo armado entre 1 de setembro de 2002 e 13 de agosto de 2003.
31. O depoimento de várias testemunhas e a prova documental constataram que crianças menores de 15 anos de idade faziam parte das colunas militares entre 1 de setembro de 2002 e 13 de agosto de 2003. A prova demonstra que crianças foram colocadas como soldados em Bunia, Tchomia, Kasenyi, Bogoro entre outros, e participaram de batalhas, incluindo-se as de Kobu, Songolo e Mongbwalu. Está estabelecido que a UPC/FPLC utilizou crianças menores de 15 anos de idade como guardas militares. A

prova demonstra que uma unidade militar especial denominada “Kadogo Unit”<sup>(17)</sup> foi formada, compreendida principalmente por crianças menores de 15 anos. A prova demonstra que comandantes da UPC/FPLC frequentemente utilizavam crianças menores de 15 anos como guarda-costas. O depoimento de diversas testemunhas, juntamente com a prova gravada em vídeo, claramente provam que crianças menores de 15 anos de idade atuavam como guarda-costas ou serviram como membros da guarda presidencial do Sr. Lubanga.

32. De todas as maneiras, a prova estabeleceu além de qualquer dúvida razoável que crianças menores de 15 anos de idade foram usadas pela UPC/FPLC para participar ativamente nas hostilidades, entre 1 de setembro de 2002 e 13 de agosto de 2003.

#### **K. Análise legal dos artigos 25(3)(a) e 30 do Estatuto<sup>(18)</sup>**

33. A Sala concluiu que, nos termos dos artigos 25(3)(a) e 30 do Estatuto, a Procuradoria necessita provar, em relação a cada acusação, que:
  - (i) houve um acordo ou um plano comum entre o acusado e ao menos um outro coautor que, uma vez implementado, resultaria, no curso ordinário dos acontecimentos, no cometimento do crime;
  - (ii) o acusado deu uma contribuição essencial ao plano comum, que resultou no cometimento do crime;
  - (iii) o acusado pretendeu alistar, recrutar ou utilizar crianças menores de 15 anos para participar ativamente das hostilidades, ou estava consciente de que, com a implementação do plano comum, essas consequências necessariamente ocorreriam no curso ordinário dos acontecimentos;
  - (iv) o acusado tinha conhecimento de ter dado uma contribuição essencial para a implementação do plano comum; e
  - (v) o acusado estava consciente das circunstâncias de fato que estabeleciam a existência de um conflito armado e da relação causal entre essas circunstâncias e sua conduta.

#### **L. Os fatos relativos à responsabilidade criminal individual do Sr. Lubanga**

34. A prova confirma que o acusado e seus coautores concordaram com e participaram de um plano comum, consistente em criar um exército com o propósito de estabelecer e manter controle político e militar sobre a

região de Ituri. No curso ordinário dos acontecimentos, ocorreu o resultado consistente no alistamento e recrutamento de crianças menores de 15 anos, e em sua utilização para participação nas hostilidades.

35. A Sala concluiu que a partir do ano 2000 Thomas Lubanga Dyilo atuou conjuntamente com seus coautores, incluindo-se Floribert Kisembo, Bosco Ntaganda, Chief Kawha, e os comandantes Tchalingonza, Bagonza e Kasangaki. O envolvimento do Sr. Lubanga com os soldados (incluindo-se crianças) que foram enviadas a Uganda para treinamento é significativo. Embora esses fatos estejam fora do período coberto pelas acusações, e portanto fora da jurisdição temporal do Tribunal, eles servem como prova das atividades do grupo, e também ajudam a estabelecer a existência do plano comum antes e durante o período coberto pelas acusações.
36. O acusado estava em conflito com o Sr. Mbusa Nyamwisi e a Reunião Congoleza pela Democracia – Movimento de Liberação (“RCD-ML”) desde pelo menos abril de 2002, e conduziu o grupo que buscava trazer mudanças políticas na região de Ituri, incluindo-se a remoção do Sr. Mbusa Nyamwisi por meio do uso da força, se necessário. O acusado permaneceu no controle do grupo, e delegou autoridade, mesmo enquanto esteve detido durante o verão de 2002, e enviou Chief Kawha e o Sr. Beiza a Ruanda com a finalidade de obterem armas. Durante aquele período, Floribert Kisembo, Bosco Ntaganda e Chief Kawha, três dos principais supostos coautores, mantiveram a responsabilidade geral pelo recrutamento e treinamento, incluindo-se meninas e meninos menores de 15 anos de idade.
37. O acusado e pelo menos alguns de seus coautores estiveram envolvidos na tomada de Bunia em agosto de 2002. Thomas Lubanga, como a maior autoridade dentro da UPC/FPLC, apontou Chief Kawha, Floribert Kisembo e Bosco Ntaganda para ocupar funções as mais elevadas dentro da UPC/FPLC. A prova demonstra que durante aquele período, os líderes da UPC/FPLC, incluindo-se Chief Kawha, Bosco Ntaganda e líderes Hema<sup>(19)</sup> como Eloy Mafuta, foram ativos no esforço de mobilização e campanhas de recrutamento com o fim de persuadir famílias Hema a enviar seus filhos

para se juntar à UPC/FPLC. Aquelas crianças recrutadas antes da criação formal da FPLC foram incorporadas naquele grupo, e um certo número de campos de treinamento foram acrescidos ao campo original existente em Mandro. A Sala concluiu que entre 1 de setembro de 2002 e 13 de agosto de 2003 um número significativo de militares de alta patente, membros da UPC/FPLC, e outras pessoas, conduziram um recrutamento em larga escala e direcionado a pessoas jovens, incluindo-se crianças menores de 15 anos de idade, tanto de forma voluntária como coercitiva.

38. A Sala está convencida, além de qualquer dúvida razoável, de que como resultado da implementação do plano comum de construir um exército com o propósito de estabelecer e manter controle político e militar na região de Ituri, meninos e meninas menores de 15 anos foram alistadas ou recrutadas pela UPC/FPLC entre 1 de setembro de 2002 e 13 de agosto de 2003. Igualmente, a Sala está convencida, além de qualquer dúvida razoável, de que a UPC/FPLC usou crianças menores de 15 anos para participar ativamente das hostilidades, incluindo-se durante batalhas. Elas foram utilizadas, durante o período de que se trata, como soldados e como guarda-costas de oficiais de alta patente, inclusive para o acusado.
39. Thomas Lubanga era o Presidente da UPC/FLPC, e a prova demonstra que ele era simultaneamente o comandante-chefe do exército e seu líder político. Ele exerceu o controle geral e a coordenação sobre as atividades da UPC/FPLC. Ele era informado, de maneira substancial e contínua, sobre as operações da UPC/FPLC. Ele esteve envolvido na planificação das operações militares, e teve um papel principal ao prover apoio logístico, incluindo armas, munições, comida, uniformes, rações militares e outros itens gerais às tropas da FPLC. Esteve envolvido diretamente na tomada de decisões sobre a política de recrutamento e apoiou ativamente as iniciativas de recrutamento, a exemplo fazendo discursos para a população local e para os recrutas. Em seu discurso no campo de treinamento de Rwampara ele encorajou crianças, incluindo menores de 15 anos, a se juntarem ao seu exército e a prover segurança à população, uma vez enviados ao terreno após seu treinamento. Além disso, ele pessoalmente utilizou crianças menores de 15 anos

de idade como seus guarda-costas e constantemente via guarda-costas menores de 15 anos com os outros membros da UPC/FPLC. A Sala concluiu que essas contribuições de Thomas Lubanga, analisadas conjuntamente, foram essenciais para a realização do plano comum que resultou no alistamento e recrutamento de meninos e meninas menores de 15 anos de idade junto à UPC/FPLC e na utilização destes para participar ativamente das hostilidades.

40. A Sala está convencida, além de qualquer dúvida razoável, como dito anteriormente, de que Thomas Lubanga agiu com a intenção e o conhecimento necessário para a realização das condutas (o elemento mental exigido pelo artigo 30). Ele estava consciente das circunstâncias de fato que estabeleciam a existência de um conflito armado. Além disso, ele estava consciente do nexo entre essas circunstâncias e sua própria conduta, a qual resultou no alistamento, no recrutamento e na utilização de crianças menores de 15 anos de idade para participar ativamente nas hostilidades.

### M. Conclusões da Sala

41. Apesar de haver opiniões em separado e parcialmente divergentes dos Juízes Odio Benito e Fulford em pontos específicos, a Sala adota esta decisão à unanimidade.
42. A Sala conclui que a Procuradoria pro- vou, além de qualquer dúvida razoável, que o Sr. Thomas Lubanga Dyilo é culpado dos crimes de recrutamento e alistamento de crianças menores de 15 anos de idade no FPLC e de utilizá-las para participar ativamente das hostilidades conforme definido nos artigos 8(2)(e)(vii) e 25(3)(a) do Estatuto, do princípio de setembro de 2002 até 13 de agosto de 2003.

### NOTAS

- (1) Summary of the "Judgment pursuant to article 74 of the Statute", ICC-01/04-01/06-2843. Este resumo foi livremente traduzido por Sylvia Steiner, Juíza junto ao Tribunal Penal Internacional. O sumário, assim como a íntegra da decisão (ICC-01/04-01/06-2842), podem ser encontrados em <www.icc-cpi.int>, link situations and cases, link cases, link The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, link Chambers. A decisão foi proferida pela Sala de Julgamento I em 14 de março de 2012.
- (2) A presente tradução é feita livremente, sem ater-se, necessariamente, à terminologia da tradução adotada oficialmente pelo Brasil por meio da ratificação do Estatuto de Roma, cujo Decreto Legislativo de ratificação (DL 112, de 6 de junho de 2002), assim como o Decreto Executivo de promulgação (Dec. 4.388, 25.09.2002) veio acompanhado da tradução original portuguesa do Estatuto. Referida tradução

- nem sempre corresponde à linguagem habitualmente utilizada em nosso sistema legal, razão pela qual a tradutora preferiu adaptar a linguagem à terminologia legal mais conhecida em nosso país. A exemplo, a presente tradução utiliza as expressões "Sala de Julgamento" e "Sala de Juízo Preliminar" em vez de "Sala de Primeira Instância" e "Sala de Juízo de Instrução", constantes da tradução portuguesa adotada pelo Decreto de ratificação. Sempre que parecer necessário ou conveniente, a tradutora fará referência aos termos equivalentes constantes das versões oficiais do Estatuto e das Regras de Procedimento em inglês, francês e espanhol. (N.T.)
- (3) Nas versões oficiais: em inglês, "Pre Trial Chamber"; em francês, "Chambre Preliminare"; em espanhol, "Sala de Cuestiones Preliminares".
- (4) Para a Confirmação das Acusações ("confirmation of charges"; "confirmacion des charges", "confirmación de cargos", o patamar de prova exigida corresponde ao "substantial grounds to believe", "motifs substantiels de croire", "motivos fundados para creer".
- (5) Artigo 8(2)(b)(xxvi) : Crime de guerra de alistar ou recrutar crianças menores de 15 anos de idade nas forças armadas ou utilizá-las para participação nas hostilidades em conflitos armados de caráter internacional.
- (6) Artigo 23: Responsabilidade penal individual. 1. De conformidade com o presente Estatuto, o Tribunal terá competência sobre pessoas naturais. 2. Quem cometa um crime de competência do Tribunal será responsável individualmente, e poderá ser condenado de acordo com o presente Estatuto. 3. De conformidade com o presente Estatuto, será penalmente responsável pelo cometimento de um crime de competência do Tribunal quem: a) cometa esse crime por si mesmo, com outros, ou através da conduta de terceiros, sejam esses penalmente responsáveis ou não; b) ordene, proponha ou induza o cometimento do crime, seja este consumado ou tentado; c) com o propósito de facilitar o cometimento do crime, seja cúmplice ou encubra ou colabore de algum modo para o cometimento ou tentativa de cometimento do crime, incluindo proporcionar os meios para seu cometimento; d) contribua de algum outro modo no cometimento ou tentativa de cometimento do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. A contribuição deverá ser (i) com o propósito de levar a cabo a atividade ou objetivo criminoso do grupo, sempre que um ou outro leve ao cometimento de um crime de competência do Tribunal, ou (ii) com conhecimento de que o grupo tem a intenção de cometer o crime; e) em relação ao crime de genocídio, participe de instigação direta e pública para que se cometa o crime; f) tente cometer esse crime mediante condutas que possam ser consideradas como um passo importante para sua execução, ainda que o crime não se consuma devido a circunstâncias alheias a sua vontade. Entretanto, quem desista de cometer o crime ou impeça de qualquer forma que se cometa não poderá ser condenado de conformidade com o Estatuto por tentativa, se renunciou integralmente e voluntariamente ao objetivo delitivo. 4. Nada disposto no presente Estatuto em relação à responsabilidade penal das pessoas naturais afetará a responsabilidade dos Estados de acordo com o Direito Internacional.
- (7) Artigo 8(2)(e)(vii): Crime de guerra de alistar ou recrutar crianças menores de 15 anos de idade em forças ou grupos armados ou utilizá-las para participação nas hostilidades em conflitos armados de caráter não internacional.
- (8) Em inglês, "jurisdiction"; em francês, "compétence"; em espanhol, "competencia".
- (9) A comunicação de provas é a sequência de atos pelos quais a Procuradoria apresenta ao réu as provas acusatórias ou exculpatórias coligidas. Não há sistema equivalente em nosso regime processual. Em inglês

“disclosure of evidence”; em francês, “divulgation des éléments/moyens de preuve”; em espanhol “divulgación de documentos o información” são algumas das expressões encontradas nas versões oficiais do Estatuto e das Regras.

- (10) Artigo 68(3): Quando os interesses pessoais das vítimas forem considerados como afetados, o Tribunal permitirá que apresentem suas observações e preocupações em fases do processo que a Sala considere apropriadas, e de um modo que não seja prejudicial ou inconsistente com os direitos do acusado a um julgamento justo e imparcial. Essas observações e preocupações podem ser apresentadas pelos representantes legais das vítimas quando o Tribunal assim o considere apropriado, de acordo com as Regras de Procedimento.
- (11) Artigo 76: 1. No caso de condenação, a Sala deverá considerar a pena apropriada a ser imposta e deverá levar em consideração a prova coligida e as moções feitas durante o julgamento que forem relevantes para a imposição da pena. 2. Exceto quando se aplicar o artigo 65 e antes de completar-se o julgamento, a Sala pode, por sua iniciativa, ou deve, se pedido pela Procuradoria ou pelo acusado, marcar audiências para colher provas adicionais ou ouvir moções relevantes para a imposição da pena, de acordo com as regras de procedimento. 3. (...) 4. (...)
- (12) Artigo 66: 1. Toda pessoa presume-se inocente até que se prove sua culpa diante do Tribunal de acordo com a lei aplicável. 2. O ônus de provar a culpa do acusado é do Procurador. 3. Para condenar um acusado, o Tribunal deve estar convencido de sua culpa além de qualquer dúvida razoável (“beyond reasonable doubt”; “au-delà de tout doute raisonnable”; “más allá de toda duda razonable”).
- (13) O artigo 70 do Estatuto define os Crimes contra a Administração da Justiça.
- (14) “Rules of Procedure and Evidence”, “Règlement de Procédure et de Preuve”; “Reglas de Procedimiento y Prueba”. Anexas ao Estatuto, foram aprovadas pela Assembléia dos Estados Partes em outubro de 2000. Equivalem a um Código de Processo Penal. Na mesma ocasião, foram aprovados pela ASP os Elementos dos Crimes (“Elements of Crimes”);

(“Les Éléments des Crimes”); (“Elementos de los Crímenes”), anexo em que se complementa a descrição fática e se elencam as circunstâncias de cada um dos tipos penais enumerados no Estatuto. Ver: em <www.icc-cpi.int>, link Legal Texts and Tools. Não existe ainda tradução desses dois anexos para o idioma português. Na versão do Estatuto adotada pelo Decreto de promulgação, utiliza-se a nomenclatura “Elementos Constitutivos dos Crimes” e “Regulamento Processual” (v. art. 21(1)).

- (15) O artigo 55 do Regulamento do Tribunal prevê a hipótese assemelhada à *emendatio libelli*.
- (16) Há divergências nas diversas versões oficiais do Estatuto em relação à terminologia dos dois primeiros tipos penais. Na versão inglesa, vê-se “conscripting or enlisting”; na versão francesa, “conscriptio ou l’enrôlement”; na espanhola, “reclutar o alistar”. O importante é ter em vista que, no sentido dos tipos penais descritos no Estatuto e nos Elementos dos Crimes, “recrutar” equivale à “conscriptio”, ou seja, o recrutamento forçado, e “alistar”, ou “enlisting”, é permitir ou efetivar o alistamento voluntário. (N.T.)
- (17) Unidade de Crianças.
- (18) Artigo 23: Responsabilidade penal individual. 1. De conformidade com o presente Estatuto, o Tribunal terá competência sobre pessoas naturais. 2. Quem cometa um crime de competência do Tribunal será responsável individualmente, e poderá ser condenado de acordo com o presente Estatuto. 3. De conformidade com o presente Estatuto, será penalmente responsável pelo cometimento de um crime de competência do Tribunal quem: a) cometer esse crime individualmente ou em conjunto com outros, ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; b) ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encubra ou colabore de algum modo para a prática ou tentativa de prática desse crime, incluindo proporcionar os meios para seu cometimento; d) contribuir de algum outro modo para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. A contribuição

deverá ser intencional, e ocorrer, conforme o caso: (i) com o propósito de levar a cabo a atividade ou objetivo criminal do grupo, sempre que um ou outro impliquem a prática de um crime de competência do Tribunal, ou (ii) com conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; e) em relação ao crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática; f) tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para sua execução, ainda que o crime não se consuma devido a circunstâncias alheias a sua vontade. Entretanto, quem desistir de cometer o crime ou impedir de qualquer forma que este seja cometido não poderá ser punido de conformidade com o Estatuto por tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso. 4. Nada disposto no presente Estatuto em relação à responsabilidade penal das pessoas naturais afetará a responsabilidade dos Estados de acordo com o Direito Internacional.

Artigo 30: Intencionalidade. 1. Salvo disposição em contrário, uma pessoa será penalmente responsável e poderá ser condenada por um crime de competência do Tribunal unicamente se atuar com intenção de o cometer e com conhecimento de seus elementos materiais. 2. Para os efeitos deste artigo, considera-se que atua de forma intencional quem: a) em relação com uma conduta, se dispõe a praticá-la; b) em relação à consequência, se propõe a causá-la ou está consciente de que esta se produzirá no curso normal dos acontecimentos. 3. Para os efeitos deste artigo, por “conhecimento” se entende a consciência de que existe uma circunstância ou de se vai produzir uma consequência no curso normal dos acontecimentos. As expressões “ter consciência” ou “com conhecimento” se entendem como tendo o mesmo sentido.

- (19) Hema: Grupo étnico a que pertence Thomas Lubanga; os líderes de grupos étnicos são, em geral, os mais velhos e respeitados membros da comunidade a que pertencem, ou os que obtiveram acesso aos estudos. (N.T.)

## DIREITO PENAL. CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA ADMINISTRAÇÃO EM GERAL. PECULATO. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÃO. CONCURSO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*.

### Superior Tribunal de Justiça

5.ª T – HC 213.179/GO

j. 19.04.2012 – public. 03.05.2012

Cadastro IBCCRIM 2796

### Relatório

(...)

Noticiam os autos que o paciente foi condenado às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 26 dias-multa, impostas pela prática das condutas descritas no artigo 312, *caput*, e no artigo 313-A, combinado com o artigo 327, na forma dos artigos 29 e 69, todos do Código Penal.

(...)

Sustentam os impetrantes que o constrangimento ilegal suportado pelo paciente residiria na sua dupla apenação por um mesmo fato, circunstância que evidenciaria

a ocorrência do vedado *ne bis in idem*.

Defendem que os tipos penais nos quais o paciente foi condenado apenas se diferem em razão da forma de execução do delito de peculato, aduzindo que o artigo 313-A do Código Penal descreve uma modalidade específica do aludido crime, já que praticado mediante a inserção de dados falsos em banco de dados da administração pública.

Por tal razão, alegam que não haveria justa causa para a sua condenação pelo crime de peculato (...) cujo decote do édito repressivo ensejaria a possibilidade de substituição da reprimenda privativa de liberdade remanescente por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do aludido estatuto.

Pretendem, liminarmente, a suspensão da expedição do mandado de prisão em desfavor do paciente, até o julgamento do mérito da impetração, no qual requerem a

exclusão da condenação referente ao delito descrito no artigo 312, *caput*, do Código Penal, deferindo-se a substituição da pena privativa de liberdade remanescente por restritivas de direitos.

### Voto

Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, que seja decotado do édito repressivo exarado em desfavor do paciente a fração da reprimenda referente ao delito descrito no artigo 312, *caput*, do Código Penal, sob a alegação de que se trataria de uma segunda e indevida apenação sobre um mesmo fato típico.

(...)

É o que a doutrina denomina de concurso ou conflito aparente de normas.

O referido instituto se distingue do chamado concurso de delitos, sendo certo que este se configura quando no plano dos fatos

se verifica uma pluralidade de lesões a bens jurídicos tutelados, circunstância que dá ensejo à incidência de uma norma penal sobre cada uma das lesões.

(...)

A relevância desta distinção reside na impossibilidade de se impor sanção penal em duplicidade sobre o mesmo fato, tendo em vista a unidade e a coerência que são inerentes ao sistema jurídico. Assim, diante dos fatos que lhe são submetidos a conhecimento, o intérprete do direito, de plano, deve afastar qualquer exegese que importe no vedado *bis in idem*, corolário do princípio da legalidade estrita que vige no Direito Penal pátrio.

Na hipótese em apreço, o paciente, com outros dois corréus, foi acusado de ter desviado dinheiro público do sistema de saúde do município de Canoinhas/SC (...).

*“O denunciado R.J.B., que também é Vereador, ocupava, até meados do ano de 2003, o cargo de Secretário Municipal de Saúde de Canoinhas, tendo, entre inúmeras outras atribuições, a responsabilidade pelo destino e aplicação das verbas oriundas do Ministério da Saúde e da Secretaria de Estado da Saúde para o Município de Canoinhas. A denunciada S.F.S. é funcionária pública municipal e ocupa o cargo de Diretora Técnica da Secretaria de Saúde de Canoinhas, sendo ela responsável pela digitação dos boletins de produção dos prestadores de serviços credenciados pela Secretaria Municipal de Saúde, para fins de repasse de verbas do Estado ao Município. O denunciado O.A.D. é sócio-proprietário do I.D.I. Ltda, credenciado pelo SUS como prestador de serviços para a Secretaria Municipal de Saúde de Canoinhas. Conforme consta do incluso caderno indiciário, o denunciado R.J.B., na condição de Secretário Municipal de Saúde, intencionado e decidido a desviar dinheiro público destinado ao Sistema Municipal de Saúde de Canoinhas em benefício próprio e de terceiros, quicá prestando favores políticos a possíveis eleitores que em troca de atendimento diferenciado na saúde (com vinculação à pessoa do primeiro denunciado) garantiram benefícios políticos futuros, veio a combinar com o denunciado O.A.D. que seriam falsamente lançados, para cobrança do SUS, créditos a mais referentes a serviços não prestados pelo I.D.I. de propriedade deste último. Nesse intuito, e após ter o aceno positivo do terceiro acusado, o denunciado R.J.B. solicitou à S.F.S., funcionária da Secretaria Municipal de Saúde, para que esta inserisse dados falsos no boletim de produtividade do I.D.I. Ltda com referência ao mês de março de 2003, sendo que a mesma introduziu no sistema de dados da Administração Municipal os seguintes exames que não foram realizados: 100 (cem) mamografias e 50 (cinquenta) urografias venosas.*

*Em razão da inserção de dados falsos quanto a créditos não devidos, a empresa do terceiro denunciado recebeu, em 23 de abril de 2003,*

*a quantia excedente de R\$ 4.216, sendo que tal valor, conforme previamente combinado, foi devolvido ao primeiro denunciado em 09 de maio de 2003, através do cheque ao portador nº 850265, (...) de titularidade do I.D.I. Ltda. Tal cártula, não se sabe por qual motivo, foi repassada pelo primeiro denunciado à pessoa de R.J.G. (estranha à Administração Municipal), que descontou-a diretamente no caixa da agência bancária, vindo a concretizar, em definitivo, o desvio de verbas públicas que sequer tinham destinação lícita, pois, caso contrário, teriam sido devolvidas aos cofres públicos, para que fossem utilizadas de forma legal e impessoal em prol da comunidade canoinhense.*

*Assim agindo, infringiram:*

*R.J.B. - na forma dos artigos 29 e 69, do Código Penal, o disposto nos artigos 312, caput, e 313 'A', do Código Penal; S.F.S. - na forma do artigo 29, do Código Penal, o disposto no artigo 313 'A', do Código Penal; e O.A.D. - na forma do artigo 29, do Código Penal, o disposto no artigo 312, caput, c/c 327, do Código Penal.”*

(...)

Entretanto, realizando o cotejo entre a exordial acusatória, que fixa os limites da prestação jurisdicional, e a sentença condenatória, não há como se sustentar a ocorrência de dois delitos autônomos, conforme decidido pelas instâncias ordinárias.

Com efeito, da forma como narrados os fatos na denúncia, constata-se a ocorrência de uma única lesão à administração pública, consistente no desvio da quantia de R\$ 4.216,92, pertencente ao Sistema Municipal de Saúde de Canoinhas/SC. Infere-se, ainda, que tal desiderato foi alcançado por meio da inserção de informações falsas em banco de dados pertencente àquela municipalidade, com a participação dos demais corréus.

(...)

O magistrado singular e o Tribunal de origem, todavia, nos moldes da exordial acusatória, consideraram que a inserção de informações falsas no banco de dados da Secretaria Municipal de Saúde seria delito autônomo, descrito no artigo 313-A do Código Penal, sendo que a apropriação da quantia auferida em razão desta prática se amoldaria ao tipo delineado no artigo 312, caput, do Estatuto Repressor.

Da leitura dos aludidos dispositivos legais, infere-se que o primeiro é especial ao segundo, já que a vantagem indevida auferida em detrimento da administração pública (objeto de tutela do peculato) é alcançada por meio de um peculiar modo de agir, consistente na inserção de informações falsas nos sistemas informatizados ou bancos de dados da administração pública.

(...)

A corroborar que na hipótese em tela apenas um delito foi denunciado, colhe-se do corpo do próprio voto condutor do acórdão objurgado os seguintes excertos que elucidam

o ponto de contato das duas figuras típicas, exigindo-se que apenas a especial incida sobre a conduta atribuída ao paciente:

*(...) o acusado R.J.B. e O.A.D. incorreram na conduta descrita no art.312 do Código Penal, na modalidade desvio, uma vez que os valores depositados na conta de O.A.D. foram utilizados por R.J.B. em fim diverso daqueles a que foram destinados.*

*Ressalte-se que a defesa relativa à inexistência de prejuízo à Administração Pública e ausência de acréscimo patrimonial não logra êxito, pois a consumação do peculato-desvio independe da caracterização de prejuízo ao Estado ou de eventual enriquecimento do sujeito ativo.*

*Não bastasse, o crime em exame não está subordinado à caracterização de falsificação. Contudo, ainda que assim não fosse, ficou demonstrado que R.J.B. determinou a inserção de exames que, na verdade, não ocorreram, no relatório de produção do I.D.I., com o objetivo de conferir aparência lícita ao pagamento de valores a maior, estes provenientes dos cofres públicos, posteriormente restituídos a ele por O.A.D. e, então, utilizados para o pagamento de despesas outras. (...)*

*Da prova oral coligida, seguramente se conclui que R.J.B. pediu a S.F.S. que inserisse dados inverídicos no sistema de controle dos relatórios de produção, pedido por ela acatado de forma livre e consciente, ensejando, com isso, pagamento a maior ao I.D.I. Ltda.*

*Assim agindo, tanto R.J.B. como S.F.S. incorreram nas sanções do art. 313-A do Código Penal. (...)*

Ou seja, considerou-se, em evidente *bis in idem* repudiado pelo ordenamento jurídico pátrio, que uma mesma conduta (inserção de dado falso no relatório de produção da empresa para a obtenção de vantagem indevida em detrimento da municipalidade) teria sido apta a ofender dois bens jurídicos distintos, o que, de fato, não ocorreu.

Por tais razões, adotando-se o critério da especialidade para a solução do conflito aparente de normas aplicáveis à espécie, se mostra imperioso o afastamento da condenação referente ao delito de peculato desvio, já que o delito descrito no artigo 313-A do Código Penal disciplina, na íntegra, os fatos praticados pelo paciente.

(...)

Ante o exposto, concede-se a ordem para anular a condenação do paciente com relação ao delito descrito no artigo 312, caput, do Código Penal, deferindo-se a substituição da pena privativa de liberdade remanescente por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

É o voto.

# DIREITO PROCESSUAL PENAL. USO DE PROVAS ILÍCITAS. INTERCEPTAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO PELA DEFESA AO RESULTADO INTEGRAL DA INTERCEPTAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

**1.ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Espírito Santo**  
**APNs 2006.50.01.005196-8 e**  
**2007.50.01.004310-1**  
**j. 03.05.2012 – public. 22.05.2012**

(...)

Da violação ao devido processo legal, em razão da ausência de apresentação em juízo de todas as ligações telefônicas feitas/recebidas pelos terminais interceptados.

Nos Autos 2006.50.01.005196-8 (E. II), na fase do art. 499 do CPP (atualmente revogado, tendo sido seu conteúdo transferido para o art. 402 do mesmo texto legal), a defesa de F.J.G.P. pugnou pela apresentação em juízo da íntegra das interceptações telefônicas realizadas. Ao analisar os requerimentos feitos na fase judicial citada, o juízo asseverou (...):

*“Deveras, a defesa, em geral, parece ‘suspeitar’ da idoneidade dos procedimentos adotados pela Polícia Federal durante as diligências de interceptação de comunicações telefônicas. No que toca à regularidade dessa prova, reporto-me aos argumentos por mim expendidos no tópico 3 – item b desta decisão, bem como aos esclarecimentos prestados por testemunhas de acusação, conforme transcrições contidas na informação de Secretaria (...)*

*Cumprer reforçar que a quebra do sigilo de comunicações telefônicas é medida de caráter extremamente excepcional, enquadrada nos rígidos contornos do art. 5.º, XII, parte final, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei 9.296/96.*

*Este diploma prevê, inclusive, a inutilização da gravação que não interessar à prova (art. 9.º), o que demonstra total amparo do ordenamento jurídico para a desconsideração, em sede de investigação criminal, de diálogos, colóquios ou amenidades sem interesse para a causa.*

*Portanto, a indicada ‘seleção mínima de gravações’ é plenamente aceitável, considerando que as ligações telefônicas interceptadas, por óbvio, não versaram em sua integralidade sobre os assuntos retratados nos autos.*

*Em todo caso, recordo-me que requerimento idêntico também foi elaborado pelos mesmos defensores nos autos do Processo 2005.50.01.007066-1 e, na ocasião, determinei a expedição de ofício à autoridade policial que*

*presidiu o inquérito 564/2005, solicitando que esclarecesse sobre a existência de outras gravações telefônicas acauteladas naquele Departamento de Polícia Federal, concernentes à chamada Operação E.*

*Além disso, facultei à defesa o acesso, nas dependências da própria Polícia Federal, aos áudios estritamente relacionados com as pessoas de B.J.S.R. e F.J.G.P., a fim de que, em sendo o caso, seus advogados constituídos solicitassem a inutilização de eventual material excedente, nos moldes do art. 9.º da Lei 9.296/1996.*

*Naquele feito, o resultado da diligência foi negativo, pois o Delegado de Polícia Federal noticiou a inexistência de outras gravações, além daquelas acauteladas nesta Secretaria, motivo pelo qual o atendimento do pedido supra certamente restaria infrutífero.’*

*Neste viés, indefiro o requerimento acima (item ‘1’). Determino, outrossim, que a Secretaria traslade, para o presente feito, cópia do referido ofício encaminhado pela autoridade policial nos autos da Ação Penal 2005.50.01.007066-1.” (...)*

Não obstante este juízo ter enorme consideração pela autoridade julgadora que o precedeu, respeitosamente impõe-se a discordância.

A Lei 9296/1996, ao disciplinar as interceptações telefônicas e telemáticas, em momento algum autorizou uma seleção mínima de gravações. E a razão é simplória. A eventual possibilidade dos órgãos investigativos assim procederem resultaria, possivelmente, em manipulação das provas, no direcionamento intencional das investigações e, sem qualquer dúvida, em prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O dispositivo legal é claro (art. 9º da Lei 9296/1996). A eliminação dos áudios desnecessários às investigações e à defesa dos acusados deve ser procedida por meio de decisão judicial, a partir de requerimento da parte interessada, podendo o incidente ser acompanhado pelas partes (que, logicamente, deveriam ter sido intimadas).

Não consta dos autos qualquer certidão indicativa de eliminação de prova que tenha seguido os ditames legais. Pelo contrário, cito, abaixo, dois elementos dos Autos 2005.50.01.001705-1 (Interceptações tele-

fônicas e outras medidas cautelares investigativas), com o objetivo de apenas exemplificar, que demonstram que existem indícios extremamente sólidos de que, nas investigações em apreço, não foram apresentadas em juízo, e consequentemente às partes, todas as ligações telefônicas obtidas com a medida cautelar.

Na apresentação de dois dos relatórios acerca da implementação da medida acima, expressamente a autoridade policial informou que seguiriam, com as informações, CD com os áudios dos principais diálogos colhidos no período (...).

Com efeito, mostra-se lógico o fato de que não havia outros registros de ligações interceptadas no Departamento de Polícia Federal. As conversações interceptadas na Operação E., antes da sua apresentação ao juízo no qual se processava a persecução, foram, de modo aparente, (in)devidamente selecionadas para guardar correlação com os fatos investigados (não se perquire, no presente momento, se houve ou não má-fé), tendo, como consequência, a violação aos corolários do devido processo legal, em especial o contraditório e a ampla defesa.

Nos termos expostos, em razão da existência de indícios sólidos de apresentação da não totalidade dos diálogos interceptados, inclusive com a admissão do juízo acerca da viabilidade jurídica de uma “seleção mínima de gravações”, este juízo reputa que não apenas a prova produzida na Operação C. é ilícita (assim considerada pelo STJ), mas também o é a medida cautelar investigativa levada a cabo na própria Operação E.

Nesse diapasão, a restrição à liberdade de um indivíduo não pode ter “sombras” a incidir sobre a sua causa deflagrada.

Uma última observação: como já informado, a questão jurídica, levantada pela defesa, foi apresentada nos Autos da E. II, no entanto, é indene de dúvidas que a contextualização acima alcança toda a persecução relacionada à Operação E., porquanto a investigação foi uma só.

(...)

**Marcus Vinicius Figueiredo de Oliveira Costa**

Juiz Federal Titular da 1ª Vara Federal Criminal – SJES.

**Anotação:** O julgamento conjunto de ambos os processos mencionados na decisão, instaurados a partir da Operação E., não decorreu do reconhecimento de conexão ou continência, mas sim pelo fato de guardarem os mesmos vícios no que se refere à origem das investigações.

No caso, houve a prolação de sentença sem julgamento de mérito, em virtude de três fundamentos. Cuidaremos de fazer breves

apontamentos apenas quanto a um deles, qual seja: a *ilicitude das interceptações telefônicas produzidas no bojo da própria Operação E., eis que não houve a apresentação, em juízo, de todo material colhido no curso do meio de obtenção de prova.*

Consoante se verifica da decisão, o magistrado sentenciante identificou, por amostragem, que existiam relatórios policiais encaminhando apenas os “principais diálogos” das interceptações telefônicas,

concluindo, por consequência lógica, que houve prévia seleção dos áudios remetidos à autoridade judicial.

Declarou, assim, a ilicitude dos elementos originados de tais interceptações telefônicas sob dois fundamentos: (i) a Lei 9.296/1996 não outorgou poderes aos órgãos de persecução para que, unilateralmente, realizem uma seleção mínima daquilo que revela interesse para a investigação (e futura ação penal), sob o risco de haver manipulação de provas e direcionamento intencional das investigações, causando inegável prejuízo ao exercício da ampla defesa; (ii) nos termos do art. 9.º da referida Lei, a inutilização do produto das interceptações só poderia ter ocorrido com prévia ordem judicial, facultando-se a presença das partes que, por óbvio, deveriam ter sido intimadas para o ato.

É inegável o acerto da decisão acima, porém é possível esmiuçar um pouco mais a situação fática retratada e os aspectos legais e constitucionais envolvidos.

Embora não tenha sido citado pelo magistrado, há dispositivo legal que obriga a autoridade policial a remeter-lhe a *íntegra* do produto da interceptação telefônica: “Art. 6.º (...) § 2.º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o *resultado da interceptação* ao juiz, (...)” (Lei 9.296/1996) (grifamos). Em seguida, o mesmo dispositivo prevê que tal produto seja acompanhado de auto circunstanciado, este sim com o resumo das operações realizadas.

Afora o óbvio desrespeito ao devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CR), aqui consubstanciado na não realização do ato de investigação conforme prescreve a Lei, pois em nada colabora para o resultado da medida tal atipicidade, a prévia e unilateral seleção daquilo que será fixado nos autos da investigação e, posteriormente, no processo judicial, fere não apenas o exercício da ampla defesa, conforme apontado na sentença, mas também (i) a possibilidade de controle judicial sobre o objeto da investigação e a legalidade integral da medida, o que tem relevância ímpar (apenas a título de exemplo, duas situações críticas que poderão ocorrer: (a) caso surja no curso dos diálogos indícios de cometimento de crime por parte de autoridade com foro especial por prerrogativa de função, haverá alteração na competência para determinar a manutenção da medida de interceptação; (b) a violação de sigilo profissional caso um investigado entre em contato com seu advogado, médico, ministro de confissão religiosa etc.) e, (ii) o mesmo âmbito de controle anterior, mas por parte do Ministério Público na qualidade de *custus legis*, ou mesmo na qualidade de parte acusadora, cuja *opinio delicti* poderá ser deturpada pelo direcionamento dado pela autoridade policial aos fatos. Portanto, vê-se que a *ratio* do art. 6.º, § 2.º, primeira parte, da Lei de Interceptações, vai muito além da simples preservação dos interesses da parte contrária (investigado/acusado) em ter completo conhecimento daquilo que foi colhido no curso da interceptação telefônica.

No que diz respeito ao outro fundamento apontado pelo magistrado sentenciante, acerca da violação ao procedimento de inutilização previsto no art. 9.º, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.296/1996, há um aspecto de alto relevo (e relacionado ao tema) que merece ser abordado, a saber, a realização do incidente de inutilização somente com as partes estritamente relacionadas com os diálogos, sem a presença doutras partes que foram denunciadas como suas coautoras e partícipes, ou terceiros acusados em outros processos com respaldo nas mesmas interceptações.

Conforme registrado no início da anotação, a sentença objeto deste comentário foi proferida no âmbito de duas ações penais originadas da mesma operação policial. Tal situação – uma operação policial gerar várias ações penais distintas, contra acusados idênticos ou não – tem sido muito recorrente no dia a dia forense brasileiro, e, na mesma proporção, tem surgido celeumas por conta de tal situação.

Entre elas está o “empréstimo” do resultado das interceptações telefônicas de uma ação penal para diversas outras que com ela guardem relação, ainda que não ocorram os fenômenos da conexão e continência.

Afora a reprovável prática de tomar o resultado das interceptações telefônicas (autêntico meio de obtenção de prova) como já sendo um elemento de prova, salvo o caso de alguns crimes específicos cuja comprovação dependa daquilo que resulta dessa modalidade de comunicação (por exemplo: crimes contra a honra), a realização do incidente de inutilização com a exclusiva participação das partes relacionadas com os áudios pode causar sérios prejuízos ao contraditório para corréus, partícipes ou acusados em outros processos (amparados nas mesmas interceptações telefônicas) que não tomem conhecimento da medida.

Basta observar a situação de A, B, C e D terem sido acusados no processo X por formação de quadrilha e, no processo Y, apenas A e B terem sido denunciados por corrupção. Caso A e B combinem provocar a instauração do incidente de inutilização previsto no art. 9.º, *caput*, *in fine*, da Lei 9.296/1996, nos autos do processo Y, a fim de destruir elementos que demonstrem seu poder de comando sobre C e D, corréus no processo X, haverá inegável prejuízo para o exercício de diversas garantias constitucionais destes últimos, assim como para a correta aplicação da justiça ao caso concreto.

Portanto, tratando-se de interceptações telefônicas cujo produto tenha sido aproveitado na instrução de múltiplas ações penais, entendemos que o incidente de inutilização não seja levado a cabo antes do efetivo encerramento de todos os feitos a elas relacionados.

**Daniel Zaclis**

Mestrando em Direito Processual Penal pela USP.  
Advogado.

## EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. PRÁTICA DE CRIME DOLOSO. SENTENÇA CONDENATÓRIA SEM TRÂNSITO EM JULGADO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE OU PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

**Processo nº 038.11.001686-3**  
**3ª Vara Criminal - Execução Penal**  
**Provisória**  
**j. 18.04.2012**

Conforme salientado pelo Ministério Público, o reeducando em saída temporária teria praticado novos crimes dolosos no curso da execução (porte ilegal de arma de fogo e posse de drogas), com denúncia já deflagrada.

Certo é que o art.118, I, da LEP, estabelece que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva quando o reeducando praticar fato definido como crime doloso.

Ocorre que a interpretação sob o filtro constitucional deste dispositivo, com base no princípio da presunção de inocência (art.5º, LVII, da CF), implica em concluir

que o fato definido como crime doloso apenas poderá ser tido como acontecido, e de autoria do reeducando, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

(...)

Por outro lado, a presunção de inocência tem sua base em outros quatro direitos fundamentais que, para Moraes, são: a dignidade da pessoa humana; a liberdade,

a igualdade e o Estado Democrático de Direito, este representado no processo penal pelo “devido processo penal”.

Com efeito, a presunção de inocência mais do que nunca tem se fortalecido como princípio e direito fundamental, e é com base nele que o art. 118, I, da LEP, deve ser interpretado e aplicado.

EX POSITIS:

I- Desapensem-se e arquivem-se os incidentes, certificando-se no PEC, com juntada das cópias necessárias, antes desta decisão.

II- Com base no princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), indefiro a promoção Ministerial de regressão de regime, por ora. Cancele-se a audiência antes designada.

Por outro lado, uma vez estando o reeducando preso provisoriamente por autos outros, certificado a respeito, a execução da pena nestes autos será suspensa. E neste caso, uma vez informado pelo Presídio ou pela respectiva unidade judiciária sobre concessão de liberdade nos autos outros,

será a execução da pena neste autos retomada. (...)

Finalmente, uma vez verificado haver sentença penal condenatória com trânsito em julgado pelos fatos apontados pelo Ministério Público, venham então sim conclusos para o procedimento de regressão de regime.

(...)

Joinville (SC), 18 de abril de 2012.

**João Marcos Buch**

Juiz de Direito.

## JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### **Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Inversão da inquirição de testemunhas. Cerceamento de defesa. Nulidade sanável. Não demonstração de prejuízo pela parte. Denegação da ordem.**

“A parcialidade do Juízo há de ser demonstrada, sendo elemento neutro o fato de haver implementado decisões contrárias à parte. (...) O disposto no art. 212 do Código de Processo Penal não obstaculiza a possibilidade de, antes da formalização

das perguntas pelas partes, dirigir-se o juiz às testemunhas, fazendo indagações. (...). A pronúncia faz-se mediante decisão interlocutória, cabendo ao Juízo fundamentar a submissão do acusado ao Tribunal do Júri.” (STF – 1.ª T. – HC 105.538 – rel. **Marco Aurélio** – j. 10.04.2012 – public. 30.04.2012 – Cadastro IBCCRIM 2795).

**Pesquisador: Alberto Alonso Muñoz**

**Anotação:** Trata-se de caso em que o paciente, pronunciado pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2.º, II e IV, do CP, interpôs recurso em sentido estrito perante o TJGO, sustentando – entre outros argumentos – ter existido inversão na ordem das perguntas prevista no art. 212 do CPP. Alegou que o Magistrado que presidiu a audiência de instrução formulou perguntas às testemunhas antes de viabilizar às partes a mesma faculdade, o que contraria o disposto no referido diploma legal e acarreta a nulidade da instrução probatória. Foi negado provimento a tal recurso, o que levou o paciente a impetrar *habeas corpus* no STJ reiterando as causas de pedir veiculadas nas razões do recurso protocolizado na instância inferior. A ordem, no entanto, foi denegada; tendo o paciente, então, impetrado *writ* perante o STF, pela mesma causa de pedir. Melhor sorte, porém, não o assistiu, e a ordem foi, novamente, denegada, por unanimidade.

Entendeu a 1.ª Turma do STF, no caso, que a colheita dos depoimentos das testemunhas em desacordo com o disposto no art. 212 do CPP não gera vício de procedimento capaz de levar à nulidade do processo, até porque “*difícil seria estabelecer o prejuízo*”. A referida decisão ressalta, ainda, que “*quanto à ordem de feitura das perguntas às testemunhas, o disposto no art. 212 do Código de Processo Penal não se mostra peremptório ao prever que serão formalizadas pelas partes diretamente, podendo o magistrado complementar a inquirição*”.

Consideramos, contudo, que tal entendimento vem de encontro às disposições do nosso ordenamento jurídico vigente, bem como aos princípios do sistema acusatório que o regem.

Primeiramente, há que se considerar que a Lei 11.680, de 09.06.2008 – que introduziu o sistema direto e cruzado como regra geral de inquirição de testemunhas em nosso sistema processual – deu nova redação ao art. 212 do CPP, estabelecendo nova ordem para a formulação de perguntas às testemunhas, na qual os questionamentos são desde logo formulados, de forma direta, pelas partes. A intervenção do juiz deve ocorrer apenas num segundo momento, conforme o disposto no parágrafo único do mesmo artigo, o qual dispõe: “*Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição*”.

Tal alteração legislativa busca reforçar a garantia constitucional do contraditório em relação à prova testemunhal, propiciando, também, a efetivação do direito ao confronto – o qual já havia sido reconhecido no ordenamento jurídico pátrio com a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que aborda o tema em seu art. 8.º, 2, f (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. p. 287).

Ademais, é necessário ressaltar que a intenção do legislador, ao estabelecer essa nova ordem de indagação das testemunhas, é conferir ao juiz poderes meramente integrativos, que se amoldem tanto aos alinhamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito quanto aos corolários do processo penal de natureza acusatória, no qual a iniciativa instrutória do juiz não deve ser hipertrofiada, e tampouco sobrepor-se à atividade dos sujeitos parciais do processo (ZILLI, Marcos Alexandro Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 188-189).

Assim, nesse modelo, a produção da prova cabe predominantemente às partes, que deverão formular questionamentos às testemunhas para delas extrair os elementos de prova interessantes à tese que pretendem provar ou refutar. Conforme ressalta **Aury Lopes Jr.**, “*trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num Processo Penal acusatório e democrático*” (Ausência do Ministério Público na audiência de instrução e a postura do juiz à luz do art. 212 do CPP. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 229, dez., 2011, p. 3-5). Ao juiz, compete uma função completiva e não mais de protagonismo, devendo inquirir as testemunhas a respeito de pontos que não tenham sido suficientemente esclarecidos, bem como fiscalizar a realização do ato.

Dessa forma, tem-se que a inobservância das regras contidas no art. 212 do CPP gera a nulidade do ato, ante o patente prejuízo que sua permanência nos autos acarreta para a efetividade da garantia constitucional do contraditório – ou mesmo para a justa e imparcial prestação jurisdicional. De fato, o vício, no caso analisado, atinge o próprio interesse público da correta aplicação do direito (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio

Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: RT, 2011. p. 21).

Nesse sentido, aliás, oportuno o julgado ora colacionado, da relatoria do Min. **Arnaldo Esteves Lima**: “1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP pela Lei 11.690/2008 determina que as vítimas, as testemunhas e o acusado sejam ouvidos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição se entender necessários esclarecimentos. 2. Se o Tribunal de origem admite que houve a inversão na inquirição, consignando que o Juízo Singular incorreu em erro em procedendo, patente o constrangimento, sanável pela via do habeas corpus, por ofensa ao devido processo legal. 3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, anular a audiência de instrução e julgamento

realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo” (STJ, HC 137.091/DF, 5.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, v.u., DJe 13.10.2009. No mesmo sentido: STJ, RHC 27.555/PR, 6.ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 11.05.2010; e STJ, HC 153.140/MG, 5.ª T., rel. Min. Felix Fisher, j. 12.08.2010).

**Maria Jamile José**

Mestre em Direito Processual Penal pela USP.  
Advogada.

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### Direito Processual Penal. Crimes contra a honra. Ação penal privada. Transação penal. Legitimidade.

“I – A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal). II – A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal. III – Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu

implemento requer o mútuo consentimento das partes. IV – Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém. V – O exame das declarações proferidas pelo querelado na reunião do Conselho Deliberativo evidenciam, em juízo de prelibação, que houve, para além do mero *animus criticandi*, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal. Queixa recebida.” (STJ – Corte Esp. – Ação penal 634 – rel. **Felix Fischer** – j. 21.03.2012 – public. 03.04.2012 – Cadastro **IBCCRIM 2798**).

Pesquisadora: **Marcela Venturini Diorio**

**Anotação:** O acórdão em comento trata da legitimidade para a formulação de proposta de transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995) nos casos de ação penal privada. Na espécie, sustentou o querelado que a inércia do ofendido, titular da ação, quanto à formulação de proposta de transação penal dentro do prazo decadencial, teria patenteado a falta de interesse de agir, tornando imperativa a rejeição liminar da inicial acusatória. Por seu turno, entendeu a Corte Especial do STJ, por maioria de votos, que a ausência de manifestação por parte do querelante teria evidenciado não falta de interesse de agir, mas falta de interesse na transação penal, acarretando o prosseguimento do feito, com a consequente deliberação sobre o recebimento da queixa, o que de fato ocorreu.

A argumentação do voto condutor do acórdão baseia-se no entendimento de que a transação penal não constitui direito público subjetivo do autor do fato. Nas ações penais públicas, regidas pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, a transação é poder-dever do Ministério Público. Já no âmbito da ação penal privada, na qual vigoram os princípios opostos da oportunidade e da disponibilidade, da mesma forma que o ofendido pode optar entre propor ou não a ação penal, renunciar ao direito de queixa, perdoar o ofensor ou abandonar o feito – todas causas de extinção da punibilidade (art. 107, IV e V do CP) –, pode também deixar de propor a transação penal. Nas palavras do Ministro relator, “ainda que sob o argumento de preenchimento dos requisitos por parte do acusado”, não se pode compelir o querelante a formular proposta se essa não é sua vontade, “sob pena de desnaturar-se o instituto que, importado para a ação penal privada, exige mútuo consentimento das partes”.

Fundamental destacar, no ponto, o voto vencido da Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, para quem a legitimidade e discricionariedade do ofendido para exercer o *ius persequendi* não lhe transfere o poder de impedir a realização da transação penal, mormente por se tratar de medida despenalizadora, artifício da política criminal traçada pelo legislador. Dessa forma, de acordo com a Ministra, é dever do querelante se manifestar acerca da proposta

de transação penal, justificando, se o caso, sua não proposição –, reconhecendo-se, com base no art. 45 do CPP a legitimidade do Ministério Público para fazê-lo caso persista a omissão. Esse entendimento é por nós partilhado.

Ao contrário do que restou consignado no voto vencedor, a transação penal – assim como a suspensão condicional do processo – é, sim, direito subjetivo público do acusado e, sendo cabível, impõe-se seja oportunizada ao autor do fato. Nas ações penais públicas, nas quais vigora o princípio da discricionariedade controlada, deve o Ministério Público oferecer proposta de transação ou justificar seu não oferecimento, submetendo-se a recusa a exame pelo Judiciário, sob pena de consagração de uma espécie de hiato de jurisdição que impede o exame da legalidade de eventual recusa. Se o Ministério Público é o *dominus litis*, o Judiciário é o *dominus libertatis*. Ao se aplicar, por analogia, a transação penal ao rito da ação penal privada, transfere-se ao ofendido, na condição de substituto processual, de titular da queixa, o “encargo” pertencente ao Ministério Público nas ações penais públicas, quer dizer, a imposição legal de, dentro de certos requisitos, formular ao querelado proposta de transação penal. Negando-se a fazê-lo, cumpre ao Ministério Público ou até mesmo ao Juiz, de ofício, oportunizá-la ao autor do fato.

Goste ou não o querelante, a política criminal aplicável aos chamados delitos de menor potencial ofensivo – infrações penais cuja pena máxima cominada não ultrapassa dois anos de privação da liberdade – admite solução consensual e despenalizadora. Não se pode admitir que a vontade geral, expressa na lei, seja ignorada em função do interesse do particular.

**Marcela Venturini Diorio**

Pós-graduanda em “Doutrina Geral da Infração Criminal Revisitada”  
pelo IDPEE da Universidade de Coimbra/IBCCRIM.  
Coordenadora adjunta do Núcleo de Jurisprudência do IBCCRIM.  
Advogada.

## TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

### Direito Processual Penal. Nulidade dos atos processuais. Inversão na inquirição de testemunhas. Concessão da ordem.

“1. De acordo com as disposições do art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação introduzida pela Lei. 11.719/2008, serão inquiridas as testemunhas de acusação, as de defesa, interrogando-se, em seguida, o acusado. 2. Eventual inversão na ordem estabelecida no dispositivo acima mencionado só poderá ocorrer com a concordância das partes. 3. No caso em exame, a ré, ora paciente, não concordou com a tomada de seu interrogatório antes do depoimento das tes-

temunhas de defesa. 4. Não obstante a informação de que poderia haver novo interrogatório, após a oitiva das testemunhas arroladas, se houvesse interesse da defesa, é de todo recomendável que se aguarde o decurso do prazo fixado na carta precatória expedida com a finalidade de tomada de depoimentos testemunhais, para marcação de nova data para o interrogatório. 5. Ordem de *habeas corpus* concedida.” (TRF 1.<sup>a</sup> R. – 3.<sup>a</sup> T. – HC0013042-34.2012.4.01.0000 – rel. **Carlos Olavo** – j. 16.04.2012 – public. 27.04.2012 – Cadastro **IBCCRIM 2799**).

Pesquisador: Renato Silvestre Marinho

**Anotação:** Comenta-se *habeas corpus* impetrado com o escopo de suspender o interrogatório judicial da paciente, que fora marcado para antes das oitivas de testemunhas arroladas pela defesa, as quais, a seu turno, seriam realizadas mediante carta precatória. O pleito liminar foi indeferido por ausência de prova pré-constituída do alegado constrangimento ilegal. Contudo, ao final, foi concedida a ordem por votação unânime nos termos do voto do relator. Entendeu-se aceitável a inversão da ordem estabelecida no art. 400 do CPP somente com a anuência das partes, sendo que, neste caso em concreto, a paciente não concordara com seu interrogatório antes dos depoimentos das testemunhas de defesa. A decisão firmada deu especial relevo ao interrogatório como meio de defesa, invocando-se a aplicação da ampla defesa em sua dimensão de autodefesa. Ademais, se reconheceu ser “*de todo recomendável que se aguarde o decurso do prazo fixado na carta precatória expedida com a finalidade de tomada de depoimentos testemunhais, para a marcação de nova data para o interrogatório*”.

Alguns pontos merecem ser sublinhados neste julgado: (a) a importância do interrogatório como último ato na audiência de instrução e julgamento; (b) a anuência das partes para a mudança na ordem fixada pelo art. 400 do CPP; e, (c) a relação de ordem entre a oitiva de testemunhas por carta precatória e o interrogatório.

Premissa nevrálgica da qual se deve partir para analisar tais questões é a definição da natureza jurídica do interrogatório. Sua conformação como meio de defesa, e não mais como meio de prova, surge inquestionável da leitura conjunta de dois direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal: a ampla defesa e o direito ao silêncio – art. 5.<sup>º</sup>, LV e LXIII, da CF, respectivamente. A despeito de não ter sido invocado nos fundamentos do julgado, o direito ao silêncio – ou, de maneira mais ampla, o direito de não produzir prova contra si mesmo, igualmente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8.<sup>º</sup>, 2, g – traça claramente os contornos constitucionais do interrogatório como meio de defesa (MORAES, Maurício Zanoide de. Interrogatório: uma leitura constitucional. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003. p. 334-343). Assim, a redação dada ao art. 400 do CPP pela Lei 11.719/2008 veio ao encontro da nova ordem constitucional por colocar o interrogatório como ato posterior à inquirição das testemunhas durante a audiência, conferindo-lhe em definitivo seu caráter de ato de defesa (FERNANDES, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 200, p. 19-20, jul. 2009). Sob esta perspectiva, sua efetivação poderia sofrer sensível restrição se manejado antes da declaração do ofendido, da oitiva das testemunhas – sejam elas de acusação ou de defesa – dos esclarecimentos periciais, das acareações, e do reconhecimento de pessoas e coisas, pois o imputado deve ter plena e prévia ciência

de todo material probatório produzido, e não apenas da acusação contra ele impingida, a fim de exercer amplamente sua defesa (DEZEM, Guilherme Madeira. Produção da prova testemunhal e interrogatório: correlações necessárias. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 207, fev. 2010, p. 6-7).

Não obstante, a nosso ver, a legislação infraconstitucional ainda resta equivocada no trato com o interrogatório, tendo em vista que ele ainda é ato obrigatório. Algo de todo incompatível com a existência do direito constitucional a não produzir provas contra si mesmo (neste sentido: SUANNES, Adauto Alonso S. Interrogatório é ato facultativo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 17, jun. 1994, p. 1). De modo que, suscitar a concordância das partes (mormente da defesa) como requisito para eventual inversão da ordem do art. 400 do CPP, como ocorreu neste julgado, parece-nos coerente com a ideia de interrogatório como meio de defesa. Pois, se tal ordem é garantia exclusiva da defesa, com o fito de salvaguardar a real natureza do interrogatório, pode a mesma defesa abrir mão da ordem se achar conveniente e se não antever prejuízo algum. Até mesmo porque a disposição do interrogatório pela defesa deveria ser plena, se ato facultado fosse. Portanto, cabe sim à defesa, não vislumbrando prejuízo algum, dispor desse direito de ordem. No mais, invertida a ordem com o consentimento da defesa, há que se ressaltar a possibilidade de novo interrogatório nos termos do art. 196 do CPP.

Por fim, no caso de testemunhas ouvidas por carta precatória, não se tem aqui motivo para a inversão da ordem estabelecida no art. 400 do CPP. Novamente repisa-se o pressuposto do interrogatório como meio de defesa, cuja inteira concretização só se perfaz com o conhecimento pleno, pela defesa, não apenas da acusação, mas de todo aporte probatório até então produzido. Do contrário, estar-se-ia reduzida sua participação defensiva por este meio. Destarte, no caso de expedição de carta precatória para a oitiva de testemunhas, o interrogatório só deverá se dar após o retorno dessa precatória, garantido à defesa o acesso irrestrito às cópias (ou gravações) dos testemunhos colhidos (ROMEIRO, Daniel; RAFFAINI, Marcelo Gaspar Gomes. O momento do interrogatório e as novas reformas da lei processual penal: a expedição de carta precatória para oitiva de testemunha suspende a realização do ato de interrogatório? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 205, dez. 2009, p. 9-10). A questão exposta anteriormente também pode ser aplicada nesse caso: se a defesa achar conveniente, pode anuir com a inversão da ordem do art. 400 do CPP, realizando-se o interrogatório antes do retorno da precatória, também com a possibilidade de outro interrogatório conforme o art. 196 do CPP.

**Paulo Henrique de Carvalho Miguel João**

Mestrando em Direito Processual Penal pela USP.

Membro do IBCCRIM.

Advogado.

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### Direito Penal. Estupro de vulnerável. Prática de outro ato libidinoso com menor de 14 anos. Avaliação do grau de lesividade do bem jurídico. Reduzido grau de reprovabilidade. Princípio da ofensividade. Regra do *in dubio pro reo*. Desclassificação da conduta. Contravenção penal.

“(…) Como é sabido, os tipos penais são hoje analisados sob dois prismas: o formal e o material. Nada obstante a conduta ora em análise possa enquadrar-se, formalmente, ao art. 214 c. c. art. 224, a, ambos do Código Penal (atual art. 217-A), a conduta do apelante não alcançou o grau de lesividade e reprovabilidade necessários para o reconhecimento do delito de estupro de vulnerável. A elementar ato libidinoso deve ser interpretada de acordo com o princípio da ofensividade, sendo entendida como a conduta que fere, de forma intensa e profunda, a dignidade sexual da vítima. Não basta se sinta a vítima incomodada ou desrespeitada; é preciso se sinta agredida em

**Anotação:** Trata-se de condenação pelo crime de estupro de vulnerável (art. 217 do CP). Em apertada síntese, o apelante teria inserido a mão no interior da calça de uma menina de 6 anos de idade e apalpado suas nádegas e sua vagina. No julgamento da apelação, afastada a controvérsia sobre a insuficiência probatória, o Tribunal de Justiça desclassificou a conduta para a contravenção penal do art. 61 da LCP (importunação ofensiva ao pudor).

O fundamento da desclassificação foi, essencialmente, a compreensão da tipicidade material. A conduta praticada não teria reprovabilidade e ofensividade suficiente para alcançar o desvalor previsto no tipo de estupro, que exige violação intensa e profunda. A pena seria desproporcional. O acórdão se bate, por fim, pela inexistência de um tipo intermediário entre o estupro e a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, que permitiria apenação mais adequada.

Desde as mudanças nos chamados crimes sexuais provocadas pela Lei 12.015/2010 são várias as discussões sobre a manutenção do caráter absoluto da ora chamada presunção de vulnerabilidade e a adequação típica do estupro, bem como do estupro de vulnerável. É sobre a segunda questão que o acórdão se debruça.

Os princípios da ofensividade e proporcionalidade orientam a compreensão global do crime, e interferem em especial na aferição da tipicidade material, buscando resposta adequada à indagação sobre o alcance da norma incriminadora. Pela ofensividade, que não há crime sem que haja lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Ataques desprovidos de relevante idoneidade lesiva, ainda que dirigida a bens jurídicos vitais não merecem tutela penal. A proporcionalidade, que orienta a subsidiariedade, exige que a reprimenda penal só possa ser aplicada se insuficientes outras formas de controle social e, se escolhida a sanção penal, que seja, na eterna lição de **Beccaria**, “a menor possível nas circunstâncias dadas”. Há ainda o sentido de proporcionalidade em sentido estrito, que busca na ponderação de valores sociais limites para a imposição de castigos como ensina **Mariângela Gama de Magalhães Gomes**: “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige um liame axiológico, e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal da pena. Significa dizer que o mandado de proporcionalidade implica um juízo lógico ou ponderação que compara, valorativamente, a gravidade do fato antijurídico e a gravidade da pena, a entidade do injusto e a de sua punição” (O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: RT, 2003. p.181).

Ainda que não seja esse o sentido etimológico da expressão (sobre o tema, anotando que deriva de *estuprum*, com sentido de afronta, infâmia, desonra, **Heráclito Mossin**, in *Assédio sexual e crimes contra os costumes*. São Paulo: LTr, 2002. p. 25), em nossa cultura estuprar não significa apenas incomodar ou perturbar, mas sim uma violação, e a intensidade da expressão se reflete na pena, que tem patamar mínimo idêntico ao homicídio. No estupro de vulnerável, a pena mínima é sensivelmente superior à prevista no art. 121 do CP. Se é assim, notório que não se pode compreender entre as condutas alcançadas pela esfera de abrangência do estupro todo incômodo à liberdade sexual, mas apenas aquele capaz de agredir. Fora

sua intimidade e liberdade. No presente caso, entretanto, tratou-se de um apalpamento, de brevíssima duração, valendo-se unicamente da desatenção da vítima. Entendo, portanto, deva ser a conduta desclassificada para importunação ofensiva ao pudor, uma vez que a conduta do apelante foi suficiente tão somente para abalar o sentimento de vergonha da ofendida, não chegando a imiscuir-se em sua liberdade sexual. Por outro lado, carece a legislação penal brasileira de um tipo penal intermediário, entre o estupro e a importunação ofensiva ao pudor, possivelmente no quadro ocorrido neste processo. À falta disso, mais adequado optar-se pela situação favorável ao réu, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*(…)” (Ementa não oficial) (TJSP – 16.ª Câmara. Crim. – AP0005453-79.2009.8.26.0286 – rel. **Souza Nucci** – j.17.04.2012 – public. 02.05.2012 – Cadastro **IBCCRIM 2797**).

Pesquisador: **Matheus Silveira Pupo**

daí, o tratamento seria desproporcional, pouco razoável, não subsidiário.

Além do argumento de tipicidade material, é possível se valer da interpretação analógica para exigir a intensidade da violação. É que o tipo do art. 217 (assim como o art. 213 do CP) traz clara enumeração casuística seguida de cláusula genérica: “Art. 217-A. ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. Incontroverso que conjunção carnal é espécie do gênero ato libidinoso (como o próprio relator, Des. Guilherme de Souza Nucci, teve oportunidade de apontar em artigo escrito para o *Boletim do IBCCRIM* n. 235), ou seja, trata-se de uma enumeração casuística (conjunção carnal) seguida de cláusula genérica (ato libidinoso). Consagrada a lição que, em tais hipóteses, deve ser empregada interpretação analógica, como forma de fechamento do tipo, prestigiando a legalidade e os demais consectários de um Direito Penal compatível com o Estado Democrático de Direito.

Pela interpretação analógica, a enumeração casuística limita a compreensão da cláusula genérica. Na lição da **Hungria**: “Toda vez que uma cláusula genérica se segue a uma fórmula casuística, deve entender-se que aquela compreende casos análogos aos destacados por esta, que, do contrário, seria inteiramente ociosa” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. I. p. 89-90).

No caso em tela, é possível afirmar que nem todo ato libidinoso se adapta ao crime de estupro de vulnerável, mas apenas aquele que tem o sentido análogo, ou melhor, semelhante intensidade. Ora, a conjunção carnal é expressão máxima de lesão à dignidade sexual, informando que apenas atos libidinosos com grave violação a tal faceta da dignidade merecem equivalente tipicidade. Não há outra conclusão possível pela interpretação analógica, que aqui se conjuga perfeitamente com a proporcionalidade, lesividade e ofensividade, conforme já referido.

O coito anal e a *felatio in ore* se assemelham à conjunção carnal quanto à intensidade, mas certamente o rápido apalpar das nádegas ou mesmo da genitália muito se distancia de tais práticas. Foi exatamente esse o sentido do acórdão ora estudado. Há perturbação da liberdade sexual, mas não violação. Há lesão, mas não suficiente a merecer tratamento equivalente à conjunção carnal, merecendo assim desclassificação para tipo subsidiário, qual seja, a contravenção de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP).

Vale, por fim, comentar a ressalva do ilustre relator sobre a inexistência de tipo intermediário que permita a equilibrada apenação da conduta que, se de um lado não merece o tratamento de estupro, não é apenas um pequeno perigo abstrato apto a configurar mera contravenção penal, hoje a única hipótese subsidiária na legislação vigente. Comungamos da crítica, e acreditamos que a solução mais adequada seria a criação de um tipo intermediário que cuidasse de violações sexuais mais brandas. Até a reforma, resta apenas a dicotomia entre o estupro e a contravenção.

**Gustavo Octaviano Diniz Junqueira**

Mestre e Doutor em Direito Penal pela PUC-SP

Professor de Direito Penal da PUC-SP

Defensor Público – SP