

Breves comentários sobre a jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em matéria penal

*Gláucio Roberto Brittes de Araújo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Como juiz instrutor do gabinete do abnegado e preclaro Ministro Celso de Mello, tive a grata oportunidade de conhecer mais profundamente sua contribuição inestimável para a construção de sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da sua Segunda Turma, sobretudo na seara penal e processual penal. Entre tantos votos do brilhante jurista e de paradigmas da Corte em temas sensíveis nos últimos anos, gozarão de destaque nessa sede as reflexões sobre critérios essenciais para submissão de novos institutos e inovações legislativas das últimas décadas aos princípios constitucionais mais caros a um Estado Democrático de Direito. Dadas as limitações do espaço para uma retrospectiva mais completa, reportar-me-ei apenas aos mais recentes e polêmicos debates, que repercutiram sobre a aplicação diuturna do direito pátrio por nós magistrados.

Nesse contexto, foram definidos limites e parâmetros, pelo Supremo, para a celebração de colaborações premiadas, aplicação de medidas cautelares e condução coercitiva, releitura dos vereditos do Júri e outras questões processuais sabidamente atuais, à luz do ideal de equilíbrio entre eficiência da Justiça criminal e garantias individuais. Foram enfrentados ainda problemas ínsitos ao Direito Penal, como a compreensão da tipicidade de variegadas formas de preconceito e os parâmetros para concepção mais objetiva do princípio da insignificância na direção da segurança jurídica, conjugando-se tutela penal suficiente de bens jurídicos legítimos e intervenção penal mínima. Mereceriam referência, por fim, alguns aspectos intrigantes de julgamentos em persecuções penais

¹ Doutor em Direito Penal pela USP, mestre em Direito Penal pela PUC-SP, especialista em Direito Público pela EPM e pós-doutor pela Faculdade de Direito de Coimbra, com linha de pesquisa em processo penal e direitos humanos. Professor de Direito Penal e coordenador adjunto de Processo Penal da Escola Paulista da Magistratura, coordenador da pós-graduação de processo penal da mesma instituição. Foi juiz instrutor no STF. Parecerista da revista do CNJ. Juiz criminal em SP.

oriundas da Operação Lava Jato, mas que ficarão relegadas para outra oportunidade, dada a incompatibilidade entre o volume das informações e os objetivos dessa primeira síntese de parte da minha exposição no curso de atualização jurisprudencial, organizado pelos brilhantes magistrados Des. Décio Luiz Rodrigues e Juiz Walter Godoy Júnior.

1. Colaboração criminal premiada e limites definidos pelo STF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508 impugnava dispositivos legais que conferiam legitimidade à autoridade policial para celebrar acordo de colaboração premiada, mas foi julgada improcedente. Na ocasião, diante da profusão de ajustes que concediam regimes, reduções e outros critérios singulares para cumprimento de pena, sem expressão respaldo legal, sobretudo como forma de estimular delações no bojo da Operação Lava Jato, na ocasião do voto do ministro Celso de Mello, que constou relevante advertência no sentido de que somente poderiam ser ajustados prêmios previstos em lei formal estrita à luz da reserva do Parlamento e da reserva de jurisdição, que confere ao juiz a aplicação das sanções e não ao órgão do Ministério Público. Lembrou-se que doutrinadores renomados, como Canotilho e Brandão, já atentavam para o caráter excepcional do instituto, para a proibição do excesso e para a intangibilidade do núcleo essencial de direitos fundamentais. Assim, o rol de benefícios da Lei nº 12.850/13 foi considerado taxativo, dada ainda a necessidade de não fomentar negociações fora da lei e sem preenchimento dos respectivos requisitos, o que, aliás, acabou sendo albergado pelo legislador, posteriormente, no Pacote Anticrime. O perdão, redução da pena em 2/3 ou substituição por restritivas de direitos caberia até sentença. A abstenção da denúncia estaria reservada para o primeiro colaborador, desde que não fosse líder da organização criminosa, e, após sentença, somente seria possível a redução pela metade da pena ou progressão de regime. Externou-se também a preocupação com a burla ou lesão a direito de terceiro/imputado e com o próprio réu, como no cumprimento imediato de pena ao arrepio do princípio da culpa e da presunção de inocência, transferindo-se poder de definir condenação ao MP e admitindo-se aplicação da pena sem juízo e sem o devido processo legal.

No exercício dessa sindicabilidade, a propósito, o Ministro Lewandowski havia rejeitado a homologação do acordo de colaboração da Pet 7.265/DF, concedendo oportunidade para o MP glosar algumas cláusulas. O ministro Celso de Mello lembrou que a reação social à criminalidade não deve

ser instintiva, irrefletida e arbitrária, mas regulamentada, refletida e essencialmente judicial, mediante persecução com suporte probatório mínimo. O MP e a Polícia, nesse contexto, judiciária exercem funções relevantes, incompatíveis com lide temerária e mera criação mental, bem assim vinculadas a meio preliminares aptos e idôneos à elucidação da autoria e materialidade em um Estado Democrático Direito. O ministro lembrou que já havia delação nas Ordenações Filipinas para falsidade de moeda e crimes de lesa majestade, que, nos anos 1970, foi essencial para a operação Mãos Limpas e que se consagrou juridicamente no artigo 26 da Convenção de Palermo e artigo 37 da de Mérida.

A colaboração, destarte, foi concebida, pela doutrina e jurisprudência mais recentes como instrumento para obter provas, entre outras técnicas de investigação excepcionais (e não como meio de prova), e, concomitantemente, como negócio jurídico processual. Ela não vincularia interesses de terceiro, motivo pelo qual descaberia recurso do imputado contra a homologação, por outro lado, não sustentaria condenações, isoladamente, conforme orientação consolidada desde voto paradigma de Ilmar Galvão, e até recebimentos de denúncia, segundo tendência mais recente revelada em decisões do STF, inclusive na hipótese de delações cruzadas. O Ministro Celso relembrou, na ocasião o escólio de Gustavo Badaró, a existência de uma limitação ao livre convencimento e da técnica de prova negativa. Destacava a preocupação com o impedimento de erros judiciários, como no episódio apresentador de TV Enzo Tortora, na Itália dos anos 1980, e com falsas imputações, o que veio a culminar na previsão do crime do art. 19 da nossa Lei de Organizações Criminosas.

Com efeito, o espaço de consensualidade na seara penal foi ampliado desde os anos 1990, prestigiando-se a autonomia da vontade das partes, o direito premial e o juízo adstrito à delibação na aferição da voluntariedade, regularidade e legalidade do acordo. A concessão efetiva dos prêmios, contudo, ficaria condicionada à eficácia e ao cumprimento fiel das obrigações assumidas pelo colaborador, decorrendo de direito subjetivo oriundo da homologação e vinculante em relação ao futuro julgador, como imposição ético-jurídica, bem assim do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, consoante já assentado em voto do Min. Toffoli no HC 127483/PR. Nesses termos, competência e imposições para a celebração desses acordos, nos limites da lei, recairiam também sobre a Polícia Judiciária, pois a autoridade policial, em regra, presidiria a investigação, enquanto o MP já atuaria como fiscal, sem prejuízo de sua cooperação, e por ter a delação natureza de meio de obtenção de prova, condizente

com as funções daquela instituição de Estado. Outrossim, atentou-se para a observância das garantias individuais e limites no emprego de tal instrumento pela autoridade policial, mormente a restrição ao inquérito, a concessão adstrita a prêmios menores e a efetiva concessão oportuna pelo juiz. Ponderou-se que essa competência não afetaria o direito de ação, as atribuições e prerrogativas do MP. O Ministro Celso destacou ainda a paridade de armas, como dogma do sistema acusatório, e a legitimidade como princípio estrutural do Estado Democrático de Direito. No seu voto discorreu, ademais, sobre a gravidade e peculiaridades dos crimes revelados por *notitia* de potenciais colaboradores, mormente a corrupção impregnada em instituições e partidos como método de degradação da dignidade da atividade política e sobre a captura por organizações criminosas de instituições de Estado contra valores éticos jurídicos e republicanos. Enfim, no aludido julgamento, foram reafirmadas várias diretrizes decisivas para extrair ganhos das colaborações premiadas, respeitando-se os direitos e garantias fundamentais.

Na opinião de Vinicius Vasconcellos², o Brasil parecia ainda resistir à tendência internacional de expansão e colaboração premiada e negociação na justiça criminal, sobretudo para acordos penais sobre imposição de sanções, sem a necessidade do transcorrer integral do processo penal, com todas as suas garantias tradicionais. Diversamente à transação penal, à suspensão condicional e ao acordo de não persecução penal, que abreviam o procedimento, mas não impõem pena, a colaboração premiada, em regra, mantém a necessidade de processo e tem finalidade exatamente probatória. O autor acrescenta que a prática brasileira, todavia, tem destoado das normativas impostas, como se extraía dos acordos de colaboração da Operação Lava Jato com os acusados: Paulo Roberto Costa (Pet. 5.210 STF), Alberto Youssef (Pet. 5.244 STF), Delcídio do Amaral (Pet. 5.952 STF), José Sérgio Machado (Pet. 6.138 STF)⁹ e Joesley Batista (Pet. 7.003 STF), homologados pelo Supremo Tribunal Federal, e a insere na tendência denominada por Máximo Langer de “administrativização das condenações criminais”. Ressalta a crítica de alguns doutrinadores, das quais ousamos discordar, no sentido de que nosso sistema ainda é inquisitivo em essência, pois permite a produção de provas de ofício pelo julgador e não delimita uma separação clara entre as fases investigativa e

² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Colaboração premiada e negociação na Justiça Criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, n. 28, p. 241-271, 2020.

de julgamento. Como já ponderamos em outros trabalhos, os modelos não são puros, e a iniciativa supletiva do complexo probatório pelo juiz não implica, inexoravelmente, perda da imparcialidade e adoção do modelo inquisitivo, assim como a valoração de todos os elementos da persecução não destoa profundamente do perfil predominantemente acusatório do nosso procedimento, visando assegurar, na verdade, o livre convencimento e a correção da decisão.

A propósito, consideramos que esse impulso subsidiário e excepcional da atividade probatória pode ser empregado até mesmo para corroborar a fidelidade e regularidade de confissões eventualmente exigidas na celebração de acordos penais. Em nossa opinião, tais concessões não violam o art. 129, inc. I, e a atribuição privativa do Ministério Público da promoção da ação penal pública. Não excluem a função da investigação preliminar de evitar acusações infundadas, invocada por Vasconcellos, que não precisaria ser eliminada do conhecimento do julgador, como alguns depreendiam do Pacote Anticrime, após instauração do contraditório, sobretudo quando prevista a possibilidade de revisão de decisões daquela fase gravosas para o investigado.

A função do Judiciário na fase de investigação preliminar é, fundamentalmente, resguardar direitos fundamentais e limitar os poderes investigativos estatais. Reelaboramos aqui o conceito extraído por Vasconcelos da doutrina brasileira que define Justiça Criminal Negocial como modelo que se pauta pelo consenso entre acusação e defesa, marcado pela colaboração processual do investigado, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo ou ainda facilitando a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, como contrapartida benéfica à renúncia ao transcorrer do devido processo com todas suas garantias, mormente a do silêncio. Tal definição abrangente contemplaria diferentes institutos negociais da nossa lei, sem excluir a delação premiada, que já era prevista para crimes hediondos, contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86), lavagem de dinheiro, extorsão mediante sequestro, proteção à vítima e testemunha (Lei nº 9.807/99) e entorpecentes, mas que passou a se difundir, enquanto procedimento bem disciplinado, a partir da Lei nº 12.850/2013.

O projeto de novo CPP (PL 8.045/2012), a propósito, prevê o “procedimento sumário”, rito alternativo, que autoriza a “aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos”, desde que no seu mínimo legal, após a confissão do acusado e a dispensa

da produção de provas pelas partes. O acordo penal também estava previsto no projeto do Pacote Anticrime, mas foi excluído em parecer de Comissão Legislativa Preliminar. A colaboração, por sua vez, embora fundada no consenso, é “meio de obtenção de prova”, tendo finalidade mais probatória e investigativa para resolução de crimes complexos do que de abreviar o processo, até porque a confissão deve ser corroborada por outras provas. Não deixa, contudo, de almejar a eficiência da persecução, facilitando a responsabilização dos diversos agentes envolvidos no delito.

As cautelas do legislador na regulamentação minuciosa do instituto, reforçadas no Pacote anticrime, tocam o outro ponto de equilíbrio do processo, qual seja, a fiel observância dos direitos fundamentais, na medida em que implica renúncias a alguns, como o direito de não produzir prova contra si mesmo e o de impugnar a pretensão acusatória. Preocupou-se ainda em assegurar o direito subjetivo ao benefício previsto no acordo, quando cumpridos seus termos, e resguardar a imparcialidade, inclusive do julgamento na hipótese de descumprimento, obstando a participação do juiz nas negociações e a condenação lastreada apenas nas declarações de agente colaborador, como já consolidado, em nosso sentir, na jurisprudência das Cortes Superiores, que não se contentava sequer com as delações cruzadas (de outro colaborador) ou amparadas por elemento de produção unilateral (ex.: controle pessoal de propinas, agenda de destinatários etc.).

Com efeito, o legislador também aperfeiçoou o controle da colaboração, impedindo abusos ou estímulos lenientes a alguns investigados, em detrimento da isonomia e impessoalidade, como os regimes diferenciados de execução de pena, a liberação de bens provenientes de atividades ilícitas, a imunidade a familiares e terceiros, a renúncia ao acesso à justiça e aos recursos e a previsão de um dever genérico impreciso de colaboração. Cuida-se de reação contra várias distorções no manejo inicial do instituto, bem exemplificadas por Vasconcellos: progressões sem o preenchimento dos requisitos legais (ex.: Pet. 5.244 e Pet. 5.210 STF); “reclusão doméstica” por período predeterminado (ex.: Pet. 5.210 STF); “regime fechado domiciliar diferenciado” (Pet 6.138 STF), “regime domiciliar semiaberto diferenciado”, com datas de saídas da residência e lista de visitantes autorizados; a permanência de bens produtos/proveitos de crimes com familiares do delator, como “medida de segurança durante o período em que o colaborador estiver preso” (Pet. 5.244 STF); e dever de cooperar sempre que solicitado, mediante comparecimento em órgãos de investigação, análise documentos e provas e auxílio a peritos (Pet. 5.244

e Pet. 7.003 STF) e dever genérico de cooperação, tornando o rol do ajuste exemplificativo (Pet. 5.244 STF, Pet. 5.210 STF, Pet. 5.952 STF, Pet. 6.138 STF e Pet. 7.003 STF).

Com efeito, representaria falácia abdicar da tutela penal, cuja insuficiência é proibida, de bens jurídicos com dignidade constitucional (impunidade pela via da colaboração) ou anuir com a imposição de obrigações atípicas, fazendo o investigado assumir funções de Estado, como se esse reconhecesse implicitamente sua incapacidade ou seguisse utilitarismo cego na persecução de crimes, ao arrepio dos fundamentos éticos de sua intervenção na esfera dos cidadãos. Inicialmente, no HC 127.483, o STF sustentara a legalidade de cláusulas inovadoras, com supedâneo na exegese teleológica das convenções de Mérida e Palermo, na lógica do “quem pode o mais, pode o menos” e no direito à proteção do colaborador. Vasconcelos lembra que Andrey Mendonça sugerira como critérios de analogia *in bonam partem*, alternativos à legalidade estrita, a inexistência de vedação legal do benefício; a relativa cobertura legal, mediante adaptações ao caso concreto; a presença de objeto lícita no acordo e moralmente aceitável; o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana; a razoabilidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); e a legitimidade do Ministério Público. Tais razões, no entanto, sucumbiram perante a jurisprudência que se formou sobre a matéria.

As restrições aos benefícios negociáveis pela Lei nº 13964/18, ademais, superaram grande parte daquelas controvérsias. Tentamos aqui expor o estado da arte no nosso país do fenômeno internacional de expansão dos mecanismos de acordos penais para imposição de penas e condenações sem processo, com especial destaque para as balizas oriundas dos julgamentos do STF, sobretudo na Lava Jato. Máximo Langer já reconhecia que as importações de mecanismos de barganha por sistemas de *civil law* (Alemanha, Itália, Argentina e França), ainda que sem negar por completo a influência estadunidense, não reproduzem em termos precisos o modelo da *common law*, vislumbrando assim fragmentação, divergência e “traduções legais”, em vez de um “transplante legal”, considerando as diferenças de culturas processuais entre o modelo adversarial e o inquisitorial.

Retomando as ponderações de Vasconcelos, embora de fato os institutos consensuais brasileiros atuais não possam ser definidos como “mecanismos de condenação sem processo”, inserem-se nesse movimento,

mais propriamente considerado administrativização da “justiça criminal”, sobressaindo os benefícios oferecidos pelo Estado e a disposição do imputado de não resistir à persecução penal, mediante ampliação dos poderes das partes e consenso. Temos no Brasil, como vimos, exemplos de traduções ou releituras de institutos que se conformam às premissas e à cultura do ordenamento receptor. Não obstante a prática da colaboração premiada, que, aqui, se aproximou de um modelo de negociações ampla, o rearranjo pela doutrina, jurisprudência e a própria lei revelou, claramente, na nossa percepção, a tendência de adequação à normas e valores vigentes e não de mero transplante de institutos de outros sistemas.

Na Questão de Ordem da Pet. 7074, o STF analisou ainda os limites da competência do relator nas colaborações premiadas. O ministro Fachin suscitou a discussão por ocasião da sindicabilidade do acordo envolvendo a J&F, preconizando a possibilidade de homologação monocrática pelo relator, inclusive por força de seus poderes instrutórios. Restaria ao Pleno da Corte avaliar o cumprimento das obrigações e a eficácia da colaboração, sem prejuízo de eventual análise da legalidade à luz do art. 966, par. 4, do CPC. Ficaram vencidos, então, os ministros Lewandowski e Gilmar Mendes, que consideravam que ela não era apenas meio de obtenção de provas, mas negócio jurídico, cuja homologação caberia ao colegiado, sob pena deste não poder se vincular à pena e, ainda mais, ao perdão, ajustados entre as partes. O ministro Marco Aurélio ponderou que a preclusão não subsistiria, se houvesse fato superveniente. Por unanimidade, contudo, o STF acolheu a prevenção de Fachin por força da Pet. 7003 e do Inq. 4112.

Em seu voto, o ministro Celso de Mello enfatizou a independência do MP; seu dever de ofício de investigar *notitia criminis* oriunda também de colaborador; a história, a relevância e a natureza da colaboração; o controle judicial das cláusulas abusivas, desproporcionais e ilegais; a harmonia com a CF; e o sistema. Nessa ordem de ideias, caberia ao STF zelar pelos direitos fundamentais e presunção de inocência, enquanto a apreciação profunda de valor e conteúdo das declarações ocorreria no julgamento de mérito para um ou mais dos resultados indicados no art. 4º, I a V, da Lei nº 12.850/2013. Não se olvida da distinção que passou a ser feita entre efetividade da cooperação pessoal e eficácia nos resultados práticos em favor da persecução, sujeita ao juízo sobre a concessão dos benefícios, como na situação em que a colaboração não resulta eficaz, a despeito do empenho real do colaborador. Invocando magistério de Renato Brasileiro de Lima, asseverou-se que o juiz não é protagonista do negócio, no modelo acusatório, à luz da discricionariedade regrada e das Regras de Havana,

competindo-lhe, de outro giro, aferir a relevância e a eficácia objetiva das declarações. O julgador, contudo, não poderia mudar benefício ajustado, entendimento consagrado no julgamento do HC 127.483/PR, de Relatoria do ministro Toffoli. Destacou-se mais uma vez a conjugação de segurança jurídica, boa-fé objetiva e proteção da confiança (previsibilidade para o indivíduo, como subprincípio da segurança, segundo Canotilho) sobre a relação jurídica pública. Suas dimensões exigem garantia para decisão e efeito jurídico ante ato de poder, além da fiabilidade e racionalidade.

Ainda segundo o ministro Celso, quando o Estado assume obrigação de beneficiar o investigado, forma-se ato jurídico perfeito, passível de desconstituição somente se descumprir as obrigações assumidas ou se superveniente causa legítima, como o fato de ter mentido. O *pacta sunt servanda* personalíssimo, outrossim, não vincula esfera jurídica de terceiro, que, portanto, não teria legitimidade para invalidar acordo, mas apenas para impugnar as declarações do delator no procedimento eventualmente instaurado contra si. A desconstituição, de outro giro, não afeta o que foi produzido a partir da delação, conforme voto do ministro Teori Zavascki na Pet. 5.885-AgR/DF. Até mesmo se houver revogação do acordo, o material probatório decorrente pode ser usado em face de terceiro. Ressalvou-se que o depoimento do colaborador que efetivamente valerá para julgamento do imputado é aquele prestado sob contraditório, sujeito a reperguntas da defesa desse. Assegurou-se ainda o acesso do advogado ao resultado da colaboração, nos termos da Sumula 14 STF, inclusive na investigação unilateral, porque o imputado não deixa de ser sujeito de direitos. Ademais, segundo o princípio da comunhão da prova, ela não pertence à parte, mas aos autos, independentemente do ônus na sua produção e da origem.

Na Reclamação 18.399-MC/SP, o ministro Celso já havia ponderado que, ainda quando sujeitas, em juízo ou fora dele, a regime de sigilo, necessariamente excepcional, as provas já produzidas e formalmente incorporadas devem ficar acessíveis à defesa, excluídas aquelas em curso (execução) e, por isso mesmo, não documentadas no inquérito ou processo, como, por exemplo, a interceptação telefônica. Como se percebe, o instituto da colaboração premiada no Brasil recebeu nos últimos anos inestimáveis contributos do STF, alguns incorporados posteriormente pela lei, para adequação às nossas regras processuais e princípios constitucionais, evitando-se a banalização, a insegurança e efeitos contraproducentes, que poderiam justamente minar a credibilidade e a eficiência de tão importante instrumento de combate à impunidade.

2. Medidas cautelares e separação de poderes

Na ADI 5526, por maioria, decidiu-se que o Judiciário teria competência para decretar medidas cautelares do art. 319, do CPP, contra parlamentares, sendo que apenas aquelas que dificultassem ou impedissem, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato exigiriam o envio da decisão em 24h para a respectiva Casa Legislativa, nos termos do art. 53, parágrafo 2º, como ocorreria na hipótese de flagrante de crime inafiançável. Para o Min. Alexandre de Moraes, ainda que se admitisse cautelar que implicasse afastamento do mandato ou dificultasse seu exercício, ela ao menos deveria depender da análise em 24h pela Casa correspondente. Para o Min. Toffoli, a providência se aplicaria às cautelares que pudessem ensejar também prisão, pois o fim dessa garantia seria a proteção do livre exercício do mandato eletivo contra interferências externas. O Min. Ricardo Lewandowski, por sua vez, considerou que a efetivação das medidas pelo Judiciário diretamente não representaria nenhum cerceamento. O Min. Gilmar Mendes destacou, como pedra de toque do sistema de divisão de Poderes, que a imunidade não seria uma garantia do parlamentar, mas da democracia. O Min. Marco Aurélio refutou a possibilidade de o Judiciário decretar diretamente qualquer cautelar, enquanto a Min. Cármen Lúcia restringiu a exigência, além da prisão ressalvada na CF, à cautelar de afastamento, porque o mandato é do eleitor. De outro lado, dispensando a apreciação pela Casa, o Relator Min. Fachin entendeu que ela “contrasta com a necessária interpretação restritiva que se deve dar, em razão do princípio republicano, aos óbices constitucionais impostos à sujeição igualitária de todos às regras penais e processuais penais”. Para o Min. Luís Barroso, parlamentares decidiriam apenas sobre flagrante inafiançável, sustação do andamento de ações penais (artigo 53, parágrafo 3º) e perda de mandato (artigo 55, par 2º), como exceções únicas à competência do Judiciário exercidas diretamente. A Min. Rosa Weber enfatizou que prerrogativas constitucionais não são direitos que busquem proteger o parlamentar, mas sim a preservação da representação popular, já havendo equilíbrio na divisão de poderes. O Min. Fux interpretou restritivamente as exceções aos postulados republicano e isonômico. O Min. Decano Celso de Mello considerou que o mandato eletivo não pode ser utilizado como forma de coibir a atuação do Poder Judiciário. Segundo seu entendimento, o princípio republicano traz em si o princípio da responsabilidade. Enfim, a despeito da conclusão do julgamento acima referida, é possível notar as várias e relevantes implicações

do tema em sede de divisão de poderes, direitos fundamentais e exegese de regras processuais justamente quando passaram a ser mais recorrentes as investigações contra agentes políticos, demandando de uma Corte Constitucional a definição exegética de sua disciplina.

3. Condução coercitiva

Na ADPF 395, o STF reconheceu o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para decidir, em seguida, que o direito à não autoincriminação seria violado pela condução coercitiva do investigado, sem tempo para preparar defesa, representando ainda ofensa à liberdade de locomoção e à presunção de não culpabilidade. Preliminarmente, entendeu-se que o objeto da arguição era ato normativo pré-constitucional e o conjunto de decisões judiciais impugnado, e, segundo o princípio da subsidiariedade, considerou-se que não haveria outro meio para sanar ilegalidade, nos termos do art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99. Foram invocados precedentes para dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência (ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau), lembrando-se que, à luz do art. 376 do CPC, tal prova cabe quando o juiz determinar e se tratar de norma proveniente de Estado ou município ou ainda costume. *A contrario sensu*, se impugnada lei federal, a prova do direito seria desnecessária. Além de enfatizada a presunção de não culpabilidade, asseverou-se que a condução coercitiva representava restrição temporária da liberdade de locomoção. Ademais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) foi invocada como valor intrínseco e não mero objeto do Estado e observou-se que o direito à não autoincriminação, na modalidade silêncio, incluía a recusa de comparecer para depor, sem se interpretar tal opção como admissão de responsabilidade. Afinal, em interrogatório, o investigado deveria ser advertido de seus direitos, inclusive de contar com a assistência de advogado. A presunção de inocência, além disso, não se restringe à regra do *in dubio pro reo* no julgamento, mas contempla a vedação do tratamento de pessoas não condenadas como culpadas, inclusive mediante submissão a forças policiais em vias públicas. O direito de ausência, por fim, socorreria o investigado e não apenas o denunciado. Assim, a ação foi julgada procedente para se declarar a incompatibilidade da condução coercitiva de investigado com a CF e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. Tal julgamento, com relatoria do Min. Gilmar Mendes,

revelou mais uma vez a necessidade de pronunciamento do Supremo sobre limites de medidas processuais que passaram a ser difundidas em investigações de crimes graves, mormente de corrupção, despertando grande interesse da sociedade e da mídia.

4. Júri e prova manifestamente contrária aos autos

Outra matéria relevante e polêmica levada ao STF foi objeto de voto do Min. Celso de Mello no RHC 117076, após manutenção da decisão do TJ-PR pelo STJ. O decano concluiu que os jurados estão eximidos da compreensão das teses jurídicas debatidas em julgamento de crimes dolosos contra a vida e que, com a superveniência da Lei nº 11.689/2008, passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia, segundo o princípio do livre convencimento, protegido constitucionalmente pelo sigilo da votação (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “b”), que pode contemplar razões de índole eminentemente subjetiva, como clemência ou caráter humanitário. Entendeu-se, naquela ocasião, que admitir a apelação do MP versando sobre suposto conflito com a prova dos autos “implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa e do modelo de íntima convicção dos jurados”. Destacou-se que os jurados não estão vinculados a critérios de legalidade estrita, podendo absolver o réu por razões de natureza destacadamente metajurídica e atuando segundo a íntima convicção (e não convencimento motivado), sem se submeterem ao acervo probatório dos autos.

No STJ, o Min. Jorge Mussi havia considerado que o TJ não violara a soberania dos vereditos e que, se os fundamentos da decisão contrariavam as provas, não caberia ao STJ reavaliar tal conclusão. O Min. Celso, contudo, entendeu que, sob o aspecto fenomenológico, o Tribunal de Justiça não teria condições de sindicarem se a deliberação estaria em conformidade ou não com as provas, como na hipótese de acolhimento da inexigibilidade de conduta diversa. Citou lição de Aury Lopes Junior no sentido de que o artigo 593, III, “d”, do CPP, seria aplicado apenas para condenação contra provas e não para absolvição genérica, cuja razão poderia ser desconhecida. Mencionou ainda a opinião de Luiz Flavio Gomes, que preconizava a revogação tácita de parte do artigo. No STJ, a votação apertada (5x4) tinha contado com embate entre a compreensão elástica da soberania dos veredictos e a tese de paridade de armas.

O Min. Celso ressaltou a estrutura, mais do que a regra de competência, atinente ao Tribunal do Júri, que permite ao Conselho de Sentença não mais considerar apenas fatos, mas também sentimentos, sobretudo após a reforma de 2008. Assim, o recurso exclusivo da defesa decorreria da impossibilidade de desvendar motivação íntima de cada jurado para absolvição, podendo até mesmo diferir para os sete jurados. O sigilo da votação, nesse contexto, teria dupla finalidade: condensar teses de defesa, jurídicas ou não, sem vinculação temática, não se concebendo vontade “contrária aos autos”, porque seria sempre livre. No julgamento, o Min. Marco Aurélio destacou que as razões poderiam ser até extraprocessuais, enquanto os Min. Fachin e Gilmar Mendes incluíam na soberania aquelas dissociadas da própria defesa. Enfim, nessa seara, não se trataria exclusivamente de legalidade estrita, mas de soberania dos veredictos, plenitude de defesa e modelo de íntima convicção (CF, art. 93, IX), desprovida de motivação por força do “sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”). Assim, reconheceu-se a incognoscibilidade da apelação do MP ao TJ, restabelecendo a absolvição da Comarca de Maringá.

5. Princípio da insignificância

Tema de importância singular para uniformização dos critérios adotados pelos variegados juízos do país foi objeto de voto primoroso do Min. Celso no HC 155920, que versava sobre acusação de furto tentado de duas peças de queijo, devolvidas à empresa. Considerou-se que a reincidência não descaracteriza, por si só, a insignificância do fato como causa suprallegal de exclusão de tipicidade penal, em sua dimensão material. Assim, foi invalidada a condenação para absolvição por atipicidade. Destacou-se que a insignificância, como postulado de política criminal, tem conexão com a intervenção mínima e a fragmentariedade, sendo seus vetores: (a) a mínima ofensividade da conduta; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica, apoiada no caráter subsidiário do sistema penal. Nessa linha, poderiam ser citados ainda julgamentos do pleno nos HC 123.108, 123.533 e 123.734. Assim, a jurisprudência que passou a se cristalizar acerca dos delitos de bagatela prescindia da análise de condições subjetivas, antecedentes e reincidência para reconhecimento da atipicidade das condutas, repercutindo sobre inúmeros casos semelhantes submetidos diuturnamente aos juízos de todo país.

6. Homofobia e racismo

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, o Min. Celso de Mello proferiu voto histórico, que fomentou intensa discussão sobre a possibilidade de o Judiciário reconhecer a incriminação de outras formas de racismo, mediante interpretação conforme de norma penal. Inicialmente, o ministro discorreu sobre preconceito em razão de identidade de gênero e orientação sexual “pelos cultores da intolerância, cujas mentes sombrias” – que rejeitam o pensamento crítico, repudiam o direito ao dissenso, ignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideias, se apresentam como “corifeus e epígonos de sectárias doutrinas fundamentalistas” – e desconhecem a importância do convívio harmonioso e respeitoso entre visões de mundo antagônicas (expressões que tão bem empregou para definir tão grave problema atual). Em seguida, tratou da inércia do Estado perante a exposição e a sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo vulnerável a graves ofensas perpetradas contra seus direitos fundamentais, a despeito do dever de proteção à essencial dignidade das pessoas, a ser efetivado mediante tipificação penal dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero. Considerou que homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo, tal como concebida, “na latitude dessa expressão”, pelo STF no julgamento plenário do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), de tal modo que o legislador ordinário, ao restringir a tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89), teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando por omissão, art. 5º, XLII, da CF, que classificou o racismo como crime inafiançável e imprescritível, impondo a punição de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI). Enfatizou ainda a superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação das medidas determinadas pelo texto constitucional (CF, art. 5º, XLI e XLII), que tem causado indevida frustração à legítima pretensão dos integrantes da comunidade LGBT à proteção do Estado em face dos comportamentos discriminatórios que atentam gravemente contra a sua dignidade, além dos injustos gravames de ordem pessoal, social, profissional e moral que incidem sobre direitos básicos, o que constitui arbitrário impedimento ao pleno exercício, por esse grupo vulnerável, da liberdade. Partiu da premissa da aceitação do acrônimo LGBT no âmbito da defesa dos direitos

humanos, contemplando várias vertentes, mas tendo como ponto comum sua absoluta vulnerabilidade.

Em seguida, discorreu sobre a diversidade sexual humana, que reflete aspecto fundamental e estruturante da identidade de cada pessoa. Lembrou que o sexo da pessoa, sob perspectiva estritamente biológica, diz respeito a sua conformação física e anatômica, como primeiro critério de ordenação. A identidade de gênero, por sua vez, estaria assentada em fatores psicossociais, referindo-se à forma como a pessoa é culturalmente identificada, no âmbito social, ou seja, como expressão da masculinidade ou feminilidade. Identidade de gênero, nesse contexto, traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo essa conexão íntima e pessoal coincidir, ou não, com a designação sexual atribuída. Pode haver, assim, coincidência entre o sexo designado no nascimento e o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida (cisgênero) ou situações de dissonância entre o sexo biológico e a identidade de gênero (transgênero, travestilidade, transexualidade). Para o eminente jurista, a sexualidade humana, por fim, envolve aspectos íntimos da personalidade e da natureza interna de cada pessoa, que revelam suas vocações afetivas e desígnios amorosos, encontrando expressão nas relações de desejo e de paixão. Essa perspectiva evidencia a orientação sexual das pessoas, que vem a ser exercida por meio de relacionamentos de caráter heterossexual (atração pelo sexo oposto), homossexual (atração pelo mesmo sexo), bissexual (atração por ambos os sexos) ou assexual (indiferença a ambos os sexos). A sexualidade, no seu pensamento, é um aspecto central do ser humano ao longo da sua vida e engloba sexo, identidade e papel de gênero, além da orientação sexual. O ministro invocou, ademais, os princípios de Yogyakarta, notadamente daqueles que reconhecem a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e à identidade de gênero. O Pacto de São José da Costa Rica, formalmente incorporado ao ordenamento positivo brasileiro (Decreto nº 678/1992), no art. 13, § 5º, exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitui incitação à discriminação, segundo suas precisas assertivas. A Corte Interamericana de direitos humanos reconheceu, outrossim, a essencialidade do direito à identidade de gênero e orientação, instrumento para satisfação de outros.

A autopercebida identidade de gênero, nesse contexto, seria a profunda e sentida experiência interna e individual de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo, à identidade real ou atribuída em ato de homofobia (gays, lésbicas) ou de transfobia (travestis, transexuais e transgêneros em geral). O heterossexismo, como recorda o ministro, é um sistema em que a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importando se de modo explícito ou implícito, e constitui base para a “homofobia como modalidade de preconceito”. A cisgeneridade é institucionalizada como norma proibitiva da transfobia. Gênero e orientação sexuais são dimensões da personalidade em oposição à chamada “ideologia de gênero”. A liberdade existencial e dignidade humana são afrontadas por discursos autoritários e excludentes, que desqualificam a ciência com a inconcebível negação da consciência de gênero, reduzindo-as à condição subalterna de mera teoria social. Segundo o ministro, se há algo que é “ideológico”, no sentido pejorativo (de algo contrário à realidade objetiva), é a tese de que as pessoas “nascem” heterossexuais e cisgêneras e que, por opção sexual, passam à identidade não heterossexual ou transgênera. Esse pensamento, com efeito, é incompatível com a diversidade e com o pluralismo que caracterizam uma sociedade democrática, impondo-lhes, ainda, a observância de valores que, além de conflitarem com sua própria vocação afetiva, conduzem à frustração de seus projetos pessoais de vida. Gênero não é biológico-natural como sexo, mas um constructo social, que também não se confunde com orientação colocada em prática. O existencialismo, como filosofia que considera o homem como constructo de si mesmo, não é excluído pela noção de sexo biológico. Lembrou-se ainda da ADPF 461 sobre a proibição, em decorrência de inaceitável atitude preconceituosa, dos estudos de gênero e de orientação sexual, o que levou Min. Barroso a asseverar que o objeto “não deixará de existir por sua negação”.

Direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual, enquanto expressões do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, longe de caracterizar mera “ideologia de gênero” ou teoria sobre a sexualidade humana, qualifica-se como poder fundamental de qualquer pessoa, concepção já consagrada no reconhecimento da união civil homoafetiva (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, Relator Ayres Britto) e no exame da controvérsia referente à alteração do prenome da pessoa transgênero, com redesignação do gênero por ela própria autopercebido, independentemente de cirurgia de transgenitalização (ADI 4.275/DF, Red. Fachin). Prossegue no voto, afirmando que

o pluralismo, a igualdade e a liberdade integram cláusula pétrea, assim como a autonomia de vontade, o direito à intimidade e à vida privada. Percebe-se aqui claramente o substrato constitucional do tema, sujeito inegavelmente à competência decisória do STF.

O ministro, contudo, reputou inviável o acolhimento do pedido de responsabilização civil no controle abstrato de constitucionalidade, em que não se aprecia situação em concreto versando sobre relação individual, provas de dano e nexos de causalidade ou ato do Executivo, mas lei em tese para reconhecer a imposição constitucional ao Congresso de legislar e a configuração de uma situação de inércia abusiva ou irrazoável. A ADI é realmente um processo objetivo e abstrato sobre validade constitucional. No voto ressaltou-se ainda a impossibilidade de tipificação direta das condutas lesivas àqueles valores por ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal. O pretendido sucedâneo de norma contrária a legalidade, os direitos fundamentais, a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 9º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Contudo, reputou-se viável o reconhecimento da mora e a interpretação conforme possível para cessar o estado de inconstitucionalidade por omissão.

O ministro Celso de Mello fez ainda escorço histórico da lesão aos valores citados, lembrando que, no Brasil, as ordenações cominavam até a pena de morte para sodomia e *supplicium extremum* para práticas sexuais tidas por “desviantes”, como humilhar em fogueira, por influência da Inquisição religiosa em Portugal e do domínio político da colônia. Depois de lenta evolução, ainda em 2017, o país se deparou com aumento de 30% de homicídios contra LGBT, sendo considerado líder do ranking mundial. Destacou, ademais, a omissão penal seletiva contra preconceito e racismo, ressaltando o mandado de incriminação da CF, no art. 5º, XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”) e no art. 5º, XLII (“a prática do racismo constitui crime (...), nos termos da lei”). Além desse desrespeito à CF, lembrou que os direitos fundamentais não são oponíveis apenas contra ação do Estado, mas contra omissão na sua proteção, segundo a compreensão integral de proporcionalidade, que proíbi excesso e a proteção insuficiente (GM HC 104.410/RS). As lições sobre direito constitucional prosseguem com a exposição sobre o cabimento de ADI p neutralizar inércia de mais de 30 anos, nos termos do art. 22, inciso I, DF, lembrando que o projeto de Lei nº 5.003/2001, que no Senado passou a 122/06, acabou arquivado, porque se passaram duas legislaturas sem deliberação, sendo desarquivado

somente em 2011 e anexado ao do CP (PL do Senado nº 236/2012), mas sem prazo previsto para sair da Comissão de Constituição e Justiça. A mora não ocorreria apenas para propor, mas também para deliberar, nos termos da ADI 3.682/MT, rel. Gilmar Mendes. Lembrou-se que Eros Grau já havia vislumbrado demora legislativa no decurso de 24 meses e Joaquim Barbosa, de 12 meses, para outros casos. Na ADI 3.682/MT, rel. Gilmar Mendes, também reputou viável avaliar se tramitação de PL é procrastinatória e abusiva, sendo assim precedente a omissão sobre regulamentação do direito de greve de servidores, no qual o STF empregou disciplina das relações privadas.

Concluiu, assim, o Ministro Celso que compete ao controle concentrado do STF colmatar omissão inconstitucional, ainda que parcial (insuficiência) na efetivação do conteúdo material da CF, não bastando a formal, como ensinava Pimenta Bueno já na monarquia, pois representa violação de direitos fundamentais não lhes conferir aplicabilidade, fato esse de gravidade político-jurídica incontestável. Cita o escólio de Ana Candido Ferraz, ao explicar que tal situação configura mutação da CF, sem o processo previsto e a erosão da consciência constitucional. Pontes Miranda, como lembra o ministro, já ensinava que a Lei Maior pode ser mudada, mas não deixar de ser cumprida. Além desse direito público subjetivo à legislação, mereceram destaque no extenso voto o dever de probidade e a segurança da proteção do bem jurídico contra riscos. Portanto, buscou solução célere ao problema na preexistência do tipo penal para o racismo. A PGR, aliás, também não viu na Lei nº 7.716/89 analogia in *malam partem*. O voto retomou então a ideia de que o conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto e que tal classificação não tem base científica, constituindo construção histórico-social voltada para justificar a desigualdade, que ciência e livre manifestação não justificam. O racismo também pode ser cultural e sociológico, tendo conceito fluido, não apenas antropológico e étnico, e recaindo sobre parcela da sociedade, mediante conjunto de ideais, valores e condutas. Combater racismo, no seu sentir, é evitar confrontos na sociedade para manter a unidade intrínseca da espécie humana, dotada de uma mesma origem, sem divisão em raças, que colidiria com valores constitucionais e democrático.

Partindo da dimensão incindível do gênero humano, o ministro Celso reputa vedadas hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia e resgata a identidade entre homofobia e racismo da Convenção Internacional para eliminação da discriminação e do Estatuto de Igualdade racial. Presentes a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade

de submeter a vítima à diferenciação quanto ao acesso a oportunidades, configurar-se-ia o delito. A propósito, a Comunidade internacional elegeu o termo racismo como expressão que designa, sob o mesmo signo, todas as formas de discriminação e de intolerância. A ONU em 2013, aliás, recomendou aos países a criminalização de tais condutas. Equipara, em suma, a homofobia a uma ideologia racista, classista em torno de emoções (crenças), condutas (supremacia do hétero que exclui o diferente do acesso) e argumentos ideológicos (de autoridade e de teorias pseudocientíficas). Destacou o precedente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Vejdeland e outros vs. Suécia*, que admitiu para tal prática a mesma punição de outros racismos. Com efeito, a homofobia prega que critério biológico (macho/fêmea) determina um desejo sexual unívoco (hétero), assim como um comportamento social específico (masculino/feminino). O Min. Celso assevera que, se se discordar de que é também racismo, a homofobia e a transfobia se enquadrariam no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, contempladas por outro mandado de criminalização constitucional. Cita lição de Nucci sobre a imprescritibilidade do crime de racismo e a razoabilidade da inclusão de qualquer segregação. Segundo Fabiano Silveira, que também invoca no seu extenso texto, o racismo é elemento normativo, tendo o art. 20 da Lei de Conteúdo Polissêmico, voltado para conduta que represente qualquer forma de comportamento contra direitos da personalidade.

Considerou ainda a “pré-compreensão” dos valores para máxima eficácia dos comandos constitucionais, segundo os debates da Constituinte, como havia feito Nelson Jobim, e as circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, sopesadas por Maurício Correia no caso *Elwanger*, salientando que a hermenêutica não pode retirar força normativa da CF e que, para direitos humanos, também devem ser observados os tratados internacionais. Não se trataria de usurpar de poder ou de ativismo, mas de interpretar conforme a CF e realizar mera subsunção correta e integral. Ocupou-se assim do racismo como instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade dos outsiders e de exclusão da proteção do Direito, incluindo o social contra igualdade e democracia. Tal relação com raças, como classes, sequer teria base antropológica, disfarçando na verdade a desumanização do outro. Não se cuidaria, com efeito, de reconstrução do tipo ou sentença aditiva para coibi-la, mas de exegese, cuja viabilidade ou caráter extensivo certamente desperta grande controvérsia ainda hoje. Para sustentar sua posição, o Ministro então

invocou o precedente da ADPF 291/DF, rel. Min. Barroso, que entendeu não recepcionadas as expressões do art. 235 do CP Militar “pederastia” ou outro e “homossexual” ou não. Esclarece que os ideais da solidariedade, do respeito, da tolerância, da alteridade e do multiculturalismo, referidos na Conferência Internacional de Durban, em 2001, representariam, na verdade, os fundamentos ético-jurídicos no combate incessante ao racismo, à discriminação e ao discurso racializante (que cria raças) ilícito, base para o ódio contra outros, lembrando que tolerância não significa renunciar às próprias convicções.

O ministro Celso nega assim qualquer dano potencial à liberdade religiosa. Aduz que é irrelevante se proselitismo de natureza religiosa ou de caráter político-ideológico para a liberdade de expressão, que é de convencer ou de receber informações, mas que não legitima a intolerância, não se cogitando de direito absoluto. Dissentir não é lesar bem jurídico. Enfatiza, por fim, a função contramajoritária da jurisdição constitucional, ponderando que “nenhum direito ou garantia pode exercido contra a ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” e que o discurso para rebaixar outro é contra a própria liberdade. A exegese da primeira emenda dos EUA pela Suprema Corte, por exemplo, consoante pertinente paralelo, admitia a punição do ato de queimar cruz, como símbolo de ódio e não de liberdade de expressão. Acrescenta que nossa CF separou Estado e Igreja, optando pela neutralidade axiológica e pelo respeito à liberdade de religião, sem submetê-lo a dogmas religiosos. A liberdade e a dignidade humana, a qual decorre da busca pela felicidade como valor fonte que inspira todo ordenamento, limitam a liberdade religiosa e de expressão.

Nesse contexto, o culto ministro deferiu os pedidos de reconhecimento de omissão inconstitucional imputável ao Legislativo, de determinação, em consequência, da cientificação do Congresso Nacional para legislar e o subsidiário de colmatação jurisdicional da lacuna normativa existente, conferindo-se interpretação conforme às disposições normativas previstas na Lei nº 7.716/89, em ordem a explicitar, em harmonia com o que dispõe CF, art. 5º, XLI e XLII, que os atos de discriminação praticados em razão da orientação ou da identidade sexual configuram racismo.

7. Outras questões processuais

Na Reclamação 41557, relator Gilmar Mendes, foi concedida liminar para suspender os efeitos de decisão judicial que determinou a indisponibilidade

de todos os bens do ex-deputado estadual de São Paulo Fernando Capez no âmbito de ação civil por improbidade administrativa, em razão do trancamento definitivo de ação ajuizada contra ele decorrente da “Operação Alba Branca” (HC 158319). O MPF, então, havia ajuizado Ação Civil Pública “repetindo rigorosamente os mesmos fatos e sem nenhuma inovação no contexto probatório”. O trancamento da ação se fundara na demonstração inequívoca da ausência de sua participação nos fatos narrados, na comprovação da inexistência de enriquecimento ilícito ou de recebimento indevido de valores e na ilicitude das provas produzidas pela acusação. Atentou-se para a identidade do acervo fático-probatório da ação civil de improbidade e da ação criminal, inclusive com a duplicação da narrativa, por vezes utilizando-se das mesmas palavras. Tratou-se, enfim, de importante precedente para iluminar o complexo problema da autonomia ou sobreposição de instâncias de responsabilização, do *bis in idem* ou independência de requisitos para veiculação de pretensões do Ministério Público.

No AgReg do Inquérito 4435, o STF declarou que compete à Justiça Eleitoral decidir se há conexão entre delitos comuns e eleitorais para fins de desmembramento dos autos ou reunião, como fariam os Tribunais Superiores nas hipóteses de prerrogativa de foro em razão de crimes cometidos em razão e no exercício da função, remetendo ou não as ações contra outros investigados aos juízos competentes. Essa análise, contudo, não será verticalizada como na colaboração premiada, mas realizada pela Justiça Especial da mesma instância. O Min. Fachin, contudo, na ocasião, ponderou que reeleição não seria propriamente atribuição de mandato de deputado e que a competência da JF teria sede na CF (ex.: apuração da evasão de divisas atrairia as das demais condutas, salvo falsidade ideológica eleitoral porque também prevista no CF, art. 121). O min. Luis Barroso entendeu, por sua vez, que a apuração de corrupção, já iniciada na JF, deveria aguardar decisão dessa ao final da investigação, quando os autos seriam remetidos à JE, se se vislumbrasse apenas crime eleitoral. O Min. Fux, nesse sentido, considerou que só quando concluído o inquérito, seria definida a competência, posição seguida em linhas gerais por Carmem Lucia e Rosa Weber.

Diante da repercussão na mídia que ganhou o julgamento, o Min. Celso de Mello relembrou que o STF trata das relações entre poderes do Estado e direitos fundamentais, como definição do juiz natural e temas essenciais do devido processo legal, cujo respeito é fator de legitimidade da atividade estatal no combate à corrupção e à deformação do Estado Democrático de Direito, sem ceder ao clamor público e à maioria contingente. A restrição

à liberdade somente se pode guiar pela racionalidade e correção jurídica, desprovida de paixão, mesmo ante crimes graves, nas palavras do ministro, além de despontar relevante a experiência institucional. Concluiu que não se tratava de inovação, pois a Segunda Turma já tinha reconhecido a competência da J Eleitoral para crimes conexos, nos termos do art. 35 CE, em outras ocasiões (4.428-QO/DF, rel. GM; Pet. 6.694-AgR-AgR/DF, Tof; Pet. 6.986-AgR-ED/DF, Tof; Pet. 6.820-AgR-ED/DF, Red. LEW em abril de 2018). Citou como exemplo o pagamento de propina (art. 317, CP), mediante caixa 2 de campanha eleitoral (art. 350 CE) e Lavagem de dinheiro. Destacou que desde 1934, salvo em 37, tal competência sempre coube à Justiça Eleitoral (CF de 46, 67 e 69 e 88), na forma da lei complementar.

O ministro Celso enfatizou, assim, o princípio da continuidade normativa, além do incessante trabalho da JE para zelar pelo sistema democrático e lisura eleitoral. Destaca que, embora a competência da JF tenha sede na CF, a parte final do inciso IV, do art. 109, ressalva expressamente a da Justiça Eleitoral, sem excluir os crimes conexos, com ensina Jose Jairo Gomes. Ademais, a regra é reunir as investigações, quando presente conexão ou continência. Segundo Nucci, que invoca em seu voto, restaria analisar qual juízo prevalente, que atrairia os demais ou seria prorrogado. Se, por exemplo, na apuração de desobediência ocorre aditamento de crime eleitoral, desloca-se a competência para a Justiça Especializada, conforme precedentes de Rezek, Moreia Alves, do próprio Min. Celso Mello (Pet. 5700/DF e AgrReg5801), do des. Marcial Holanda (TJSP, junho/18) e da Corte Especial do STJ. A Justiça Eleitoral, então, decidirá pela reunião por conexão ou desmembramento, inclusive pelas hipóteses do art. 80 CPP (número de réus presos, distância ou justificativa relevante).

Perante as objeções de ordem pragmática, como perigo de retrocesso no combate à corrupção, o voto destacou reconhecimento pela própria Procuradora Geral da República de que tal prejuízo não ocorreria. Em suma, a interpretação sistemática, acima exposta, do art. 35 CE e do art. 78 CPP, recepcionados pela CF, foi acolhida para definição do Juiz Natural nessas situações. Assim, concedeu-se ordem de HC para anular atos praticados até oferecimento da denúncia no caso concreto, concedendo-se vista ao MP eleitoral. Vencida então a tese de que JF tinha competência na CF, em nível superior àquela estabelecida no CE para a Justiça Eleitoral, percebeu-se, na prática, que o MP deixou de perquirir eventuais crimes eleitorais, em algumas investigações, como forma de mantê-las na Justiça comum, com estrutura mais preparada para aquele grande volume de imputações de crimes de corrupção à época, preocupado com a celeridade

contra riscos de prescrição e por outras razões estratégicas. Essas são, portanto, algumas reflexões, ainda atuais e sujeitas ao debate judicial e público, que aportaram a julgamentos relevantes envolvendo questões penais, processuais e constitucionais, nos últimos anos, na Segunda Turma e no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Mauricio Zanoide (coord.). *Provas no processo penal: estudo comprado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

AQUINO, José Carlos Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição da insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LANGER, Máximo. *Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018.

LUIZI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2009. v. 3.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa probatória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

<http://portal.stf.jus.br/> (fonte dos votos citados).

