

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO

Andréa Walmsley, Lígia Cireno, Márcia Noll Barboza

INOVA- ÇÕES DA LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019

COLETÂNEA DE ARTIGOS

VOL. 7

INOVAÇÕES DA LEI
Nº 13.964, DE 24 DE
DEZEMBRO DE 2019

Ministério Público Federal

Procurador-Geral da República
Antônio Augusto Brandão de Aras

Vice-Procurador-Geral da República
Humberto Jacques de Medeiros

Vice-Procurador-Geral Eleitoral
Renato Brill de Góes

Ouvidor-Geral do Ministério Público Federal
Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Corregedora-Geral do Ministério Público Federal
Elizeta Maria de Paiva Ramos

Secretário-Geral
Eitel Santiago de Brito Pereira



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019

COLETÂNEA DE ARTIGOS
Volume.7

Coordenação e Organização

Andréa Walmsley

Lígia Cireno

Márcia Noll Barboza

Brasília - MPF

2020

© 2020 - MPF

Todos os direitos reservados ao Ministério Público Federal

Disponível também em:

<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>

B823i

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2.

Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão ; coordenação e organização: Andréa Walmsley, Lígia Cireno, Márcia Noll Barboza ; [colaboradores: Paulo Queiroz ... et al.]. — Brasília : MPF, 2020.

444 p. — (Coletânea de artigos ; v. 7)

Disponível também em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>

ISBN 978-65-00-04124-8

1. Processo penal — Brasil. 2. Direito penal — Brasil. 3. Sistema acusatório — Brasil. 4. Inquérito policial — Brasil. 5. Delação premiada — Brasil. 6. Exceção de impedimento — Brasil. 7. Persecução penal — Brasil. I. Brasil. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. II. Walmsley, Andréa (coord.). III. Cireno, Lígia (coord.). IV. Barboza, Márcia Noll (coord.). V. Queiroz, Paulo. VI. Título. VII. Série.

CDDir 341.43

Elaborado por Juliana de Araújo Freitas Leão — CRB1/2596

MEMBROS INTEGRANTES DA 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

Titulares:

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen
Coordenadora

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho
Subprocurador-Geral da República

Mônica Nicida Garcia
Subprocuradora-Geral da República

Suplentes:

Claudio Dutra Fontella
Procurador Regional da República

Márcia Noll Barboza
Procuradora Regional da República

Rogério José Bento Soares do Nascimento
Procurador Regional da República

Coordenação e Organização

Andréa Walmsley
Lígia Cireno
Márcia Noll Barboza

Planejamento visual, revisão e diagramação

Secretaria de Comunicação Social

Normalização Bibliográfica

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C
Fone (61) 3105-5100
70050-900 - Brasília - DF

www.mpf.mp.br

SUMÁRIO

	Apresentação	7
1	A APLICAÇÃO DA NOVA LEI NO TEMPO..... <i>Paulo Queiroz</i>	12
2	O INFORMANTE NO CONTEXTO DOS SISTEMAS DE <i>COMPLIANCE</i>	32
	<i>Artur de Brito Gueiros Souza</i>	
3	A NOVA FIGURA DO AGENTE DISFARÇADO	54
	<i>Caroline de Assis e Silva Holmes Lins</i> <i>Renee do Ó Souza</i> <i>Rogério Sanches Cunha</i>	
4	A REGULAMENTAÇÃO DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL E O NÚCLEO INTANGÍVEL DA VIDA PRIVADA	68
	<i>Pedro Melo Pouchain Ribeiro</i>	
5	O DIREITO À PRIVACIDADE E A PERMISSÃO DE GRAVAÇÃO DE VISITAS AOS PRESOS EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	96
	<i>Yuri Coelho Dias</i>	
6	O SISTEMA ACUSATÓRIO E O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.....	116
	<i>Francisco Dirceu Barros</i> <i>Vladimir Aras</i>	
7	AS NOVAS NORMAS SOBRE O ARQUIVAMENTO DO FATO PENAL	164
	<i>Guilherme Fernandes Ferreira Tavares</i>	
8	O JUIZ DAS GARANTIAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA	186
	<i>Ana Paula Rebelato Luizão</i> <i>José Mauro Luizão</i>	
9	OS NOVOS IMPEDIMENTOS DO JUIZ.....	210
	<i>Douglas Fischer</i>	
10	REFLEXÕES SOBRE A HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA	226
	<i>Pierpaolo Cruz Bottini</i> <i>Vladimir Aras</i>	
11	A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA	232
	<i>Lidiane Teixeira de Souza</i>	
12	A <i>PLEA BARGAINING</i> NORTE-AMERICANA	264
	<i>Clarissa Villas-Bôas dos Santos Tabosa</i>	

13	O DEVIDO PROCESSO CONSENSUAL E OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	290
	<i>Vitor Souza Cunha</i>	
14	A NOVA DISCIPLINA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: IMPLICAÇÕES PRÁTICAS PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO	314
	<i>Lucas César Costa Ferreira</i>	
15	O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO	330
	<i>Pauliane do Socorro Lisboa Abraão</i>	
	<i>Victoria A. dos Santos Lourinho</i>	
16	ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: OPORTUNIDADE, RETROATIVIDADE E PRECLUSÃO	348
	<i>Bruno Calabrich</i>	
17	A CONFISSÃO DO CONCURSO DE AGENTES NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	366
	<i>Monique Cheker</i>	
18	A PERSECUÇÃO PATRIMONIAL E O CONFISCO ALARGADO	378
	<i>Fernando Rocha de Andrade</i>	
19	CONFISCO ALARGADO: APORTES DE DIREITO COMPARADO	392
	<i>Roberto D'Oliveira Vieira</i>	
20	A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI	422
	<i>Rafael Schwez Kurkowski</i>	

APRESENTAÇÃO

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Câmara Criminal), órgão colegiado superior do Ministério Público Federal, publica sua sétima coletânea de artigos, mais uma vez sobre temas relevantes à atuação dos membros do Ministério Público brasileiro. A presente publicação, oferecida em formato digital aberto e resultante de uma seleção pública de artigos, pretende ser uma contribuição ao debate científico sobre as inovações da Lei nº 13.964/2019, também referida como Lei Anticrime, entre outras designações.

Seja por pretender tornar mais efetiva a persecução penal no Brasil, interesse do Ministério Público, seja em razão das discussões científicas que suscita, a Lei Anticrime é, portanto, o foco desta coletânea de artigos de autoria tanto de membros e servidores do MP quanto de advogados, professores e pesquisadores. A nova lei resulta, como se sabe, de uma confluência entre o Projeto de Lei nº 882/2019, desenvolvido pelo então ministro Sérgio Moro, e o Projeto de Lei nº 10.372/2018, elaborado por uma comissão presidida pelo ministro Alexandre de Moraes. O resultado dessas iniciativas é um texto legal que imprime mudanças significativas em nosso sistema, algumas consideradas positivas, e outras, negativas, sendo diversas delas polêmicas, o que justifica um estudo inclusivo de diferentes pontos de vista.

O artigo 1 – A aplicação da nova lei no tempo –, aborda questionamentos relativos à retroatividade e à aplicação imediata da Lei nº 13.964/2019, procurando identificar quais alterações deverão atingir fatos penais pretéritos, questão por vezes de difícil solução. Nesse desiderato, o autor oferece uma análise incontornável, defendendo que “os princípios constitucionais penais incidem igualmente sobre o direito, o processo e a execução penal”. Segundo sustenta, a circularidade da relação entre lei penal, lei processual e lei de execução determina que os princípios devem incidir de modo unitário, exemplificando: “a vedação da prova ilícita e o princípio do juiz natural, por exemplo, não são senão o princípio da legalidade penal, embora com outro nome”. O autor indica, entre as diferentes matérias modificadas, as alterações que devem e as que não devem retroagir.

Os artigos 2, 3 e 4 examinam mecanismos de prevenção e detecção necessários ao aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal brasileiro. Fala-se, no segundo artigo, sobre o novo regime do informante ou *whistleblower*, ao qual se pretende, com as modificações, assegurar um grau de proteção elevado, equiparável ao de países mais avançados nesse tema e compatível com os *standards* estabelecidos pelas organizações internacionais. Como ressalta o autor, a Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 882/2019 defendeu a figura do “informante do bem”. Uma das conclusões do artigo – que parece

contribuir para um sistema de integridade horizontal, dinâmico e não dependente do Estado —, é a de que o local adequado para a gestão dessa figura e o direcionamento das informações é o setor de *compliance* das entidades tanto públicas quanto privadas.

A nova figura do agente disfarçado, tratada no terceiro artigo, também é de grande importância. Os autores demonstram que a inovação se situa entre “uma simples campanha policial, de um lado, e uma infiltração policial ou ação controlada, de outro”. A partir das alterações feitas pela Lei Anticrime nas Leis nºs 10.826/2013 e 11.343/2006, tem-se o agente disfarçado como aquele que, ocultando sua real identidade, posiciona-se como uma pessoa comum, não chegando a infiltrar-se no grupo criminoso, nem intervindo na prática do crime como o agente provocador. As alterações consistem em tipificar, de maneira unilateral e autônoma, a conduta de quem vende ou entrega arma, acessório, munição, drogas ou matéria-prima a um agente policial disfarçado.

Sobre a captação ambiental, objeto do quarto artigo, seu autor observa que ela vem agora regulamentada na Lei nº 9.296/1996, que dispunha sobre interceptações telefônicas e que passa então a ser uma “lei geral de interceptação”. Em uma análise histórica sobre a matéria, aprofunda o direito à privacidade com base na teoria das três esferas e indica a esfera da intimidade como o núcleo intangível da vida privada. Reconhecendo essa área individual como absolutamente impenetrável, conclui o autor, à luz da autodeterminação informativa, pela existência de limites materiais absolutos às captações feitas em situações de extrema intimidade humana. Discorre ainda sobre o atual cenário de massificação de tecnologias de vigilância e oferece extensos aportes de Direito Comparado.

Ainda sobre o direito à privacidade, porém na fase de execução da pena, o artigo 5 examina o tema da gravação de visitas recebidas por presos. O autor busca examinar precisamente se é constitucional a alteração introduzida pela Lei nº 13.964/2019 que permite que as conversas entre visitantes e presos em regime disciplinar diferenciado sejam gravadas. É verdade que a inovação prevê que essas gravações serão averiguadas somente quando necessário e mediante autorização judicial. O artigo se debruça, ainda assim, sobre essa relativização do direito à privacidade e sua proporcionalidade.

Os artigos 6 e 7 tratam das alterações sobre o arquivamento do fato penal. Uma detida análise sobre o sistema acusatório é desenvolvida no sexto artigo, destacando-se a conclusão de que o novo procedimento de arquivamento não diminui a *accountability* institucional, mas transferiu a iniciativa de provocar esse controle a quem, diferentemente do juiz, pode ter interesse na deflagração da ação penal: a vítima ou seu representante

legal. O sétimo artigo oferece um amplo panorama sobre o tema, mostrando que são diversos os argumentos constitucionais, legais e de conveniência em favor de que o arquivamento do fato penal seja homologado internamente no próprio Ministério Público.

Igualmente relevantes as análises críticas dos artigos 8 e 9 sobre o juiz das garantias e os novos impedimentos dos magistrados. Em ambos os artigos, demonstra-se que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afastou o argumento de presunção de quebra da imparcialidade do juiz que atua na fase da investigação, diferentemente do que sustentado por alguns autores no Brasil. O oitavo artigo propõe que é necessária uma reflexão sobre a necessidade da figura do juiz das garantias, destacando, entre outros pontos, que o pretendido julgamento por magistrados com distanciamento do conjunto probatório já é atingível pela via do duplo grau de jurisdição e pela absoluta inexecutoriedade da sentença condenatória de primeiro grau. O nono artigo mostra que o ordenamento brasileiro já prevê, desde a edição do atual Código de Processo Penal, os impedimentos reconhecidos nos tribunais de direitos humanos, e que se criou algo na contramão dos melhores precedentes, transformando o Brasil no único país a presumir a quebra da imparcialidade.

A partir do artigo 10, tem-se uma série de estudos sobre a justiça penal negociada ou consensual, iniciando por uma reflexão crítica quanto às novas regras aplicáveis à homologação do acordo de colaboração premiada. Os autores apontam as inconsistências que poderão decorrer das alterações introduzidas, pois agora se prevê que o juiz não mais se limitará a avaliar, no momento da homologação, a regularidade, a legalidade e a voluntariedade do acordo, mas também os benefícios pactuados e os resultados do acordo.

Nos artigos 11 a 17, diferentes enfoques sobre o acordo de não persecução penal (ANPP) são examinados: a justiça penal negociada, a *plea bargaining* norte-americana, a noção de devido processo penal consensual, as implicações práticas do ANPP para a atuação do Ministério Público, a discricionariedade ministerial na celebração do ANPP, as questões sobre retroatividade e preclusão e, por fim, a confissão do concurso de agentes. Os artigos cobrem, assim, diferentes aspectos teóricos e práticos dos acordos, justificando uma leitura atenta sobre esse instituto tão importante, por seu enorme potencial de alterar o cenário de formalismo e inefetividade da persecução penal brasileira.

O confisco alargado é outro tema que merece destaque nesta coletânea. Trata-se, certamente, de uma das mais inovadoras ferramentas introduzidas pela Lei Anticrime. O artigo 18 aborda o confisco no contexto mais amplo da persecução patrimonial, demonstrando que não se enfrentam as organizações criminosas e o crime de colarinho branco de maneira efetiva sem técnicas que firam econômica e financeiramente esse

tipo de criminalidade. O autor examina os requisitos do confisco, a questão do ônus da prova e o patrimônio que pode ser confiscado. O artigo 19, por sua vez, traz uma análise de Direito Comparado, demonstrando que a estrutura singular do novo instrumento, o exercício probatório necessário à sua aplicação, a discussão sobre incidência imediata em crimes praticados anteriormente à previsão em lei, a exigência de a acusação provar alguma atividade criminosa pretérita e o prazo prescricional – são todos pontos igualmente debatidos em outros países, com argumentos que poderão nos auxiliar na correta aplicação do instrumento.

Por fim, no artigo 20 desenvolve-se uma instigante análise sobre a execução provisória da pena no júri, prevista no art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal com a alteração da Lei Anticrime. O autor estabelece que se cuida do cumprimento imediato da pena decorrente de condenação, não tendo, portanto, natureza de prisão cautelar. Compara a redação original proposta e a que foi finalmente aprovada, entendendo indevido o acréscimo do limite mínimo de quinze anos de pena privativa de liberdade para que possa haver o cumprimento provisório da condenação. Ao final, afiança que a execução provisória da pena no júri é compatível com a Constituição Federal por ser um consectário da soberania dos veredictos.

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão espera que esta publicação coletiva seja útil e proveitosa tanto em debates teóricos quanto na atuação profissional envolvendo a aplicação de temas, figuras e institutos introduzidos ou modificados pela Lei nº 13.964/2019, e que essas alterações possam ser interpretadas e aplicadas de modo a contribuir para a modernização e a efetividade da persecução penal no Brasil.

Andréa Walmsley – PR/PE
Lígia Cireno Teobaldo – PR/AP
Márcia Noll Barboza – PRR1

A APLICAÇÃO DA NOVA LEI NO TEMPO

Paulo Queiroz¹

Resumo: O texto trata da retroatividade do Pacote Anticrime. Propõe um sistema integrado de Direito Penal, processo e execução penal, e consequentemente um tratamento unitário para questões penais, processuais penais e lei de execução. Propõe, assim, que a lei penal em sentido amplo retroage quando for favorável ao réu. Não retroage quando for prejudicial ao réu.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Execução penal. Retroatividade da lei penal em sentido amplo. Sistema integral de direito, processo e execução penal. Pacote Anticrime. Lei nº 13.964/2019. Juiz de garantias. Acordo de não persecução criminal. Prisão preventiva. Lei favorável. Lei prejudicial.

Abstract: *The text deals with the retroactivity of the anti-crime package. It proposes an integrated system of criminal law, criminal prosecution and enforcement, and as a consequence, a unitary treatment for criminal matters, criminal proceedings and enforcement law. It proposes that the criminal law in a broad sense retroact when it is favorable to the defendant. Do not retroact when it is harmful to the defendant.*

Keywords: *Criminal Law. Criminal Procedural Law. Criminal enforcement. Criminal law retroactivity in the broad sense. Comprehensive system of law, process and criminal enforcement. Anti-crime Package. Law No. 13.964/2019. Guarantee judge. Criminal non-prosecution agreement. Pre-trial detention. Favorable law. Harmful law.*

1 INTRODUÇÃO

De acordo com art. 2º do Código de Processo Penal (CPP), a “lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Já o Código de Processo Civil (CPC) (art. 14) diz que a “norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. Como se vê, ambos os Códigos asseguram igualmente: 1) a aplicação imediata da lei nova; 2) a validade dos atos processuais praticados sob a vigência da lei anterior.

¹ Procurador regional da República na PRR 1ª Região e professor da Universidade de Brasília.

No entanto, dizer que a lei tem aplicação imediata pouco significa, já que qualquer lei é aplicável imediatamente pelo só fato de entrar em vigor. É, pois, um simples pleonasmo afirmar que a lei processual penal é imediatamente, não mediatemente, aplicável.²

A questão fundamental é saber se a lei nova retroage, quando, como e por que retroage, e quais são as consequências concretas disso.

Uma reforma tão importante e complexa – como feita pela Lei nº 13.964/2019, que altera diversos dispositivos de direito material, de direito processual e da lei de execução penal –, exigiria um tratamento cuidadoso e detalhado relativamente à vigência da lei no tempo. Mas não foi o que aconteceu, pois absolutamente nada se disse a respeito.

O Código de Processo Penal português (art. 5º),³ por exemplo, ao dispor sobre o assunto, previu que a lei processual penal tem aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos atos realizados na vigência da lei anterior. Além disso, dispôs que a lei processual penal não se aplica aos processos iniciados anteriormente à sua vigência quando da sua aplicabilidade imediata puder resultar: 1) o agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa; 2) quebra da harmonia e unidade dos vários atos do processo.

Embora o Código português tenha dado tratamento mais completo e adequado a esse complexo tema, temos que é preciso ir além e superar a distinção aí pressuposta entre leis penais, leis processuais penais e lei de execução penal. Para nós, Direito Penal, Direito Processual Penal e lei de execução penal são apenas nomes para designar um mesmo fenômeno: o poder punitivo estatal em seus vários momentos de incidência, isto é, o processo penal e a execução penal são o próprio Direito Penal em ação, implicando uma unidade essencial. Logo, os princípios que valem para o Direito Penal material hão de valer para todo o resto. Por isso, no particular é irrelevante a distinção entre normas penais, processuais, executórias ou mistas.

2 A doutrina clássica fazia distinção entre retroatividade e imediateidade. Hélio Tornaghi dizia que: "A norma de direito judiciário penal tem que ver com os atos processuais, não com o ato delitivo. Nenhum ato do processo poderá ser praticado a não ser na forma da lei que lhe seja anterior, mas nada impede que ela seja posterior à infração penal. Não há, nesse caso, retroatividade da lei processual, mas aplicação imediata. Retroatividade haveria e a lei processual nova modificasse ou invalidasse atos processuais praticados antes de sua entrada em vigor". TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 174.

3 1 – A lei processual penal é de aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos actos realizados na vigência da lei anterior. 2 – A lei processual penal não se aplica aos processos iniciados anteriormente à sua vigência quando da sua aplicabilidade imediata possa resultar: a) Agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa; ou b) Quebra da harmonia e unidade dos vários actos do processo.

O que de fato importa é saber se a lei é favorável ou prejudicial ao investigado, réu, condenado ou apenado. Se favorável, retroage; se prejudicial, não retroage. Assim, quer se trate de lei penal, quer se trate de lei processual etc., o princípio será o mesmo: a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Em resumo, a retroatividade da lei penal (em sentido amplo) há de ser pensada a partir de uma perspectiva garantista.⁴

Também por isso, a interpretação correta a ser dada ao art. 5º, XL, da Constituição é a que compreende a expressão “lei penal” como lei penal em sentido amplo, isto é, compreensiva da lei penal em sentido estrito, da lei processual penal e da lei de execução penal.⁵

Retroagir significa aqui que a lei regerá infrações penais (crimes e contravenções) cometidas antes da sua entrada em vigor, consumadas ou tentadas, não importando a data da instauração da investigação ou do respectivo processo. Não retroagir significa o contrário: que a lei só incidirá sobre os delitos praticados após a sua vigência.

Evidentemente, não seria justo nem conforme o princípio da isonomia se a aplicação da lei ficasse na dependência de ter sido proferida ou não a sentença, ainda que os crimes fossem praticados na mesma data. Assim, por exemplo, num caso de coautoria ou de participação, se os processos tramitassem separadamente, um com mais, outro com menos celeridade.⁶ Nesse caso, a aplicação ou não do instituto dependeria de um dado aleatório e alheio à vontade do agente: a celeridade do processo.

Retroagir não significa, porém, que os atos processuais praticados na forma da lei do tempo sejam inválidos. Como é óbvio, a validade de um ato processual só pode ser apurada segundo a lei vigente à sua época (*tempus regit actum*), não com base numa lei nova, inexistente quando da prática do ato.

4 Ver QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antônio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, p. 143, out. 2004.

5 Art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

6 Nesse sentido, José Jairo Gomes afirma que “Entendimento diverso implicaria afronta direta ao princípio da isonomia. Assim, e.g., duas pessoas que cometeram o mesmo delito, na mesma data, a depender do andamento processual célere ou lento do inquérito policial e processo penal, poderiam estar ou não acobertados pela possibilidade do acordo. Ou seja, onde houve o procedimento célere e já tendo havido o oferecimento da denúncia, restaria prejudicado o réu, o que é inconcebível frente ao postulado constitucional da igualdade. A afronta à isonomia seria ainda mais evidente – e grave – na hipótese de concurso de pessoas, em que um coautor ou participe só viesse a ser identificado posteriormente, pois, nesse caso, o denunciado não faria jus ao benefício que teria de ser oferecido ao seu parceiro no crime”. (Manifestação nº 5797/2020/JJGD/PRR 1ª Região)

2 POR UM SISTEMA INTEGRADO DE DIREITO PENAL, PROCESSO E EXECUÇÃO PENAL

Como se sabe, atualmente não se discute a autonomia do processo e da execução penal relativamente ao Direito Penal, disciplinas que contam com sistematização, legislação, doutrina e princípios próprios, e tudo o mais que a especialização e a tecnicização do saber jurídico-penal implicam.

Mas essa autonomia do Direito Processual Penal e da execução penal é um tanto recente, porque originariamente tudo isso constituía um capítulo ou aspecto do Direito Penal.⁷ Francesco Carrara, por exemplo, no seu *Programa de Direito Criminal* (de 1859), tratou do processo penal na terceira seção da parte geral do seu curso sob o título do *Julgamento criminal*. Carrara escreveu:

O julgamento criminal é o terceiro momento de fato em que, depois de haver regulamentado a *proibição* e a *sanção* desta proibição, se desenvolve e se completa, conforme a ciência, a função punitiva. Este terceiro assunto é mais importante que os anteriores, porque é ele que põe em contato com os seres vivos e sensíveis a palavra da lei criminal que proíbe e castiga. A *proibição* seria uma fantasia se não fosse seguida da *sanção*, e esta seria uma quimera se não fosse acompanhada do *julgamento*, com a subsequente efetiva execução da sentença.⁸

Daí porque autores, como Cavaleiro de Ferreira, diziam que o Direito Penal (em sentido amplo) compreendia o Direito Penal (em sentido estrito), o Direito Processual Penal e o Direito da Execução Penal, os quais estão interligados e sua distinção é de caráter for-

7 Segundo Manzini, “a cátedra de direito penal (*lectura criminalis*) foi instituída em Bolonha em 1509 e em Pádua em 1540. Ensina-se, então, direito penal junto ao direito processual penal. Em 1805 Napoleão instituiu em Pávia o ensino de processo penal e civil, mas em 1808 o processo civil foi separado do penal, que voltou à cátedra de direito penal” MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Librería El foro, 1996. v. 1, p. 19. Já Luis Jiménez de Asúa afirma que “os fundadores da ciência do Direito Penal, como Fuerbach e von Grolman, na Alemanha, e Carmignani na Itália, consideravam o Procedimento penal como parte integrante do Direito Penal. Todavia, em nossos dias Pessina (Elementos, p. 16-17) e o Padre Jerónimo Montes, se inclinam por este critério.” ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964. tomo 1, p. 67. De acordo com Niceto Alcalá-Zamora y Castilho, a chamada “fase científica” do processo penal teve início com a obra de Oscar Bülow, de 1868, A teoria das exceções e dos pressupostos processuais, que operou a independência do processo penal relativamente ao Direito Penal, já iniciada pelos judicialistas da escola de Bolonha e acentuada quando da codificação napoleônica, que difundiu o modelo de legislação separada. CASTILHO, Niceto Alcalá-Zamora. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. tomo 2, p. 308-309.

8 CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**: parte general. Bogotá: Temis, 1973. v. II, p. 227. Também Giovanni Carmignani, que foi professor de Carrara, referiu-se ao processo penal no livro segundo de seu *Elementi di diritto criminale*, cuja primeira edição é de 1808, sob o título de Dei Giudizi Criminali (dos julgamentos criminais). CARMIGNANI, Giovanni. **Elementi di Diritto Criminale**. Milano: Carlo Brigola editore, 1882. E Gaetano Filangieri, em *La Scienza della legislazione* (Nápoles, 1780), tomo 1, no livro terceiro sobre as leis criminais (*Delle leggi criminali*) tratou do procedimento penal (*della procedura*). FILANGIERI, Gaetano. **La Scienza della Legislazione**. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1984. Tomo 1, Livro terceiro, p. 385.

mal ou metodológico.⁹ Justo por isso, no passado estudava-se o Direito Penal e o Direito Processual Penal conjuntamente, como testemunha a bibliografia jurídica com os seus livros sobre “Prática Criminal”.¹⁰ Nesse sentido, o processo penal é uma parte do Direito Penal.¹¹ O processo é a dimensão procedimental do Direito Penal.

Com o passar do tempo, a unidade entre direito, processo e execução penal foi se perdendo ou sendo progressivamente superada com a especialização do saber penal, processual penal e executório. Atualmente, existe clara separação dessas disciplinas, a ponto de, com alguma frequência, professores de Direito Penal não ensinarem processo penal, e vice-versa.

Apesar disso, entre direito, processo e execução penal não há independência, mas relativa autonomia, dado o caráter indissolúvel dessa relação. Afinal, não existe direito sem um processo de legitimação do direito. O direito pressupõe um poder de dizer o direito – a jurisdição.¹²

Ademais, o princípio do justo processo ou do devido processo legal, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV), tem um conteúdo, a um só tempo, penal e processual penal, já que pressupõe a prática de uma conduta penal punível (crime ou contravenção) apurada, processada e julgada na forma da lei.¹³ Sem crime, não há processo; sem processo, não há pena. Crime-processo-pena formam, pois, uma trindade-unidade.¹⁴

9 FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 35. De modo similar, na doutrina penal portuguesa: COSTA, José de Faria. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2015; SILVA, Germano Marques da. **Direito Processual Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica editora, 2013; ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2017; e MONTES, Mário Ferreira. Da realização integral do direito penal. In: DIAS, Jorge Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José Faria da. **Ars Iudicandi**: Estudos em homenagem ao professor doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra editora, 2008. v. 2.

10 FERREIRA, *op. cit.*

11 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 1974.

12 Como escreve Neves, se é certa a autonomia (normativa e dogmática) entre o Direito Penal material e o Direito Processual Penal, não é menos certo que eles concorrem numa integrante unidade, aquela que encontra expressão numa relação de complementariedade. Ainda de acordo com o autor, o processo penal é a forma juridicamente válida da jurisdição criminal. NEVES, Antonio Castanheira. **Sumários de Processo Criminal**. Coimbra: 1968.

13 De modo similar, PASTOR, Daniel R. Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales. In: PASTOR, Daniel R. **Tensiones**: Derechos fundamentales o persecución penal sin limites. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. Segundo Eugênio Pacelli, o direito ao contraditório não constitui uma norma de direito processual, ainda que no processo é que se efetive e se exerça, pois toda garantia individual relativa ao *due process of law* tem conteúdo eminentemente material. PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 371.

14 Isso não significa, por óbvio, que o processo deva conduzir forçosamente à condenação. Também assim deve ser entendida a afirmação de Aury Lopes Júnior de que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo senão para determinar o delito e impor uma pena”. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 34.

Com efeito, só por meio do processo é possível determinar, entre outras coisas: a materialidade e a autoria da infração penal, a exata definição jurídico-penal (tipificação), o caráter doloso, preterdoloso ou culposo da ação, a ocorrência de legítima defesa, a imputabilidade, o juiz natural, a legalidade da prova e da prisão processual, a culpa ou a inocência do réu, aplicando-lhe, conforme o caso, pena ou medida de segurança.

Por fim, o processo penal nasceu como Direito Penal, e, em que pese a autonomia, essa relação se mantém fortíssima. Tão forte é essa relação que não seria incorreto se o chamássemos, o processo penal, de Direito Penal Processual. Mas um tal neologismo não nos ajudaria em nada.

Do ponto de vista legislativo, parece relativamente fácil distinguir Direito Penal e Direito Processual Penal: o Direito Penal é parte do ordenamento jurídico que define os crimes e comina as penas; e o processo penal, que é uma dimensão ou desdobramento do Direito Penal, é a parte do ordenamento jurídico que estabelece a forma e os meios de investigação, processamento e julgamento das infrações penais, aí incluído o procedimento recursal.

O art. 121, *caput*, do Código Penal, por exemplo, ao definir o crime de homicídio simples (matar alguém) e cominar a respectiva pena (reclusão, de 6 a 20 anos), é uma norma penal; já o art. 70 do Código de Processo Penal é uma típica norma processual penal:

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Simplificadamente, portanto, a legislação penal diz o que é crime e qual é sua pena, enquanto a processual penal diz como investigá-lo, processá-lo e julgá-lo validamente.

E, além de definir crimes e cominar penas, o Direito Penal dispõe sobre os princípios fundamentais que regulam a atividade penal do Estado e prevê os institutos indispensáveis ao exercício desse poder: crime, pena, dolo, culpa, autoria, participação etc.

De todo modo, a distinção é perfeitamente possível no plano da legislação. Mas mesmo aqui cabe questionar a natureza penal ou processual penal de certas normas, se penais ou processuais penais.

Afinal, também o Código Penal, que contém a legislação penal fundamental, prevê normas de caráter processual. De acordo com o art. 100 do CP, por exemplo, a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. E é pública condicionada quando a lei exige representação do ofendido ou requisição do ministro da Justiça.

Ademais, nem sempre é fácil distinguir normas penais de processuais penais, como as que dizem respeito: 1) à suspensão condicional da pena; 2) ao livramento condicional; 3) aos efeitos da condenação; 4) à reabilitação; 5) à extinção da punibilidade; 6) ao perdão judicial. A indicação poderia prosseguir, citando as figuras do agente infiltrado, da colaboração premiada, dos regimes de cumprimento de pena, da prescrição, da detração penal etc.

Esses institutos têm, no mínimo, conteúdo misto: penal, processual penal e/ou executório. Caberia referir ainda a reincidência e outros com tríplice repercussão: penal (individualização da pena), processual (decretação de prisões) e executória (progressão de regime). A colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013) pode ocorrer, inclusive, em qualquer fase (investigação, processo e execução penal), podendo acarretar o perdão judicial, a redução da pena, a suspensão do prazo prescricional, a progressão de regime etc.

É certo ainda que o atual CPP dedica todo um livro (Livro IV) à execução das penas e às medidas de segurança (art. 668 *et seq.*).

Se é relativamente fácil, ou pensávamos que o era, distinguir Direito Penal de Direito Processual Penal, de uma perspectiva dinâmica, porém, há uma tal interação entre os dois ramos do direito que a distinção parece inconsistente. Aqui a separação é mais aparente do que real.

É que o Direito Penal não é autoaplicável ou não é voluntariamente aplicável, ao contrário do que se passa com o Direito Civil. Porque somente por meio do processo é possível determinar se há ou não há um crime, quem é seu autor, se existe uma conduta típica, ilícita, culpável e punível. E, uma vez comprovada a punibilidade do crime, poder-se-á aplicar uma pena e submeter o condenado à sua execução forçada.

Não há, por conseguinte, crime sem pena, nem pena sem processo — *nullum crimen, nulla poena sine iudicio*. O processo é o meio de construção — ou desconstrução — jurídica do crime.¹⁵

Daí dizer-se que entre Direito Penal e Direito Processual Penal há uma relação de mútua referência e complementariedade funcional:¹⁶ um e outro prestam-se à definição legal da culpa penal.

Com efeito, o crime não existe *a priori*, mas *a posteriori*, por meio do processo; o processo penal é, pois, o modo constitucionalmente legítimo de realização do Direito Penal.¹⁷ Realizar o direito não significa aqui condenar o réu, mas concretizar uma decisão justa, isto é, conforme a lei penal e as garantias do devido processo legal. Uma decisão justa pode, portanto, ter conteúdo variadíssimo: condenação, absolvição, anulação do processo, reconhecimento de prescrição etc.

A finalidade do processo penal é assim complexa: a condenação do culpado, a proteção do inocente, a legalidade do procedimento e a estabilidade das decisões.¹⁸ Como é óbvio, tais fins podem se chocar, seja porque é natural que as partes advoguem teses e interesses contraditórios ou divergentes, seja porque essas finalidades são diversamente interpretáveis. Assim, por exemplo, contra a pretensão de produção da verdade processual sempre se poderá opor a ilicitude dos meios de prova, o princípio da não autoincriminação, a preclusão etc.

É importante perceber ainda que, ao recorrer à dogmática penal e processual penal, o juiz não se limita a constatar um crime e a aplicar-lhe uma pena, mas a construí-lo socialmente, afinal, o direito e, pois, o crime, não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, razão pela qual a interpretação do fato punível não é um modo de constatar ou desvelar um direito ou um crime preexistente, mas a forma mesma de construção do direito e do crime. Porque o sentido das coisas (fatos, provas, textos etc.) não é dado pelas próprias coisas, mas por nós, ao atribuímos determinado sentido num universo de possibilidades — aí incluída a falta de sentido.

15 Como escreve Manzini, o Direito Penal não é um direito de coação direta, mas de coação indireta (ou de justiça). O poder punitivo não pode atuar-se imediatamente, com o uso direto da força, como pode fazer, ao contrário, o poder policial. As condições são diversas e são diversos os fins. A polícia tem a necessidade de ação imediata para impedir que ocorra ou que se prolongue a perturbação da ordem. Já o poder judicial, que sobrevém quando o ilícito já se realizou, não tem essa urgente necessidade, senão que pode atuar com plena ponderação, com as cautelas e garantias da justiça. MANZINI, *op. cit.*, p. 106.

16 DIAS, *op. cit.*

17 Nesse sentido, MAIER, Júlio. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

18 ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 4.

Assim, o processo, ao dispor sobre o modo como se dará a investigação, o processamento e o julgamento dos crimes, estabelece as condições de legitimação — e também de deslegitimação — da jurisdição penal, que é o poder de dizer o direito no caso concreto.

Nesse sentido, o processo penal é um *continuum* do Direito Penal, ou seja, é o próprio Direito Penal em ação, em movimento, razão pela qual formam uma unidade, um todo incindível. Afinal, não há Direito Penal sem processo penal, nem processo penal sem Direito Penal, pois estão logicamente implicados. O processo é, pois, o motor que põe em funcionamento o sistema penal. Não por acaso, ele é mais sensível às mudanças e reformas políticas, marcadas por avanços e retrocessos.

Justo por isso, a relação entre Direito Penal e processo penal não é propriamente instrumental, mas substancial.¹⁹ Como ensinava Calmon de Passos, “não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um”.²⁰

3 IMPLICAÇÕES DE UM SISTEMA INTEGRADO

Quais as implicações da unidade ou circularidade dessa relação entre Direito Penal e processo penal?

Possivelmente o mais importante é que os princípios devem incidir de modo unitário, porque os princípios penais são princípios processuais penais, e vice-versa.

Assim, a vedação da prova ilícita e o princípio do juiz natural, por exemplo, não são senão o princípio da legalidade penal, embora com outro nome. E os princípios da in-

19 De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, “o direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se, no quadro das instituições do Estado, pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 59. Como observa, porém, Mário Ferreira Monte, o “direito processual penal não pode ser visto como uma disciplina meramente instrumental, ainda que o seja funcionalmente em certo sentido. Se assim fosse, significaria que não lhe estaria reservado qualquer espaço criativo na realização do direito penal. Com efeito, tendo autonomia teleológica, isso significa, entre outras coisas, que, na prossecução do interesse material de realização concreta da própria ordem jurídica, o direito processual penal também conforma as restantes ciências no sentido e solução de alguns dos concretos problemas dogmáticos”. MONTES, *op. cit.*, p. 754-755. Também Germano Marques da Silva assinala que o processo não tem natureza meramente instrumental, mas alto significado ético e político. SILVA, *op. cit.*, p. 18.

20 CALMON DE PASSO, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de processo**, São Paulo, ano 26, n. 102, abr./jun. 2001.

transcendência, *nemo tenetur se detegere e ne bis in idem* têm repercussão penal, processual penal e executória.²¹

Também não faz sentido tratar diversamente o princípio da irretroatividade da lei: quer se trate de norma penal, quer de norma processual, há de retroagir sempre que for mais favorável ao imputado. Não retroagirá quando lhe for prejudicial. O princípio é, pois, o mesmo: a lei (penal, processual penal etc.) não pode retroagir para prejudicar o réu.

Por fim, também a execução penal, última etapa de realização do Direito Penal – visto que direito, processo e execução penal formam um *continuum* –, há de reger-se pelos princípios constitucionais do direito e do processo penal. Assim, modificações legislativas criadas em desfavor do condenado não podem atingir as condenações por crimes cometidos anteriormente à sua entrada em vigor, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei mais severa (v. g., uma lei que abolisse o livramento condicional deveria ser aplicada somente aos crimes cometidos posteriormente à sua vigência).

Em conclusão, e contrariamente à doutrina e à jurisprudência ainda hoje dominantes, os princípios penais são também aplicáveis ao processual penal e à execução penal, e vice-versa, ainda que com graus diversos de incidência. Porque os princípios penais são princípios processuais penais, e vice-versa.

Afinal, Direito Penal, processo penal e execução penal constituem momentos de um mesmo fenômeno, que é a concretização e o exercício do poder punitivo estatal, destinados a legitimar/deslegitimar uma forma especial de violência: a pena, a qual pode variar de uma simples multa ao extremo da pena de morte, que é um caso de assassinato legal.

Portanto, a “lei penal” a que se refere o art. 5º, XL, da Constituição, é a lei penal em sentido amplo.

21 O princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere, nemo tenetur ipsum accusare, privilege against Self-Incrimination* etc.), inerente à ampla defesa e à presunção de inocência, assegura ao suposto autor de crime (investigado, denunciado, testemunha) o direito de não produzir prova contra si mesmo. Significa que o possível acusado de infração penal pode ou não colaborar com a investigação; mas, se não quiser cooperar, ninguém poderá obrigá-lo a tanto, razão pela qual, quando houver ilegal constrangimento, a confissão ou prova assim obtida será ilícita e arbitrária a eventual prisão. O *nemo tenetur tem*, portanto, caráter essencialmente negativo, pois consagra um direito de não fazer, de não colaborar, mas não um direito de fazer; é assegurada, por conseguinte, uma omissão, não uma ação. Justamente por isso, não se presta a justificar condutas como destruição de provas (queima de documentos, remoção de sangue do local do crime etc.). Não fosse assim, aliás, seria possível (em tese) invocá-lo para legitimar os mais diversos crimes, a exemplo da morte da testemunha que presenciou o homicídio e a respectiva ocultação do cadáver.

Também por isso o art. 2º, parágrafo único, do CP deve ser aplicado ao processo e à execução penal: a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

4 INTERPRETAÇÃO DA REFORMA A PARTIR DE UM SISTEMA INTEGRADO

4.1 Juiz das garantias

Com a introdução do juiz das garantias (CPP, art. 3º-B), haverá doravante dois juízes: um que atuará na fase de investigação (juiz das garantias), se e quando provocado na forma da lei, e outro que funcionará durante a instrução e o julgamento do processo (juiz da instrução). As competências são excludentes. O juiz que tiver atuado como juiz das garantias ficará impedido para a instrução e o julgamento do processo. A ideia é dar mais efetividade ao princípio da imparcialidade.

Pois bem, o juiz de garantias (art. 3º-B do CPP) implica novas regras de competência e tem aplicação imediata (CPP, art. 2º), devendo incidir sobre inquéritos e processos em curso. Além disso, é mais favorável ao investigado, devendo retroagir por isso, isto é, incidir sobre infrações penais cometidas antes de sua entrada em vigor, consumadas ou tentadas.

A retroatividade do juiz das garantias significa mais concretamente o seguinte: 1) não incide sobre processos já sentenciados, com ou sem trânsito em julgado da sentença, já que tramitaram na forma da lei vigente; logo, são válidos. Evidentemente não faria sentido anular atos processuais com base numa lei superveniente, inexistente à sua época; 2) nos processos já instaurados, sem instrução iniciada, o juiz que interveio durante a investigação ficará impedido para a instrução e o julgamento do processo; 3) nos processos com instrução já iniciada, o juiz que interveio durante a investigação ficará impedido para prosseguir no processo, apesar do princípio da identidade física do juiz. Os atos instrutórios que presidiu na forma da lei então vigente são válidos; 4) nos processos com instrução já concluída que aguardam julgamento, outro juiz proferirá a sentença se o atual tiver atuado durante a investigação, apesar do princípio da identidade física do juiz. Também aqui os atos instrutórios são válidos porque praticados conforme a lei do tempo; 5) o juiz que tiver proferido decisão no inquérito policial ou PIC (procedimento de investigação criminal) ficará impedido para a instrução e o julgamento do processo que for instaurado.

4.2 Acordo de não persecução penal

A lei prevê o acordo de não persecução penal (ANPP) para os crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa cuja pena mínima seja inferior a 4 anos e desde que haja confissão formal e circunstanciada (art. 28-A). Evidentemente é mais favorável ao investigado: evita a prisão cautelar e o processo, bem como a condenação criminal e seus efeitos (cumprimento de pena, reincidência etc.).

Faltar-lhe-á justa causa sempre que for o caso de arquivamento. Faltando justa causa para a denúncia, faltará justa causa para o acordo. O ANPP é uma alternativa à denúncia, não uma alternativa ao arquivamento. O juiz deve, pois, rejeitá-lo quando for manifesto o abuso do poder de acusar ou carecer de amparo legal (art. 28-A, §§ 4º, 5º e 7º).

Como é mais favorável ao investigado, o novo instituto: a) incidirá sobre inquéritos e processos criminais já instaurados, devendo o juiz ouvir o MP sobre o tema; b) incidirá sobre processo com sentença condenatória recorrível. Nesse caso, o juiz ou tribunal ouvirá o MP. Se proposto e celebrado o acordo, o processo ficará suspenso enquanto aguarda a sua execução. Se cumprido o acordo, o processo será extinto. Se não, o processo retomará seu curso.

A propósito, o STF (ADI 1.719-9, de 2007) deu interpretação conforme ao art. 90 da Lei nº 9.099/1995 (“As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”) no sentido de: 1) admitir a retroatividade da lei penal mais benéfica com ou sem instrução iniciada ou que implicasse despenalização, a exemplo dos institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal, que teriam caráter misto (penal e processual penal); 2) considerar conforme a Constituição o artigo questionado quanto às normas de caráter estritamente processual penal.

O precedente faz remissão ao voto do ministro Celso de Mello, proferido no Inquérito nº 1.055-3 Amazonas, de 1996, o qual assinalou que

as prescrições que consagram medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe à *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.

O ministro Celso de Mello referia-se aos institutos da Lei nº 9.099/1995 (transação penal, suspensão condicional do processo etc.). Nesse mesmo sentido, o STF decidiu que o art. 90-A da Lei nº 9.099/1995 (“As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar”), introduzido pela Lei nº 9.839/1999, vedando a aplicação daqueles institutos despenalizadores à Justiça Militar, era irretroativo, só podendo incidir sobre os crimes cometidos após a sua entrada em vigor. Entendeu-se que a nova regra tinha caráter processual material.²²

Apesar disso, existe precedente no sentido da não aplicabilidade da suspensão condicional do processo depois de proferida a sentença condenatória, que certamente será invocado por analogia.²³

Não vemos também por que não aplicar o ANPP aos processos com sentença transitada em julgado, ouvindo-se o MP e suspendendo-se a execução penal quando celebrado o acordo.²⁴ Incide o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal:

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Afinal, tem-se aqui, em última análise, uma *novatio legis in melius*. Mais: se no caso de abolição do crime ou de atenuação da pena, a lei penal retroage, com ou sem trânsito em julgado da sentença penal, por que motivo não retroagiria na hipótese de um instituto como o acordo de não persecução penal que evita o processo penal e assim impede a eventual condenação e execução penal, com todos os efeitos penais que implicam? Também aqui fica clara a inconsistência da distinção entre normas penais, processuais penais e executórias.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 79.390/RJ**, 1999. Relator: Ministro Ilmar Galvão.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 74.463-0**. Relator: Ministro Celso de Mello, de 7 de março de 1997.

24 De modo similar, BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020. Acesso em: 9 mar. 2020.

4.3 Reexame obrigatório da prisão preventiva e prisão obrigatória

A reforma estabeleceu o dever de reanálise dos fundamentos da prisão preventiva a cada 90 dias (CPP, art. 316, parágrafo único). Se, decorrido o prazo legal, não houver pronunciamento judicial algum, a prisão tornar-se-á ilegal, devendo ser relaxada.

Quando o juiz ou tribunal entender que a prisão preventiva deve ser mantida, proferirá decisão, motivando a manutenção da prisão. Trata-se de uma decisão que reaprecia a anterior, acolhendo ou rejeitando seus fundamentos, acrescentando novos argumentos quando houver.

E como se trata de uma alteração favorável ao réu, tem aplicação retroativa. Assim, as prisões preventivas decretadas há mais de 90 dias deverão ser reexaminadas imediatamente ou num prazo razoável. As demais deverão ser revistas tão logo completem aquele prazo legal.

De acordo com o art. 3º-C, § 2º, do CPP, o juiz da instrução e do julgamento deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 dias. Como a lei não ressalva a prisão preventiva, segue-se que também ela deverá ser revista no prazo de 10 dias pelo juiz da instrução, ainda que não tenha decorrido o prazo legal de 90 dias da decretação da preventiva ou do seu reexame.

No entanto, é irretroativa a prisão preventiva obrigatória para condenações iguais ou superiores a 15 anos, proferidas pelo tribunal do júri (CPP, 492, I, e, segunda parte), razão pela qual não pode ser aplicada aos crimes cometidos antes da sua entrada em vigor.

No particular, temos inclusive que a inovação é inconstitucional, por violação ao princípio da presunção de inocência.²⁵

4.4 Outros temas de processo penal

A lei contém outras inovações que beneficiam o investigado ou o acusado, razão pela qual tem aplicação retroativa, tais como: 1) vedação de prisão preventiva de ofício durante a investigação; 2) transformação do estelionato (CP, art. 171, § 5º) em crime de ação

²⁵ Ver QUEIROZ, Paulo. **Direito Processual Penal**: Introdução. Salvador: Juspodivm, 2020.

penal pública condicionada (antes era crime de ação penal pública incondicionada); a lei prevê exceções, porém; 3) impedimento do juiz que conheceu da prova declarada inadmissível, em virtude de ilicitude (CPP, art. 157, § 5º); 4) atuação de advogado em favor de agentes da segurança pública investigados em inquérito policiais etc. (CPP, art. 14-A); 5) a definição legal de decisão fundamentada/desfundamentada (CPP, art. 315, § 2º).

Cada uma dessas alterações produz, contudo, efeitos distintos. Assim, por exemplo, as prisões preventivas já decretadas de ofício são válidas, porque praticadas conforme a lei do tempo, devendo ser revistas a cada 90 dias e cuja manutenção dependerá de requerimento. Quanto aos inquéritos e processos relativos a crime de estelionato, a autoridade competente deverá notificar o interessado para formular representação no prazo legal de 6 meses, sob pena de extinção do feito. No item 3, o juiz ficará impedido para prosseguir no processo. No item 4, o advogado intervirá imediatamente. As novas decisões terão de se ajustar ao conceito legal de fundamentação.

Em todos os casos supra (itens 1 a 5), as sentenças já proferidas são válidas, com ou sem trânsito em julgado.

São também aplicáveis retroativamente as regras meramente procedimentais que não prejudicam ou beneficiam o investigado ou acusado. Assim, por exemplo, a tramitação direta do inquérito policial entre a polícia e o MP, bem como diversas regras sobre o procedimento da colaboração premiada.

4.5 Novas regras de execução penal

Aqui o princípio há de ser o mesmo: a lei retroagirá se beneficiar o condenado e não retroagirá se o prejudicar.

Alguns exemplos de irretroatividade são: 1) o novo limite de cumprimento e de unificação de penas (40 anos); 2) as novas regras mais gravosas do regime disciplinar diferenciado; 3) a nova falta grave (a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético etc.); 4) o aumento do prazo (de 1 para 3 anos, passível de prorrogação) para a inclusão e a permanência de preso em estabelecimento federal de segurança máxima (Lei nº 11.671/2008, art. 10, § 1º). Quanto aos novos parâmetros de progressão de regime, há necessidade de verificar, caso a caso, se a inovação é ou não favorável ao réu.

Também aqui há regras meramente procedimentais que não causam prejuízo ao réu, devendo ter aplicação retroativa, como a execução da multa perante o juiz da execução penal (CP, art. 51).

4.6 Novas regras de Direito Penal

Não retroagem: 1) a ampliação do rol dos crimes hediondos; 2) a nova causa de aumento do roubo com emprego de arma branca (CP, art. 157, § 2º, VII); 3) a nova causa de aumento do roubo com emprego de arma de fogo de uso restrito (CP, art. 157, § 2º-B); 4) a nova pena do crime de concussão (CP, art. 316), que foi aumentada; 5) os novos efeitos da sentença penal condenatória (CP, art. 91-A); 6) a nova causa suspensiva de prescrição (CP, art. 116, III): pendência de embargos de declaração ou de recursos dos tribunais superiores, quando inadmissíveis.

A lei prevê também a suspensão do prazo prescricional enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução criminal (CP, art. 116, IV). Aqui, porém, o acordo retroage no todo, não podendo ser cindido. Logo, também a nova causa suspensiva retroagirá com a celebração do acordo.

5 CONCLUSÕES

1. O Direito Penal em sentido amplo compreende o Direito Penal material, o processo e a execução penal, que são um *continuum*.
2. Os princípios constitucionais penais incidem igualmente sobre o direito, o processo e a execução penal.
3. O princípio da irretroatividade penal (CF, art. 5º, XL) incide sobre o Direito Penal em sentido amplo. A "lei penal" a que se refere a Constituição é a lei penal em sentido amplo, compreensiva do Direito Penal material, do processo e da execução penal.
4. Para efeito de irretroatividade da lei, é irrelevante distinguir normas penais, processuais, executórias ou mistas. O que de fato importa é saber se a lei aumenta ou diminui a proteção do acusado, se é mais ou menos garantista.

5. A lei penal (em sentido amplo) não retroage, salvo para beneficiar o réu. Logo, a lei mais protetiva (mais garantista) retroage. Não retroage a lei menos protetiva ou menos garantista.

6. A retroatividade da lei penal significa que a lei incidirá sobre infrações penais (crimes e contravenções) praticadas antes da sua entrada em vigor, consumadas ou tentadas. É irrelevante a data da instauração, da investigação ou do processo.

7. Como regra, a retroatividade da lei penal não compromete ou invalida os atos processuais praticados antes dela, já que a validade do ato processual só pode ser aferida com base na lei do tempo do crime (*tempus regit actum*).

8. As alterações meramente procedimentais que não afetam os direitos do réu têm aplicação retroativa.

9. A previsão legal de que a lei terá aplicação *imediata* é um pleonasmo, já que a lei é imediatamente aplicável pelo só fato de entrar em vigor.

10. A retroatividade da lei mais favorável poderá dar-se em qualquer fase da investigação, do processo ou da execução penal. A prolação de sentença não impede a retroatividade da lei mais favorável.

Referências

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2017.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020. Acesso em: 9 mar. 2020.

CARMIGNANI, Giovanni. **Elementi di Diritto Criminale**. Milano: Carlo Brigola Editore, 1882.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**: parte general. Bogotá: Temis, 1973.

CASTILHO, Niceto Alcalá-Zamora. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

COSTA, José de Faria. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra editora, 1974.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. **Lições de Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2010.

FILANGIERI, Gaetano. **La Scienza della Legislazione**. Roma: Instituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1984. Tomo 1, livro terceiro.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAIER, Júlio. **Derecho Procesal Penal Argentino**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Libreria El foro, 1996.

MONTES, Mário Ferreira. Da realização integral do direito penal. *In*: DIAS, Jorge Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José Faria da. **Ars Iudicandi**: Estudos em homenagem ao professor doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra editora, 2008. v. 2.

NEVES, Antonio Castanheira. **Sumários de Processo Criminal**. Coimbra: 1968.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2016.

PASTOR, Daniel R. Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales. *In*: _____. **Tensiones**: Derechos fundamentales o persecución penal sin limites. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Processual Penal**: Introdução. Salvador: Juspodivm, 2020.

QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antônio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 143, out. 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SILVA, Germano Marques da. **Direito Processual Penal Português**. Lisboa: Universidade Católica editora, 2013.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.

2 O INFORMANTE NO CONTEXTO DOS SISTEMAS DE *COMPLIANCE*

“O sujeito é um cancro dentro da nossa empresa”

Fabio Schvartsman (ex-Presidente da Vale)

Artur de Brito Gueiros Souza¹

Resumo: Discorre-se sobre a figura do informante, sua contextualização nos programas de *compliance*, seu enquadramento no direito brasileiro e as inovações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 a respeito das ouvidorias e do sistema de proteção integral.

Palavras-chave: Informante. Canais de denúncia. Sistema de proteção. Lei nº 13.964/2019.

Abstract: *This papers discusses the whistleblower, its contextualization in compliance programs, its framework in Brazilian law and the innovations brought by Law No. 13.964/2019 regarding public ombudsman offices and the right to full protection.*

Keywords: *Whistleblower. Hotline system. Right of protection. Law No. 13.964/2019.*

1 INTRODUÇÃO

No dia 9 de janeiro de 2019, poucos dias antes do rompimento da Barragem I em Brumadinho/MG, um funcionário da empresa Vale enviou e-mail para o então presidente da companhia, sr. Fabio Schvartsman. Na mensagem eletrônica, com o título *A Verdade!*, o funcionário, que não quis se identificar, teceu longa crítica às operações da mineradora, fazendo afirmações no sentido de que as barragens estariam “no limite”, bem como que haveria necessidade de mudanças para que “condições mínimas de operação segura para pessoas e instalações fossem garantidas”.

Segundo a denúncia criminal oferecida pelo Ministério Público de Minas Gerais ao Poder Judiciário daquele estado, em vez de aceitar a crítica e demandar eventual apuração visando corrigir equívocos e garantir a segurança de pessoas e instalações, a reação do ocupante da presidência da corporação foi outra. Ele iniciou uma troca de e-mails com pessoas-chave na estrutura de ética, governança e auditoria interna da Vale, com o objetivo de identificar e punir o autor das informações contidas na mensagem inicial.

1 Pós-doutor em Direito Penal Económico pela Universidade de Coimbra e procurador regional da República na PRR 2ª Região.

Dessa feita, diante da representação anônima que predizia uma real preocupação, entre outras, com a situação de insegurança das barragens da empresa, o sr. Fabio Schwartsman exigiu e cobrou uma série de providências para saber o nome do informante. Segundo suas palavras: “Gostaria de descobrir quem é este camarada que acha que pode escrever esta montanha de desaforos impunemente. O sujeito é um cancro dentro da nossa empresa e pode fazer mal a toda a organização”.²

Atitudes como essa parecem evidenciar a pouca ou nenhuma estima que certos ocupantes de postos de direção em corporações privadas ou públicas têm para com aquele que se coloca na posição de informante, repercutindo em toda a estrutura da organização, conforme a ideia do *tone from the top*.³ E isso em nada contribui para a criação de uma cultura corporativa em que as pessoas possam relatar, sem receios, irregularidades ou ilícitos de que tiveram ciência em virtude do desempenho de suas atividades laborativas ou de outra natureza. Diante disso, há uma série de questões relacionadas com quem queira se colocar como informante. Qual o local adequado para o direcionamento das informações? O informante deve se valer do anonimato – tal como feito pelo funcionário da Vale – ou deve agir sob o manto da confidencialidade? Se o empregado toma a iniciativa de comunicar um fato oculto na organização, ele pode sofrer retaliação?⁴ Afinal, que garantias a lei dá ao informante?

Como se observa, muitas são as interrogações que se formam a respeito do informante ou – na expressão difundida pela língua inglesa – *whistleblower*.⁵ É certo que outras tantas poderiam ser feitas, considerando a complexidade da matéria. Contudo, diante das limitações de espaço, serão expostas, nas linhas que se seguem, considerações histórico-científicas a respeito dessa categoria jurídica, sua inserção nos programas de *compliance* corporativo e seu trato pela legislação brasileira, em especial em razão das alterações promovidas pela vigência da Lei nº 13.964/2019. Ao final, tentar-se-á responder – tanto quanto possível – as indagações apresentadas no parágrafo anterior.

2 Processo criminal nº 0001819.92.2019.8.13.0090 – 2ª Vara Criminal de Brumadinho/MG.

3 Em tradução livre, *o exemplo vem de cima*. Sobre lideranças “tóxicas” ou “narcisistas”, vide: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Criminologia do desvio no ambiente corporativo: a empresa como causa e como cura da corrupção. In: SAAD-DINIZ, Eduardo *et al.* (org.). **Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais**. Belo Horizonte: Verto, 2019. p. 109-111.

4 Retaliação pode ser definida como qualquer medida negativa contra o informante em reação ao fato que noticiou. A retaliação também pode ocorrer por meio de um tratamento diferenciado contra o informante ao longo do tempo, podendo assumir várias formas, variando desde críticas leves até exclusão total do indivíduo da organização (GOTTSCALK, Petter. Whistleblower Retaliation. In: _____. **Fraud and Corruption: a convenience perspective**. Irvine: Universal Pub., 2019. p. 148).

5 Em termos aproximados: *lanceur d’alerte*, em francês, e *alertador*, em espanhol (BACHMAIER WINTER, Lorena; MARTÍNEZ SANTOS, Antonio. El régimen jurídico-procesal del *whistleblower*. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MADRID BOQUÍN, Christa M. **Tratado sobre Compliance Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 505).

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INFORMANTE

Ao que consta, a formulação de denúncias por particulares é uma providência que se perde na história da humanidade. Segundo José Luis Guzmán Dalbora, existia, na Roma Antiga, a figura institucionalizada dos sicofantas. Tratava-se de acusadores privados que cumpriam voluntariamente a tarefa de cuidar dos interesses públicos. Os sicofantas dedicaram-se ao negócio de importunar os cidadãos, obrigando-os a entregar somas mais ou menos elevadas para comprar a sua tranquilidade, evitando, assim, a propositura de uma *notitia criminis*.⁶ Para Beatriz García Moreno, em que pese a má fama que lhes acompanhava, aqueles agentes poderiam ser considerados como guardiães da aplicação das leis e promotores do interesse público. Segundo, ainda, essa autora, apesar da distância temporal, haveria uma surpreendente proximidade de conceitos e controvérsias entre os antigos sicofantas e os informantes dos dias atuais.⁷

Feito esse registro histórico, pode-se fazer um “salto” de muitos séculos, até a Revolução Americana. Segundo Tom Mueller, em 25 de março de 1777 — no alvorecer do Estados Unidos da América —, o capitão da Marinha John Grannis foi ao Congresso Continental denunciar os ilícitos cometidos por Esek Hopkins, comandante da Marinha Continental. Grannis falou por si e por nove outros marinheiros e fuzileiros navais que serviam a bordo do USS Warren, uma fragata da Marinha. Ele afirmou que Hopkins havia tratado os prisioneiros britânicos “de uma maneira desumana e bárbara”, negligentemente “falhou” em interceptar um cargueiro britânico e “ridicularizou” publicamente os membros do Congresso, chamando-os de “rúbulas” e de um “bando de idiotas”. Ciente da denúncia, Hopkins retaliou os *whistleblowers*, mandando prender Grannis por difamação e conspiração. O Congresso reagiu, destituiu Hopkins do comando e promulgou, em 30 de julho de 1778, o seguinte *Act*:

É dever das pessoas a serviço dos Estados Unidos, bem como de todos os demais cidadãos, fornecer informações ao Congresso ou a outra autoridade competente, sobre más condutas, fraudes ou ilícitos cometidos por qualquer oficial ou pessoa sob seu comando, que vierem a chegar ao seu conhecimento.

6 GUZMÁN DALBORA, José Luis. Do prémio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n. 2, abr./jun. 2011. p. 216.

7 GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán *et al.* (dir.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 260.

Segundo, ainda, Mueller, essa pioneira lei demonstra como os princípios básicos do *whistleblowing* eram centrais ao “clima intelectual” da América revolucionária. Ao promulgar aquela lei e a Primeira Emenda, onze anos depois, os *Founders* se valeram de dois milênios de princípios sobre consciência individual, igualitarismo, liberdade de expressão e o dever do cidadão de denunciar irregularidades públicas.⁸

Em seguida, em 1863, o Exército da União sofria grandes perdas por fraudes no fornecimento de suprimentos básicos, no início da Guerra Civil norte-americana. Para coibir os abusos, que comprometiam os esforços de guerra, o senador Jacob M. Howard e um grupo de congressistas promoveram a edição da *False Claims Act* – uma nova e vigorosa normativa de combate às fraudes. Entre outras providências, como a imposição de multa de dois mil dólares para cada “declaração falsa”, aquela lei permitiu que qualquer cidadão pudesse denunciar e processar, em nome da União, irregularidades no fornecimento de produtos ou serviços, recebendo uma recompensa de 50% em caso de recuperação de dinheiro público ilicitamente gasto. Abraham Lincoln apoiou e defendeu vigorosamente aquela lei, dizendo que o Congresso deveria enviar um “exército de cidadãos” contra empresários desonestos e autoridades corruptas. Segundo Tom Mueller, ao ser aprovada pelo Congresso, a lei ficou conhecida como “Lei Lincoln”.⁹

Na mesma linha, Beatriz García Moreno informa que a configuração moderna dos informantes ou *whistleblowers* teria surgido no direito norte-americano durante a Guerra de Secessão. Na época, o papel por eles desempenhado nada tinha a ver com a ética empresarial ou a prevenção da criminalidade, mas, sim, com a privatização das funções de segurança e do policiamento em um país praticamente sem repartições públicas, modelo esse que vigorou até o século seguinte. Assim, como as atividades de repressão foram assumidas por cidadãos, detetives privados ou empresas de segurança, era habitual recorrer à colaboração dos particulares na investigação e persecução dos delitos, contexto esse que propiciou o desenvolvimento da figura do informante.¹⁰ Para aquela autora, os *whistleblowers* se converteram em colaboradores do governo, autênticos “ca-

8 MUELLER, Tom. **Crisis of Conscience: Whistleblowing in an age of fraud.** New York: Riverhead Books, 2019. p. 10-11. Segundo o autor, quando aquela lei foi editada e Hopkins destituído, os britânicos ocupavam Nova Iorque, enquanto George Washington e suas tropas lutavam pela sobrevivência em Nova Jersey. Eles sabiam muito bem dos riscos que os denunciantes do USS Warren estavam correndo, pois também estavam arriscando a vida na guerra. Repetidamente, os *Founders* enfatizavam o dever moral de “desobediência virtuosa” e de seguir a “consciência individual” contra a “obediência cega” a “dirigentes injustos e brutais”. Sobre aquele episódio, Washington escreveu: “Se a liberdade de expressão nos for retirada, ignorantes e silenciosos seremos guiados, como ovelhas, até o matadouro.” (*Idem, ibidem*, p. 12).

9 *Idem, ibidem*, p. 16.

10 GARCÍA MORENO, *op. cit.*, p. 261.

ça-recompensas”, que fizeram possível a recuperação de grandes quantidades de dinheiro graças às informações que revelaram.¹¹

A tradição estadunidense do *whistleblowing* prosseguiu no âmbito do esforço de regulação estatal das atividades econômicas desenvolvidas pelas grandes companhias. Segundo García Moreno, várias das práticas empresariais eram ilegais frente à normatização dos direitos de trabalhadores, consumidores, meio ambiente etc. Nesse contexto, muitas corporações preferiram continuar com suas ações ilegais, procurando mantê-las ocultas dos órgãos de fiscalização, quando não “capturando” os integrantes das agências reguladoras. Portanto, em um ambiente marcado pela falta de compromisso com o interesse público ou de políticas de boa governança, os *whistleblowers* constituíram uma forma de “resistência ética”, viabilizando, inclusive, a reforma da *Civil Service Act* de 1978, protegendo os funcionários que denunciassem comportamentos indevidos na Administração Pública. De guardiões do interesse público, os *whistleblowers* passaram, subsequentemente, a servir aos interesses das próprias corporações, no contexto das estratégias de autorregulação regulada, isto é, de prevenção e controle dos quais os programas de *compliance* aparecem como figura central, consoante exposto no item seguinte.¹²

Legislações como o *Foreign Corrupt Practices Act* (1977, com sucessivas modificações), as *Federal Sentencing Guidelines* (a partir de 2004), o *Sarbanes-Oxley Act* (2002), o Dodd-Frank Act (2010), além de outras, tanto em âmbito federal como estadual, dispuseram e uniformizaram os canais e protocolos de denúncias no interior das empresas. Em seguida, o instituto ganhou projeção internacional, sendo previsto, por exemplo, na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003).¹³ Outros documentos multilaterais, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996), Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionário Público Estrangeiro em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE (1997), as *Guidelines on Whistleblowing*, da Organização Mundial do Comércio (2008), os *Recommended Principles for Whistleblowing* da Transparência Internacional (2009), além da Resolução 1729, de 2010, do Conselho Europeu, sobre a proteção dos denunciadores de irregularidades, dispuseram sobre denúncias de ilícitos ou fatos antiéticos de que funcionários tiveram conhecimento.¹⁴

11 *Idem, ibidem.*

12 *Idem, ibidem*, p. 262-263.

13 RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal. *InDret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, n. 3, 2006. p. 5.

14 Cf. GARCÍA MORENO, *op. cit.*, p. 265-267. Sobre o marco jurídico internacional do *whistleblowing*, seus instrumentos e recomendações, vide: BACHMAIER WINTER; MARTÍNEZ SANTOS, *op. cit.*, p. 507 *et seq.*

3 O INFORMANTE COMO UM DOS PILARES DO COMPLIANCE

Programa de *compliance* – ou programa de integridade ou cumprimento – compreende o conjunto de medidas preventivas de autocontrole ou de autovigilância, adotadas por corporações públicas ou privadas, para que seus dirigentes e empregados cumpram com as normativas, tanto internas como externas, com o objetivo de se evitar a ocorrência de infrações, inclusive as de natureza penal. O *compliance* também compreende medidas repressivas, vale dizer, protocolos de investigação de infrações já ocorridas, sancionando-se, internamente, os seus responsáveis, bem como comunicando tais ocorrências aos órgãos públicos fiscalizadores. Entre os diversos instrumentos inerentes a um programa de *compliance* está a implantação de códigos de ética e políticas de boa governança, bem como o estabelecimento de canais de denúncias (*hotlines*) à disposição de empregados ou do público externo, vale dizer, a quem queira figurar como informante ou *whistleblower*.¹⁵

Nesse sentido, Philip A. Wellner leciona que *compliance* é o mecanismo interno adotado pelas corporações para identificar e prevenir a ocorrência de infrações dentro das companhias, sendo certo que seus elementos básicos seriam: 1) código de conduta formal; 2) a existência de um *compliance office* e um *compliance officer*; e 3) canal de denúncias para os trabalhadores. Aquele autor assinala que existência de um programa de *compliance* eficaz pode excluir a persecução penal contra a corporação depois do cometimento de um ilícito por parte de seus integrantes ou prepostos. Além disso, se a empresa vier a ser acusada e condenada por crime cometido em seu nome ou benefício, o fato de adotar um *compliance* pode acarretar uma punição mais branda, nos termos das *U.S. Sentencing Guidelines*.¹⁶

Observa-se, assim, que entre os elementos essenciais de um programa de *compliance* está a existência de um espaço de recebimento de informações – ou *whistleblowing* – na estrutura da corporação. Dessa forma, para Frank J. Cavico, informante ou *whistleblower* é o integrante de uma sociedade pública ou privada que tem a intenção de revelar comportamentos ilícitos cometidos na organização ou por parte desta, entendendo como tal não somente as condutas ou condições que o integrante considere ilegais, mas

15 SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de *compliance* e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 25, n. 1 a 4, jan./dez. 2015. p. 117-118.

16 WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. *Cardozo Law Review*, New York, v. 27, Issue 1, 2005. p. 497.

também aquelas que ele julga como imorais ou contrárias ao interesse público.¹⁷ Verifica-se, pois, como *conditio sine qua non* de um programa de *compliance* válido e eficaz, a disponibilização para o público interno ou externo de um mecanismo de recebimento de denúncias, e que esse mecanismo esteja em perfeito funcionamento. Em sentido inverso, a inexistência ou o mau funcionamento desse canal de recebimento de informações pode significar que o *compliance* foi mal projetado ou que ele cumpriria apenas um papel publicitário perante terceiros – ou seja, seria um *compliance* de “fachada” ou “vitrine” –, não atendendo, por conseguinte, à função precípua a que se destinava.

A propósito, conforme esclarecido por Dirk Blumenberg e García-Moreno, a função dos canais de denúncia é a de possibilitar que os trabalhadores de uma organização possam comunicar eventuais infrações que estejam ocorrendo. Segundo os autores, esse mecanismo, no marco de um programa de cumprimento sólido, pode ser um instrumento tremendamente valioso, na medida em que põe à disposição da companhia uma fonte de informação em primeira mão que pode lhe ser verdadeiramente útil para o efeito de elidir uma possível responsabilidade penal.¹⁸

No mesmo sentido, Ramón Ragués I Vallès leciona que o fomento de denúncias é uma das principais estratégias político-criminais contemporâneas na luta contra a criminalidade corporativa e a corrupção. Isso porque – no entender daquele autor –, tanto a empresa como a Administração Pública são dois locais de muito difícil penetração para as investigações da polícia, do Ministério Público ou da Justiça. Por essa razão, diante das dificuldades, os poderes públicos da atualidade têm claramente incentivado que os melhores conhecedores dos fatos internos – quer dizer, os trabalhadores das empresas e os funcionários públicos – denunciem os comportamentos ilícitos de que possam vir a travar conhecimento no curso do desempenho de suas funções.¹⁹

Segundo, ainda, Ragués I Vallès, diversas podem ser as estratégias político-criminais para incentivar as denúncias por parte dos integrantes de uma corporação: 1) imposição de deveres de comunicação, existentes, por exemplo, no tocante à legislação

17 CAVICO, Frank J. Private sector *whistleblowing* and the employment-at-will doctrine: A comparative legal, ethical, and pragmatic analysis. *South Texas Law Review*, Houston, n. 45, p. 543-645, 2004. p. 548.

18 DIRK BLUMENBERG, Axel; GARCÍA-MORENO, Beatriz. Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente (coord.). **Responsabilidad de la Empresa y Compliance: Programas de prevención, detección y reacción penal**. Montevideo: B de F, 2014. p. 289. Segundo Bruno Fernandes Carvalho, o *whistleblowing* é uma ferramenta extremamente eficaz, porque a companhia passa a dispor de uma “polícia interna”, permanentemente vigilante, composta por seus próprios funcionários, que ficam atentos aos atos dos colegas, desde que – é claro – a empresa tenha conseguido implementar efetivamente um ambiente com uma cultura de respeito à ética e à legalidade. (CARVALHO, Bruno Fernandes. **Compliance Criminal: Uma análise sobre os aspectos fundamentais**. São Paulo: LiberArs, 2019. p. 87).

19 RAGUÉS I VALLÈS, *op. cit.*, p. 459-460.

antilavagem de dinheiro; 2) promessa de recompensa econômica, que, em certas legislações, permite que o noticiante aufera até 30% do valor recuperado; 3) oferecimento de proteção jurídica, proteção esta que pode oscilar desde garantia contra uma demissão arbitrária ou retaliatória até a tutela de sua integridade física ou mesmo a vida; e 4) oferecimento de benefícios penais, eximindo ou atenuando a sanção do informante-arrependido que tenha atuado como coautor ou partícipe do delito havido na corporação.²⁰

Ragués I Vallès afirma, ainda, que todas as estratégias expostas no parágrafo anterior têm seus “prós” e “contras”, sendo certo que prevaleceria, nas legislações penais contemporâneas, as opções das recompensas econômicas, a imposição de deveres de denúncia em certas profissões, bem assim a outorga de proteção jurídica ao informante.²¹ De toda sorte – como visto no item anterior –, sobre a configuração do *whistleblower*, parece ser evidente a influência internacional da política criminal dos Estados Unidos no sentido da implantação empresarial de canais internos de denúncia, que tem sido estendida progressivamente para outros países, sendo certo que esse efeito expansivo teria se produzido pela crescente pressão exercida por autoridades norte-americanas sobre as empresas multinacionais, especialmente aquelas que querem fazer negócios ou terem suas ações listadas nas bolsas de valores daquele país.²²

4 CRÍTICAS AO INSTITUTO DO INFORMANTE

Como dito anteriormente, a figura do informante – ou o sistema de *whistleblowing* – consiste em uma temática político-criminal da atualidade, presente, cada vez mais, nas legislações da generalidade dos países, como também no direito brasileiro. Naturalmente, cuida-se de um assunto que suscita críticas de diversas ordens. Resumidamente, podem ser elencadas as seguintes: 1) a percepção de que a adoção de canais de denúncias poderia converter o trabalhador ou o funcionário público em uma espécie de “policial” a serviço da corporação, criando um clima de grave desconfiança entre patrões e empregados, o que comprometeria a boa convivência na organização; 2) o risco de que o fomento de denúncias acarrete estigmatização ou exclusão de determinada pessoa no local do trabalho, ficando esta exposta a tais riscos mesmo sem ter tido uma acusação formalizada pelos órgãos públicos de investigação ou persecução penal; 3) a

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 460-463.

²¹ *Idem, ibidem*, p. 464.

²² *Idem, ibidem*, p. 469.

perda de eficácia preventiva das normativas internas de integridade, pois daria margem a questionamentos sobre a seriedade dos canais de denúncia nos casos em que as denúncias não gerem nenhuma providência; e 4) dúvidas sobre a conveniência da adoção generalizada do sistema de *whistleblowing* para a prevenção do delito, pois as empresas potencialmente criminosas estariam em uma posição privilegiada com a prévia ciência das informações, podendo, caso queiram, destruir provas, ameaçar testemunhas, apresentar versões distorcidas ou convenientes dos fatos, além de poder vulnerar direitos de empregados ou de terceiros.²³

Outro questionamento relacionado com os anteriores é o fenômeno do reverse *whistleblowing* – ou, em outras palavras, a criação de “bodes expiatórios”. Segundo Adán Nieto Martín, cuida-se de um efeito particularmente perverso dos canais de denúncias próprios do *compliance*, pois certas organizações, com o fito de apoiar sua narrativa dos fatos, poderiam buscar um responsável individual sobre quem pudesse lançar a totalidade da “culpa”. Esse perigo torna-se ainda mais intenso – conforme a lição de Nieto Martín – quando se oferece para a corporação uma redução significativa da sanção caso se aponte para as autoridades públicas quem foi a pessoa responsável pelo ilícito.²⁴

Por outro lado, há quem coloque em causa a validade de uma “anistia” que a empresa poderia ofertar ao empregado caso ele venha a descortinar eventuais irregularidades das quais também fizera parte. Sobre o assunto, Percy García Caverro considera não haver maiores inconvenientes com relação à renúncia às sanções internas, concentrando-se as discussões na dúvida se a anistia geraria consequências jurídicas externas. Segundo o autor, desde que a corporação tenha a possibilidade de dispor ou decidir sobre a imposição dos efeitos externos – *v.g.*, uma ação civil de reparação de danos, ou, ainda, uma ação penal de iniciativa privada –, não parece complicado admitir tal extensão. Pelo contrário, daquilo que a empresa não pode dispor – como uma ação penal de natureza pública – não caberia falar de renúncia ou de negociação ao trabalhador.²⁵

Por sua vez, Víctor Gómez Martín observa que a denúncia pode ser *interna* – aos dirigentes da organização – ou *externa* – perante a Administração Pública, aos meios de comunicação etc.²⁶ No primeiro caso, pode-se desenvolver investigações para apurar

23 Cf. RAGUÉS I VALLÈS, *op. cit.*, p. 472-475.

24 NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminología e responsabilidad penal de pessoa jurídica. In: NIETO MARTÍN, Adán *et al.* (org.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 87.

25 GARCÍA CAVERO, Percy. **Criminal compliance**. Lima: Palestra, 2014. p. 49-50.

26 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y derecho del trabajador. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (org.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 130.

as responsabilidades sem que os fatos cheguem ao conhecimento da opinião pública, sendo que, para tanto, a empresa pode contratar detetives ou escritórios de investigação particular ou de auditoria, ou, ainda, deixar a cargo do departamento de *compliance*. Entretanto, em razão da complexidade ou opacidade das estruturas organizacionais, além de outros elementos negativos – como a vulnerabilidade do trabalhador – Gómez Martín propugna o reforço do sistema de denúncia externo, mediante algumas políticas específicas, em especial a proteção do trabalhador frente a possíveis represálias, tais como demissão injusta, realocação em outro posto de trabalho distante ou em piores condições, assim por diante.²⁷

De toda sorte – conforme lecionado por Bruno Carvalho –, o fator central para a construção de um efetivo sistema de denúncias é, indubitavelmente, a confiança. Confiança de que os fatos noticiados serão devidamente investigados e, na mesma medida, a segurança, por parte do informante, no sentido de que não será, por ter reportado os fatos, “vítima” de qualquer retaliação.²⁸

5 O INFORMANTE NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, existem diversas disposições legais que, direta ou indiretamente, guardariam relação com a presente temática. O Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), procurando proteger a inviolabilidade dos segredos, tratou de criminalizar a violação do sigilo profissional. Contudo, permitiu-se que a revelação da informação de que se tem ciência, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, possa se dar quando houver justa causa para tanto (art. 154). Nessa esteira, ao cuidar do bem jurídico saúde pública, o mesmo diploma legal criminaliza o comportamento inverso, ou seja, a omissão do médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória (cf. art. 269). Por outro lado, ao dispor dos crimes contra a Administração da Justiça, o Código tipifica três infrações penais que guardam relação com a atividade de apresentação de notícia para as autoridades públicas: denúncia caluniosa, comunicação falsa de crime ou de contravenção e autoacusação falsa (respectivamente arts. 339, 340 e 341). O Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) disciplina que qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verifica-

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 431-432.

²⁸ CARVALHO, *op. cit.*, p. 87.

da a procedência das informações, mandará instaurar inquérito (art. 5º, § 3º). A Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941) considera infração penal a conduta de deixar de comunicar à autoridade competente a ocorrência de crime de ação pública incondicionada de que teve conhecimento no exercício de função pública (art. 66, inc. I).

Na legislação especial, a Lei nº 3.099/1957 dispôs sobre os serviços de coleta de informações reservadas ou confidenciais, comerciais ou particulares, legitimando, assim, a atuação dos detetives particulares. Nesse sentido, permitiu-se a abertura de estabelecimentos com tal finalidade, desde que fossem devidamente registrados nas Juntas Comerciais, com observância de todas as formalidades legais. Demais disso, cabia aos prestadores desses serviços o dever de fornecer à Polícia todas as informações que lhes fossem solicitadas. Posteriormente, a Lei nº 13.432/2017 deu nova regulamentação à profissão de detetive particular ou profissional, considerando como tal aquele que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeje e execute coleta de dados e informações, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante. Aquela Lei faculta, ainda, ao detetive particular colaborar com investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante, exigindo-se, para tanto, a concordância do delegado de Polícia (arts. 2º e 5º da Lei nº 13.432/2017).

Por sua vez, a Lei nº 9.807/1999 estabeleceu medidas de proteção a vítimas e a testemunhas de crimes que estejam coagidas ou ameaçadas em razão de colaborarem com investigação ou processo penal. Nesses termos, o art. 1º e seus parágrafos dispuseram sobre programas de proteção e acolhimentos de pessoas que se encontrem naquela situação. Demais disso, aquela lei previu a possibilidade de concessão judicial de perdão ou diminuição de um a dois terços ao réu que colaborar com a investigação ou processo penal, além de estender-lhe o sistema protetivo instituído para vítimas e testemunhas ameaçadas em razão das informações reveladas (arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/1999).

Mais recentemente, a Lei nº 12.850/2013, ao definir o crime de organização criminosa e estabelecer técnicas especiais de investigação e meios de prova contra essa modalidade delitiva, tratou da colaboração premiada. Dessa forma, o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena de prisão ou substituí-la por pena alternativa, daquele que tenha colaborado efetiva e

voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenham os resultados arrolados nos incisos do art. 4º da Lei nº 12.850/2013.²⁹

Especificamente com a introdução da cultura de *compliance*, podem ser apresentadas as seguintes configurações normativas: 1) a Lei nº 9.613/1998 que, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.638/2012, ampliou significativamente o rol de pessoas obrigadas a informar a ocorrência de operações suspeitas de lavagem de dinheiro; 2) a Lei nº 12.527/2011, que alterou o inc. VI, do art. 116, e acrescentou o art. 126-A, ambos da Lei nº 8.112/1993, impondo ao servidor público o dever de comunicar à autoridade superior ou, no caso de suspeita desta, a outra autoridade competente, irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo, com a garantia de não ser responsabilização civil ou administrativamente por dar ciência dessa irregularidade; 3) a Resolução nº 4.595/2017, do Banco Central do Brasil, que, ao regulamentar a política de conformidade das instituições financeiras que operam no país, determinou, entre outras providências, que aquela política contemple, no mínimo, canais de comunicação com a diretoria, com o conselho de administração e com o comitê de auditoria (quando constituído), necessários para o relato dos resultados decorrentes das atividades relacionadas à função de conformidade, de possíveis irregularidades ou falhas identificadas; 4) a Lei nº 12.846/2013 que, ao tratar da responsabilidade de pessoas jurídicas por atos lesivos contra a Administração Pública, direta ou indireta, nacional ou estrangeira, previu que, na aplicação da pena, seja levada em consideração, entre outras circunstâncias, a existência de um programa de *compliance* ou integridade (art. 7º, inc. VIII); 5) o Decreto nº 8.420/2015 que, ao regulamentar esta lei, dispôs que o programa de integridade deve conter, entre outros requisitos, canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, além de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé (art. 42, inc. X); 6) a Lei nº 13.303/2016 que, ao tratar do estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, impôs a estas a criação de programas de integridade, transparência e boa governança, sendo certo que essa lei determina que tais entidades estabeleçam um canal de denúncias que possibilite o recebimento de notícias internas e externas relativas ao descumprimento do código de conduta e integridade, além de mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação à pessoa que utilize o canal de denúncias (art. 9, § 1º, incs. III e IV); e 7) a Lei nº 13.709/2018 que, ao dispor sobre a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, estabeleceu que os controladores ou operadores devem formular regras de boas práticas e de governança em privacidade que estabeleçam as condições de organização, inclusive os procedimentos de reclamações e petições relativas à proteção

29 A Lei nº 13.964/2019, adiante considerada, alterou significativamente o instituto da colaboração premiada, conforme a redação dada aos arts. 3º-A *et seq.* da Lei nº 12.850/2013.

de dados pessoais, além de outras providências de *compliance* (art. 50, *caput* e parágrafos).

Deve-se fazer menção especial à Lei nº 13.608/2018, que dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensas por informações que auxiliem nas investigações policiais. Na sua redação original – posteriormente alterada pela Lei nº 13.964/2019, conforme *infra* –, aquela lei autorizava o estabelecimento de serviços de “disque-denúncia” à União Federal, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, que pode também ser mantido por entidade privada sem fins lucrativos, por meio de convênio. Ela permitiu, ainda, que o ente público estabelecesse formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a investigação de crimes ou ilícitos administrativos, recompensa esta que pode consistir no pagamento de valores em espécie, muito embora a lei não preveja um percentual mínimo ou máximo para tanto (art. 4º da Lei nº 13.608/2018).

6 AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.964/2019

No final de 2019 foi promulgada a Lei nº 13.964, que entrou em vigor em janeiro de 2020, promovendo ampla reforma da legislação penal e processual penal brasileira, nela incluída a execução penal. O propósito geral foi o de aperfeiçoar o nosso ordenamento jurídico que – na parte que diz respeito ao presente texto – não dispunha de normas adequadas sobre os mecanismos de proteção ao informante, mormente diante do risco de retaliações ou *vendetas*.³⁰

Segundo a Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Lei nº 882/2019, de iniciativa do Poder Executivo, o objetivo foi introduzir a figura do *whistleblower* ou “informante do bem”. Isso porque a produção de provas assumiu feição totalmente diversa de tempos recentes, não sendo mais possível contar, salvo casos excepcionais, com testemunhas do fato, eis que elas se sentem amedrontadas e se recusam a depor. Nesse particular, “ao contrário da colaboração premiada, o denunciante não está envolvido em nenhum crime, deseja apenas auxiliar o Poder Público.”³¹

30 Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Informante do bem: ensaio sobre o *whistleblower* na atualidade. In: GUEIROS, Artur de Brito Souza.; MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei (coord.). **Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Eduardo Japiassú**. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2019. p. 46-47.

31 BRASIL. Subchefia de Assuntos Parlamentares. **Exposição de Motivos nº 00014/2019-MJSP**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: mar. 2020.

Dessa forma, a Lei nº 13.608/2018 – a Lei do “Disque Denúncia”, anteriormente mencionada – foi aditada com três artigos por força da vigência da Lei nº 13.964/2019. Na verdade, do cotejo do texto original da Lei nº 13.608/2018 com as inovações ora apontadas constata-se duas grandes modificações: 1) a determinação de instalação ou manutenção de ouvidorias no serviço público; e 2) a adoção de instrumentos de proteção integral ao informante. Com relação à primeira adição, o novo art. 4º-A da Lei nº 13.608/2018 dispõe que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista manterão unidades de ouvidoria ou correição para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a Administração Pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Como se pode observar, com a Lei nº 13.964/2019, as ouvidorias do serviço público – unidades que já existiam em grande parte da Administração Pública direta e indireta –, passam a ter a função de recebimento de informações por parte de servidores ou do público externo. Conforme explanado ao longo do texto, a manutenção de canais de denúncia ou *hotline* vem a ser um dos pilares dos programas de *compliance* ou de integridade. Entretanto, diferentemente da previsão originária da Lei do “Disque Denúncia”, cuja regra é o anonimato do informante – consoante se depreende da leitura do art. 3º da Lei nº 13.608/2018 – os canais de recebimento de informações, no âmbito das ouvidorias, regem-se pela confidencialidade do informante, como se infere do art. 4º-B, introduzido pela Lei nº 13.964/2019.

A distinção entre anonimato e confidencialidade tem inequívoco alcance prático. Conforme lecionado por Bachmaier Winter e Martínez Santos, muito embora seja possível que, em um programa de *compliance*, admitam-se as duas modalidades de encaminhamento de informações, há vantagens e inconvenientes em cada uma delas: o anonimato confere maior proteção ao *whistleblower*, mas também pode dar lugar a denúncias motivadas por vinganças ou interesses puramente pessoais, além de ampliar o risco de se apresentar informações falsas ou de má-fé. Por sua vez, a confidencialidade confere maior legitimidade ao conteúdo do que é informado, porém traz mais riscos para o *whistleblower*, na medida em que não se pode garantir por completo o sigilo da fonte, circunstância esta que pode pesar negativamente na decisão de denunciar ou não determinado fato.³²

32 BACHMAIER WINTER; MARTÍNEZ SANTOS, *op. cit.*, p. 525.

Se para a empresa privada é facultada a escolha entre o anonimato ou a confidencialidade, ou a ambas – consoante a configuração do respectivo programa de *compliance* –, tem-se que, no âmbito das organizações públicas – Administração Pública direta ou indireta –, o escopo da Lei nº 13.964/2019 foi no sentido de admitir somente a confidencialidade do informante. Essa circunstância se conecta com a segunda grande modificação trazida pela Lei nº 13.964/2019, qual seja, a institucionalização de mecanismos de proteção integral ao informante. No caso, a lei assegura-lhe a confidencialidade ou preservação da sua identidade. Contudo, essa proteção não é absoluta, pois pode ser relativizada na hipótese de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos, conforme dispõe o art. 4º-B, da Lei nº 13.608/2018, introduzido pela Lei nº 13.964/2019.

De todo modo, como “válvula de segurança”, o parágrafo único desse dispositivo legal estabelece que somente poderá ser descortinada a identidade do informante mediante sua prévia comunicação e concordância formal. Muito embora a lei não estabeleça qual consequência adviria de uma possível negativa por parte do informante, parece intuitivo que a solução a ser dada é aquela que constava do Projeto de Lei nº 882/2019: a perda do valor probatório da informação por ele trazida.

Ainda com relação ao sistema de proteção integral, o parágrafo único do art. 4-B da Lei nº 13.608/2019, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, dispõe que, considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, o informante deve ser protegido contra retaliações e deve-se oferecer a este isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se ele tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas. Ademais, a nova sistemática legislativa, além de estabelecer salvaguardas ao informante de boa-fé contra represálias diretas ou indiretas, determinou a sua proteção contra demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

Nesses termos, há um leque de medidas que visam afastar o informante da perda ou rebaixamento dos direitos trabalhistas ou contidos nos respectivos regimes jurídicos de servidores públicos. A propósito, como se sabe, não é incomum que, por conta de denúncias que venha a encaminhar às autoridades responsáveis – e que envolvam pessoas poderosas dentro ou fora da Administração Pública –, o trabalhador venha a sofrer consequências adversas, tal como uma injustificada transferência para um pos-

to de trabalho distante de onde se encontrava, ou mesmo uma demissão retaliatória.³³ Conforme bem assinalado por Gómez Martín, a necessidade de proteção do informante frente a possíveis represálias repousa sobre uma realidade dificilmente questionável: se, diante do patrão, o trabalhador se encontra, por princípio, em uma posição de debilidade. Tal fragilidade aumenta ainda mais quando se trata de um empregado que se coloca como *whistleblower*.³⁴ Dessa maneira, justifica-se plenamente a oportuna introdução das garantias contidas naquele diploma legal.

O regime de proteção integral ao informante é complementado pelas disposições contidas nos parágrafos do art. 4º-C da Lei nº 13.608/2018, que estabelecem: 1) a caracterização de falta disciplinar grave, passível de demissão a bem do serviço público, no caso de o agente público vir a praticar condutas retaliatórias contra o informante; 2) o ressarcimento em dobro ao informante por eventuais danos materiais decorrentes das mencionadas represálias, independentemente de indenização por danos morais; e 3) o estabelecimento de recompensa em favor do informante em até 5% do valor do patrimônio público que vier a ser recuperado por conta das informações por ele prestadas.

Com relação à sistemática de recompensa, percebe-se uma distinção entre a disciplina originária da Lei nº 13.608/2018 e aquela introduzida pela Lei nº 13.964/2019. Como visto no item anterior, nos termos do art. 4º e parágrafo único, da Lei nº 13.608/2018, a retribuição: 1) decorre de informação prestada ao serviço de “disque denúncia” de entidade pública ou privada; 2) ela se dá quando a informação for útil para prevenção, repressão ou a apuração de crimes de qualquer natureza ou ilícitos administrativos; 3) ela pode ter expressão econômica ou ser de outra natureza; e 4) ela pode consistir no pagamento de valores em espécie. Por sua vez, na forma do art. 4º-C-, § 3º, trazido pela Lei nº 13.964/2019, a recompensa: 1) vincula-se a uma informação prestada para a unidade de ouvidoria ou correição; 2) ela se dá quando a informação resultar em recuperação de produto de crime contra a Administração Pública, não sendo extensível para infrações penais de outra ordem ou ilícitos administrativos; e 3) ela pode ser fixada em até 5% do valor recuperado.

33 Petter Gottschalk exemplifica as seguintes ações retaliatórias: 1) tratamento diferenciado e injusto; 2) questionamento da credibilidade do informante; 3) perda, redução ou retirada das tarefas a cargo do informante; 4) censuras, críticas e rescisão do vínculo empregatício; 5) assédio moral; 6) retirada de bolsa de estudos ou gratificações extras; 7) isolamento do informante no local de trabalho; 8) prejuízos financeiros na sua folha de pagamento; 9) violação da confidencialidade do nome do informante; 10) investigação e revelação de “histórias sujas” sobre o passado do informante; 11) espalhar boatos negativos contra o informante; 12) emprego de ameaças ou mesmo violência física; 13) elaboração de “armadilhas” para o informante cair; 14) desviar o foco do relatado com fatos diversos; 15) atacar a pessoa do informante ao invés de rebater a acusação por ele apresentada; 16) ignorar por completo o conteúdo da informação; 17) pulverizar ou minimizar a relevância dos dados por ele trazidos etc. (GOTTSCHALK, *op. cit.*, p. 158-159).

34 GÓMEZ MARTÍN, *op. cit.*, p. 446.

O tratamento distinto para as duas disciplinas de recompensa se justifica em razão das distintas finalidades. Com efeito, no primeiro caso é possível que a entidade de dis-que denúncia conceda um prêmio de R\$ 10 mil para quem dê uma informação relevante acerca do paradeiro do autor de um crime contra a dignidade sexual, ao passo que, no segundo, é possível que a unidade de ouvidoria confira um percentual de 2% do montante de R\$ 100 mil de dinheiro público recuperado àquele que informa os dados da conta bancária onde se encontra dissimuladamente ocultado.

De toda sorte, o estabelecimento de recompensa corresponde a uma lógica racional do sistema de *whistleblowing* haurida da experiência norte-americana e tida como bem-sucedida. Segundo Brandon Garrett, os *whistleblowers* não são benquistos pelos dirigentes das corporações, sendo, em regra, demitidos, sofrendo, assim, experiências traumáticas, com carreiras e vidas profundamente afetadas. Desse modo, a legislação tenta contrabalançar os aspectos negativos, protegendo e recompensando os *insiders* que revelam as más condutas ocultas nas corporações. Garrett exemplifica essa lógica com o episódio do maior pagamento individual a um informante, feito pelo Governo do Estados Unidos, que ficou dois anos encarcerado, mas, por ter denunciado irregularidades fiscais, foi recompensado com US\$ 104 milhões.³⁵

Não se pode, dessa forma, desqualificar a previsão legal de pagamento de recompensa, como se o informante agisse por motivação puramente mercenária. Como dito por Ragués I Vallès, as razões que levam um sujeito a denunciar, para a empresa ou a Administração Pública, a ocorrência de práticas ilícitas de que tomou ciência no curso de sua atividade laborativa são diversas. A decisão de informar pode decorrer tanto de um “sentimento de dever” como por uma “vontade de contribuir para o respeito à legalidade”, mas também por motivos aparentemente menos louváveis, como o “ânimo de vingança” ou a uma “mescla” de todas as anteriores explicações.³⁶

35 GARRETT, Brandon L. **Too big to jail**: How prosecutors compromise with corporation. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014. p. 225.

36 RAGUÉS I VALLÈS, *op. cit.*, p. 478.

7 CONCLUSÃO

Do que foi exposto, considera-se que a figura do informante se constitui um importante instrumento de política criminal na atualidade, na medida em que possibilita às organizações públicas e privadas detectar, prevenir e reprimir a ocorrência de ilícitos no seu interior. Nesse sentido, apesar do registro ao longo da História, o mecanismo de denúncia de irregularidades ou ilícitos ganhou um novo significado com o surgimento e a expansão das estratégias de autorregulação regulada e dos programas de *compliance*, mormente diante do gigantismo e da opacidade das estruturas de muitas organizações. Ademais, as críticas porventura pertinentes devem servir ao aprimoramento das normas de tutela ao informante, e não ao seu abandono enquanto instituto jurídico.

Sobre as indagações lançadas no início, tem-se que o local adequado para o direcionamento de informações é no setor de *compliance* ou de conformidade dos entes públicos ou privados, e, ainda, nos termos da Lei nº 13.968/2019, nas unidades de ouvidoria ou correição da Administração Pública direta ou indireta.

Demais disso, por força da Resolução nº 174/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o informante pode apresentar notícia de fato aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetendo-a à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações.

Acerca da utilização do anonimato ou da confidencialidade, em se tratando de um programa de *compliance* da esfera de pessoa jurídica de direito privado, ficará a critério da respectiva direção a previsão de uma ou outra, ou ambas as formas em seu canal de denúncias. No caso de Administração Pública direta e indireta, nos termos da disciplina trazida pela Lei nº 13.964/2019, é de se entender que o informante somente pode se valer do sistema da confidencialidade, conforme as cláusulas e salvaguardas referidas nos arts. 4º-A e seguintes da Lei nº 13.608/2018.

No que diz respeito aos mecanismos para a garantia do informante contra retaliação, bem assim as demais medidas de proteção, tem-se que a Lei nº 13.964/2019 representa um “divisor de águas”, pois, como visto, até então eram tímidas as previsões de proteção então existentes no nosso ordenamento jurídico. É certo que o sistema de garantia integral introduzido na Lei nº 13.608/2018 é válido para a Administração Pública direta e indireta, não abrangendo, conseqüentemente, as pessoas jurídicas de direito privado.

Todavia, é de se supor que os programas de *compliance* destas últimas deverão seguir o mesmo caminho, incorporando aquele rol de garantias ao informante, notadamente com o objetivo de usufruir, perante o Poder Público, das vantagens e benefícios inerentes aos modelos de autorregulação regulada.

Antes de me despedir do leitor, vale retornar ao episódio referido na introdução deste texto. Uma das coisas que mais impressionou no rompimento da Barragem I, em Brumadinho/MG, foi o fato de que aquele gravíssimo desastre não só era previsível, como evitável. Além das diversas medidas técnicas e jurídicas de segurança frente aos riscos de rompimento de barragens, caso a alta direção da companhia Vale – e das demais pessoas físicas e jurídicas criminalmente denunciadas – tivesse procurado corrigir as falhas nas operações de exploração de minério, em especial diante das péssimas condições de segurança das barragens, em vez de tentar descobrir a identidade do informante com a finalidade de retaliá-lo, talvez vidas humanas e o ecossistema de toda uma região fossem poupados. Em síntese, informante não é um cancro dentro de uma empresa, mas sim um cidadão ou cidadã que cumpre relevante papel não somente perante ela – a empresa –, como, igualmente, para toda a sociedade.

Referências

BACHMAIER WINTER, Lorena; MARTÍNEZ SANTOS, Antonio. El régimen jurídico-procesal del *whistleblower*. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MADRID BOQUÍN, Christa M. **Tratado sobre Compliance Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BRASIL. Subchefia de Assuntos Parlamentares. **Exposição de Motivos nº 00014/2019-MJSP**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019. Acesso em: mar. 2020.

CARVALHO, Bruno Fernandes. **Compliance Criminal**: Uma análise sobre os aspectos fundamentais. São Paulo: LiberArs, 2019.

CAVICO, Frank J. Private sector *whistleblowing* and the employment-at-will doctrine: A comparative legal, ethical, and pragmatic analysis. **South Texas Law Review**, Houston, n. 45, p. 543-645, 2004.

DIRK BLUMENBERG, Axel; GARCÍA-MORENO, Beatriz. Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente (coord.). **Responsabilidad de la Empresa y Compliance**: Programas de prevención, detección y reacción penal. Montevideo: B de F, 2014.

GARCÍA CAVERO, Percy. **Criminal compliance**. Lima: Palestra, 2014.

GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán *et al.* (dir.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

GARRETT, Brandon L. **Too big to jail**: How prosecutors compromise with corporation. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2014.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y derecho del trabajador. *In*: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de (org.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. Compliance y derecho del trabajador. *In*: MIR PUIG, Santiago *et al.* **Responsabilidad de la Empresa y Compliance**. Montevideo: B de F, 2014.

GOTTSCHALK, Petter. Whistleblower Retaliation. *In*: _____. **Fraud and Corruption**: a convenience perspective. Irvine: Universal Pub., 2019.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. Do prémio da felonía na história jurídica e no direito penal contemporâneo. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 21, n. 2, abr./jun. 2011.

MUELLER, Tom. **Crisis of Conscience**: Whistleblowing in an age of fraud. New York: Riverhead Books, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoa jurídica. *In*: NIETO MARTÍN, Adán *et al.* (org.). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal. **Indret Revista para el analisis del derecho**, Barcelona, n. 3, 2006.

_____. El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: *whistleblowing* interno vs *whistleblowing* externo. *whistleblower*: HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente (coord.). **Responsabilidad de la Empresa y Compliance**. Programas de prevención, detección y reacción penal. Montevideo: B de F, 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de *compliance* e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 25, n. 1 a 4, jan./dez. 2015.

_____. Informante do bem: ensaio sobre o *whistleblower* na atualidade. *In*: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; MELLO, Cleyson de Moraes; MARTINS, Vanderlei (coord.). **Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Eduardo Japiassú**. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva. Criminologia do desvio no ambiente corporativo: a empresa como causa e como cura da corrupção. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo *et al.* (org.). **Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais**. Belo Horizonte: Vorto, 2019.

WELLNER, Philip A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. **Cardozo Law Review**, New York, v. 27, Issue 1, 2005.

3 A NOVA FIGURA DO AGENTE DISFARÇADO

Caroline de Assis e Silva Holmes Lins¹

Renee do Ó Souza²

Rogério Sanches Cunha³

Resumo: O presente trabalho busca esclarecer a nova figura do agente disfarçado, introduzida pela Lei nº 13.964/2019, bem como demonstrar as condições para sua validade e utilidade jurídico-penal. Por meio de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, demonstram-se as diferenças entre o agente infiltrado e o agente provocador, figura rechaçada pelo ordenamento jurídico brasileiro, além de indicar a compreensão de cada um dos elementos normativos condicionais para a caracterização do agente disfarçado. Ao cabo do trabalho, após análise dos elementos normativos dos tipos penais em que a figura se insere, o estudo faz uma definição autônoma de agente disfarçado, útil para compreender sua natureza jurídica e função político criminal.

Palavras-chave: Agente disfarçado. Lei nº 13.964/2019. Lei Anticrime. Agente encoberto. Lei de Drogas.

Abstract: *The present work seeks to clarify the new figure of the undercover agent, introduced by Law No. 13.964/2019, as well as to demonstrate the conditions for its validity and legal-penal utility. Through a bibliographic and jurisprudential review, the differences for the infiltrated and provocative agent are demonstrated, a figure rejected by the Brazilian legal system, in addition to indicating the understanding of each of the conditional normative elements for the characterization of the disguised agent. At the end of the work, after analyzing the normative elements of the criminal types in which the figure is inserted, the study makes an autonomous definition of a disguised agent, useful to understand its legal nature and criminal political function.*

Keywords: *Undercover agent. Law No. 13.964/2019. Anti-crime Law. Covert agent. Brazilian Drug Law. Brazilian Arms Law.*

1 Pós-graduada em Direito Corporativo e *Compliance* e advogada no estado de São Paulo.

2 Mestre em Direito pelo UniCEUB e promotor de Justiça no estado de Mato Grosso.

3 Professor do CERS e promotor de Justiça no estado de São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019, entre tantas alterações importantíssimas, traz, em algumas passagens, a figura do agente disfarçado, uma inovação que não deve ser confundida com outras técnicas especiais de investigação como o agente infiltrado e a ação controlada, nem, tampouco, com o agente provocador. Confirmam-se as alterações:

a) Alteração à Lei nº 10.826/2013:⁴

Art. 17. [...].

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º [...]

§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente."

Art. 18. [...]

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente."

b) Alteração à Lei nº 11.343/2006:

Art. 33. [...]

§ 1º [...].

IV – vende ou entrega drogas ou matéria prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Da leitura dos dispositivos que contemplam a novidade, logo se verifica tratar-se de outra espécie de técnica especial de investigação e de atuação policial utilizável em situações peculiares e que reclamam uma sofisticação operacional intermediária, situa-

⁴ Os tipos incriminadores dos arts. 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo) também experimentaram aumento de pena, tendo em vista que, anteriormente, eram ambas de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

da entre uma simples campana policial, de um lado, e uma infiltração policial ou ação controlada, de outro. Além do relativo grau de expertise, notabilizado pela habilidade de atuar descaracterizado de forma a permitir a coleta de provas do crime e de sua autoria, sem, entretanto, interferir em seu curso causal, o instituto reclama uma relativa maturidade institucional, capaz de garantir um enfrentamento real aos delitos comerciários.

Seu propósito é assegurar a autônoma criminalização da conduta daquele que realiza atos de tráfico de armas, drogas ou matéria-prima com um agente policial disfarçado e, assim, debelar casos que de outro modo seriam colhidos pelo entendimento da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal⁵ no sentido de que a solicitação pelo agente policial do produto proibido caracteriza flagrante preparado e crime impossível.⁶ Na verdade, aqui a incriminação ocorre por uma antecipação do comportamento delitivo, fruto de um fracionamento normativo apto a caracterizar suficientemente um novo injusto penal, que rompe a bilateralidade inerente ao tráfico. O novo tipo penal centra-se na prática de atos unilaterais destinados à dispersão de determinados produtos perigosos e relacionados ao tráfico (de armas, droga e matéria-prima), desde que presentes os elementos normativos condicionais do tipo a seguir estudados.

Assim, ainda que o agente policial tenha uma pequena participação na cadeia causal da conduta criminosa, a venda e a entrega desses produtos ao agente disfarçado não caracteriza crime impossível, porque, nesse caso, a norma penal erigiu como nova hipótese normativa uma conduta e um resultado jurídico bem delimitados, que independem da efetivação sinalagmática do negócio.

O presente artigo tem o propósito de definir o agente disfarçado e identificar os elementos que permitem distingui-lo tanto do agente infiltrado quanto do agente provocador, examinando, ao mesmo tempo, as características essenciais dessas figuras.

5 Súmula 145 do STF: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação".

6 O verbete é fortemente influenciado pela doutrina de Nelson Hungria, que afirmava que, no hoje denominado flagrante preparado, o suposto criminoso não passava do "protagonista inconsciente de uma comédia". (HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, tomo II: arts. 11 ao 27, p. 107).

2 DO AGENTE INFILTRADO

Conceitualmente, no escólio de Alberto Silva Franco, agente infiltrado é o “funcionário da polícia que, falseando sua identidade, penetra no âmago da organização criminosa para obter informações e, dessa forma, desmantelá-la”.⁷ Nesse prisma, a infiltração pressupõe a imersão do agente na organização criminosa, mediante envolvimento articulado com os membros e adoção de postura estrategicamente complacente com as práticas criminosas, com o fito de angariar elementos que sirvam de sustentáculo à persecução penal.

A atuação do agente infiltrado tem características próprias, contempladas por Eduardo Araújo da Silva, que, citando Juan Jose López Ortega,⁸ identifica três momentos: i) a dissimulação, que é a estratégia fundamental de esconder a real posição de agente estatal; ii) o engano, mediante o qual o agente infiltrado exerce um verdadeiro papel teatral na tessitura criminosa, com o escopo de cativar a confiança dos membros e, conseqüentemente, lograr êxito em obter as informações investigadas; e iii) a interação, haja vista o agente se envolver direta, pessoal e intensamente com o grupo criminoso.

A figura jurídica da infiltração de agentes constitui um estratagema investigativo, que se dá mediante prévia autorização judicial e cuja relação com o grupo criminoso é premeditada e planejada antecipadamente pelo Estado.

3 DO AGENTE PROVOCADOR

A seu turno, o traço característico do agente provocador é o excesso de comportamento interventivo perante a conduta criminosa, de modo a romper com a atuação eminentemente investigativa e necessariamente neutra, a ponto de induzir ou instigar a prática do delito. Em casos tais, o agente estatal, como o nome evidencia, provoca o evento e concorre decisivamente para o crime de forma que, ao mesmo tempo que encoraja o autor à sua prática, providencia a sua prisão em flagrante.

Como se vê, o agente provocador destoa significativamente do agente infiltrado que, diferentemente, deve atuar de forma neutra no que concerne às atividades ilícitas exer-

7 FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 584.

8 SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2015. p. 99.

cidas pelo grupo investigado. Embora haja alguma controvérsia nisso, admite-se que o agente infiltrado se mantenha tolerante com os crimes que presencia além de, em situações excepcionais, praticar alguns delitos, situações aprioristicamente abarcadas pela inexigibilidade de conduta diversa. Como se pode ver, contudo, em nenhuma hipótese o agente infiltrado é o responsável pela idealização do crime, etapa inteiramente atribuída ao grupo em que ele se inseriu. De outro lado, na figura do agente provocador, distintamente, há uma postura incitadora do crime, o que retira a neutralidade causal de sua conduta no cometimento da infração.

Nesse ponto, é percuciente a lição de Alves, Gonçalves e Valente. Ei-la:

A figura do agente infiltrado é, pois, substancialmente diferente da do agente provocador. O agente provocador cria o próprio crime e o criminoso, porque induz o suspeito à prática de actos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. O agente infiltrado, por sua vez, através da sua actuação limita-se, apenas, a obter a confiança do suspeito(s), tornando-se, aparentemente, num deles para, como refere Manuel Augusto Alves Meireis, “desta forma ter acesso a informações, planos, processos, confidência que, de acordo com seu plano, constituirão as provas necessárias à condenação”.⁹

Como será estudado a seguir, o agente disfarçado, tal qual o infiltrado, não é considerado provocador, pois sua atuação não implica em instigação ao delito. Sua atuação é predominantemente passiva, o que pode ser verificado mediante a hipotética substituição de sua conduta e a constatação acerca do mesmo transcurso causal até o crime.

Por corolário, o agente provocador é figura que deve ser evitada, haja vista deslegitimar toda a persecução penal por excesso na atuação do policial. Trata-se, destarte, de ação desautorizada pelo Estado, que enseja nulidades à atuação estatal e a possível responsabilidade criminal da autoridade que assim procede (Lei nº 13.869/2019, art. 9º, *caput*).¹⁰

9 ALVES, Manuel João; GONÇALVES, Fernando; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Lei e crime: O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal.** Coimbra: Editora Almedina, 2001. p. 264

10 Neste sentido: “São exemplos de prisões ilegais no Brasil: [...] Do mesmo modo o chamado flagrante forjado, compreendido como a detenção decorrente de manipulação das circunstâncias pela autoridade para fingir que alguém praticou um crime, destinada a prendê-lo em flagrante delito, como por exemplo, policial que coloca drogas no veículo de alguém para falsear um flagrante delito.” (SOUZA, Renee do Ó. **Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade.** Salvador: Juspodivm, 2020. p. 70.).

4 DO AGENTE DISFARÇADO

O agente disfarçado, contemplado na Lei nº 13.964/2019 em três momentos específicos, é figura jurídica sem precedente na legislação, razão pela qual nos parece recomendável uma breve revisão doutrinária comparada, indicativa de uma terceira modalidade de ação encoberta dos agentes estatais.

Nessa toada, o autor português Manuel Augusto Alves Meireis¹¹ apresenta uma proposta de dissociação do agente infiltrado e do agente encoberto – que, adianta-se, muito se aproxima da novel figura do agente disfarçado. Para o autor, o agente infiltrado é caracterizado, sobretudo, pela confiança que conquista dos membros da organização criminosa. Na infiltração de agentes, a relação entre o agente infiltrado e o grupo criminoso é imprescindível para a revelação da tessitura criminosa, dos planos delitivos, do funcionamento e da identidade dos membros. Lado outro, ainda em consonância com Meireis, o agente encoberto diferencia-se pela ausência de envolvimento prévio do agente com o grupo criminoso. Noutras palavras, o agente não provoca o acontecer típico e tampouco cativa a confiança do grupo criminoso.

A doutrina espanhola também tem uma concepção tripartida de ações investigativas com agentes cujas identificações mantêm-se dissimuladas. Joaquim Delgado explica a figura da ação encoberta. Para o autor, o “agente meramente encoberto” é aquele que, sem revelar sua real identidade, em trabalho de rotina, investiga crimes sem precisar se envolver ou ganhar a confiança dos integrantes do grupo criminoso. O autor espanhol, ainda, concebe a conceituação do “agente encoberto infiltrado”, que corresponde ao nosso agente infiltrado, podendo ocorrer com ou sem identidade falsa e, por fim, o “agente provocador”, já estudado alhures.¹²

Dadas as semelhanças com as disposições da Lei nº 13.964/2019, infere-se que o agente disfarçado, com as adaptações à tradição jurídica do Brasil, corresponde à ação encoberta da doutrina portuguesa e da espanhola.

Importa, porém, deixar destacado que o agente disfarçado, tal como concebido pela Lei nº 13.964/2019, não pode ser confundido com uma mera “campana policial”, técnica amplamente utilizada para realização de prisões em flagrante esperado, caracterizada pela vigilância, pelo acautelamento e pela preparação de medidas preventivas plena-

11 MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal**. Coimbra: Editora Almedina, 1999. p. 163-164.

12 DELGADO, Joaquín. **Criminalidad Organizada**. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2001. p. 46-48.

mente válidas, visto que essa forma de atuação das forças policiais não é sua motivação interventiva e decisiva para a prática do crime. Nesse sentido, sustenta Luiz Regis Prado:¹³

Não há instigação ou induzimento por parte da autoridade policial: a decisão de delinquir parte exclusiva e livremente do autor. A autoridade policial apenas se prepara, por meio de providências acautelatórias, para surpreendê-lo quando da prática da infração penal (flagrante esperado). Nessa situação, apesar da intervenção policial, não há impedimento absoluto à concretização do plano delituoso do agente. Não se pode, portanto, falar em crime impossível, já que o bem jurídico poderá sofrer lesão ou perigo de lesão. Se o agente deu início à execução do delito, praticou tentativa punível. Inicia-se a realização da ação típica, e a presença da autoridade policial é circunstância alheia à sua vontade, que obsta a consumação do delito.

A distinção é feita a partir dos pressupostos mencionados na legislação que o concebe, a seguir estudados.

5 PRESENÇA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS RAZOÁVEIS DE CONDUTA CRIMINAL PREEXISTENTE

Para a validade da atuação do agente disfarçado, deve haver a demonstração de provas em grau suficiente que indiquem que o autor realizou antes uma conduta criminosa, circunstância objeto da investigação proporcionada pelo disfarce. Há, portanto, uma relação utilitarista-consequencial entre esses elementos típicos. A investigação realizada pelo agente disfarçado, em razão da qualificada apreensão de informações proporcionada pelo disfarce, colhe elementos probatórios razoáveis acerca da conduta criminosa preexistente.

Caso a investigação descarte a conduta criminosa preexistente, ou seja, caso revele tratar-se de vendedor casual dos produtos ilícitos, não será possível responder pelos crimes especiais criados pela Lei nº 13.964/2019. Essa observação é crucial para compreender o instituto como uma aposta na atuação profissional dos investigadores policiais, em meio a um sistema de investigação criminal, e não simplesmente como um expe-

13 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. Parte Geral: arts. 1º a 120, p. 476.

diente capaz de levar ao alargamento de prisões de pessoas desvinculadas da prática de crimes.

Observe-se que esse elemento normativo do tipo constitui uma condição *sine qua non* para a caracterização dos tipos penais em estudo e direciona-se à captura de informações anteriores à venda e entrega do produto pelo sujeito ativo, aptas a demonstrar sua prévia inserção na atividade criminosa.

A conduta criminosa preexistente – que deve restar comprovada –, deve manter um nexo com o crime de tráfico realizado, porque são esses elementos probatórios que, ao cabo, dão sustentação ao recorte feito pelo legislador e permitem a sua caracterização típica sem que se trate de flagrante preparado, além de assegurar que a conduta criminosa foi praticada de forma voluntária, livre e consciente. Dito de outra forma, são essas provas que asseguram que a participação do agente disfarçado é neutra, ou quase um indiferente causal à prática delitiva.

Assim, quando um policial tenta, anonimamente, adquirir drogas de um usuário, que, exclusivamente em razão desse ato, obtém e repassa a substância ao proponente, resta caracterizada uma obra fruto de um agente provocador e, portanto, um caso de flagrante provocado.

Contudo, caso um policial disfarçado realize um prévio levantamento investigativo que indique que determinada pessoa exerce função de vendedor de drogas em pequenas quantidades (conduta criminal preexistente), sem que as mantenha consigo antes das propostas de compras, e realize com ela uma negociação pela substância, poderá, no momento da venda ou da entrega, efetuar sua prisão, porque o crime se caracteriza, nesse instante, ante a realização dos elementos específicos do tipo, ainda que o criminoso mantenha com ele exclusivamente a exata quantia de drogas comercializada. Observe-se que nesse caso, não fosse a nova figura delitiva em estudo, não seria possível a prisão do traficante sequer pelos demais núcleos verbais, pois restaria descaracterizada a voluntariedade acerca da posse da droga ou arma envolvida na comercialização.

Esses elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistentes, colhidos na atividade investigatória realizada pelo agente disfarçado, além de reclamarem uma atividade investigativa relativamente elaborada, devem integrar o acervo informativo persecutório. Essas provas podem ser de toda espécie, como filmagens captadas em locais públicos, obedecidas as regras do novo art. 8º-A da Lei nº 9.296/1996, também

acrescido pela Lei nº 13.964/2019, bem como testemunhais, inclusive de usuários que adquiriram antes o entorpecente do investigado.

Para a atuação do agente disfarçado, a exemplo do que faz quanto ao agente infiltrado, a lei não prevê a necessidade de elaboração de um relatório circunstanciado que externe as suas atividades desempenhadas. Contudo, a fim de registrar de forma concatenada os atos investigativos realizados pelo agente disfarçado, é bem-vinda a elaboração desse tipo de documento. Como bem registram Joaquim Leitão e Bruno Barcelos Lima, a falta de regulamentação das formalidades para o registro do agente disfarçado pode ser superada mediante atuação supervisora da autoridade policial. Sustentam os autores:

Por isso, diante da ausência de procedimento e formalidade expressa a ser seguido na legislação pátria até que a doutrina e jurisprudência eventualmente elejam algum procedimento analogicamente para ter como regramento ou valer em parte (ou na pior das hipóteses de não se chegar a nenhuma eleição de procedimento por analogia), recomenda-se que em todas as hipóteses haja um controle rigoroso por parte da Autoridade Policial, que além de poder se valer desta técnica no exercício do cargo de delegado de polícia, poderá expedir ordem de serviço ou de missão policial para o emprego desta técnica, por outros policiais, observando-se as atribuições legais dos cargos e desde que observe os requisitos legais para a técnica do agente policial disfarçado¹⁴.

Nada impede também que o próprio agente disfarçado seja ouvido como testemunha, pois prevalece na jurisprudência que a oitiva do policial constitui meio de prova idôneo a embasar um édito condenatório. Com efeito, a jurisprudência do STF trilha essa senda: “[...] não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento”.¹⁵

Importa, por fim, anotar que a conduta criminosa preexistente não deve ser compreendida, necessariamente, como a prévia inserção do sujeito ativo do crime em uma or-

14 BARCELLOS, Bruno Lima; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: SOUZA, Renee do Ó (org.) **Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 100.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 76.557-6/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio, 4 de agosto de 1998.

ganização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013), ou associação criminosa (art. 288 do CP ou art. 35 da Lei nº 11.343/2003) ou mesmo uma atividade criminosa em concurso de pessoas com divisão de tarefas (art. 29 do CP). Basta que ele tenha antes praticado atos parcelares ligados à mercancia ilícita que indiquem sua habitualidade ou profissionalização delitiva.

6 DEFINIÇÃO DE AGENTE DISFARÇADO

De todo o exposto, à luz das normas contidas na Lei nº 13.964/2019, pode-se esboçar a definição de agente disfarçado como aquele que, ocultando sua real identidade, posiciona-se com aparência de um cidadão comum (não chegando a infiltrar-se no grupo criminoso) e, a partir disso, em meio à atividade investigatória-persecutória, coleta elementos que indicam a conduta criminosa preexistente do sujeito ativo.

O agente disfarçado, embora atue mediante identificação oculta, não se insere incisivamente no seio do ambiente criminoso, motivo pelo qual não depende de autorização judicial para atuar, e tampouco macula a voluntariedade na conduta delitiva do autor dos fatos.

Porque atua em meio a uma atuação investigativa e repressiva, o agente disfarçado também não se confunde com o agente de inteligência que, conforme a 2ª Turma do STF, é entendido como aquele que tem atuação preventiva e genérica, buscando informações acerca de fatos sociais relevantes, sem integrar-se a determinado grupo criminoso, independentemente de o crime ter efetivamente se consumado (HC 147.837/RJ, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, datada de 26/2/2019).

Vale ressaltar a distinção entre agente disfarçado e agente provocador feita por Vladimir Aras:

O agente infiltrado ou o agente disfarçado é alguém que recolhe informações e se relaciona com o suspeito sem catalisar condutas criminosas; o agente provocador incita outrem a praticar um crime. Os primeiros são legítimos; o segundo é ilegítimo. Assim, a prova produzida a partir da atividade

dos agentes infiltrados e agentes encobertos (não infiltrados) é admissível em juízo apenas se não tiver havido incitação policial ou *entrapment*.¹⁶

E continua explicando o autor:

Na provocação (*entrapment*), o agente faz surgir a ideação ou deliberação e leva o suspeito a percorrer todo o *iter criminis* até a execução. A atuação do agente provocador é a verdadeira causa do crime, pois no sujeito provocado não existia qualquer vontade primária de praticar o ilícito nem tinha ele o objeto material da conduta ilícita. Este sim é um crime impossível, pela intervenção *ab initio* da força policial, antes da cogitação. Segundo o Tribunal Supremo da Espanha a prova assim obtida é ilícita, não existindo nem tipicidade nem culpabilidade. Diversamente, na infiltração, nas ações encobertas e nas *sting operations* legítimas, o dolo já existe, e a vontade do suspeito não foi viciada pelo Estado. Os suspeitos já desejavam e planejavam o crime, ou já haviam iniciado seus atos preparatórios¹⁷.

Cabe ainda observar a posição sustentada por Joaquim Leitão e Bruno Barcelos Lima de que somente podem exercer a função de agente disfarçado membros da polícia judiciária, dotados constitucionalmente de atribuições investigativas. Confira a lição dos autores:

Partindo-se da premissa ou da máxima de que não existem palavras inúteis no texto da lei, quando o legislador ordinário fez a opção da redação em todos dispositivos supra “presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, em nosso pensar, quis conferir tão somente às Polícias Judiciárias estes múnus, porquanto a expressão em evidência pressupõe a existência de investigação ainda que preliminar, a fim de ilustrar os elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente – e quem investiga, ao menos pela letra da Constituição Federal são as Polícias Judiciárias.

É intuitiva esta impressão quando se volta os olhos a redação dos dispositivos legais que fazem referência “[...]a agente policial disfarçado, quan-

16 ARAS, Vladimir. A Infiltração de Agentes como Meio Especial de Obtenção de Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Juspodvm, 2020. p. 372.

17 *Idem, ibidem*, p. 375.

do presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente." Ora, a conclusão inarredável é de que essa dicção legal pressupõe a existência de investigação ainda que preliminar por parte das Polícias Judiciárias, a fim de ilustrar os elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, lembrando que quem investiga em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal são as Polícias Judiciárias¹⁸.

7 CONCLUSÃO

O agente disfarçado é uma adequada resposta à atual sofisticação na prática de crimes de tráfico de armas e drogas, e indica que a atuação estatal de enfrentamento a essa criminalidade deve aperfeiçoar-se de modo a evitar que a dispersão desses produtos ilícitos seja feita por meio de transporte individual em pequenas quantidades.

Se é verdade que a legislação deve diferenciar adequadamente o grande e o pequeno traficante, não há dúvidas de que o chamado tráfico formiguinha, praticado por um exército de intermediadores do comércio ilícito (de armas e drogas), composto por pessoas que levam consigo pequena quantidade de drogas, estritamente encomendada pelo consumidor, deve ser alcançado pela atuação penal de forma eficaz, razão pela qual o legislador lança mão de uma adaptação legislativa capaz de responder a essa nova prática criminosa.

Referências

ARAS, Vladimir. A Infiltração de Agentes como Meio Especial de Obtenção de Prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Juspodvm, 2020.

ALVES, Manuel João; GONÇALVES, Fernando; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Lei e crime**: O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

BARCELLOS, Bruno Lima; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. A emblemática figura do agente policial disfarçado na Lei nº 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime). In: SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei anticrime**: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

DELGADO, Joaquin. **Criminalidade Organizada**. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2001.

¹⁸ BARCELLOS; LEITÃO JÚNIOR. *op. cit.* p. 98-99.

FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I, tomo II.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal**. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas**: Aspectos Penais e Processuais da Lei 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso De Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. rev., atual., e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

SOUZA, Renee do Ó. **Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: Juspodivm, 2020.

4 A REGULAMENTAÇÃO DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL E O NÚCLEO INTANGÍVEL DA VIDA PRIVADA

Pedro Melo Pouchain Ribeiro¹

Resumo: O presente artigo aborda a captação ambiental, como meio de obtenção de prova em matéria criminal. Inicia-se por seu histórico legislativo e doutrinário, confrontando-a com a gravação ambiental e a tese fixada pelo STF em repercussão geral. Alicerçado em reflexões sobre o valor fundamental da privacidade, delimita-se a esfera de intimidade como o núcleo intangível dos direitos de personalidade. Disso resultam limites materiais que tornam inadmissíveis certas gravações como prova. Na sequência, abordam-se alguns parâmetros para o uso das novas tecnologias e, finalmente, são detalhadas as inovações da Lei nº 13.964/2019 e contextualizada a atual quadra de transformação sociocultural do direito à privacidade.

Palavras-chave: Captação ambiental. Novas tecnologias. Núcleo intangível da privacidade. Autodeterminação informacional.

Abstract: *This article covers the electronic surveillance as a means of gathering evidence in criminal procedure. The text begins with a statutory and doctrinal context, comparing it with the precedents set by the Brazilian Supreme Federal Court. Based on reflections on the fundamental value of privacy, the intimacy is defined as the core sphere of the right to personality. This results in material limits that make certain recordings inadmissible as evidence. Afterwards references are made to the criteria for the use of new technologies. Finally, the innovations of the Federal Statute 13.964/2019 are presented as well as the actual socialcultural transformations related to the right to privacy.*

Keywords: *Electronic surveillance. New technologies. Core of the privacy sphere. Informational self-determination.*

1 INTRODUÇÃO

Entre as novidades advindas do chamado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) voltadas ao aprimoramento das investigações criminais, este artigo abordará a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos à luz da nova regulamentação legal. A novidade decorre basicamente do acréscimo dos arts. 8º-A e 10-A à Lei de Intercepção Telefônica (Lei nº 9.296/1996), além da nova redação dada ao art. 10.

1 Mestre em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla e procurador da República em Mato Grosso, integrante do Grupo de Apoio sobre Lavagem de Dinheiro, Crimes Fiscais e Investigação Financeira do MPF.

Por um lado, estabelece o art. 8º-A os pressupostos do uso válido da captação ambiental como meio de obtenção de prova em matéria criminal. Por outro, os novos arts. 10 e 10-A tipificaram, respectivamente, os crimes de escuta ambiental ilícita e de captação ambiental ilícita.

Sem prejuízo de rápida menção às novas infrações penais, o foco aqui será trilhar seu percurso como meio de obtenção de prova em face do núcleo intangível dos direitos à intimidade e à vida privada no contexto das recentes inovações tecnológicas.

2 BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO

No âmbito internacional, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), adotada no ano de 2000, exortou os Estados signatários a adotarem técnicas especiais de investigação contra a criminalidade organizada, entre as quais a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância.²

Dessa forma, a Lei nº 10.217/2001 inovaria o direito brasileiro, passando a prever na antiga Lei de Organizações Criminosas, Lei nº 9.034/1995, a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos como meios de obtenção de prova, desde que mediante autorização judicial.³

Por sua vez, a atual Lei de Organizações Criminosas, Lei nº 12.850/2013, na medida em que revogou a Lei nº 9.034/1995, passou a dispor sobre captação ambiental de modo excessivamente breve, abstando-se de exigir prévio controle judicial.

Eis, portanto, o contexto em que é bem recebida a nova regulamentação trazida pelo Pacote Anticrime que, ao detalhar seus requisitos procedimentais, confere maior segurança jurídica ao uso dessa medida cautelar probatória, além de que a tipificação dos novos crimes eleva a tutela dos direitos à intimidade e à privacidade.

Iniciemos com algumas compreensões preliminares sobre a captação ou interceptação e a gravação ambiental.

² Art. 20 da Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/2004).

³ A Lei nº 10.217/2001 acrescentou o inciso IV, que dispunha sobre a captação e interceptação ambiental, ao art. 2º da Lei nº 9.034/1995, a antiga Lei de Organizações Criminosas.

3 A CAPTAÇÃO OU INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL

Também conhecida como vigilância eletrônica, a captação ambiental corresponde a captura ou registro de um sinal de natureza eletromagnética, óptica ou acústica, sem a autorização daquele que o emite,⁴ a fim de que seu significado ou conteúdo seja utilizado como elemento probatório⁵ em procedimento criminal.

Imaginem-se as seguintes situações: a) a obtenção de sinais (eletromagnéticos) de localização emitidos por um rastreador veicular GPS instalado pela polícia; b) imagens feitas por uma ostensiva câmera de vigilância de um edifício sobre delito ocorrido em via pública (sinais ópticos); e, ainda, c) os registros da conversa (sinais acústicos) de um casal durante sua noite de núpcias. Em quais casos será necessária prévia autorização judicial? Haveria limites materiais a impedir a ingerência do Estado sobre a intimidade da pessoa humana?

Captação e interceptação ambiental são expressões sinônimas. Daí porque era apontada a redundância na antiga redação da Lei de Organização Criminosa, Lei nº 9.034/1995 (art. 2º, inciso IV).⁶ Por outro lado, parcela da doutrina segue distinguindo-as da escuta ambiental, pois nesta a colheita dos sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos é realizada por uma terceira pessoa com o conhecimento de um dos interlocutores.⁷ Já na captação ambiental, nenhum dos comunicadores teria conhecimento dos registros que são feitos por terceiro.⁸

No campo do Direito Penal material haverá necessidade de atenção às terminologias. Afinal, os crimes de escuta ambiental ilícita e captação ambiental ilícita vieram previstos em tipos penais distintos (arts. 10 e 10-A da Lei nº 9.296/1996), cada qual com seus elementos normativos próprios.⁹ Ademais, essa distinção importará para compreender-se a excludente de ilicitude prevista no § 1º do art. 10-A, como adiante se apresentará.

No aspecto procedimental, as duas modalidades seguem sob os mesmos pressupostos e sob força de idêntico regime de garantias: exige-se, como regra, prévia autori-

4 GRECO FILHO, 2014.

5 Aqui, no sentido de prova irrepetível (art. 155, CPP), cujo contraditório é exercido de modo diferido.

6 DE LIMA, 2014, p. 503.

7 *Idem, Ibidem*, p. 504.

8 NICOLITT, 2015.

9 O art. 10 pune a conduta de promover escuta ambiental sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, ao passo que o art. 10-A incrimina a realização de captação ambiental para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial.

zação judicial (art. 8º-A). Sublinhe-se que, nada obstante a atual Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) não tenha reproduzido a exigência de autorização judicial para a captação ambiental, tal qual prevista na Lei nº 9.034/1995, predominou na doutrina o entendimento por sua necessidade.¹⁰ Afinal, a terceira pessoa que age ocultamente para a captação de uma mensagem que não lhe é direcionada o faz invadindo em certo grau a expectativa alheia de privacidade (ou intimidade), além de envolver indevida intromissão ao domicílio privado.

A doutrina dominante já vinha defendendo que, havendo risco de ofensa aos direitos à privacidade, à intimidade e à inviolabilidade do domicílio, seria imprescindível prévia autorização judicial (art. 5º, X, CF). Posição esta, aliás, bem sintetizada por Bitencourt, ao defender limites ao uso desse meio de obtenção de prova:

Qualquer que seja o perfil a seguir pelo nosso direito, claramente não se pode admitir a produção desta medida probatória indiscriminadamente, diante do risco de violação do direito fundamental constitucional da intimidade. Seu uso deve ser subsidiário, demonstradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, como quer Alexy, para a delimitação dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade. Além disso, também são aplicáveis, subsidiariamente, as normas restritivas da Lei nº 9.296/96.¹¹

Questão central ao tema será, portanto, identificar situações nas quais os indivíduos tenham ou não legítima expectativa de privacidade. Sempre que esta estiver presente, haverá a necessidade de prévia autorização judicial. Consequentemente, caberá refletir sobre a existência ou não de um núcleo intangível da intimidade, a partir do qual se proibiria em caráter absoluto o avanço do estado, ainda que lastreada em ordem judicial.

Em face do silêncio da Lei nº 12.850/2013, parte da doutrina não somente destacava a exigência de prévia autorização judicial, mas também, em especial, defendia a aplicação por analogia da Lei nº 9.296/1996 para o estabelecimento dos prazos de duração da captação ambiental.¹²

¹⁰ Nesse sentido: BITENCOURT, 2014; NICOLITT, *op. cit.*

¹¹ BITENCOURT, *op. cit.*

¹² "Assim, é possível que se utilize o procedimento probatório da interceptação telefônica para a captação de imagens. A adoção deste procedimento permite que se supere, por exemplo, o impasse quanto a sua duração". DEZEM, 2015, p. 554. No mesmo sentido, NICOLITT, *op. cit.*

Nucci e De Lima ressaltam, com razão, que a necessidade de ordem judicial somente se justifica quando presentes circunstâncias aptas a conferir ao emitente legítima expectativa de privacidade.¹³ Esta naturalmente se fará presente quando os registros de sons, imagens ou sinais forem realizados em espaços eminentemente privados, em razão da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF). Contudo, caso a captação se realize em local público ou particular aberto ao público, não há, em princípio, ofensa à privacidade. Para tanto, afirmou-se que “quem deseja desenvolver assunto sigiloso, livre de interferência exterior, deve fazê-lo em lugar apropriado e privativo”.¹⁴ Elucidativo a respeito é o exemplo da vigilância ostensiva por câmera de segurança de um prédio,¹⁵ que faz registro audiovisual de suposto fato delituoso em via pública, o qual posteriormente é fornecido à polícia para ajudar na identificação de suspeitos. Ou, ainda, as imagens das câmeras de segurança da praça de alimentação de um *shopping center*.

Naturalmente, pode-se afirmar que a expectativa de privacidade e intimidade de um indivíduo nos espaços públicos ou de acesso franqueado se encontra reduzida em relação aos domicílios privados. Ainda assim, não se pode descartar em absoluto o risco de que os direitos da personalidade sofram ataques desproporcionais em locais públicos.

Tanto mais próximas estejam essas invasões de comprometer a esfera da intimidade estrita, maior deverá ser o rigor em admiti-las. Uma situação bem destacada por Dezem envolveria a gravação de imagens pela polícia, sem autorização judicial, da área interna de banheiro situado em local público, para quem “nessa situação é forçoso convir que a pessoa que dele se utiliza espera a proteção da intimidade (art. 5º, X, da CF/1988)”.¹⁶

Ademais, na hipótese de uma comunicação travada que seja especialmente protegida por causa legal específica de sigilo ou de reserva de conversação, como na conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente, a captação ambiental, mesmo quando realizada em espaço público, será ilícita. Como aliás já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça,¹⁷ em tais casos haveria desproporcional ofensa à privacidade¹⁸, com injus-

13 DE LIMA, *op. cit.*; NUCCI, 2015, p. 39.

14 NUCCI, 2014, *loc. cit.* 449. Ainda, conforme esse autor (2015, p. 39-40), “em local público não há intimidade suficiente e qualquer pessoa, mesmo sem aparato eletrônico, pode ouvir a conversa alheia”.

15 DE LIMA, *op. cit.*, p. 505.

16 DEZEM, *op. cit.*, p. 558.

17 DE LIMA, *op. cit.*, p. 506, destacando o resultado do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 59.967/SP, relator ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 29 de junho de 2006, DJ 25/9/2006, p. 316.

18 Conforme NUCCI, 2014, *loc. cit.* 449: “Tratando-se de conversa sigilosa, dentro de critérios contratuais ou expressos, não pode ser aceita a gravação sem o conhecimento de ambas as partes, pois constituiria violação da intimidade e dos segredos ali divulgados”.

tificada violação ao segredo e, consequentemente, ao dever de não divulgá-lo (direito à reserva).¹⁹

Finalmente, interceptação ambiental não deve ser confundida com interceptação telefônica. A primeira se refere à modalidade de interceptação de comunicação interpessoal que ocorra entre pessoas presentes em um dado ambiente. A última, a seu turno, diz respeito à interceptação de comunicação entre ausentes por sistema telefônico ou telemático, que possui regulamentação própria (art. 1º da Lei nº 9.296/1996).

4 A GRAVAÇÃO AMBIENTAL: DISTINÇÃO

Nessa ordem de ideias, relevante é que a *captação* seja bem distinguida da *gravação ambiental*, tendo em vista que cada qual, como meio de obtenção de prova, seguirá pressupostos próprios de validade. Em síntese, à luz da posição que prevalece na doutrina, a gravação ambiental é a específica modalidade de captação realizada quando os sinais de uma comunicação são registrados por um dos interlocutores presentes, sem o conhecimento do(s) outro(s). Por isso, também é conhecida como gravação clandestina.

Nessa espécie, comumente são registrados os sinais acústicos ou ópticos de uma comunicação interpessoal, normalmente por gravações sonoras, filmagens ou fotografias. Apesar de incomum, também é possível em tese a gravação de sinais eletromagnéticos. De todo modo, o que importa em sua caracterização é que na gravação ambiental haverá a identidade de um único indivíduo, que tanto participa quanto grava a conversa ou as imagens. Frequentemente, as gravações ambientais são realizadas por particulares, seja no âmbito de relação social, seja eminentemente privadas.

Na gravação ambiental, subentende-se que o autor da gravação integra o ambiente e participa do ato, ainda que apenas como ouvinte. À parte da gravação oculta, todas as demais conjunturas do encontro se colocam por anuência dos envolvidos: a presença de todos em local determinado; a participação no ato (ainda que alguns como meros espectadores ou ouvintes); e, finalmente, a livre manifestação da mensagem ou dos atos (porventura gravados). Obviamente, tratando-se de emissão voluntária de ato comuni-

¹⁹ "Enquanto o direito ao segredo (*segretezza*, ou "direito ao respeito da vida privada") está em impedir que a atividade de terceiro se dirija a desvendar as particularidades da *privacy* alheia, o direito à reserva (*riservatezza* ou "direito à privacidade") surge, sucessivamente, em prol da defesa da pessoa contra a divulgação de notícias particulares legitimamente conhecidas pelo divulgador" AVOLIO, 2019, p. RB-4.3.

cacional, não há que se falar, pelo ajustado e esperado conhecimento de seu conteúdo pelo receptor, em violação de segredo.

Descartada a ofensa ao segredo, relevante se faz definir quando esse segredo voluntariamente transmitido poderia ser revelado pelo recipiente; ou, pelo contrário, essa divulgação constituiria desproporcional ofensa à intimidade. A propósito do questionamento, desponta com importância a compreensão do direito à autodeterminação informativa,²⁰ em razão do qual deverão ser disponibilizados aos indivíduos mecanismos que impeçam ou controlem o conhecimento, a divulgação ou a circulação da informação pessoal, de cunho íntimo, confidencial ou reservado.²¹

Nada obstante, consoante tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, aceita-se em geral o uso de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro, independentemente de prévia autorização judicial. O acórdão fixa tese bastante ampla, restando assim ementado:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro (RE 583937 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009, publicado em 18/12/2009).²²

Ocorre que a generalidade da tese firmada em repercussão geral parece não resistir nem mesmo ao exame dos próprios precedentes, então adotados como suas razões de decidir e que se passa a destacar.

Segundo tradicional entendimento do STF, é admissível o uso da gravação quando houver algum tipo de investida criminosa do outro interlocutor. Como então consignou o ministro Nelson Jobim, “é inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, esteliona-

20 Trata-se de perspectiva de matriz germânica derivado do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e que, como será visto adiante, desdobra-se atualmente no direito de domínio informativo pessoal e no direito de defesa informacional.

21 PINTO, 2000, p. 164. No que toca à autodeterminação informativa, como consignado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no acórdão *BVerGE* 115, 320, § 81 (*Rasterfahndung II*), o indivíduo encontrará limites a esse seu direito quando houver justificadas e preponderantes razões de interesse público.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 583937 QO-RG. Relator: Ministro Cezar Peluso, 19 de novembro de 2009. **Diário de Justiça**, 18 dez. 2009, cuja tese corresponde ao tema nº 237.

tários ou qualquer tipo de chantagista”.²³ A doutrina concorda com essa possibilidade, pois, aqui, agiria a vítima em estado de necessidade, revelando-se um agir lastreado em justa causa.²⁴

E é justamente essa ideia de *justa causa* que se apresenta a Avolio como o critério chave para perquirir a validade da prova dessa natureza, no processo penal ou civil.²⁵ Para sua definição, adota este autor as mesmas circunstâncias de *justa causa* que afastariam a tipicidade do crime de violação do segredo profissional (art. 154, CP): a) o consentimento do interessado; b) a faculdade de comunicação de crime de ação pública; c) o dever de testemunho em juízo; d) defesa de direito ou interesse legítimo; e, por fim, e) comprovação de crime ou sua autoria.²⁶

A admissibilidade ou não desse meio de prova dependerá, em última instância, de um juízo de ponderação que leve em conta a presença de justa causa ou de estado de necessidade. Não por outro motivo é que Muñoz Conde afirma que o critério preponderante será dado pela situação específica em que se encontre o autor da gravação. Afinal, a gravação feita por um detetive particular não pode ser equiparada à de alguém que esteja sendo vítima de um delito ou, ainda, àquela feita pelo coautor de um delito que a realiza para chantagear a pessoa gravada com ameaça de denunciá-la.²⁷

Incorporando referido critério é que a doutrina e a jurisprudência pátrias têm reconhecido pacificamente que, além dos casos de investida criminoso, são aceitos como prova os registros de gravação clandestina pro reo, isto é, aquelas que venham a favorecer a defesa no curso do procedimento.

Ademais, veda-se a gravação ambiental de comunicação sobre a qual incida qualquer causa específica de sigilo ou de reserva, normalmente presentes em certas relações profissionais ou ministeriais (advogado, médico, confessador etc.). Nesse sentido, o STF considera lícito o uso de gravação clandestina realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, “se não há causa legal específica de sigilo nem reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a fa-

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). HC 75338. Relator: Ministro Nelson Jobim, 11 de março de 1998. **Diário de Justiça**, 25 set. 1998.

24 LIMA *apud* AMBOS, 2009, p. 171.

25 AVOLIO, *op. cit.*, p. RB-6.1.

26 *Idem, Ibidem*. No tema, incorpora Avolio a lição doutrinária de Nelson Hungria.

27 MUÑOZ CONDE, 2007, p. 56.

vor de quem a gravou”.²⁸ Para chegar a esse resultado, ressaltou-se que esse permissivo se aplicaria apenas às gravações, não às interceptações.

Depreende-se ainda dos precedentes do Pretório Excelso que o uso de gravação ambiental também poderá ser obstado em outras tantas situações que não envolvam qualquer proteção legal de sigilo. Como sublinhado em voto-vista do ministro Sepúlveda Pertence no HC nº 75.338/RJ, a gravação e divulgação de uma conversa, ainda que realizada por um dos interlocutores, poderá configurar, em tese, “traição a deveres nascidos da esfera da intimidade em que se tenha passado”, colocando em evidência a tutela do direito fundamental à intimidade e, conseqüentemente, da reserva de sua divulgação.²⁹

Portanto, é essa estrita esfera de intimidade e a reserva de sua divulgação, como âmbito de proteção absoluta do indivíduo que se desenvolve a seguir.

5 A INTIMIDADE COMO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO À PRIVACIDADE

Superar a tensão entre a tarefa de investigar e castigar os delitos e o respeito aos direitos fundamentais se torna ainda mais difícil quando o ordenamento jurídico não fornece regras claras que consagrem uma proibição absoluta do meio de obtenção de prova, como no emprego de tortura; mas, tão somente, uma proibição relativa, como no ataque ao domicílio e à privacidade, que dependa do cumprimento de requisitos legais e de circunstâncias concorrentes que devem ser ponderadas pelo julgador em cada caso.³⁰

Tendo em vista que o desafio aqui descrito ocorre em âmbito global, o tema se mostra fértil, um autêntico diálogo constitucional. Até mesmo porque já haveria nesse aspecto, segundo Dezem, certa proximidade natural entre o panorama constitucional brasileiro e a situação na Itália e na Alemanha.³¹ Por isso, há de reconhecer-se a riqueza das

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). RE 402717. Relator: Ministro Cezar Peluso, 2 de dezembro de 2008. **Diário de Justiça**, 13 fev. 2009. (grifo nosso). Nada obstante o precedente fazer menção à gravação telefônica clandestina, suas razões de decidir são perfeitamente aplicáveis à gravação ambiental clandestina.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). HC 75338. Relator: Ministro Nelson Jobim, 11 de março de 1998. **Diário de Justiça**, 25 set. 1998.

30 MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 37.

31 DEZEM, *op. cit.*, p. 558.

experiências do Direito Comparado, as quais certamente servirão à interpretação e ao aperfeiçoamento dos institutos do direito pátrio.

E nesse contexto de inatas dificuldades que circundam as medidas investigativas mitigadoras da privacidade, o fato é que o legislador brasileiro, apesar do recente avanço, não tem sido capaz de acompanhar a velocidade de transformação da realidade social e dos avanços tecnológicos. Seguimos com um *deficit* de regras jurídicas claras. Mas para que nos afastemos do indesejado vácuo normativo, importa extrair-se dos princípios e direitos fundamentais as balizas para a conformidade constitucional desses novos meios de obtenção de prova. Com efeito, caberá defender a existência de limites materiais ao uso das captações e gravações ambientais em razão da intangibilidade do núcleo essencial do direito fundamental à intimidade.

Temos visto que o critério preponderante para a admissibilidade ou não dos registros feitos em captação ou gravação ambiental, muito mais do que o local onde os registros são realizados — se público ou privado — é a proporcionalidade do grau de invasão à esfera individual em face da legítima expectativa de privacidade presente em dada situação.

Essa concepção de legítima expectativa de privacidade encontra sua origem na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e lá é conhecida por *Katz test* em referência ao julgado que lhe deu origem. Com base nesse parâmetro, decide-se se uma prova obtida que mitigue a privacidade poderá ou não ser utilizada em processo criminal. Para tanto, aplica-se o teste que se desenvolve em duas perspectivas: uma individual (subjética) e outra coletiva (objetiva). Pela primeira, é imprescindível que, em dada situação, o indivíduo tenha efetivamente uma expectativa de privacidade; ao passo que, pela segunda, deverá haver um reconhecimento da sociedade que ampare a expectativa individual realmente como legítima.³²

Ainda, no âmbito dessa realidade jurídica, cabe mencionar os cinco principais aspectos, destacados por Tribe, que têm guiado as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos.³³ Primeiro, tem-se o direito à privacidade como um direito de cunho social, isto é, com o sentido de possibilitar ao indivíduo o controle seletivo de sua informação pessoal, que poderá ou não ser de conhecimento público — decide-se o que será divulgado, para quem, quando e como.³⁴ O segundo aspecto diz respeito ao direito de estabele-

32 *Katz v. United States*, 389 U.S. 361. 1967.

33 TRIBE, 2014, p. 223.

34 Aqui, guarda-se certa relação com a ideia de autodeterminação informativa.

cer a própria identidade, pelo qual se faculta ao indivíduo dar ênfase a suas conquistas e atributos como expressão do livre desenvolvimento de sua personalidade. O terceiro corresponde ao direito ao esquecimento, ou seja, de possibilitar o abandono do passado indesejado e obter a oportunidade de viver um futuro diferente. Em quarto lugar, a privacidade se apresenta como garantia de outros direitos fundamentais, pondo-se indiscutivelmente como pressuposto para o livre exercício de práticas religiosas, políticas, sexuais e até empresariais que dependem de certas esferas de segredo, privacidade ou intimidade. Pelo quinto e último aspecto, a privacidade também é vista como um requisito do regime democrático, uma vez que o acesso ilimitado pelo Estado a todos os tipos de informações pessoais geraria um enorme desequilíbrio institucional, além da sensação de vulnerabilidade social.

Já entre nós, entre o rol de direitos fundamentais do art. 5º, além do próprio direito à vida (*caput*), há um conjunto de direitos fundamentais que protegem um “círculo nuclear da pessoa, correspondendo, genericamente, a direitos de personalidade”.³⁵ Nessa ótica, destacam-se em nossa Carta Constitucional os direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X), os quais devem ser interpretados conjuntamente com a inviolabilidade do domicílio (inciso XI) e o sigilo de correspondência, dados e comunicações (inciso XII).

A intimidade e a vida privada pressupõem, segundo Canotilho e Moreira, a existência de dois direitos menores: “(a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”.³⁶ E a tutela desses direitos fundamentais também se projetará em sede processual penal, limitando a valoração de provas que decorram de abusiva intromissão nessa esfera de proteção individual, especialmente quando o titular não consinta com tal intromissão;³⁷ notadamente, segundo os autores, quando “efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial [...], quando desnecessária ou desproporcionada, ou quando aniquiladora dos próprios direitos”.³⁸

Não por outro motivo que a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, a seu turno, tem reconhecido a tutela jufundamental de uma esfera pessoal íntima e inviolável; em outras palavras, de “um núcleo mínimo onde ninguém penetre salvo autori-

35 PINTO, 2000, p. 155. Nada obstante a referência aos direitos da Constituição Portuguesa, perfeitamente aplicável esta lição ao mesmo rol de direitos previsto na carta brasileira.

36 CANOTILHO; MOREIRA *apud* BRANCO, 2018, p. 94.

37 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 607/2003/T. Const. — Processo nº 594/03. 2003.

38 CANOTILHO; MOREIRA *apud* BRANCO, 2018, p. 93 (grifo nosso).

zação do próprio titular”, em cujo âmbito se põem invioláveis “os elementos respeitantes à vida [...] conjugal, amorosa e afectiva da pessoa (tais como, por exemplo, os projectos de casamento e separação, as aventuras amorosas, as amizades, afeições e ódios)”.³⁹

Ora, tendo a doutrina do núcleo essencial dos direitos fundamentais origem no direito alemão, pertinente salientar que, em defesa da privacidade dos indivíduos, especialmente suspeitos em procedimentos criminais, os tribunais alemães têm ido além da mera discussão quanto à obtenção ilícita da prova.⁴⁰ Nesse cenário, desenvolveram as chamadas proibições probatórias autônomas, as quais, segundo Ambos, pressupõem o uso da prova como uma infração a um direito, independentemente de que estas tenham sido produzidas legalmente, o que “acaba fazendo com que o interesse estatal na perseguição penal passe para um segundo plano em grau de importância, na escala de valores em ponderação”.⁴¹ Esse tipo específico de proibição probatória incidirá de modo absolutamente independente a uma prévia ofensa à lei ou ao procedimento, ou seja, da licitude no momento da colheita da prova. Em realidade, as circunstâncias da obtenção dos registros até serão consideradas lícitas. Proibido será, em realidade, o seu uso posterior como prova, cuja justificativa deriva diretamente da constituição e da necessidade de tutelar o núcleo intangível dos direitos fundamentais.

Elucidativa a respeito é a chamada teoria das três esferas (*Dreisphärentheorie*), desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão (*BVerG*)⁴² e que visa conferir ao cidadão crescentes graus de proteção à privacidade, segundo as exigências dos direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade da pessoa humana. Até o ponto em que se chega a reconhecer um âmbito privado absolutamente protegido e impenetrável, sem a autorização de seu titular, correspondente ao núcleo intangível da intimidade humana.

À luz dessa teoria, a primeira área corresponde à esfera social do indivíduo, isto é, sua vida pública e que, como tal, merece grau mais brando de proteção. Nessa perspectiva, é destacada a própria interação da vida do indivíduo em sociedade (ainda que não integre o domínio da publicidade) e que abrange, em regra, a prática de seus atos negociais. Faz-se especialmente relevante em comunicações comerciais, sobre as quais não ha-

³⁹ Vide nota 37, ocasião em que o tribunal português abraça a doutrina de PINTO (*op. cit.*, 2000, p. 168).

⁴⁰ GLESS *apud* THAMAN, 2013, p. 121.

⁴¹ AMBOS, 2009, p. 120.

⁴² Aponta-se como sua origem a decisão do caso Tonband, de 31 de janeiro de 1973 (*BVerfGE* 34, 238).

verá nenhuma tutela especial⁴³ quando não relacionadas ao exercício dos direitos de personalidade do indivíduo ou sujeitas à específica proteção legal, como na proteção da propriedade intelectual. Assim, admite-se como prova em geral: as gravações de vídeos, os movimentos observados e os discursos proferidos em público, como em um clube de negócios.⁴⁴

O segundo espaço de proteção diz respeito à esfera meramente privada ou área individual. Nesta, o agir humano se manifesta com propósito eminentemente particular, ainda que o comportamento afete, de algum modo, a esfera de outrem ou os interesses da coletividade.⁴⁵ Geralmente ocorrerá sob alguma forma comedida de exposição pública. Como exemplo, destaca-se a captação de uma conversa privada realizada em um restaurante.⁴⁶ A ênfase aqui se dá, portanto, às comunicações privadas, cujo uso como prova certamente atingirá os direitos do interessado. Logo, para que tal informação venha a ser admitida como prova, além da necessária ordem judicial,⁴⁷ “deverá ser feita uma ponderação entre a gravidade da ingerência a ser efetuada e os interesses da persecução penal estatal”.⁴⁸

A terceira e última é a esfera da intimidade, que consagra, na prática, uma esfera de vida privada absolutamente inviolável. Por meio desta, reserva-se ao indivíduo uma última área intangível de liberdade humana, sobre a qual não será possível qualquer juízo de ponderação e, conseqüentemente, nenhum tipo de ingerência do Poder Público, ainda que mediante ordem judicial. Eis, portanto, o núcleo essencial do direito à privacidade, cuja violação inevitavelmente subjugará a dignidade da pessoa humana.⁴⁹

Apesar de constituir-se em relevante baliza jurisprudencial, a teoria das três esferas não tem passado à margem das críticas doutrinárias pela falta de critérios seguros em delimitá-las com suficiente precisão.⁵⁰ Logo, sua compreensão dependerá de certa casuística.

43 “Assim, as conversas tidas em dependências empresariais e escritórios têm tipicamente um caráter comercial e com isso uma relação social (cf. *BVerfGE* 34, 238 [248])”. MARTINS, 2005, p. 699.

44 GLESS *apud* THAMAN, *op. cit.*, p. 121.

45 EDER, 2015, p. 105.

46 GLESS *apud* THAMAN, *op. cit.*, p. 121.

47 § 100f, 4, do Código de Processo Penal alemão (StPO).

48 AMBOS, *op. cit.*, p. 121.

49 EDER, 2015, p. 104.

50 Nesse sentido: AMBOS (*op. cit.*, p. 121), GLESS (*apud* THAMAN, *op. cit.*, p. 121) e EDER (*op. cit.*, p. 106).

De todo modo, importante marco de consolidação dessa teoria se deu em acórdão do Tribunal Constitucional Federal (*BVerG*),⁵¹ que avaliou a constitucionalidade da relativização do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio pela introdução da captação ambiental em espaços privados⁵² a partir da emenda constitucional de 26 de março de 1998.⁵³

Nesse julgado, a corte alemã reconheceu parcialmente a inconstitucionalidade da emenda, sem pronúncia de nulidade, fixando prazo para que uma nova regulamentação fosse promulgada pelo legislador. Se, por um lado, afastou o *BVerG* a tese de que a captação ambiental domiciliar configuraria ato tendente a abolir a inviolabilidade do domicílio, o que lá também seria vedado por cláusula pétrea (art. 79, III);⁵⁴ por outro, reputou inconstitucional a falta de garantias previstas em favor dos indivíduos para a proteção absoluta do núcleo da vida privada.⁵⁵ Nessa toada, determinou que, acaso fossem obtidas informações relacionadas a essa esfera absolutamente protegida, ainda que por uma captação ambiental regularmente autorizada, os registros deveriam ser interrompidos, as anotações apagadas e nenhuma utilização probatória destes seria permitida.⁵⁶

Em síntese, concluiu o *BVerG*, em exame de proporcionalidade, que a medida de captação ambiental domiciliar somente pode ser deferida como *ultima ratio*, isto é, à falta de perspectiva de êxito de outras medidas investigatórias, para rol de crimes catalogados como especialmente graves⁵⁷ e, principalmente, desde que mantido incólume o núcleo de conformação da vida privada.

51 *BVerfGE* 109, 279, que data de 3 de março de 2004 (MARTINS, *op. cit.*, p. 688).

52 A doutrina italiana, por força da inviolabilidade do domicílio, manifesta-se amplamente contra a captação ambiental no domicílio do investigado, ante a falta de expressa autorização constitucional (DEZEM, *op. cit.*, p. 557). MUÑOZ CONDE, a seu turno, defende que determinadas manifestações do “âmbito intangível da intimidade” devem estar a salvo de qualquer ingerência estatal, ocasião em que põe em xeque, inclusive, se as captações ambientais domiciliárias seriam compatíveis com o direito fundamental à intimidade em seu núcleo mais estrito e reservado (2007, p. 53).

53 Quanto à reforma constitucional alemã, curioso é que, para além da modalidade prevista para tornar a investigação e a persecução penal mais eficiente (art. 13, III), foram também introduzidas duas outras possibilidades de captação ambiental, ambas de cunho preventivo: uma para a defesa contra perigos iminentes à segurança pública (art. 13, IV) e outra para a proteção de agentes de polícia infiltrados (art. 13, V).

54 Em referência ao citado artigo da Lei Fundamental, consignou: “O Art. 79 III GG é uma norma de exceção a ser interpretada restritivamente, o que não impede o legislador titular do poder constituinte derivado de modificar as fixações de direito positivo desses princípios por razões racionais (cf. *BVerfGE* 84, 90 [120s.]; 94, 49 [102 s.]).” MARTINS, *op. cit.*, p. 694.

55 AMBOS, *op. cit.*, p. 98.

56 MARTINS, *op. cit.*, p. 692.

57 Com pena máxima fixada superior a cinco anos.

6 CRITÉRIOS DEFINIDORES DOS LIMITES MATERIAIS À CAPTAÇÃO AMBIENTAL

Definida a esfera de intimidade como o núcleo intangível do direito fundamental à vida privada, importa agora ressaltar alguns parâmetros legais e jurisprudenciais até aqui desenvolvidos para compreender-se, em certos casos, a existência de violações aos direitos fundamentais que eventualmente ocasionam a proibição do uso dos registros de captação ambiental como prova.

Como definido pela corte constitucional alemã, a esfera de intimidade se materializa por meio de expressões de “processos internos como sensações e sentimentos, bem como pensamentos, pontos de vista e experiências de natureza personalíssima”,⁵⁸ em cuja proteção se inserem as “expressões de experiências inconscientes, bem como formas de expressão da sexualidade”⁵⁹ e o âmago da vida conjugal, amorosa ou afetiva.

Daí porque Roxin considera, em consonância com a jurisprudência,⁶⁰ que monólogos realizados em condição de isolamento social, como no interior de uma residência ou de um quarto de hospital, são inerentes à esfera inviolável de intimidade dos indivíduos. Afinal, tais falas não se destinam a qualquer espécie de comunicação e, por isso, são incapazes de alcançar a esfera de outrem ou da comunidade. Os monólogos equiparam-se aos próprios pensamentos, não podendo ser objeto de captação, tanto quanto os pensamentos não poderiam, acaso houvesse aparelhos capazes de fazê-lo.⁶¹ Falar consigo próprio, especialmente quando feito inconscientemente, reflete exclusivamente a índole personalíssima e, conseqüentemente, a esfera de intimidade do indivíduo. De resto, como o investigado seria o único legitimado a dispor de tais informações, ou seja, o titular do direito de domínio informativo pessoal,⁶² se lhe reconhece, por consequência, um verdadeiro direito de defesa informacional a impedir o uso probatório pelo Estado das informações íntimas indevidamente apropriadas.

58 MARTINS, *op. cit.*, p. 696-697.

59 *Idem, Ibidem.*

60 Aqui, em referência à decisão do Tribunal Supremo alemão (BGH) – BGHSI 50, 206.

61 ROXIN, 2017, p. 305.

62 AMBOS, *op. cit.*, p. 106. O direito ou pretensão de domínio informativo pessoal (*Informationsbeherrschungsanspruch*) corresponde à doutrina desenvolvida por Amelung, que consagra o direito à confidencialidade como expressão do direito ao domínio das informações. Sua estrutura base se assemelha ao domínio da propriedade e encontra suporte no direito fundamental ao sigilo das comunicações, na inviolabilidade do domicílio, além da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade (EDER, *op. cit.*, p. 159).

Ademais, a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal mencionada no tópico anterior,⁶³ o próprio legislador alemão veio a estabelecer restrições expressas em seu Código de Processo Penal às captações ambientais domiciliares que tenham por alvo pessoas que legalmente podem se recusar a depor como testemunhas. Quanto aos profissionais obrigados a guardar sigilo em razão de seu ofício, há tanto proibição absoluta de vigilância domiciliar quanto regra expressa que determina a proibição de seu uso como prova. Relativamente àqueles que guardem vínculo de parentesco com o investigado, a vigilância domiciliar se admitirá apenas excepcionalmente, desde que a ingerência, motivada pelo interesse no esclarecimento do fato ou do paradeiro do acusado, seja proporcional ao especial significado da relação de confiança subjacente.⁶⁴

Aqui, contudo, vale reproduzir o alerta feito por Roxin, no sentido de que tais restrições somente incidirão quando os titulares do direito de recusa de depor não figurarem, eles próprios, como suspeitos da prática de ilícitos.⁶⁵ Essa ressalva, inclusive, já foi cancelada pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito nº 2.424/RJ, ocasião em que considerou válida a instalação de equipamento voltado à captação ambiental em escritório de advocacia, mediante autorização judicial, quando o próprio advogado era suspeito de prática criminosa, concebida e consumada no âmbito do local de trabalho e sob pretexto de exercício da profissão.⁶⁶

Finalmente, cabe mencionar ainda a interessante perspectiva em que registros de captação ambiental, mesmo quando regularmente autorizada, também poderão se tornar inadmissíveis como prova por violação ao direito fundamental à não autoincriminação (*nemo tenetur*). Importante marco restou definido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), no julgamento do caso *Allan v. Reino Unido*, de 5 de novembro de 2002.⁶⁷ Allan havia sido preso cautelarmente, suspeito da prática de homicídio, e durante a investigação policial valeu-se de seu direito ao silêncio. A partir daí, a polícia direcionou e orientou um informante para dividir cela com o suspeito, submetendo-os à captação ambiental por cerca de 15 dias. Ao final, os registros acústicos de conversas comprometedoras entre os companheiros de cela seriam admitidos como prova em desfavor do acusado durante o julgamento do júri, o qual lhe culminaria com a condenação pelo homicídio. Nesse sentido é que o TEDH, em juízo de convencionalidade, consi-

63 BVerfGE 109, 279.

64 § 100d V StPO (Código de Processo Penal alemão).

65 ROXIN, *op. cit.*, p. 305.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Inq. 2424. Relator: Ministro Cezar Peluso, 26 de novembro de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, 25 mar. 2010.

67 *Allan v. United Kingdom* (2002) 36 EHRR 12 (48539/99).

derou que, apesar de a autorização de captação ambiental ter se dado de acordo com os procedimentos legais do Estado de origem, a realização da gravação se consubstanciou em um meio ilegítimo voltado à obtenção de confissões ou declarações incriminatórias daquele que pretendeu exercer seu direito ao silêncio, além de que pressão psicológica exercida sobre o acusado lhe impedira de proferir declarações voluntárias e espontâneas. Por isso, compreendeu-se que, nessas condições, a captação ambiental ofendeu o direito à não autoincriminação do acusado.

Analisando esse precedente, ressalta Ambos que o TEDH não compreende que toda modalidade de conversa, motivada por uma investigação secreta do Estado, constitua necessariamente uma violação ao direito a um processo equitativo, previsto no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Pelo contrário, a violação deriva especificamente do exercício de uma pressão psicológica sobre o acusado; que tanto pode derivar da relação de proximidade com o outro interlocutor como da forma com que são realizados os questionamentos; e que é capaz de pôr em xeque a voluntariedade das declarações registradas. Como ressalta, o importante é que, para além da modalidade de como se influencia a liberdade do interessado de não se autoincriminar, seja considerada a dimensão do prejuízo imposto à esfera de seus direitos fundamentais.⁶⁸

7 A PRIVACIDADE E AS NOVAS TECNOLOGIAS COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Em realidade, há muitas formas e graus distintos de privacidade. Desde o circular anônimo em um supermercado até a proteção do conhecimento público dos traumas de infância de alguém.⁶⁹ Assim, consistirá ela na proteção do segredo e da solitude, abrangendo também nosso corpo, reputação e informações pessoais.⁷⁰

Desse modo, há de ser contextualizada a atual quadra social, em que grande contingente de pessoas tem anuído não somente com o repasse de seus dados, em troca de segurança ou comodidade, a grandes empresas de tecnologia, como Apple, Google etc.; como também a troca de acesso gratuito a aplicativos de *smartphones* desenvolvidos por empresas desconhecidas.

68 AMBOS, 2010, p. 68.

69 TRIBE, 2014, p. 221.

70 *Idem, Ibidem*, p. 223.

Para além da própria massificação de câmeras de vigilância e telefones inteligentes – que possibilitam gravações e divulgações praticamente em tempo real e com alcance global – o tema ganha ainda mais relevo à medida que novas tecnologias são incorporadas às atividades policiais mundo afora, especialmente nas divisões voltadas ao combate ao terrorismo. Destaque-se: o uso de teleobjetivas para a leitura labial, rastreadores GPS, de sensores térmicos, binóculos de última geração, vigilâncias aéreas por drones, satélites espiões e até cães farejadores altamente treinados.⁷¹ Não à toa afirma-se que a privacidade nunca esteve tão ameaçada.⁷² Preocupação, aliás, pertinente frente à insuficiência de regras protetivas, que se voltam apenas a limitar cada um dos meios de prova isoladamente; mas não o resultado global da combinação simultânea de vários deles, como escutas telefônicas, mineração de dados financeiros e vigilância por GPS.⁷³

Dentro dessa perspectiva de incremento tecnológico e necessidade de segurança coletiva, que basicamente fomentou a propagação de câmeras de vigilância em locais de acesso público nas últimas décadas, afasta-se desde logo o risco de invasão à privacidade quando os registros ocorrerem de maneira difusa, sobre todo o ambiente, não tendo por alvo ou estando direcionados a determinada pessoa.⁷⁴ A propósito, esclarecedora a decisão do Tribunal Constitucional espanhol, ao apreciar a tensão entre o direito à privacidade e a instalação das câmeras de vigilância, para o qual devem ser levados em consideração os seguintes elementos: se a instalação foi ou não feita indiscriminada e massivamente; se a vigilância foi realizada de maneira visível ou oculta; o propósito perseguido; e, finalmente, se existiam razões de segurança pelo tipo de atividade desenvolvida no ambiente.⁷⁵

Da mesma forma, afasta-se a ofensa à privacidade quando certos fatos realizados dentro de espaços privados possam ser visualizados a olho nu desde o seu exterior, ainda que somente a partir de determinada altura. Exatamente nesse sentido foi o resultado do julgamento *California v. Ciraolo*⁷⁶ proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual a polícia havia realizado sobrevoo em espaço aéreo público para visualizar a olho nu o cultivo de plantas psicotrópicas no quintal de uma residência. Se o sobrevoo não adentrar o espaço aéreo particular, não haverá violação ao domicílio e à privacidade.

⁷¹ *Ibidem*, p. 222.

⁷² *Ibidem*, p. 225.

⁷³ GLESS, *op. cit.*, p. 126.

⁷⁴ ANYFANTIS, 2008, p. 137.

⁷⁵ STC 98/2000, de 10 de abril de 2000 (ANYFANTIS, 2008, p. 141).

⁷⁶ *California v. Ciraolo*, 476 U.S. 207 (1986).

Por outro lado, quando a vigilância envolver o emprego de meios técnicos que aumentem a natural percepção humana e que se destinam a captar o ocorrido dentro de um espaço protegido, ainda que instalados fora deste, deverão ser observados todos os requisitos atinentes à captação ambiental domiciliar, acústica ou visual.⁷⁷ Como exemplo se podem mencionar tanto a instalação de microfones direcionados como ainda o uso de sensores térmicos ou o uso de cães farejadores altamente treinados.

Outrossim, além do próprio tribunal constitucional alemão,⁷⁸ consta interessante pronunciamento da Suprema Corte americana, no caso *Florida v. Jardines*.⁷⁹ Neste, os fatos remontam ao recebimento de uma denúncia anônima pela polícia de Miami, de que Jardines estaria traficando entorpecentes em sua residência. Em diligência preliminar, a polícia efetuou vigilância visual desde a parte externa do imóvel, ocasião em que nada constatou de anormal. A partir daí, resolveram empregar um adestrado cão farejador ao redor e no pórtico da residência. E o animal acusaria positivamente o odor de entorpecentes. De acordo com a maioria dos *Justices*, o emprego do cão farejador nessas circunstâncias se equiparava a um instrumento de alta sensibilidade capaz de detectar coisas desde o interior da residência, as quais normalmente não o seriam sem o seu uso. Ante tais motivos e não tendo havido prévia autorização judicial, reputou-se violado o domicílio do investigado, tal qual uma busca domiciliar, e, consequentemente, sua legítima expectativa de privacidade. Violações dessa ordem também já haviam sido identificadas anteriormente no precedente *Kyllo v. United States*,⁸⁰ quando se rechaçou o uso pela polícia, sem autorização judicial, de sensores térmicos voltados a medir a temperatura de uma parede residencial motivado pela suspeita de que em seu interior havia uma estufa para o cultivo de plantas entorpecentes.

Indiscutivelmente tem a privacidade um forte componente sociocultural, adquirindo contornos próprios de acordo com o contexto histórico ou a cultura de determinado grupo social. Enquanto os europeus, segundo Whitman, interpretam a privacidade com preocupações relacionadas à dignidade da pessoa humana, os norte-americanos a relacionam muito mais à ideia de liberdade. Por isso, certas ingerências estatais assustam muito mais estes últimos, ao passo que os primeiros se concentrariam mais em aspectos da dignidade pública.⁸¹

77 Em tais casos, a jurisprudência norte-americana a equipararia a uma busca domiciliar, para os fins da Quarta Emenda.

78 *BVerfGE* 109, 279 (MARTINS, 2005, p. 701).

79 *Florida v. Jardines*, 569 U.S. 1. 2013.

80 *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27. 2001.

81 WHITMAN *apud* SCHWARTZ, 2011, p. 381.

Assim, à parte da própria distinção da fonte do direito, não se pode esperar que sempre haja coincidência nas soluções dadas pelas cortes constitucionais em casos análogos. E uma dessas divergências jurisprudenciais toca exatamente os contornos da vigilância por uso de rastreador veicular emissor de sinais eletromagnéticos GPS.

No caso *United States v. Jones*, a Suprema Corte dos EUA rechaçou a possibilidade de que a polícia pudesse instalar rastreadores GPS em veículo, sem ordem judicial.⁸² No caso subjacente, foram 28 dias rastreando o movimento do veículo de um suspeito de tráfico de drogas. A corte compreendeu que os movimentos públicos do indivíduo também estão amparados por uma legítima expectativa de privacidade, enfatizando que a instalação de GPS, sem ordem judicial, no veículo particular constituiria, em certa medida, uma violação à propriedade privada. Os registros de tais movimentos públicos, com tamanha abrangência, teriam o potencial de descortinar com riqueza de detalhes a relação familiar, política, profissional, religiosa e sexual do indivíduo.

Em sentido oposto, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que a instalação de um aparelho GPS pela polícia, sem ordem judicial, para a vigilância de um veículo seria constitucional.⁸³ Nada obstante haver reconhecido que a diligência pudesse, de fato, afetar o direito à autodeterminação informativa, reputou que esse direito não tem caráter absoluto, exceto quando tutele o núcleo intangível da esfera da intimidade (como o credo religioso ou a orientação sexual). A salvo dessa condição, o direito poderá ceder espaço à coleta governamental de informação, desde que haja preponderantes razões públicas para tal. Nesse sentido, tomou-se especial consideração de que a referida vigilância por GPS, sem ordem judicial, encontra expressa previsão legal.⁸⁴ Sublinhou, ao final, que a vigilância por GPS, além de ser uma importante ferramenta para o trabalho policial, somente afeta a pessoa quando esta deixa seu âmbito de privacidade e adentra a esfera pública.

82 *United States v. Jones*, 565 U.S. 400. 2012.

83 BVerGE 112, 304 – *Global Positioning System*, de 12 de abril de 2005.

84 Tal autorização consta atualmente no § 100h, (1), 2 do Código de Processo Penal alemão (StPO), cuja tradução livre dispõe: “Mesmo sem o conhecimento das pessoas envolvidas poderão ser utilizados outros aparelhos técnicos destinados especificamente à vigilância do acusado fora do domicílio privado, quando o esclarecimento do fato ou a investigação de seu paradeiro se apresentem com baixa perspectiva de êxito ou dificultosa pelos outros meios disponíveis. A vigilância somente será admitida quando o objeto da investigação envolver um crime especialmente grave”.

8 AS INOVAÇÕES DA LEI ANTICRIME

A partir do quanto já exposto, torna-se tarefa relativamente simples compreender o novo regime jurídico da captação ambiental como meio de obtenção de prova, instituído pela Lei nº 13.964/2019.

Em harmonia com a posição da doutrina, a captação ambiental passa a ser regulamentada diretamente na Lei nº 9.296/1996, que até então somente dispunha sobre interceptações telefônicas. Assim, o Pacote Anticrime a converte em uma “lei geral de interceptação”, fixando em seu art. 8º-A os pressupostos de validade da captação ambiental.

Impõe-se repisar que a nova legislação exige a prévia autorização judicial como regra para todas as modalidades de captação ambiental. Sem prejuízo de que essa autorização sempre seja requerida pelos órgãos de persecução para conferir maior segurança jurídica à investigação, compreendo que as ressalvas já expostas ainda sigam aplicáveis no atual panorama legislativo.

Como principal novidade, pode-se afirmar que a Lei nº 13.964/2019 amplia entre nós o universo de delitos em que a captação ambiental poderá ser autorizada. Anteriormente, compreendia-se que esse meio de obtenção de prova somente seria possível para delitos relacionados às organizações criminosas.⁸⁵ Agora, o rol de delitos se encontra abrangente a todas as espécies de delitos cuja pena máxima seja superior a quatro anos (art. 8º-A, inciso II). Se de uma banda se alargou o espectro de incidência da medida, de outra não se descuidou de vinculá-la expressamente apenas às infrações penais especialmente graves.⁸⁶

Em fase investigativa, o requerimento de captação ambiental poderá ser feito tanto pela autoridade policial como pelo Ministério Público (art. 8º-A, *caput*), quando deverão ser descritos detalhadamente o local e a forma de instalação do aparelho captador (art. 8º-A, § 1º). Tratando-se de requerimento em ação penal em curso, falecerá legitimidade à autoridade policial,⁸⁷ ao tempo que cabível o pedido feito diretamente por assistente de acusação.⁸⁸

85 DEZEM, *op. cit.*, p. 555.

86 Aqui, percebe-se uma clara influência da regulamentação alemã.

87 Art. 282, § 2º, do CPP.

88 Art. 271 do CPP.

Sendo a captação ambiental um provimento cautelar que visa conservar o conteúdo de uma comunicação ou as imagens de uma ação, a medida estará sujeita à demonstração do *fumus commissi delicti*, ou seja, da presença de indícios razoáveis de autoria e materialidade da infração penal (art. 8º-A, inciso II) e, ainda, do *periculum in mora*, concernente ao risco ou prejuízo de que sua não realização possa acarretar a ineficiência da investigação ou instrução criminal (art. 8º-A, inciso I).

Dado que a interceptação ambiental configura uma séria invasão à esfera dos direitos da personalidade dos investigados, far-se-á indispensável justificar a imprescindibilidade desse meio de prova, tanto para sua autorização inicial como, em especial, para sua renovação (art. 8º-A, inciso I e § 3º). Ou seja, impõe-se a demonstração de que a prova não possa ser obtida por outros meios menos gravosos disponíveis. Trata-se, pois, de pressuposto de validade que se apresenta como corolário do princípio da proporcionalidade, a fim de que se legitime a relativização dos direitos fundamentais. Exige-se uma adequada ponderação entre o interesse da persecução criminal e a efetividade da tutela dos direitos do investigado, afastando-se o risco de abuso estatal. Rememore-se a máxima de que a verdade no processo penal não pode ser perseguida a qualquer preço.

Atendendo aos anseios doutrinários, agora há normas determinando expressamente a aplicação subsidiária das regras da interceptação telefônica e telemática à captação ambiental (art. 8º-A, § 5º) e, especificamente, o mesmo regime de prazo de duração: 15 dias, renovável por igual período. Mas, nesta última, com a expressa ressalva de que sua renovação somente se admitirá em casos de atividade criminal habitual, permanente ou continuada (art. 8º-A, § 3º). Esse dispositivo reafirma o caráter *ultima ratio* da captação ambiental, especialmente quando em jogo a relativização do domicílio privado. Ou seja, sua utilização somente se justifica como último recurso investigativo, apenas para crimes graves e desde que todos os demais meios de prova disponíveis se mostrarem ineficazes.

Os registros de dados acústicos, visuais ou eletromagnéticos efetuados em uma situação específica se exaurem naturalmente no momento de sua realização, sendo, por isso, impossível confrontá-los judicialmente durante sua produção. Nesse sentido, “uma conversa entre pessoas, por exemplo, esgota-se instantaneamente, não sendo possível reproduzi-la posteriormente”.⁸⁹ Daí porque tais registros são tidos como provas cautelares e irrepetíveis, para os fins do art. 155 do CPP e, como tal, o exercício do contraditório será realizado de modo diferido, reservando-se, especialmente em tempos de *fake news*,

89 PACELLI; FISCHER, 2019, p. 366.

todos os meios a que seja atestada sua segurança, confiabilidade e autenticidade.⁹⁰ A cadeia de custódia da prova deve ser preservada. Havendo fundada suspeita de adulteração dos sinais registrados, deverá o Juízo determinar a realização de exame pericial, e, se pertinente, proceder à oitiva da pessoa gravada e de testemunhas que possam depor sobre os aspectos da gravação.⁹¹ Portanto, os registros obtidos em sede de captação ou gravação ambiental somente possuirão valor probatório quando preservada a possibilidade de que seja atestada sua autenticidade em juízo.

Finalmente, no que diz respeito às novas figuras delitivas, previstas nos arts. 10 e 10-A da Lei nº 9.296/1996, tem-se agora os crimes de escuta ambiental ilícita e captação ambiental ilícita. Ambos tutelam a vida privada e a intimidade dos cidadãos, além do bom funcionamento do sistema de administração de justiça. Em nenhum há a modalidade culposa, além de que ambos se sujeitam ao processamento por ação penal pública incondicionada e às penas de reclusão, de dois a quatro anos e multa.

Ao tipo penal do art. 10 da Lei nº 9.296/1996 – que já trazia a figura delitiva da interceptação telefônica ilícita – acresceu-se a conduta de promover escuta ambiental sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa. Aproveitando-se dos conceitos já expostos, não se vislumbra qualquer razão para a inclusão específica da escuta ambiental ilícita em tipo penal distinto daquele que institui o crime de captação ambiental ilícita (art. 10-A), pois, a não ser pelo detalhe de que na primeira haverá o conhecimento por um dos interlocutores dos registros feitos por terceiro, ambas correspondem essencialmente à mesma conduta. Fato é que essa injustificada distinção de tratamento em nada contribui para o desenvolvimento de nossa dogmática penal.

Mais interessante, contudo, é a inovação decorrente do acréscimo do tipo do art. 10-A à Lei nº 9.296/1996, criminalizando a conduta de realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida. Nessa figura, percebe-se que, diferentemente da escuta ambiental ilícita (art. 10), há a exigência de dolo específico. Ou seja, a conduta deve ser praticada com o propósito específico de subsidiar investigação ou instrução

90 A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela imprestabilidade da gravação ambiental realizada pela vítima de uma investida criminosa, cuja autenticidade não pôde ser atestada. Confira-se: “realizada a gravação às escondidas, na residência do acusado, e sendo inviável a verificação suficiente do conteúdo das gravações efetuadas, dada a imprestabilidade do material, sem o exato delineamento da hipotética investida, tal prova não pode ser admitida” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). APN 479/RJ. Relator: Ministro Felix Fischer, 29 de junho de 2007. **Diário de Justiça**, p. 198, 1 out. 2007).

91 Nesse sentido, MUÑOZ CONDE (2007, p. 63), para quem “las escuchas o grabaciones videográficas llevadas a cabo por la víctima de un delito pueden ser utilizadas como pruebas, siempre que después sea comprobada su autenticidad y sean incorporadas al juicio oral, para ser sometidas a contradicción y a la valoración del juzgador.

criminal. Apesar de essa infração se voltar especialmente contra o arbítrio de agentes estatais, nada impede sua prática por particulares, que se faz imaginável quando porventura tenham interesse no resultado da persecução.

Como não poderia deixar de ser, o § 1º do art. 10-A afasta o crime de captação ambiental ilícita nos casos em que os registros sejam frutos de gravação ambiental, dispondo que não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores. É que, como visto, estas serão geralmente consideradas lícitas independentemente de autorização judicial. Na sequência, prevê o § 2º do art. 10-A o crime qualificado de captação ambiental ilícita, dobrando as penas ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam captação ambiental ou que revelem o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial. Portanto, o crime qualificado é próprio, exigindo-se que o agente preencha a elementar de funcionário público.

9 CONCLUSÃO

Desde que obviamente sejam disponibilizados os recursos materiais aos órgãos de polícia, observaremos o incremento da importância prática da captação ambiental como meio de obtenção de prova no processo penal. Ainda mais porque a nova regulamentação da Lei Anticrime certamente trará maior segurança jurídica à sua aplicação. Nada obstante, o tema seguirá exigindo constante atualização, tanto em razão da rápida transformação sociocultural que envolve o valor fundamental da privacidade em nossa sociedade quanto pela difusão entre particulares e policiais de equipamentos aptos a efetuar registros, como mais recentemente tem sido o caso dos drones. Ainda, o rápido avanço tecnológico certamente continuará desafiando novas abordagens protetivas ao direito à privacidade, inclusive em âmbito teórico. Não se olvide de que os direitos fundamentais da personalidade têm sofrido o influxo das recentes leis de proteção de dados mundo afora, gerando questionamentos e desdobramentos inerentes aos direitos fundamentais de cunho informacional.

Nesse prisma, estejamos certos de que o Direito Comparado continuará servindo como valioso recurso para subsidiar a compreensão dos direitos fundamentais estampados na Carta de 1988 e, conseqüentemente, auxiliar o desenvolvimento da ciência jurídica brasileira.

Referências

AMBOS, Kai. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Beweisverwertungsverbote**. Berlin: Duncker & Humblot, 2010.

ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais**: sua valoração no processo penal. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

AVOLIO, Luiz Fernando Torquato. **Provas ilícitas**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro eletrônico]

BALTARZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. [livro eletrônico]

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa** – Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2014. [livro eletrônico]

BRANCO, Carlos Castelo. **A prova ilícita**: verdade ou lealdade? Coimbra: Almedina, 2018.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

EDER, Florian. **Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess**. München: Herbert UTZ, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **California v. Ciraolo**, 476 U.S. 207. 1986.

_____. **Florida v. Jardines**, 569 U.S. 1. 2013.

_____. **Katz v. United States**. 389 US 347. 1967.

_____. **Kyllo v. United States**, 533 U.S. 27. 2001.

_____. **United States v. Jones**, 565 U.S. 400. 2012.

FETZER, Thomas; YOO, Christopher S. New Technologies and Constitutional Law. **Faculty Scholarship at Penn Law**, 545, 2012.

GLESS, Sabine. Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests. *In*: THAMAN, S. (ed.). **Exclusionary Rules in Comparative Law**. Dordrecht: Springer, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. [livro eletrônico]

KERR, Orin. An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment. **Harvard Law Review**, v. 125, n. 2, p. 478-543, 2011.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer Stiftung E.V, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el Proceso Penal. **Revista Lusíada**, n. 4/5, p. 31-76, 2007.

NICOLITI, André Luiz. **Processo Penal Cautelar**: Prisão e Demais Medidas Cautelares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [livro eletrônico]

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [livro eletrônico]

_____. **Organização Criminosa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PINTO, Paulo Mota. A proteção da vida privada e a Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXVI, p. 153-204, 2000.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 607/2003/T. Const. – Processo nº 594/03**, 2003.

RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. **La regla de exclusión de la prueba ilícita**: un estudio comparado desde su origen en EE.UU. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**. 29. Auflage. München: Beck, 2017.

SCHWARTZ, Paul. Regulating Governmental Data Mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the States, and New Technology. **William & Mary Law Review**, v. 53, n. 2, p. 351-387, 2011.

TRIBE, Laurence. **Uncertain justice**: the Roberts court and the constitution. New York: Picador, 2014.

5

O DIREITO À PRIVACIDADE E A PERMISSÃO DE GRAVAÇÃO DE VISITAS AOS PRESOS EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Yuri Coelho Dias¹

Resumo: O presente artigo analisa as características do direito fundamental à privacidade insculpido na Constituição Federal quando confrontado pelas alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, a qual permitiu que o Estado grave os áudios das visitas àqueles que estão presos em regime disciplinar diferenciado. Dessa maneira, é necessário avaliar se as alterações normativas promovidas no âmbito da Lei de Execução Penal são constitucionais.

Palavras-chave: Privacidade. Gravação. Presos.

Abstract: *The article analyses the characteristics of the fundamental right to privacy established in the Federal Constitution in front of the alterations brought by the Law No. 13.694/19, which allows the Estate to record the audios of the visits for the prisoners in the most severe regimen. That way it's necessary evaluate if the alterations promoted by the law in the scope of the Law of Penal Execution are constitutionals.*

Keywords: *Privacy. Recording. Prisoners.*

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo sobre o direito à privacidade e sua relativização perante o advento da Lei nº 12.850/2013, a qual permite a gravação dos áudios das conversas com visitas recebidas pelos indivíduos presos que cumprem pena em regime disciplinar diferenciado.

Para tanto, em um primeiro momento, é necessária uma incursão no direito fundamental à privacidade e seus aspectos. Analisar quais características do direito à privacidade estão devidamente protegidas por lei e se é admitida sua relativização quando em confronto com situações que também envolvam direitos fundamentais, no caso em concreto, o direito à segurança pública.

Após, passa-se a uma análise sobre a condição do preso em regime disciplinar diferenciado – pois se trata de uma situação específica durante a execução penal – e a alteração realizada pela Lei nº 13.964/2019.

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento no Instituto Brasiliense de Direito Público e advogado.

Por fim, é preciso averiguar se as alterações trazidas pela lei são constitucionais, comparando as características do direito à privacidade e o método da ponderação, ante o princípio da proporcionalidade e a colisão de direitos fundamentais.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

No atual ordenamento jurídico pátrio, temos a Constituição Federal – carta política do mais elevado grau de importância democrática – como fundamento de todas as demais disposições normativas.² Assim, as leis, no sentido amplo do termo, editadas após a promulgação da Constituição Federal, não podem fugir dos atuais preceitos constitucionais, e as que editadas anteriormente à promulgação devem passar por um filtro constitucional chamado de recepção, para que possam adentrar no novo ordenamento jurídico formulado pela Carta Magna. Pode-se dizer, então, que o sistema de normas jurídicas contido em nossa Constituição Federal deve ser obedecido e garantido pelo legislador.

A Constituição Federal de 1988 entendeu por positivar diversos direitos fundamentais, com fito progressista para que não haja dúvida de que se trata de uma Carta que respeita o princípio da dignidade humana e os acordos internacionais assinados pelo Brasil em tal sentido.³

Não cabe no presente estudo fazer uma análise histórica dos direitos fundamentais e de sua evolução,⁴ de maneira que, entre diversas conceituações, conceituam-se estes

2 Afirma Hans Kelsen que “o domínio de vigência de uma norma é um elemento do seu conteúdo, e este conteúdo pode, como mais adiante veremos, ser predeterminado até certo ponto por uma norma superior.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 14).

3 Os acordos internacionais costumam tratar de Direitos dos Homens, os quais se entrelaçam na ideia de direitos fundamentais. Nesse sentido, o mestre Canotilho traça brilhante definição: “Direito dos homens são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1995).

4 Para uma boa compreensão do instituto, indica-se a obra de George Marmelstein, o qual em uma passagem sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, diz que: “Nesse contexto, pode-se dizer tranquilamente que não havia direitos fundamentais na Antiguidade, nem na Idade Média, nem durante o Absolutismo, pois a noção de Estado de Direito ainda não estava consolidada. Não era possível, naqueles períodos, exigir do governante o cumprimento das normas que ele mesmo editava. Somente há sentido em falar em direitos fundamentais quando se admite a possibilidade de limitação jurídica do poder político. Portanto, o desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais – enquanto normas jurídicas de hierarquia constitucional destinadas à limitação jurídica do poder político – somente ocorreu por volta do século XVIII, com o surgimento do modelo político chamado Estado Democrático de Direito, resultante das chamadas revoluções liberais ou burguesas.” (MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 88).

como normas jurídicas, as quais ligadas à ideia de dignidade da pessoa, mas principalmente de limitação de poder, positivadas em nosso sistema democrático.

Desse modo, a Constituição Federal, em seu art. 5º, X, traz a ideia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sendo tal proteção “tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas, abrangendo, inclusive, a necessária proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa (televisão, rádio, jornais, revistas etc.)”.⁵

Podemos identificar que tais proteções estão ligadas ao que se chama de direito à privacidade, sendo esse direito uma proteção dada ao cidadão relacionada a determinadas características de sua existência, sempre atrelada à ideia de dignidade da pessoa humana.

Daniel Solove, ao perceber que a privacidade é um conceito difuso, e para melhor abordá-la, acaba por enumerar seis formas de concretização do direito: – o direito a estar só; o acesso limitado a cada pessoa; o segredo; o controle da informação pessoal; a personalidade; e a intimidade.

A privacidade, portanto, abarca diversos aspectos da personalidade do ser humano, desde o seu grau mais íntimo, relacionado aos pensamentos e às preferências da pessoa, até sua exposição pública, como suas publicações nas redes sociais. Para uma melhor definição, apoiemo-nos nas lições do mestre Tércio Sampaio de Ferraz Junior:

A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto é o bem protegido, que pode ser uma res (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito.⁶

Para facilitar a compreensão, em uma definição clássica, o direito à privacidade se divide em três esferas: privada, pessoal e íntima, sendo que cada esfera possui um determinado grau de proteção para o indivíduo, de maneira que:

5 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 58.

6 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.

Na esfera privada cabem todos os contextos relacionais com o meio social. Nesta esfera, apesar de inexistir vontade de divulgar ou interesse na divulgação, os aspectos relativos à pessoa estão aos olhos de todos, pelo que, apesar de serem de cariz privado, têm uma protecção ténue. Podemos dar como exemplos os aspectos físicos da pessoa, como a cor do cabelo ou dos olhos, e o lar.

A esfera pessoal abrange todos aqueles aspectos particulares da pessoa que apenas são conhecidos do seu núcleo mais próximo de familiares e amigos, como gostos e preferências. Esta esfera já merece uma maior protecção, visto abarcar aspectos particulares que a pessoa reserva ao seu meio mais próximo.

A esfera íntima é aquela que merece uma protecção total, reunindo os aspectos pessoais que cada um reserva apenas para si. Os códigos secretos e as ideologias são, por exemplo, informações íntimas. Trata-se, assim, da esfera associada ao mundo intrapsíquico aliado aos sentimentos identitários próprios. A intimidade é, pois, a esfera mais restrita, sem nenhuma repercussão social, sendo uma esfera de segredo.⁷

De acordo com tal definição, a esfera privada, a qual abarca aspectos que independem da aceitação de divulgação do indivíduo, como altura, cor da pele e outros, não nos interessa, visto que sua protecção já está devidamente flexibilizada pelas normas internas.

Também não nos interessa a esfera íntima do indivíduo, pois esta possui protecção total, de maneira que suas ideias, códigos, devaneios devem ser completamente protegidos, não se admitindo exceção quando apenas internalizados. Claro que, quando os devaneios e as ideias passam do plano psíquico para o mundo físico e entram em confronto com o direito de outros indivíduos, devem ser relativizados.

Resta então a esfera pessoal do indivíduo, aquela conhecida por sua família e amigos, a qual admite determinada flexibilização em casos muito específicos, seja por meio de lei ou de autorização judicial.

⁷ CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Inês Oliveira Andrade de. O lugar do conceito de privacidade numa sociedade orwelliana. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 43, p. 135-161, jul./dez. 2013.

Por certo que os direitos não são absolutos,⁸ tendo em vista que sofrem limitações, conforme acima explicitado, por outros direitos. No caso específico do direito à privacidade, a própria Constituição Federal já traz algumas limitações do direito, em especial quando está em jogo questão de interesse público. A título de exemplo, estão insculpidos no art. 5º:

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Dessarte, pode-se ver que o direito à privacidade pode ser relativizado quando confrontado por outros princípios, ainda mais no tocante à segurança pública, em especial quando relacionado a investigações criminais.

Conforme já exposto, as correspondências epistolares, os dados pessoais e outras características similares, também abarcadas pelo direito à privacidade, não nos interessam, pois já plenamente aceita sua flexibilização nas hipóteses definidas por lei.

Contudo, com a publicação da Lei nº 13.964/2019, o direito à privacidade sofreu outra flexibilização por hipótese normativa, qual seja, a possibilidade de gravação das conversas realizadas entre familiares e o preso em regime disciplinar diferenciado.

8 Para melhor abordagem sobre o tema, ver: FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: PC, 2000.

3 DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.964/2019

Antes de adentrarmos nas novas alterações legais, é preciso entender o regime disciplinar diferenciado (RDD), o qual está disposto no art. 52 da Lei de Execução Penal (LEP).

Apenas como breve digressão histórica, transcrevemos brilhante trecho do jurista Adeildo Nunes, o qual traçou com precisão a origem do instituto:

Com base no crescimento desenfreado do poder de organização e de estrutura física e material das facções criminosas nos grandes e médios presídios de São Paulo, seu Secretário de Administração Penitenciária, em maio de 2001, pela Resolução n. 26, criou em seu Estado o denominado Regime Disciplinar Diferenciado, estipulando a possibilidade de isolar o detento por até trezentos e sessenta dias, mormente os líderes e integrantes de facções criminosas e todos quantos o comportamento carcerário exigisse um tratamento específico. É claro que tão logo foi editada a Resolução 26 a arguição da sua inconstitucionalidade foi premente. Não faltaram juristas para enfatizar: a Resolução viola a Constituição porque tratando-se de falta grave a matéria está afeta, exclusivamente, à lei ordinária, ademais é a Lei de Execução Penal quem cuida de regulamentá-la. Porém, chamado a intervir, o Tribunal de Justiça de São Paulo optou por sua constitucionalidade, ao argumento de que os Estados-membros têm autorização constitucional para legislar sobre Direito Penitenciário, o que é uma verdade (art. 24, I, CF/88). Sabe-se, por isso, que o Regime Disciplinar Diferenciado vem sendo regularmente aplicado aos detentos de São Paulo que se enquadrem na Resolução, embora, reconheça-se, a matéria bem que poderia ter sido regulamentada pela Assembleia Legislativa daquele Estado, desde que não se tratasse de acrescentar nova forma de falta grave, pois, como se sabe, haveria necessidade de alterar o art. 50 da LEP.⁹

Entende-se que o RDD não é uma modalidade diversa de cumprimento de pena, além daquelas previstas no art. 33 do Código Penal, mas, especificamente, uma forma especial de cumprimento de pena no regime fechado.¹⁰

9 NUNES, Adeildo. **O regime disciplinar na prisão**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigos/2003/07>. Acesso em: 9 jan. 2020.

10 AVENA, Norberto. **Execução penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 166.

Assim, aquele que cumpre pena no regime fechado pode ser colocado em regime disciplinar diferenciado de duas formas: como uma sanção disciplinar (art. 52, *caput*, da LEP), ou seja, quando o sujeito pratica fato definido como crime doloso, ocasionando a subversão da ordem e das disciplinas internas; ou como medida cautelar (art. 52, §§ 1º e 2º, da LEP), notadamente quando o condenado apresenta alto risco para ordem e segurança da casa prisional, bem como para a sociedade, além das suspeitas que recaiam sobre um possível envolvimento em organização ou associação criminosa.

Por óbvio que a aplicação do regime sempre encontrou críticas no que diz respeito à sua constitucionalidade. Alegam os defensores da inconstitucionalidade do regime que este se trata de um ultraje ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, o entendimento majoritário é o de que o regime disciplinar diferenciado é constitucional, sendo tratado até como um “mal necessário”. Aliás, o grande professor e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Guilherme Nucci, sintetiza muito bem o entendimento adotado majoritariamente:

Não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria, hoje, tão organizado, de modo que não precisaríamos de regimes como o estabelecido pelo art. 52 da LEP. A realidade distanciou-se da lei, dando margem à estruturação do crime, em todos os níveis, inclusive dentro do cárcere, o que é situação inconcebível, mormente se pensarmos que o preso deve estar, no regime fechado, à noite, isolado em sua cela, bem como, durante o dia, trabalhando ou desenvolvendo atividades de lazer ou aprendizado. Por isso, o regime disciplinar diferenciado tornou-se um mal necessário, mas está longe de representar uma pena cruel. Severa, sim; desumana, não.¹¹

O que se denota é que há verdadeira utilização do princípio da proporcionalidade, uma vez que apenas estão sujeitos ao tratamento diferenciado aqueles presos que praticaram delito grave ou que por seu histórico representam ameaça à segurança interna do presídio, inclusive a de outros detentos.

11 NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; São Paulo: Método, 2019. p. 223.

No que tange às características, estas se encontram dispostas no art. 52, incisos I a IV, da LEP, a saber: (I) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 da pena aplicada; (II) recolhimento em cela individual; (III) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (IV) direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

3.1 Das alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019

Com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, a qual acabou por ser conhecida nos meios midiáticos como Pacote Anticrime,¹² houve grande burburinho na sociedade em geral, porém não nos adentramos em suas polêmicas, cingindo-nos apenas às mudanças relacionadas ao regime disciplinar diferenciado.

Portanto, em que pese existirem diversas mudanças no Código Penal, no Código de Processo Penal e em outras leis esparsas, interessa-nos a alteração realizada no art. 52 da Lei de Execução Penal (LEP), vejamos como ficou o artigo com as alterações:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I – duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;

II – recolhimento em cela individual;

III – visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas;

IV – direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;

12 Aliás, o próprio Executivo assim a chamou, conforme pode ser visto no sítio eletrônico do Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1>. Acesso em: 3 jan. 2020.

V – entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário;

VI – fiscalização do conteúdo da correspondência;

VII – participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros:

I – que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;

II – sob os quais recaíam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

§ 2º (Revogado).

§ 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

§ 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso:

I – continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade;

II – mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário.

§ 5º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais.

§ 6º A visita de que trata o inciso III do *caput* deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário.

§ 7º Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do *caput* deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos. (NR)

Em um primeiro momento, destacamos a manutenção do regime disciplinar diferenciado como sanção administrativa àquele que comete falta grave ou como medida cautelar aos integrantes de associação criminosa ou que apresentem risco à segurança do estabelecimento penal.

Também surge como medida polêmica o recrudescimento do prazo de duração do RDD, que antes era de 360 dias, podendo ser repetido por igual período, passando para dois anos, podendo ser prorrogado sucessivamente por períodos de um ano, portanto, sem prazo final. Sem dúvida alguma, a constitucionalidade do dispositivo será questionada assim que a lei entrar em vigor.

O que interessa, porém, ao presente estudo está contido no tocante à gravação de áudios das visitas recebidas pelos presos que estão cumprindo pena no RDD. No caso, o art. 52, III, e § 6º, da LEP, diz que os áudios das visitas recebidas pelos presos que cumprem pena em regime disciplinar diferenciado serão gravados, e caso necessário, por meio de medida judicial, serão fiscalizados por agente penitenciário. Portanto, de maneira prévia, o juízo autorizará o acompanhamento dos áudios registrados entre o interno e suas visitas por um agente do governo.

Ora, conforme já exposto, não está a se negar que aqueles que infringirem a lei são apenados e, por consequência lógica, devem ter certos direitos fundamentais relativizados. Aliás, a própria liberdade, princípio basilar de um Estado Democrático, é tolhida quando o sujeito é condenado à reclusão em prol da segurança pública.

Mais certo ainda que aqueles detentos que estão sob o regime disciplinar diferenciado lá estão pelo fato de possuírem maior periculosidade, de forma que merece ser vigiado ainda mais de perto pelo Estado, em favor da segurança pública e até mesmo da segurança dos outros detentos, tendo em vista as constantes brigas entre facções que ocorrem dentro do próprio sistema prisional.¹³

13 Em julho de 2019, no município de Altamira/PA, ocorreu verdadeira chacina com mais de 50 mortos quando uma facção criminosa invadiu o anexo da penitenciária onde ficavam os presos pertencentes ao grupo rival. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/07/29/interna-brasil,774427/briga-entre-faccoes-criminosas-em-presidio-do-para-deixa-57-mortos.shtml>. Acesso em: 3 jan. 2020.

Dessa forma, cabe indagar se o direito à privacidade aceita tamanha intromissão perante a necessidade de segurança pública. Gravar e acompanhar previamente a conversa entre um detento e seus familiares se trata de uma medida extremamente invasiva. Para tanto, é necessário discorrer sobre o princípio da proporcionalidade e a ponderação entre princípios.

3.2 Da colisão entre direitos fundamentais

Não é raro ocorrer colisões entre direitos fundamentais, pois as próprias normas constitucionais podem parecer contraditórias, o que é comum em qualquer Estado Democrático de Direito. Basta pensarmos no direito à liberdade de expressão exercido pela imprensa e no direito à intimidade, no direito à livre manifestação do pensamento e no direito à honra. No caso aqui analisado, tem-se a colisão entre dois princípios, o direito à privacidade e o direito à segurança pública.

A colisão entre direitos fundamentais poderá se dar entre vários titulares de direito fundamental ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado.¹⁴ A colisão aqui se dá entre titulares diferentes, o preso e a sociedade.

Os princípios são mandados de otimização que "se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes".¹⁵ Diferenciam-se estes das regras em que o conflito ocorrerá na dimensão da validade, uma vez que a colisão de princípios será resolvida considerando o peso ou a importância relativa de cada princípio para que seja determinado qual deles prevalecerá no caso concreto. Dessarte, inexistindo qualquer tipo de hierarquia entre princípios e havendo colisão, o aplicador do direito deverá realizar trabalho de ponderação entre tais princípios para que haja concordância prática:

Pelo Princípio da Supremacia Constitucional a Constituição é a norma ápice do ordenamento jurídico e dentre as normas integrantes de seu conteúdo, por força do Princípio da Unidade Constitucional, inexistente qualquer tipo

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1137. Ainda, há a doutrina que declara que os conflitos entre direitos fundamentais podem se dar na forma de concorrência entre direitos fundamentais, colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo (ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999; STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 64-66).

15 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: PC, 2000.

de hierarquia normativa entre elas, pois todas são normas constitucionais, isto, todavia, não impede a ocorrência de tensão entre as mesmas. Diante desta colisão, por exigência do Princípio da Unidade Constitucional, mister realizar a concordância prática, pela qual o conflito deve ser harmonizado com o maior acatamento possível das normas envolvidas. Mas, como averbado, esta concordância é viabilizada via ponderação e esta via princípio da proporcionalidade.¹⁶

O Supremo Tribunal Federal também adota a possibilidade da ponderação entre princípios, sendo o caso mais recente e emblemático aquele em que se discutiu o direito de liberdade de expressão de quem escrevia biografias não autorizadas e o direito à privacidade. A ementa do acórdão assim restou:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM

REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros – Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpre-

16 SANTOS, Márcio Gil Tostes. **Ponderação de interesses entre princípios processuais constitucionais**. 2006. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Vale do Rio Verde, Três Corações, 2006.

tação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coarctando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexistente autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).¹⁷

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça eletrônico**, n. 18, 1º de fevereiro de 2016. Acesso em: 9 jan. 2020.

3.3 Da ponderação entre os princípios fundamentais da segurança pública e o direito à privacidade

Estabelecidas as premissas que regem a colisão entre direitos fundamentais, passemos à análise prática, portanto, à técnica jurídica que permite realizar a manobra. De fato, para se realizar a ponderação entre princípios é preciso se utilizar do princípio da proporcionalidade, o qual está inserido de maneira implícita na Constituição Federal.

A proporcionalidade é um meio de aferir se o ato em questão é (I) adequado, ou seja, se o fim justifica os meios; (II) necessário, na medida em que de todos os meios que estão à disposição, aquele é o mais adequado para promover o fim; e (III) proporcional em sentido estrito, de forma que os benefícios adotados por aquela decisão serão maiores do que os malefícios.¹⁸ Ressaltemos que o princípio da proporcionalidade também poderá ser utilizado de outras maneiras, como no controle dos atos administrativos. No presente artigo, a proporcionalidade serve como ferramenta para a ponderação dos princípios entre a segurança pública e o direito à privacidade.

Como os princípios possuem mesma hierarquia, ou seja, ambos são considerados direitos fundamentais do ser humano e tendo em consideração que as normas contidas na Constituição Federal devem ser consideradas como partes de uma unicidade sistêmica, não há como resolver o conflito simplesmente afastando a incidência de uma das normas, daí a importância de realizar a ponderação olhando para o caso em concreto. Com muito acerto, aduz o atual ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso:

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos, várias premissas maiores, portanto para apenas uma premissa menor, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior – premissa menor), a solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma

18 Nas palavras de Humberto Ávila: “Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)” (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 112).

única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas. A clareza é muito importante para que se possa conhecer a sutil diferença entre os objetos da ponderação que são dignos de sopesamento. E de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar Técnica da ponderação.¹⁹

A técnica da ponderação é realizada por meio de um processo dividido em três etapas — a identificação das normas em conflito; a identificação dos fatos relevantes; e, por último, a decisão.²⁰

Na segunda fase, identificam-se os fatos relevantes. No caso em tela, são dois: o fato de qualquer ser humano ter direito à privacidade, ainda mais por questão de foro íntimo, pois trata-se de visitas recebidas da família; e o fato de o preso que está em regime disciplinar diferenciado representar maior ameaça à segurança pública, portanto, sua privacidade deve ser deixada de lado, uma vez que pode passar informações, ainda que para familiares, que coloquem a incolumidade pública em risco.

Finalmente chega-se à fase de decisão. Nessa etapa, o juiz avaliará tudo o que está em jogo, sopesará as normas em conflito e decidirá qual deve prevalecer, assim nos ensina mais uma vez, o ilustre ministro Luis Roberto Barroso:

Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas-e a solução por ele indicada- deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da so-

19 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 357.

20 BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 91.

lução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo este processo tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.²¹

Portanto, analisando a situação específica que está em jogo, temos que, por um lado, os presos que estão cumprindo normalmente sua pena não sofrem tamanha limitação de sua privacidade, sendo gravados apenas os áudios daqueles que, pela prática de um ato ou por pertencerem a uma associação criminosa representam maior risco à sociedade.

Analisando calmamente, entende-se pela constitucionalidade das alterações trazidas pela lei, tendo em vista que, devido à complexidade do crime organizado e suas ramificações, aquele preso no regime disciplinar diferenciado pode passar informações para seus parentes que o visitam, planejando um ato criminoso ou repassando informações estratégicas para sua facção.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como intuito demonstrar que é constitucional a alteração trazida pela Lei nº 13.964/2019, que permite que os presos que cumprem pena em regime disciplinar diferenciado tenham seus áudios gravados e fiscalizados por agentes do governo quando recebem visitas de parentes.

Analisando as facetas do direito à privacidade, é possível perceber que o direito possui características que admitem sua flexibilização, principalmente quando confrontado com princípios de suma importância no ordenamento jurídico.

O regime disciplinar diferenciado serve apenas para os presos que já representam maior periculosidade social, de forma que seus direitos são severamente tolhidos por motivos de segurança pública, ou seja, as liberdades somente abrem espaço quando seu exercício representa uma afronta à segurança social, interna ou externa.

Com o avançar das organizações criminosas e sua complexidade cada vez maior, é necessário que o Estado tome medidas drásticas. Dessa forma, a gravação de conver-

21 BARROSO. *op. cit.*, p. 360.

sas, ainda que com familiares, representa maior segurança de que aquele detento não passará informações que culminem em perigo social.

Veja-se que aqui não se defende a lei como panaceia para os males criminais que infligem à sociedade. A bem da verdade, são necessárias políticas públicas de qualidade, que vão da saúde ao ensino escolar básico, para mudar verdadeiramente o quadro social.

Porém, analisando friamente a letra da lei, é possível ver que não há qualquer tipo de inconstitucionalidade. Pelo contrário, mesmo que não seja a medida mais eficaz, é ato capaz e eficiente de inibir o repasse de informações e desarticular, ainda que minimamente, os membros pertencentes às organizações criminosas.

Referências

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

AVENA, Norberto. **Execução penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARDIM, Maria Eduarda. Briga entre facções criminosas em presídio do Pará deixa 57 mortos. **Correio Braziliense**, 29 jul. 2019. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/07/29/interna-brasil,774427/briga-entre-faccoes-criminosas-em-presidio-do-para-deixa-57-mortos.shtml>.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Inês Oliveira Andrade de. O lugar do conceito de privacidade numa sociedade orwelliana. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 43 p. 135-161, jul./dez. 2013.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: PC, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Confira a tramitação do pacote anticrime no Senado Federal.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1>.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; São Paulo: Método, 2019.

NUNES, Adeildo. **O regime disciplinar na prisão**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigos/2003/07>. Acesso em: 5 jan. 2019.

SANTOS, Márcio Gil Tostes. **Ponderação de interesses entre princípios processuais constitucionais**. 2006. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Vale do Rio Verde, Três Corações, 2006.

SOLOVE, Daniel. **The Digital Person**. Technology and Privacy in the Information Age. New York: New York University Press, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

6 O SISTEMA ACUSATÓRIO E O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Francisco Dirceu Barros¹

Vladimir Aras²

Resumo: Neste artigo, os autores abordam o novo procedimento de arquivamento dos inquéritos policiais, conforme a alteração introduzida pela Lei nº 13.964/2019 no art. 28 do CPP brasileiro. Examinam as inovações trazidas pela Lei Anticrime e as dificuldades e oportunidades que se apresentam aos interessados, especialmente o Ministério Público.

Palavras-chave: Inquérito policial. Decisão de arquivamento. Novo procedimento legal. Revisão interna. Princípio da oportunidade.

Abstract: *In this essay, the authors address the new proceeding for closing police investigations, according to the amendment introduced by Law No. 13.964/2019 to the Article 28 of the Brazilian Criminal Procedure Code. They examine the innovations brought by the Anticrime Law and the difficulties to be approached and the opportunities to be explored by the stakeholders, especially by the prosecution.*

Keywords: *Police investigation. Decision to close a case. Internal review. New legal proceeding. Prosecutorial discretion.*

1 INTRODUÇÃO

Resultado de anteprojetos de lei de iniciativa do ministro da Justiça Sergio Moro e de comissão de juristas presidida pelo ministro do STF, Alexandre de Moraes, a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Lei Anticrime” ou “Pacote Anticrime”, promoveu profundas alterações na legislação criminal brasileira, as principais delas as que dizem respeito ao adensamento do modelo acusatório de processo penal.

Tendo entrado em vigor em 23 de janeiro de 2020, a Lei Anticrime trouxe dispositivos principiológicos sobre o sistema acusatório (novo art. 3º-A do CPP) e outros de cunho funcional, com vistas à readequação dos papéis do juiz e do Ministério Público no processo penal.

1 Procurador-geral de Justiça de Pernambuco e professor de Ciências Criminais.

2 Procurador Regional da República e professor de Processo Penal da UFBA.

Ao longo do texto da lei, podemos dividir claramente três pontos nos quais isso ocorreu. O primeiro deles é a esperadíssima enunciação do princípio acusatório no já mencionado art. 3º-A do Código de Processo Penal (CPP): o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A segunda correção, embora tardia, do CPP de 1941 em linha com o arranjo processual instituído pelo art. 129, inciso I, da Constituição de 1988, veio com a vedação da decretação de medidas cautelares sem que haja pedido do titular da ação penal. Continua a ser admitida também a provocação da jurisdição pela autoridade policial, mas o juiz não pode mais impor medidas constritivas, reais ou pessoais, contra o investigado ou réu, de ofício. É o que se lê no art. 282, §§ 2º, 3º e 4º, e no art. 311 do CPP, dando-se maior concretude ao princípio *ne procedat iudex ex officio*.

A terceira grande alteração no modelo anterior está na nova redação dada ao art. 28 do CPP e diz respeito à ingerência do juiz criminal sobre a decisão de arquivamento de uma investigação criminal, seja uma mera notícia de fato (notícia-crime), seja uma apuração já formalizada no âmbito de um inquérito policial, um procedimento investigatório criminal (PIC), um inquérito judicial ou o relatório de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).

É deste último tema, o arquivamento de investigações criminais, sobretudo do inquérito policial, que trataremos neste artigo.

No entanto, é preciso de antemão esclarecer que o novo rito do art. 28 do CPP nem sequer chegou a ser aplicado, uma vez que em 22 de janeiro de 2020 o ministro Luiz Fux, do STF, concedeu medida cautelar na ADI 6305/DF, apensa à ADI 6298/DF, para suspender sua eficácia *sine die*. cremos que essa medida cautelar acabará sendo cassada ou revista, tendo em conta que não há nenhuma questão constitucional de fundo que permita ou recomende suprimir o novo art. 28 do CPP do ordenamento jurídico.

ANTIGO ART. 28 DO CPP	NOVO ART. 28 DO CPP
Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.	Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.
	§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.
	§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, dos Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial." (NR)

2 O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL

Desde há muito o Brasil está vinculado a compromissos constitucionais e internacionais que compelem o Estado a separar as funções de investigar e julgar, como garantia de que todo acusado tenha direito a um julgador objetivamente imparcial, não influenciado pela atividade de coleta probatória na fase extraprocessual e por sua produção na fase judicial. Quanto maior for a distância do juiz em relação às investigações realizadas pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público tanto mais imparcial, no plano objetivo, poderá ser ele na análise da prova utilizada em juízo.

Não é de se ignorar que a existência de um órgão do Ministério Público independente e autônomo é um dos instrumentos de que se vale o legislador para assegurar a imparcialidade do julgador e, mais concretamente, para preservar o âmbito de incidência do princípio da presunção de inocência.

Por isso mesmo, durante a 8ª Conferência para a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes, realizada em Havana, em 1990, as Nações Unidas aprovaram os Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público. Sua regra 10 estabelece que as funções dos membros do Ministério Público devem ser rigorosamente separadas das funções de juiz. E, no Princípio 11, as Regras de Havana estatuem que

os magistrados do Ministério Público desempenham um papel activo no processo penal, nomeadamente na dedução de acusação e, quando a lei ou a prática nacionais o autorizam, nos inquéritos penais, no controle da legalidade destes inquéritos, no controle da execução das decisões judiciais e no exercício de outras funções como representantes do interesse público.

Também no campo da *soft law*, vale lembrar que, nos Princípios de Bangalore sobre Conduta Judicial, de 2001, no âmbito do valor “imparcialidade”, a regra 2.2 reforça o modelo acusatório de separação de funções no processo penal, ao recomendar que a “interferência constante” na condução de uma causa criminal deve ser evitada. De fato, o comentário 63 aos Princípios diz que:

63. Um juiz tem o direito de fazer perguntas visando clarificar os assuntos. Mas se interfere constante e virtualmente, assumindo a condução de um caso civil ou o papel de perseguição em um caso penal, e usa os resultados de seu próprio questionamento para chegar a uma conclusão no julgamento do caso, o juiz se torna advogado, testemunha e juiz ao mesmo tempo, e o litigante não recebe um julgamento justo.

No que tange ao Ministério Público, merece menção a Recomendação REC (2000)19 do Comitê de Ministros dos Estados-Membros do Conselho da Europa sobre a função da Promotoria no sistema de justiça penal, especialmente no tópico da relação entre procuradores e promotores e os juízes de um tribunal. A Recomendação 17 deixa claro que a separação da funções de juízes e membros do Ministério Público serve à independência e à imparcialidade dos primeiros.

O direito ao devido processo legal e a julgamentos justos funda-se na existência de seus vários componentes estruturais, como se pode divisar no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que institui os direitos a um julgamento por um juiz competente, independente e imparcial.

Examinando a reiterada jurisprudência do STF, sobretudo a partir da ADI 1570, julgada em 2004, percebe-se que o princípio acusatório é uma matriz estruturante do processo penal brasileiro. Disso é exemplo o Inq 2913/MT AgR, relatado pelo min. Luiz Fux, no qual ficou vencido o relator original, o min. Dias Toffoli:

INQUÉRITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PARLAMENTAR. [...] ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO DE OFÍCIO, SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DOUTRINA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público. 2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, *verbis*: “Um processo penal justo (ou seja, um *due process of law* processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009). 3. Deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas. [...] 5. O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados.³

No sistema acusatório, é necessário que a acusação seja sustentada por um órgão distinto do que a vai julgar. Nessa linha, antes de deflagrada a ação penal, a inércia do juiz em relação à persecução penal deve ser absoluta, não sendo possível a adoção de medidas que promovam ou incentivem a decisão de acusar, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade objetiva.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Inq 2913 AgR / MT. Relator: Min. Luiz Fux, 1º de março de 2012.

No regime inaugurado pelo CPP em 1º de janeiro de 1942, quando o juiz criminal — que seria o juiz da investigação e o do julgamento — discordava da promoção de arquivamento do Ministério Público e remetia os autos à revisão do órgão superior do Ministério Público, prenunciava sua percepção de que naquele inquérito havia base idônea para o julgamento criminal, em atividade substitutiva do titular da ação penal, que agora lhe foi interdita pela Lei nº 13.964/2019.

Assim, deve ser saudada a entronização do marco principiológico acusatório no CPP pela Lei Anticrime e as consequências que disso advieram nos arts. 28, 282 e 311 do CPP, no que ora nos interessa, com a supressão da competência anômala do juiz criminal, que lhe permitia provocar a revisão da decisão do Ministério Público de não acusar. Em proveito da *accountability* institucional, esse controle não foi suprimido. Sua iniciativa foi transferida a quem, diferentemente do juiz, pode ter interesse subjetivo na deflagração da ação penal, a vítima ou seu representante legal.

De fato, em contrapartida à vedação dessa iniciativa pelo juiz criminal, o legislador previu a legitimidade do ofendido para recorrer administrativamente. Concomitantemente, criou-se um mecanismo de remessa necessária à instância superior, de modo que, mesmo sem recurso voluntário, a decisão de arquivamento adotada pelo promotor natural sempre estará sujeita à revisão, para ratificação ou não, por um órgão superior do próprio Ministério Público, que alinhará a homologação dos arquivamentos à política criminal aprovada pelos órgãos da Administração Superior de cada *Parquet*.

Para garantir o funcionamento desse mecanismo de controle, cujas sementes iniciais surgiram da prática forense de vários Ministérios Públicos, a Lei Anticrime instituiu dois deveres adicionais ao promotor natural — o de intimar a vítima quanto à sua decisão, para que interponha o referido recurso, se quiser; e o de, independentemente de qualquer recurso voluntário, submeter a decisão à homologação do órgão hierárquico, num reforço do princípio da unidade do Ministério Público, previsto no art. 127, § 1º, da Constituição.

Essa solução está em harmonia com a doutrina. Para Rodrigues Maximiano “a decisão sobre o exercício ou não exercício da ação penal só pode competir ao titular da ação penal sob pena de violação da estrutura acusatória do processo penal”.⁴

4 RODRIGUES MAXIMIANO, Antonio. A Constituição e o processo penal: competência e estatuto do Ministério Público, do juiz de instrução e do juiz julgador: a decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346º e 351º do C. P. Penal. **Revista do MP**, Lisboa, ano 2, v. 6, p. 97, [S.d.].

3 O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL ANTES DA LEI Nº 13.964/2019

Na sua redação original, o antigo art. 28 do Código de Processo Penal, que vigorou a partir de 1º de janeiro de 1942, foi talvez um dos primeiros preceitos de cunho acusatório do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, porque, antes mesmo da Constituição de 1988, já iniciava a demarcação da separação entre as funções de acusar e julgar.⁵ No entanto, o mesmo dispositivo dava ao juiz uma função anômala, de fiscal da decisão de não denunciar. Essa intromissão indevida do juiz no órgão estatal responsável pela acusação pública afrontava esse mesmo princípio acusatório, que diferencia perfeitamente as funções ministeriais e judiciais, sendo vedado ao juiz proceder como órgão persecutório e sendo proibido ao Ministério Público atuar como se juiz fosse.

Como vimos, esse arranjo institucional de duas “magistraturas” no processo penal vem em proveito da presunção de inocência e da imparcialidade do julgador. Quem julga não investiga nem acusa; quem investiga e acusa não julga.

Antes da Lei nº 13.964/2019, o arquivamento de um inquérito policial era um ato complexo, acusatório/inquisitivo, pois tinha início com a promoção de arquivamento pelo Ministério Público. Segundo alguns autores, os autos eram então encaminhados à autoridade judicial para decisão sobre o “requerimento” apresentado pelo promotor natural. O juiz podia aceitar a proposta do Ministério Público, cancelando o encerramento da apuração, ou recusá-la. Nesse caso, cabia-lhe enviar os autos à chefia do Ministério Público para que o procurador-geral, na condição de representante maior do *dominis litis*, determinasse o arquivamento, que só então seria obrigatório para o Poder Judiciário, dada a falta do poder de iniciativa, resultado do princípio da inércia da jurisdição.

Preconizava o revogado art. 28 do Código de Processo Penal:

Se o órgão do Ministério Público, em vez de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

⁵ Isso apesar de ter coexistido até 1988 com os procedimentos judicialiformes do art. 26 do CPP e da Lei nº 4.611/1965, que se podiam iniciar por portaria do juiz.

Percebe-se que o texto continha um comando ao juiz e uma regra de distribuição de competências internas do Ministério Público, privilegiando-se a figura do procurador-geral da República, chefe do Ministério Público Federal (MPF), e dos procuradores-gerais de Justiça, chefes dos Ministérios Públicos Estaduais, na definição uniforme dos destinos de investigações criminais.

Como se vê, o juiz não era obrigado a enviar os autos ao procurador-geral, como chefe do Ministério Público. Devia fazê-lo apenas se discordasse das “razões invocadas” pelo promotor natural, fosse ele quem fosse, de acordo com as regras de competência e atribuição, e fossem tais razões quais fossem.⁶ A regra valia tanto para o Ministério Público Federal (MPF) quanto para o Ministério Público dos Estados (MPE) e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).⁷ No entanto, ao longo dos anos, desde a edição da Lei Complementar nº 75/1993, que instituiu a Lei Orgânica do Ministério Público da União (MPU), o Ministério Público Federal passou a arquivar inquéritos policiais ora em juízo, ora internamente perante suas Câmaras de Coordenação e Revisão (CCRs), em linha com o modelo de segregação de funções acusatórias e adjudicatórias.

No regime original, havendo concordância do juiz, o caso criminal estaria arquivado. Se o juiz natural tivesse visão diversa daquela esposada pelo promotor de Justiça ou pelo procurador da República, devia enviar os autos do inquérito policial ao procurador-geral de Justiça (PGJ), nos casos de competência estadual ou distrital, ou ao procurador-geral da República (PGR), nos casos de competência federal. Inquéritos policiais militares e inquéritos eleitorais seguiam regras semelhantes previstas na legislação especial.

Na Justiça Militar, o procedimento era o previsto no art. 397, § 1º, do CPPM, instituído pelo Decreto-Lei nº 1002/1969, segundo o qual, se o procurador ou promotor “entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar”. Se o juiz militar concordasse com o pedido, determinava o arquivamento; se dele discordasse, remetia os autos ao procurador-geral militar, ou seja, ao PGJ dos estados, ou ao chefe do Ministério Público Militar (MPM). Se o procurador-geral competente entendesse haver elementos para a ação penal, designava outro procurador, a fim de promovê-la;

⁶ Havia defensores da ideia de que já então a expressão “razões invocadas” daria abertura ao princípio da oportunidade da ação penal.

⁷ Na jurisdição militar, onde atuam o MPM e os Ministérios Públicos dos Estados, há regra específica no Código de Processo Penal Militar (CPPM).

em caso contrário, “mandava arquivar o processo”.⁸ Agora o juiz militar não intervém mais nesse procedimento, cabendo a remessa direta do promotor natural ao procurador-geral Militar.

No foro eleitoral, o procedimento era semelhante. Consoante o art. 357, § 1º, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), se o órgão do Ministério Público requeresse o arquivamento da comunicação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fazia remessa da comunicação ao procurador regional Eleitoral⁹ no estado, e este oferecia a denúncia, designava outro promotor Eleitoral para oferecê-la, ou insistia no pedido de arquivamento, que se tornava impositivo para o juiz.

Comentando o sistema vigente em Portugal entre 1945 e 1974, que foi semelhante ao antes existente no Brasil, Rodrigues Maximiano lembra:

No domínio do Dec-Lei n. 35007, de 13-10-1945, nos casos em que o Ministério Público deixasse de formular acusação, os autos eram conclusos ao juiz, na falta de reclamação hierárquica daqueles despachos, e, “se este entender que estão verificadas as condições suficientes para a acusação, fará constar de despacho assuas razões, subindo os autos oficiosamente ao Procurador da República, que decidirá, nos termos da parte final do número anterior”[se deve ou não ser feita a acusação] – artigo 28º. Este artigo 28º do Dec-Lei nº 35007 veio a ser revogado pelo Dec-Lei nº 201/76, de 19-03, sendo esta “a primeira manifestação inequívoca da autonomia do Ministério Público face à magistratura judicial” e abolindo-se, assim, a fiscalização judicial, a qual constituía uma “violação flagrante do acusatório puro e correspondia a uma concepção que se ultrapassava de um Ministério Público subalterno”, em relação àquela magistratura.¹⁰

Com a Lei nº 13.964/2019, como veremos a seguir, tudo mudou. O juiz não mais atua em papéis anômalos. Naturalmente, esse magistrado, que é agora o juiz de garantias, não estará alheio à etapa investigativa. Porém, só intervém no inquérito nas situações previstas no novo art. 3º-B do CPP, e nunca como substituto do órgão de acusação.

8 É de se notar que no CPPM a decisão de arquivamento do IPM é inequivocamente do procurador-geral, com redação diversa do antigo art. 28, que usava a expressão “insistir no pedido de arquivamento”.

9 O PRE é um órgão do MPF. Esse procedimento foi derogado pelo art. 62, IV, da LC nº 75/1993. Nos crimes eleitorais, a remessa passou a ser não ao PRE nas capitais de cada estado, mas à 2ª CCR, em Brasília.

10 RODRIGUES MAXIMIANO, *op. cit.*, p. 97.

4 O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL APÓS A LEI Nº 13.964/2019

Sempre defendemos que, em obediência ao princípio acusatório, o arquivamento de inquéritos policiais e procedimentos investigatórios criminais (PIC) devia ocorrer internamente (*intra muros*), ou seja, dentro do Ministério Público, sem ingerência judicial. Se o órgão do Ministério Público, após apreciação dos elementos informativos constantes dos autos do inquérito policial e a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento de denúncia, deve decidir, fundamentadamente, pelo arquivamento dos autos da investigação ou das peças de formação.

Nesse contexto, o promotor natural servirá como filtro da reação estatal diante do fenômeno criminal. Se, dentro do prazo legal, nos crimes de ação pública, o Ministério Público tomar a decisão de não acusar, a persecução criminal não poderá ser iniciada, nem de forma supletiva, por meio de ação penal privada subsidiária.

A nova redação do art. 28 do Código de Processo Penal, decorrente da Lei nº 13.964/2019 traz alterações consentâneas com o princípio acusatório, pois agora não se tem mais um pedido, uma promoção ou um requerimento de arquivamento, mas uma verdadeira decisão de não acusar, isto é, o promotor natural decide não proceder à ação penal pública, de acordo com critérios de legalidade e oportunidade, tendo em mira o interesse público, as diretrizes de política criminal aprovadas pelo Ministério Público e considerando eventuais saídas abreviadas existentes na legislação, como o acordo de não persecução penal, agora regulado pelo novo art. 28-A do CPP e pela Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

O arquivamento dos termos circunstanciados de ocorrência (TCO) instaurados pela Polícia para apuração de infrações penais de menor potencial ofensivo, no âmbito da Lei nº 9.099/1995,¹¹ seguirá a nova regra geral: arquivamento pelo Ministério Público sem intervenção judicial.

Para contrabalançar a vedação de intervenção judicial nesta etapa, o legislador instituiu duas salvaguardas.

¹¹ As medidas consensuais do sistema dos Juizados Especiais, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, só são viáveis se não se tratar de hipótese de arquivamento do TCO, na forma do art. 76 da Lei nº 9.099/1995, combinado com o art. 28 do CPP.

A primeira exige que o promotor natural – seja ele membro do MPE, do MPF ou do MPM ou que esteja no exercício de funções do MP Eleitoral¹² – sempre submeta sua decisão a controle hierárquico,¹³ para fins de homologação do arquivamento ou revisão dessa decisão, com substituição de seu pronunciamento em favor da realização de diligências complementares ou da deflagração imediata da ação penal. Esse mecanismo garante a *accountability* horizontal, resguarda o interesse público, tem em conta o interesse da vítima e é compatível com o princípio da unidade institucional do Ministério Público, permitindo que os procuradores-gerais de fato orientem a política criminal da Instituição, de modo uniforme, sem violação de outro princípio constitucional igualmente importante, o da independência funcional.

A segunda salvaguarda diz respeito ao direito da vítima, ou de seu representante legal, de obter a reparação pelo crime que sofreu e ver o responsável processado e punido, com vistas, inclusive, mas não apenas isso, à indenização civil. Ao arquivar o caso, o promotor ou procurador deve determinar a intimação do ofendido ou de seu representante legal, pessoalmente, por escrito ou por comunicação digital, para que exerça seu direito de recorrer em 30 dias, com apresentação de suas razões ao órgão revisional do Ministério Público, seja ele o próprio procurador-geral, uma assessoria especial, ou as câmaras que existem nos três ramos criminais do Ministério Público da União (MPU).

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

Obrigação de o Ministério Público comunicar a vítima foi instituída no Brasil pelos §§ 3º e 4º do art. 19 da Resolução nº 181/2017, do CNMP, incluídos no texto pela Resolução nº 201, de 4 de novembro de 2019. A comunicação ao ofendido deve ser observada também porque este terá direito de propor ação penal privada subsidiária da pública em caso de inércia do Ministério Público. A cientificação da decisão de arquivamento previne a configuração de tal situação omissiva, assegura o direito à informação e serve para resguardar o direito de acesso à justiça.

¹² Dado o efeito irradiador do princípio geral do art. 3º-A do CPP, o novo rito do art. 28 do CPP deve aplicar-se a todo e qualquer inquérito, inclusive aos regidos por legislação especial.

¹³ No sentido estrutural e orgânico, no plano institucional interno.

Se houver dados de identificação do investigado e se seu paradeiro for conhecido ou se ele tiver constituído advogado ou tiver defensor, o suposto autor da infração penal também deverá ser cientificado do arquivamento. Essa notícia se integra ao patrimônio jurídico do investigado, agora fazendo parte do conteúdo do direito à ampla defesa. Embora a lei não diga, o investigado também poderá apresentar à instância revisional do Ministério Público suas razões para que o arquivamento seja homologado.

A autoridade policial que presidiu o inquérito também deve receber comunicação sobre o destino dado aos autos da apuração que presidiu, para que atualize seus registros, inclusive quanto à situação jurídica do investigado, que pode ter sido indiciado pela Polícia Judiciária.

Embora a Lei Anticrime não o diga, o arquivamento dos autos pelo Ministério Público também deve ser comunicado ao juiz de garantias, para baixa dos registros judiciais e, eventualmente, para a revogação de medidas cautelares, reais ou pessoais que tenham sido impostas ao suspeito ou ao indiciado.

Como se vê, com esse sistema há um reforço dos mecanismos institucionais de controle da decisão de arquivamento, com sua submissão obrigatória, em todos os casos, à instância superior do Ministério Público, e com a abertura de possibilidade de a vítima oferecer razões contrárias à decisão de arquivamento, e de o investigado apresentar argumentos favoráveis à decisão de não denunciar. Há a vantagem adicional de manter-se o juiz em sua condição de imparcialidade objetiva, sem que ele se veja obrigado a expor argumentos contrários ao arquivamento.

Adotando o princípio acusatório, a nova sistemática processual do art. 28 do CPP consolida o arquivamento de inquérito por decisão interna do órgão de acusação, após a homologação por instância interna de controle. No entanto, note que o dispositivo especifica que tal confirmação da decisão de não acusar se dará “na forma da lei”. O novo recurso administrativo, entregue à vítima ou ao seu representante legal pelo § 1º desse artigo, também deve ser apreciado pela instância interna competente “conforme dispuser a respectiva lei orgânica.”.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

5 PROBLEMAS DA NOVA SISTEMÁTICA DO ART. 28 DO CPP

Apesar de aplaudirmos a inovação legislativa, dela advieram pelo menos dois problemas imediatos.

Problema 1: A que órgão interno do Ministério Público compete homologar ou não o arquivamento do inquérito policial?

O novo art. 28 do CPP, decorrente da Lei nº 13.964/2019, não menciona mais o procurador-geral como o órgão do Ministério Público que decide insistir no arquivamento, ordenar diligências complementares ou designar outro membro do *Parquet* para proceder à ação penal.

Agora esse dispositivo usa os termos “na forma da lei” e “conforme dispuser a respectiva lei orgânica” para se referir ao procedimento de arquivamento. Exige-se então um exame das normas internas de organização do Ministério Público.

A expressão “na forma da lei”, constante do *caput*, parece ter transformado o novo art. 28 do Código de Processo Penal em norma de eficácia limitada, ou seja, seus efeitos dependeriam de outra lei, o que poderia significar que, se não existir regramento em lei sobre a homologação do arquivamento pela instância superior, nessa parte a norma não produziria efeitos.

A Lei Orgânica do MPU, de 1993, aparentemente não estabelecia expressamente o órgão ao qual compete homologar decisões de arquivamento. Quanto ao MPF, o art. 62, inciso IV, da LC nº 75/1993 atribui às Câmaras de Coordenação e Revisão¹⁴ a competência para “manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do procurador-geral”. Entendia-se que esse dispositivo dialogava com a antiga redação do art. 28 do CPP. Pelo texto combinado dos dois dispositivos, a decisão seria do PGR, ouvindo-se antes a Câmara Criminal competente. Na prática do MPF, porém, o PGR não tomava parte da decisão.

O art. 136, IV, da LC nº 75/1993 tem disposição semelhante em relação ao MPM, dizendo competir à sua Câmara de Coordenação e Revisão “manifestar-se sobre o arquivamen-

14 Existem sete câmaras no MPF, mas nem todas têm atribuição criminal. As que possuem são a 2ª, a 4ª, a 5ª e a 7ª.

to de inquérito policial militar, exceto nos casos de competência originária do procurador-geral". A decisão de homologação, ou não, cabe, nos termos art. 397, § 1º do CPPM, ao procurador-geral da Justiça Militar, após o opinativo da Câmara Criminal do MPM.

Por sua vez, o art. 171, V, da LC nº 75/1993 estabelece que compete às Câmaras de Coordenação e Revisão do MPDFT "manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do procurador-geral". Lá as duas câmaras com competência criminal apenas opinam, e a decisão homologatória ou não cabe ao procurador-geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Assim, no MPU, órgãos colegiados manifestam-se previamente à decisão dos respectivos procuradores-gerais, sendo que, no MPF, as funções que pelo art. 28 do CPP competiam ao PGR são de fato exercidas pelas câmaras criminais, que decidem pela homologação ou pela não homologação das decisões de arquivamento. A partir daí cabe aos procuradores-chefes nos estados e também no Distrito Federal designar outro membro do MPF para atuar em caso de não homologação. Tal delegação do PGR aos procuradores-chefes é objeto da Portaria PGR nº 458, de 2 de julho de 1998, e tem por fundamento o art. 50, inciso II, da LC nº 75/1993, com referência também ao art. 28 do CPP, na sua antiga redação.¹⁵

Com a alteração da redação do art. 28 do CPP, essa atribuição dos chefes dos Ministérios Públicos não está mais expressa no código processual comum, embora permaneça no Código Eleitoral e no CPPM, nos arts. 357, § 1º, e 397, § 1º, respectivamente, que podem ser aplicados analogicamente nessa parte aos inquéritos comuns. Ademais, diz o art. 49, incisos XXII e XXIII, da LC nº 75/1993, que são atribuições do procurador-geral da República, como chefe do Ministério Público Federal, coordenar as atividades do Ministério Público Federal e exercer outras atividades "previstas em lei". O art. 50, inciso I, da LC nº 75/1993 dispõe que a atribuição de coordenar a atividade da Instituição pode ser delegada a coordenador de Câmara e aos procuradores-chefes do MPF nos estados e no Distrito Federal. A estes também pode ser delegada a atribuição de "representar o Ministério Público Federal", prevista no art. 49, inciso I. Com essa combinação de diplomas, no MPU, o procedimento interno do antigo art. 28 pode ser mantido como antes.

15 Por meio de tal portaria, sedimentada na prática do MPF há mais de duas décadas, o então PGR Geraldo Brindeiro delegou competência aos procuradores-chefes das Procuradorias Regionais da República e das Procuradorias da República nos Estados e no Distrito Federal "para, no âmbito de sua atuação, designar membro do Ministério Público Federal para officiar em processos submetidos a deliberação do procurador-geral da República nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, quando a manifestação conclusiva for pelo prosseguimento da apuração dos fatos ou oferecimento da respetiva denúncia".

A Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) é de pouca valia no ponto, pois também se remete ao art. 28 do CPP (antiga redação). Porém, na parte útil, desde 2017 previa duas opções: o arquivamento em juízo ou perante “órgão superior interno competente”, numa referência às câmaras do MPU. Veja:

Art. 19. Se o membro do Ministério Público responsável pelo procedimento investigatório criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação penal pública, nos termos do art. 17, promoverá o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º A promoção de arquivamento será apresentada ao juízo competente¹⁶, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal, ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente.

§ 2º Na hipótese de arquivamento do procedimento investigatório criminal, ou do inquérito policial, quando amparado em acordo de não persecução penal, nos termos do artigo anterior, a promoção de arquivamento será necessariamente apresentada ao juízo competente, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal.

O § 14 do novo art. 28-A do CPP, que trata do acordo de não persecução penal, também ficará claudicante quanto ao procedimento, pois determina que, no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado pode requerer ao juiz de garantias a remessa dos autos “a órgão superior, na forma do art. 28 desse Código”. O órgão superior ali expressamente mencionado era o procurador-geral de cada um dos 29 Ministérios Públicos com atribuição criminal. Evidentemente foi essa a intenção do legislador, mas a colcha de retalhos feita na Câmara dos Deputados às custas do Projeto Anticrime gerou essas inconsistências e lacunas.

Já a lei federal dos Ministérios Públicos estaduais também não trata diretamente do arquivamento de inquéritos policiais. O art. 10, IX, alínea “d”, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados (LONAMP) confere aos procuradores-gerais de Justiça competência para designar membros do Ministério Público para “oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquéri-

¹⁶ Com a vigência da Lei nº 13.964/2019, esse dispositivo não mais se aplica nesta parte, porque tinha como referência o antigo texto do art. 28 do CPP.

to policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações”. Sobre o procedimento de ratificação nada diz.

Segundo o inciso XI do art. 12 da LONAMP, compete ao Colégio de Procuradores de Justiça “rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária”. Tais casos estão previstos na Constituição Federal e nas constituições estaduais, sendo objeto do art. 29, inciso VII, da LONAMP, que atribui ao PGJ “determinar o arquivamento de representação, notícia de crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial, nas hipóteses de suas atribuições legais”.

Estamos diante de lacunas legislativas, portanto. Em consequência da nova redação do art. 28 do CPP, os procuradores-gerais devem propor projetos de lei complementar nos estados para alterar as 26 leis orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais? Entendemos que não.

Lei estadual não pode tratar especificamente do arquivamento de inquérito policial para além do que dispõe a legislação criminal, pois tal matéria incide sobre o *status libertatis* do cidadão e é de competência da União. No entanto, tais leis podem distribuir internamente as competências relacionadas ao arquivamento, desde que observado o padrão nacional.¹⁷

Selecionamos um estado de região do país para tomarmos como exemplo. O art. 15, inciso X, da Lei Complementar Estadual nº 11/1996, da Bahia, confere ao PGJ atribuição para designar membros do Ministério Público para oferecer denúncia nas hipóteses de não aceitação do pedido de arquivamento de inquérito policial, bem como de quaisquer peças de informação. O art. 86, incisos X e XI, da mesma lei, dá ao PGJ baiano atribuição para determinar o arquivamento de representação, notícia de crime, peças de informação, conclusão de Comissões Parlamentares de Inquérito ou inquérito policial, “nas hipóteses de suas atribuições legais” e “tomar conhecimento de despacho judicial que negar pedido de arquivamento de inquérito policial ou de qualquer peça de informação, oferecendo denúncia ou designando outro membro do Ministério Público para fazê-lo,

17 Em relação aos inquéritos civis, há uma disciplina detalhada nas leis orgânicas. Seguindo o que determinam o art. 9º, § 1º, da Lei nº 7.347/1985 e o art. 30 da Lei nº 8.625/1993, os estatutos estaduais estabelecem que a revisão das decisões de arquivamento dos inquéritos civis cabe, nos estados, ao Conselho Superior de cada Ministério Público. Entendemos que essas disposições de processo civil não devem se aplicar subsidiariamente a um tema de processo penal (arquivamento de inquéritos policiais), justamente pela diversidade temática.

ou insistindo no arquivamento". Segue-se o paradigma nacional constante da LONAMP e do antigo art. 28 do CPP.

O art. 19, XIV, "d", da Lei Complementar do Paraná nº 85/1999 atribui ao PGJ competência para designar membro do Ministério Público paranaense para oferecer denúncia nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial. Disposição semelhante está no art. 19, inciso III, "d", da Lei Complementar nº 734/1993, do estado do Pará. Em Goiás, a Lei Complementar Estadual nº 25/1998 segue o mesmo modelo no seu art. 15, XI, "c".

Pelo menos um estado vai mais adiante na sua regulamentação. Além de repetir a fórmula nacional, o art. 39, XV e XVI, da Lei Complementar Estadual nº 106/2003, do Rio de Janeiro, atribui ao PGJ fluminense a competência para "requisitar autos arquivados, relacionados à prática de infração penal, ou de ato infracional atribuído a adolescente, promover seu desarquivamento e, se for o caso, oferecer denúncia ou representação, ou designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo" e também para "exercer ou delegar a membro da Instituição qualquer função atribuída ao Ministério Público nas Constituições Federal e Estadual, nesta e em outras leis, quando não conferida, expressamente, a outro órgão".

O exame dessa legislação faz ver que continua sendo dos PGJs a competência para designar membros do Ministério Público para oferecer denúncia em caso de não confirmação de arquivamento de inquérito policial. Mas não fica claro a que órgão da Instituição caberia revisar a decisão inicial de não acusar.¹⁸ Na falta de previsão expressa e tendo em mira que o PGJ é o chefe da Instituição, cumprindo-lhe representá-la, como cláusula geral, a menção indistinta ao Ministério Público deve ser lida como menção ao procurador-geral. Essa solução, ademais, mantém a tradição do antigo art. 28 do CPP.

Desse modo, ao receber os autos com a decisão de arquivamento, o órgão de revisão do Ministério Público (o procurador-geral ou o órgão delegado) pode homologá-la ou, caso dela discorde, pode determinar a continuidade das investigações ou designar outro membro do Ministério Público para denunciar o investigado. Embora se trate apenas de definir, dentro da economia interna do Ministério Público, qual é o órgão competente para tal homologação, as leis orgânicas estaduais não podem inovar em processo penal.

18 Na falta de previsão expressa, esse órgão não deve ser o CSMP, porque o inquérito civil e o inquérito policial têm atributos, princípios e finalidades distintas.

O legislador brasileiro desincumbiu do papel de definir o padrão nacional por meio da Lei Complementar nº 75/1993, que institui a Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU), e da Lei nº 8.625/1993, a Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados (LONAMP), aos quais o regime do MPU também se aplica, por força do art. 80 da Lei nº 8.625/1993.¹⁹ Diante do princípio constitucional da unidade institucional, a aplicação subsidiária no sentido inverso também é factível. Esse entendimento permite um amálgama de dispositivos para uma solução uniforme.

Haveria vício de inconstitucionalidade a partir do momento que qualquer um dos entes estaduais editasse leis para regular de forma particular o arquivamento de inquéritos policiais. Tal qual se dá com o inquérito civil, tal normatização deve ser nacionalmente homogênea face ao bem jurídico tutelado (*status libertatis*) e à dimensão nacionalmente unitária do Ministério Público, não se tratando, pois, de questões específicas.

O diploma organizativo destinado a preencher a lacuna deixada pela Lei nº 13.964/2019 deve ter *status* de lei complementar, podendo ser de iniciativa do presidente da República ou do procurador-geral da República, nos termos do art. 61, § 1º, inciso II, alínea “d”, e do art. 128, § 5º, da Constituição Federal, a saber:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II – disponham sobre:

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

Por sua vez, o art. 128, § 5º da CF, estabelece que leis complementares da União e dos estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos procuradores-gerais, “estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público”, observando-se que as normas gerais de organização do Ministério Público são as definidas pela União.

¹⁹ Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Assim, eventual anteprojeto de lei complementar federal, de iniciativa do presidente da República ou do procurador-geral da República, poderia pretender definir no plano interno dos Ministérios Públicos o órgão competente para a homologação e o procedimento recursal a que se referiu o art. 28 do CPP.

No entanto, como já vimos, lei adicional alguma parece necessária para equacionar essa questão, tendo em vista dispositivos da LOMPU, da LONAMP, do próprio CPP e, analogicamente, do CPPM e do Código Eleitoral. Voltaremos a esse ponto logo adiante. Antes, porém, vejamos o segundo problema criado pela lei nova.

Problema 2: Onde ficarão os autos dos inquéritos arquivados?

O art. 28 do CPP não diz onde devem ser acautelados os inquéritos policiais arquivados, mas a resposta veio noutro distintivo da Lei nº 13.964/2019. Determina o § 3º do art. 3º-C do CPP que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento.²⁰

Pois bem. Em caso de arquivamento não há nada a enviar ao juiz do julgamento. O inquérito policial, que terá tramitado diretamente entre a Polícia e o Ministério Público,²¹ deverá permanecer à disposição da vítima, do investigado, da Polícia e do Ministério Público, na secretaria de apoio ao juízo das garantias. Assim, os autos arquivados pelo Ministério Público devem ser remetidos fisicamente ao cartório do juízo das garantias para guarda. Diz o art. 3º-B, § 4º, do CPP que “as partes” têm amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Dizendo de outra maneira, os autos do inquérito policial serão mantidos na serventia, na secretaria ou no cartório do juízo de garantias da comarca, da seção ou subseção, ou da zona.²² Em não existindo esse serviço, os inquéritos encerrados podem permanecer

20 Não trataremos aqui da polêmica sobre se o inquérito policial segue com a denúncia, após a deflagração da ação penal.

21 Esta é uma das consequências da adoção do princípio acusatório e da criação do juízo de garantias: em todo o Brasil, o inquérito policial agora tramita diretamente entre as promotorias e procuradorias, de um lado, e as delegacias de Polícia, do outro lado. A prorrogação do prazo para investigações se ajustará entre a Polícia e o Ministério Público, salvo no caso de investigado preso, quando cabe ao juiz de garantias autorizar a extensão de prazo para conclusão do inquérito (art. 3º-B, VIII, CPP).

22 Num modelo ideal, existiriam varas de garantias ou juizados de custódia e garantias, com os necessários serviços de apoio judiciário.

no órgão do Ministério Público que o arquivou, ou na Delegacia de Polícia, já que o inquérito é um procedimento de natureza administrativa, presidido pela Polícia Judiciária.²³

Evidentemente esse problema só existe nos casos de inquéritos físicos, pois os feitos eletrônicos ficarão registrados nos respectivos sistemas digitais utilizados pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pela Polícia, e a tramitação também será digital, com plena acessibilidade.²⁴

Certamente haverá controvérsias. O ideal é que haja uma solução nacionalmente uniforme, a ser instituída por resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de preferência em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), porque todo inquérito policial sujeito a decisão do juiz de garantias deve ser registrado em serventia judicial ao menos para uma de duas finalidades ou ambas:

c) para designação do número único nacional de autuação, segundo o padrão do CNJ, instituído pela Resolução nº 16/2008,²⁵ ou simplesmente para registro simplificado do inquérito;²⁶

d) para os fins do inciso IV do novo art. 3º-B do CPP, que determina que a instauração de todo inquérito policial seja informada ao juiz de garantias.²⁷

23 O arquivamento do PIC será sempre no Ministério Público, não existindo intervenção judicial na sua tramitação e encerramento. O art. 3º-B do CPP não faz referência aos PICs.

24 O inquérito policial eletrônico já existe na Polícia Federal, tendo o nome de ePOL. Até o final de 2020, estará em todas as Delegacias de Polícia Federal.

25 Segundo o art. 6º da Resolução CNJ nº 16/2008, “Os tribunais devem instituir critérios de consulta que facilitem o acesso às informações processuais, entre outros, pelo número do processo, nome das partes, nome do advogado, número de inscrição na OAB e número do procedimento investigatório perante o Ministério Público e as Polícias, sem prejuízo do sigilo dos processos sob segredo de justiça”.

26 O art. 2º da Resolução nº 63, do Conselho da Justiça Federal, de 26 de junho de 2009, que trata da tramitação direta de inquéritos policiais, já dispõe sobre o registro simplificado nas varas federais dos inquéritos submetidos à tramitação direta. Veja:

Art. 2º Os autos de inquérito policial, concluídos ou com requerimento de prorrogação de prazo para o seu encerramento, quando da primeira remessa ao Ministério Público Federal, serão previamente levados ao Poder Judiciário tão-somente para o seu registro, que será efetuado respeitando-se a numeração de origem atribuída na Polícia Federal.

§ 1º A Justiça Federal deverá criar rotina que permita apenas o somente o registro desses inquéritos policiais, sem a necessidade de atribuição de numeração própria e distribuição ao órgão jurisdicional com competência criminal.

§ 2º Após o registro do inquérito policial na Justiça Federal, os autos serão automaticamente encaminhados ao Ministério Público Federal, sem a necessidade de determinação judicial nesse sentido, bastando a certificação, pelo servidor responsável, da prática aqui mencionada.

27 Segundo o inciso IV do art. 3º-B do CPP, o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, competindo-lhe, entre outras coisas, “ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal”.

Quanto às provas recolhidas durante a investigação criminal e que constituam “vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes”, não há dúvida de que ficarão nas centrais de custódia que deverão ser criadas na União e nos estados em função dos arts. 158-E e 158-F do CPP. Todos os Institutos de Criminalística devem ter pelo menos uma central de custódia destinada à guarda e ao controle dos vestígios de infrações penais. Tais centrais devem possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio. Ainda segundo a lei, após a realização de qualquer perícia, o material probatório deve ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer. Os vestígios vinculados a inquéritos arquivados devem ser adequadamente mantidos para uso em caso de desarquivamento de *cold cases*.

Os bens apreendidos vinculados a inquéritos arquivados devem ter a destinação prevista em lei, isto é, a sua restituição ao investigado ou à vítima ou a terceiro de boa-fé; ou a destinação a órgãos de persecução criminal e segurança pública; ou a alienação antecipada em leilão; ou a entrega a museu público.

6 O REFORÇO AO PRINCÍPIO DA UNIDADE INSTITUCIONAL E À UTILIDADE DA PERSECUÇÃO CRIMINAL

Um dos princípios constitucionais adensados pelo novo art. 28 do CPP é o da unidade institucional, previsto no art. 127, § 1º, da Constituição. Não havendo mais ingerência judicial na decisão de não acusar e sendo obrigatória, para todos os inquéritos, a ratificação pelo órgão superior do Ministério Público, o posicionamento da Instituição em matéria penal será muito mais abrangente e uniforme.

A última palavra no arquivamento não é a do promotor natural; é a da instituição organicamente considerada, após a revisão “hierárquica” da decisão de não acusar. A última vontade a prevalecer não é a do juiz A ou do juiz B, geograficamente dispersos pelas comarcas e subseções do país, quando exerciam o controle do arquivamento casuisticamente. O novo mecanismo do art. 28 do CPP permite consolidar entendimentos institucionais coerentes e objetivos para todos os inquéritos arquivados em um estado ou na Justiça Federal. Não se trata apenas de um enriquecimento do patrimônio informacional da Instituição, do ponto de vista estatístico e qualitativo, mas de uma ferramenta de boa

gestão de recursos humanos e materiais para os fins da persecução criminal,²⁸ permitindo à instância superior orientar o *Parquet* em relação ao princípio da oportunidade da ação penal, em torno da insignificância, ou no tema da justiça pactuada ou da justiça restaurativa, por exemplo, com elevado proveito para a segurança jurídica e o correto emprego das verbas do orçamento orgânico.

Mais do que antes, diretrizes de política criminal específicas podem ser aprovadas pelo Ministério Público para orientar sua atuação em juízo e fora dele, a partir das linhas gerais traçadas pelos poderes Executivo e Legislativo, com foco nesta ou naquela infração penal, eleita como de enfrentamento prioritário pelo *Parquet*, por oposição a outras em relação às quais valerão critérios mais largos e precisos de *prosecutorial discretion*.²⁹ As “razões invocadas” para o arquivamento continuarão a ser expressadas pelo promotor natural. Mas o juízo sobre a suficiência delas para o encerramento da investigação sem denúncia poderá ser estabelecido de antemão, em orientações uniformes do órgão revisor, ou constituir sua jurisprudência em enunciados cogentes, que influenciarão as decisões de acusar ou de não acusar, de maneira homogênea em cada estado ou na União.

O arquivamento interno do procedimento inquisitorial já ocorre há vários anos no Ministério Público Federal, embora não com a abrangência total inaugurada pela Lei nº 13.964/2019. A experiência institucional federal pode ser aproveitada pelos demais Ministérios Públicos e aperfeiçoada, no que for necessário, especialmente a prática dos enunciados e orientações das Câmaras de Coordenação e Revisão.

O modelo orgânico do MPF concilia as atribuições das CCRs com as do PGR. Como vimos alhures, a Portaria PGR nº 458, de 2 de julho de 1998, com fulcro no antigo texto do art. 28 do CPP, delegava a competência para designar o *longa manus* aos procuradores-chefes nos estados e no Distrito Federal ou aos procuradores-regionais chefes.

28 O estudo *Ministério Público: um retrato*, do CNMP, apurou que, em 2017, os MPs estaduais e o MPDFT arquivaram ou promoveram o arquivamento de 696.335 inquéritos policiais e ofereceram 830.280 denúncias. No mesmo período, 416.179 termos circunstanciados de ocorrência (TCO) foram arquivados nos Juizados Criminais dos estados e do DF, com 132.344 denúncias e 195.010 transações penais ofertadas e realizadas. Por sua vez, em 2017, o MPF arquivou 38.031 inquéritos policiais e ofertou 19.091 denúncias, numa razão de 2:1, correspondendo os arquivamentos a 67,4% do total. Nos Juizados Especiais Federais, houve 379 arquivamentos, 226 transações penais e 204 denúncias. Já o MPM arquivou 2.009 casos e ofertou 1.130 denúncias em 2017. O total nacional foi de 1.152.933 inquéritos e TCOs arquivados contra 938.049 denúncias oferecidas. Esses números nacionais por si mostram que o Ministério Público é um dos filtros mais impactantes do sistema de justiça criminal e mostram a importância da boa governança da decisão de não acusar, em harmonia com o princípio da oportunidade da ação penal. Num universo de quase dois milhões e cem mil investigações criminais arquivadas ou convertidas em ações penais, foi de 55% o total de casos arquivados pelos Ministérios Públicos. BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ministério Público: um retrato**. Brasília: CNMP, 2018. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Anuário_um_retrato_2018_ERRATA_1.pdf.

29 É fácil perceber que o art. 28 do CPP, tantas vezes invocado como um dos bastiões do princípio da obrigatoriedade da ação penal, deixou de sê-lo. Agora, com a Lei nº 13.964/2019, tem-se nele, sem nenhuma dúvida, mais uma regra que fundamenta a atividade discricionária do Ministério Público na persecução criminal.

A Lei Complementar nº 75/1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União, normatiza em seu art. 62, inciso IV, que compete às Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do procurador-geral.³⁰ Teoricamente, à luz do antigo art. 28 do CPP essa manifestação era endereçada ao PGR, mas na prática reiterada das câmaras a “manifestação” não é um parecer, mas uma decisão de homologação ou de não homologação.

De fato, o art. 2º, inciso IV, do Regimento Interno da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, aprovado pela Resolução CSMPF nº 180, de 6 de fevereiro de 2018, atribui à 2ª CCR competência para “revisar o arquivamento e o declínio de atribuições” promovidos em inquéritos policiais, PICs e quaisquer peças de informação, ressalvadas as hipóteses previstas na Resolução CNMP nº 174/2017, que disciplina no âmbito do Ministério Público a instauração e a tramitação de notícias de fato e de procedimentos administrativos. Seu art. 4º trata de hipóteses de arquivamento de plano pelo Ministério Público em quatro hipóteses: se o fato já estiver sob investigação ou já houver sido judicializado ou já tiver sido solucionado; em caso de manifesta insignificância da lesão ao bem jurídico; se não houver substrato mínimo de prova; ou quando se recomende atuação alinhada ao Planejamento Estratégico Institucional (PEI).³¹

Graças a esse arranjo e a uma leitura contemporânea do art. 28 do CPP, no âmbito do MPF foram aprovados diversos enunciados e outras tantas orientações em relação a arquivamentos. Assim o fez a 2ª CCR e depois também os demais colegiados revisores, que passaram a recepcionar as diretrizes daquela que era a única câmara criminal e a editar suas próprias *guidelines*. Eis alguns dos enunciados:³²

Enunciado nº 07: O magistrado, quando discordar da motivação apresentada pelo órgão do Ministério Público para o não oferecimento da denúncia, qualquer que seja a fundamentação, deve remeter os autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, valendo-se do disposto nos artigos 28, do Código de Processo Penal e 62, IV, da LC 75/93.

30 Vide também o art. 6º, IV, da Resolução nº 20, de 6 de fevereiro de 1996, do Conselho Superior do MPF.

31 Em caso de arquivamento, o art. 4º, §§ 1º e 3º, da Resolução CNMP nº 174/2017 prevê recurso voluntário do noticiante ao Conselho Superior do Ministério Público dos estados ou às Câmaras de Coordenação e Revisão do MPU. O art. 6º contém regra específica para notícias-crime.

32 BRASIL. Ministério Público Federal. **Enunciados da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 2 jan. 2020.

Enunciado nº 09: A promoção de arquivamento feita pelo membro do Ministério Público Federal será submetida à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, que se manifestará no exercício de sua competência revisional.

Enunciado nº 10: O arquivamento promovido pelo membro do Ministério Público Federal deve ser por ele comunicado ao interessado, antes da remessa dos autos à 2ª Câmara para revisão.

Enunciado nº 21: É admissível o arquivamento dos autos de investigação ao fundamento de excludente da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. Porém, em todas as hipóteses, a excludente deve resultar cabalmente provada, ao término de regular investigação.

Enunciado nº 29: Compete à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal manifestar-se nas hipóteses em que o Juiz Eleitoral considerar improcedentes as razões invocadas pelo Promotor Eleitoral ao requerer o arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação, derogado o art. 357, § 1º do Código Eleitoral pelo art. 62, inc. IV da Lei Complementar nº 75/93.

Enunciado nº 36: Quando o arquivamento da notícia de fato, do procedimento investigatório criminal ou do inquérito policial for promovido com fundamento nas hipóteses previstas na Resolução CNMP nº 174, de 4 de julho de 2017, ou tiver por base entendimento já expresso em enunciado ou orientação da 2ª Câmara, os autos não deverão ser remetidos à 2ª CCR, salvo nos casos de recurso ou quando o membro oficiante julgar necessário, registrando-se apenas no Sistema Único e cientificando-se o interessado por correio eletrônico.

Enunciado nº 46: Nos casos em que a abertura do procedimento investigatório criminal se der por representação, o interessado será cientificado formalmente da promoção de arquivamento e da faculdade de apresentar recurso e documentos, no prazo de 10 (dez) dias, contados da juntada da intimação. Após o transcurso desse prazo, com ou sem novas razões, os autos serão remetidos à 2ª CCR para apreciação.

Enunciado nº 49: Aplica-se o princípio da insignificância penal ao descaminho e aos crimes tributários federais, quando o valor do débito devido à Fa-

zenda Pública decorrente da conduta formalmente típica não seja superior a R\$ 20.000,00, ressalvada a reiteração na mesma modalidade criminosa, ocorrida em períodos de até 5 (cinco) anos.

Enunciado nº 57: É desnecessário o envio dos autos à 2ª CCR no caso de decisão ou promoção de arquivamento fundado na existência de outro procedimento investigatório com idêntico objeto (princípio do *ne bis in idem*), o que deverá ser devidamente comprovado nos autos arquivados e remanescentes.

Enunciado nº 60: É cabível o arquivamento de procedimento investigatório referente ao crime de moeda falsa quando a quantidade e o valor das cédulas, o modo que estavam guardadas pelo agente, o modo de introdução ou a tentativa de introdução em circulação, o comportamento do agente ou as demais circunstâncias indicarem ausência de conhecimento da falsidade ou de dolo do agente e sendo inviável ou improvável a produção de prova em sentido contrário, inclusive pelo decurso do tempo.

Enunciado nº 65: A revisão incumbida à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão poderá ser efetuada por decisão monocrática de um de seus membros (titular ou suplente) sempre que o arquivamento tiver por base entendimento já expresso em enunciado ou orientação da 2ª Câmara.

Enunciado nº 69: Quando, em análise de promoção de arquivamento, a 2ª CCR determinar a realização de diligências preliminares e imprescindíveis à sua decisão, os autos serão devolvidos ao membro que promoveu o arquivamento para cumprimento das diligências.

Enunciado nº 71: É cabível o arquivamento de investigação que apura crime de furto ou roubo (CP, art. 155 ou 157) quando, após investigação mínima, não restarem evidenciados elementos suficientes da autoria delitiva, situação demonstrada com a reunião das seguintes condições: inexistência de suspeitos, de testemunha, de elementos técnicos formadores de convicção (fragmentos papiloscópicos, imagens, vestígios biológicos, etc) e de outras diligências capazes de modificar o panorama probatório atual.

Entre as orientações do MPF, vale mencionar algumas formuladas em conjunto pelas Câmaras Criminais em matéria de arquivamento:

Orientação Conjunta 01/2015 (2ª, 5ª e 7ª CCRs): orienta os membros do Ministério Público Federal atuantes em escritórios vinculados às 2ª, 5ª e 7ª Câmaras a submeterem as promoções de arquivamento de inquéritos policiais, de procedimentos investigatórios criminais (PICs) e de notícias de fato ou peças de informação diretamente à Câmara competente, para fins de revisão.

Orientação Conjunta 02/2015 (2ª, 5ª e 7ª CCRs): É facultado o arquivamento interno, devidamente fundamentado, independentemente de instauração formal de procedimento e de homologação das 2ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão, dos expedientes recebidos pelas Salas de Atendimento ao Cidadão, quando não se vislumbrar, sequer em tese, a ocorrência de crime ou improbidade administrativa, passível de ensejar a atuação do Ministério Público, sem prejuízo de comunicação ao notificante.

Orientação Conjunta 03/2016 (2ª, 5ª e 7ª CCRs): em caso de arquivamento de inquérito policial homologado por uma das Câmaras com competência criminal, os autos devem ser encaminhados à Justiça Federal para baixem seus registros e arquivamento físico, devendo-se oficiar também à Polícia Federal, dando-lhe conhecimento do arquivamento.

Orientação 26/2016 (2ª CCR): A antiguidade do fato investigado, o esgotamento das diligências investigatórias razoavelmente exigíveis ou a inexistência de linha investigatória potencialmente idônea, adequadamente sopesados no caso concreto, justificam o arquivamento da investigação, sem prejuízo do disposto no art. 18 do CPP.³³

7 O NECESSÁRIO APERFEIÇOAMENTO DA RESOLUÇÃO CNMP Nº 181/2017

Editada para substituir a Resolução CNMP nº 13/2006, que regulou pela primeira vez o procedimento investigatório criminal (PIC), a Resolução CNMO nº 181/2017 contém minucioso tratamento de questões atinentes a apurações criminais conduzidas pela Insti-

33 BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientações da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes>. Acesso em: 2 jan. 2020.

tuição. A regulamentação do CNMP ganhou maior importância depois que o STF confirmou o poder investigatório do Ministério Público em 2015.³⁴

A Lei Anticrime tem impacto direto sobre a Resolução nº 181, porquanto regula de forma ligeiramente diversa os acordos de não persecução penal (ANPP), agora objeto do novo art. 28-A do CPP. De igual modo, as novas regras sobre cadeia de custódia também têm efeito sobre a investigação conduzida (PIC) ou supervisionada (IPL) pelo MP. Outrossim, o confisco alargado do art. 91-A do CP exigirá que procuradores e promotores realizem investigações patrimoniais nos casos em que se suspeitar de enriquecimento ilícito ou de acréscimo patrimonial a descoberto. A Lei nº 13.964/2019 incide ainda sobre o âmbito de regulação da Resolução nº 181 nos temas do juiz de garantias, da audiência de custódia e do arquivamento de investigações criminais.

Como vimos, a mudança da redação do art. 28 do CPP é bastante significativa, reclamando a sistematização dos procedimentos internos de homologação de arquivamento e também das hipóteses de desarquivamento de inquéritos policiais.

O legislador federal deveria ter tido a cautela de estabelecer a regulação mínima no texto modificado. Não o tendo feito, cabe ao CNMP adaptar o art. 19 da Resolução nº 181/2017 ao novo modelo do art. 28 do CPP. A seguir, algumas sugestões para a regulamentação supletiva, pelo CNMP ou nos regimentos internos dos Ministérios Públicos:

- a) Os inquéritos policiais são arquivados internamente pelo Ministério Público, por decisão do promotor natural;
- b) A vítima, o investigado, a autoridade policial e o juiz das garantias devem ser informados da decisão do promotor natural, podendo a vítima ou seu representante legal e o investigado apresentar razões escritas;
- c) A apresentação dessas razões pode ser feita ao promotor natural, após a intimação da decisão, ou diretamente ao órgão superior de revisão, no prazo legal;
- d) Salvo nos casos de competência originária dos procuradores-gerais, isto é, nos casos de foro especial por prerrogativa de função, tais decisões de arquivamento devem

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 593.727/MG. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. Relator Min. Gilmar Mendes, 14 de maio de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, 8 set. 2015.

ser submetidas a controle interno obrigatório, ainda que não haja recurso da vítima ou de seu representante legal;

e) O controle hierárquico da decisão de não acusar deve ser feito por órgão superior da Instituição, isto é, pelo próprio procurador-geral; por serviço ou assessoria por ele criado para esse fim; ou por órgão colegiado existente na estrutura do Ministério Público;

f) Por analogia, esse procedimento também se aplica aos casos de competência da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar;

g) Uma vez homologado o arquivamento, a deliberação final do Ministério Público deve ser levada ao conhecimento da vítima ou de seu representante legal, do investigado, do juiz de garantias e da autoridade policial que presidiu o inquérito;

h) A submissão do caso à homologação e a intimação ou comunicação em caso de arquivamento podem ser feitas por meios eletrônicos;

i) A interposição de recursos e a apresentação de razões também podem ser feitas eletronicamente, com possibilidade de acompanhamento da tramitação pela internet, observados os sigilos legais;

j) Em não sendo homologado o arquivamento, o procurador-geral ou o órgão interno delegado designará outro membro do Ministério Público para proceder a novas investigações ou para oferecer a denúncia perante o juiz de garantias;

k) Salvo em caso de recurso voluntário do ofendido ou de seu representante legal, a submissão da decisão de arquivamento ao órgão superior competente é dispensada quando estiver fundada em enunciado ou orientação de câmara de coordenação ou de centro de apoio operacional ou do próprio órgão revisor;

l) Após o arquivamento, os autos do inquérito policial, quando físicos, devem ser encaminhados ao cartório ou serventia do juízo de garantias, para acautelamento;

m) Os elementos probatórios recolhidos durante a investigação criminal na forma dos arts. 158-A e seguintes do CPP ("vestígios") devem ser mantidos na central de custódia estadual, federal ou distrital;

n) Os bens apreendidos devem ter o encaminhamento previsto em lei, restituição, alienação antecipada ou destinação a órgãos públicos.

Não percamos de vista que, em função do princípio da unidade institucional do Ministério Público, esse organismo estatal é, ele mesmo, uno. Seu regime constitucional é o mesmo. As normas fundamentais e os princípios gerais que o regem são comuns aos quatro ramos do MPU e aos 26 MPs estaduais. Logo, as respectivas leis orgânicas são mutuamente aplicáveis, supletivamente, complementando-se reciprocamente naquilo que couber. O art. 80 da Lei nº 8.625/1993 o diz expressamente; a via inversa também é verdadeira.

Desse modo, a composição da LOMPU e da LONAMP, com o CPP, permite, construir a solução que ora oferecemos, sem necessidade de projeto de lei de iniciativa presidencial ou do PGR, para especificar o que já está no Estatuto do Ministério Público.

Em reforço a essa solução, temos claro que a Lei Anticrime não alterou o Código Eleitoral, de 1965, nem o Código de Processo Penal Militar, de 1969, nos dispositivos que atribuem aos chefes do MP Eleitoral nos estados, ao PGJM e aos PGJs a competência para decidir promoções de arquivamento de inquéritos policiais eleitorais ou de inquéritos policiais militares. Os dispositivos pertinentes (o art. 357, § 1º, do CEL, e o art. 397, § 1º do CPPM) podem ser aplicados analogicamente (art. 3º, CPP) à jurisdição comum para preenchimento da lacuna do art. 28 do CPP.

Caso o procurador-geral ou o órgão delegado considere improcedentes as razões invocadas para o arquivamento, designará outro órgão do Ministério Público para oferecer a denúncia ou para prosseguir na investigação, ou homologará a decisão de arquivamento, ao qual só então toda a Instituição estará vinculada. A decisão também fecha a via da ação penal privada subsidiária da pública.

O CNMP pode incentivar a criação de colegiados em cada Ministério Público, com competência consultiva ou decisória, para a ratificação das decisões de arquivamento de inquéritos policiais. A lei orgânica nacional e em geral as estaduais permitem a delegação de atribuições do procurador-geral a outros órgãos do Ministério Público,³⁵ assim como a organização de assessorias. Pode ser admitida a criação de órgãos revisores nos estados maiores, para enfrentar a carga concentrada de feitos arquivados subten-

35 Vide os arts. 10, inciso VIII, e 29, inciso IX, da Lei Federal nº 8.625/1993. Vide também o art. 50 da Lei Complementar nº 75/1993.

didos à homologação.³⁶ A regulamentação também deve prever a tramitação eletrônica dos procedimentos homologatórios e dos recursos voluntários pertinentes, para evitar custos com a movimentação de inquéritos físicos. Não há dúvida, porém, de que a atribuição para a decisão é do respectivo procurador-geral.

8 O DESARQUIVAMENTO DE INQUÉRITOS POLICIAIS: A NOVA LEITURA DO ART. 18 DO CPP

Dispõe o art. 18 do Código de Processo Penal que:

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

Juizes não determinam mais o arquivamento de inquéritos policiais e sequer despacham para isso.³⁷ O art. 18 do CPP é agora incompatível com o art. 28 do mesmo código, com a redação que lhe deu a Lei nº 13.964/2019.

O art. 1º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) diz que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Impõe-se a consequência jurídica da revogação tácita quando lei posterior for incompatível com lei anterior. *In casu*, o art. 18 do Código de Processo Penal foi parcialmente revogado pelo atual art. 28, com a redação estabelecida pela Lei nº 13.964/2019, pois não há mais despacho ou decisão judicial de arquivamento. Assim, agora ali se lê que, depois de ordenado o arquivamento do inquérito pelo Ministério Público, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas se de outras provas tiver notícia.

³⁶ Segundo o estudo *Ministério Público: um retrato*, em 2018 os membros do Ministério Público paulista arquivaram 182.441 inquéritos policiais. No Rio de Janeiro foram 196.609 arquivamentos. O MPDFT arquivou 37.921 inquéritos no mesmo ano. O MPF decidiu não denunciar em 39.976 inquéritos. A partir de 23 de janeiro de 2020, todos os novos casos terão de ser submetidos ao órgão interno de revisão. No regime anterior, muitos arquivamentos não subiam aos PGJs ou às Câmaras Criminais; bastava que houvesse concordância do juiz. Vide BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ministério Público: um retrato**. Brasília: CNMP, 2020. Disponível em: <https://cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/mp-um-retrato>. Acesso em: 2 jan. 2020.

³⁷ A providência cartorária em relação aos autos não tem conteúdo decisório.

O delegado de Polícia pode realizar novas investigações, porque, mesmo antes da Lei nº 13.964/2019, o despacho judicial determinando o arquivamento do inquérito policial não interditava a atuação policial se houvesse notícia de novas provas. Não havia óbice à retomada das investigações pela Polícia diante de tal hipótese. O que a Súmula 524 do STF impede é o oferecimento de denúncia com base em inquérito policial arquivado a pedido do Ministério Público, sem que realmente haja provas novas. São momentos distintos, conforme se percebe deste julgado do STF:

A situação sob análise não é, como visto, a de oferecimento de denúncia após o desarquivamento de inquérito, mas de reabertura de inquérito. Para que ocorra o desarquivamento de inquérito, basta que haja notícia de novas provas, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal, enquanto não se extinguir a punibilidade pela prescrição. De fato, diante da notícia de novos elementos de convicção veiculada pelo *Parquet*, afigura-se admissível a reabertura das investigações nos termos da parte final do citado dispositivo do CPP, mesmo porque o arquivamento de inquérito policial não faz coisa julgada nem acarreta a preclusão, por cuidar-se de decisão tomada *rebus sic stantibus* [...] Convém registrar, ainda, que, se para desarquivar o inquérito policial basta a notícia de provas novas, diversamente, o Ministério Público só pode ofertar a denúncia se tiverem sido produzidas provas novas, nos termos da supramencionada Súmula 524 do STF.³⁸

De fato, segundo a Súmula 524 do STF, “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”. Agora é de se entender que, em tendo o Ministério Público competente arquivado o inquérito policial, a propositura da ação penal depende de novas provas, que serão avaliadas pelo juiz de garantias por ocasião do recebimento da denúncia. O juiz não intervém no arquivamento do inquérito; tampouco intervém no desarquivamento. A decisão depende do Ministério Público: quem arquiva o inquérito tem atribuição de desarquivá-lo.

A partir daí podemos divisar duas saídas: o desarquivamento será determinado pelo próprio promotor natural; ou o desarquivamento dependerá de autorização do órgão re-

38 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 94.869/DF**. Processual penal. *Habeas corpus*. Desarquivamento e reabertura de inquérito policial. Prazo prescricional. Ausência de marco interruptivo desde a data dos fatos que ensejaram a instauração do inquérito. Extinção da punibilidade. Prescrição. Pacte.: Ney Robinson Suassuna. Impte.: Aristides Junqueira Alvarenga. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de junho de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25136994/habeas-corpus-hc-94869-df-stf/inteiro-teor-124620942?ref=juris-tabs>.

visional. Em qualquer caso, não há mais formação de coisa julgada material ou formal quando do arquivamento, porque agora não se tem uma decisão judicial.

8.1 Desarquivamento por determinação do promotor natural

A melhor alternativa parece ser admitir a suficiência da decisão do promotor natural para o desarquivamento. O controle sobre seu agir caberá ao juiz de garantias, por ocasião da propositura da ação penal, ou antes ainda ao tribunal competente por meio de *habeas corpus*.

A decisão do promotor natural também poderia ser objeto de impugnação interna pelo investigado perante o órgão revisional do Ministério Público, sem prejuízo da impropetição de *habeas corpus* perante o tribunal competente para trancamento da investigação criminal indevidamente reaberta.

Ou seja, no geral, o controle do desarquivamento é idêntico ao controle existente sobre a instauração de um inquérito. A persecução poderá ser retomada se houver novas provas, que são “aquelas já existentes, mas não trazidas à investigação ao tempo em que realizada, ou aquelas franqueadas ao investigador ou ao Ministério Público após o desfecho do inquérito policial”.³⁹ Também são consideradas novas provas as decorrentes de buscas e apreensões, interceptações telefônicas ou de outros meios especiais de obtenção, ainda que posteriores ao arquivamento.⁴⁰

Sobre essa temática, vale conferir a percutiente explanação feita pelo ministro Lewandowski no HC nº 94.869/DF, julgado em 2014:

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **RHC 27.449/SP**. *Habeas corpus*. Ação penal. Continuidade da persecução penal. Arquivamento promovido a pedido do Ministério Público, em razão da ausência de prova da materialidade delitiva. Desarquivamento. Oferecimento de denúncia. Necessidade de novas provas. Inexistência. Enunciado 524 da Súmula do STF. Ordem concedida. Recorrente: João Victor Volpini Gandidi. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21427052/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-27449-sp-2009-0249609-2-stj/inteiro-teor-21427053?ref=juris-tabs>.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **EDcl no HC 364.823/SP**. Penal e Processo Penal. Embargo de Declaração no *Habeas Corpus*. Omissão. Demsembramento da Ação Penal (Art. 8º do CPP). Matéria que deve ser aferida na origem. Arquivamento de Inquérito Policial. Novas provas. Ofensa à Súmula 524 do STF. Não verificada. Conexão intersubjetiva entre os crimes de associação criminosa armada e homicídio. Competência. Tribunal do júri. Nulidade. Não verificada. Embargos acolhidos, para sanar omissões. Relator: Min. Nélson Cordeiro, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/411911273/embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-no-hc-364823-sp-2016-0199674-8/inteiro-teor-411911273>

Enquanto o art. 18 regula o desarquivamento de inquérito policial, quando decorrente da carência de provas (falta de base para denúncia), só admitindo a continuidade das investigações se houver notícia de novas provas, a Súmula 524 cria uma condição específica para o desencadeamento da ação penal, caso tenha sido antes arquivado o procedimento, qual seja, a produção de novas provas. É certo, ademais, que o desarquivamento pode importar na imediata propositura da ação penal, se as novas provas tornem dispensável a realização de qualquer outra diligência policial. Mas isso não quer dizer que esses dois momentos – o desarquivamento e o ajuizamento da demanda – possam ser confundidos. Como salientei acima, para o desarquivamento é suficiente a notícia de novas provas, legitimando o prosseguimento das investigações encerradas pela decisão de arquivamento. Já a propositura da ação penal dependerá do sucesso destas investigações, isto é, da efetiva produção de novas provas. Sem tal requisito, faltará justa causa para a ação penal, devendo a denúncia ser rejeitada nos termos do artigo 43, III, do CPP. Desse modo, o desarquivamento do inquérito policial nada mais significa do que uma decisão administrativa, de natureza persecutória, no sentido de modificar os efeitos do arquivamento. Enquanto este tem como consequência a cessação das investigações, aquele tem como efeito a retomada das investigações inicialmente paralisadas pela decisão de arquivamento. Em resumo, sem notícia de prova nova o inquérito policial não pode ser desarquivado, e sem produção de prova nova não pode ser proposta ação penal. É evidente que o juiz poderá sempre rejeitar a denúncia do Ministério Público, com base no inquérito policial desarquivado, se ela não tiver arrimada em novas provas. Mas, para que estas novas provas sejam apresentadas, é preciso permitir a reativação das investigações, mediante o desarquivamento do inquérito, em face da notícia de novas provas.

A reabertura do caso também deve ser possível em face da superveniência de deliberação de organismo do sistema internacional ou regional de direitos humanos, especialmente nas hipóteses de sujeição do Brasil a jurisdições supranacionais obrigatórias.

Em suma, o membro do Ministério Público poderá reabrir a investigação criminal, de ofício ou por provocação, cabendo-lhe apenas comunicar o fato ao órgão revisor que antes homologara o arquivamento. As hipóteses são:

- a) aparecimento de novos elementos informativos ou novas provas;

b) retratação da retratação da vítima: a doutrina e a jurisprudência admitem a retratação da retratação dentro do prazo decadencial, em assim sendo, é possível ao Ministério Público, diante da reconsideração da vítima, antes do termo final do prazo decadencial promover o desarquivamento;⁴¹

c) recomendação ou decisão de órgão do sistema internacional ou regional de direitos humanos.

8.2 Desarquivamento por determinação do órgão revisional do Ministério Público

Esta é a segunda tese. Como a decisão de arquivamento é um ato complexo, dependente do promotor natural e do órgão revisor, o desarquivamento deve seguir o mesmo caminho, não sendo possível ao promotor natural, isoladamente, a retomada da apuração, senão à Instituição. Portanto, tendo em conta que o arquivamento se deu com a homologação, somente o órgão interno homologador pode desarquivar os autos, por provocação do promotor natural, da autoridade policial, da vítima ou de seu representante legal.

Essa solução pode parecer burocrática e soar inconstitucional por violação da independência funcional, mas, pensando dentro da estrutura acusatória, é preciso conferir alguma estabilidade à decisão de arquivamento proferida pela instituição, tendo em mente o valor segurança jurídica para o investigado cujo inquérito tenha sido arquivado por decisão dessa mesma instituição.

O oferecimento de denúncia, com fundamento em base empírica existente em inquéritos policial arquivado, a pedido do Ministério Público, constitui constrangimento ilegal e viola o princípio constitucional da segurança jurídica, pois, se assim não for, o investigado a qualquer momento antes de consumado o prazo prescricional, poderá ser submetido a processo penal, independentemente de novas provas, o que é inadmissível, nos termos do

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1131357/DF. Agravo Regimental. Recurso Especial. Direito Penal. Art. 303 da Lei n. 9.503/1997. CTB. Lesões corporais culposas. Ação pública condicionada à representação da ofendida. Representação da vítima. Pedido de arquivamento seguido de renovação da representação dentro do prazo decadencial. Possibilidade. Acórdão a quo em consonância com a jurisprudência deste tribunal. Incidência da Súmula 83/STJ. Relator: Min Sebastião Reis Júnior, 5 de novembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24738113/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1131357-df-2009-0140788-5-stj/inteiro-teor-24738114?ref=juris-tabs>

art. 18 do Código de Processo Penal e do enunciado da Súmula 524 do egrégio Supremo Tribunal Federal.⁴²

Esse modelo não impediria o desarquivamento dos autos para a propositura da ação penal. A provocação ao órgão superior do MP partiria do promotor natural, do delegado de Polícia ou da vítima, diante de mera notícia de novas provas ou pela superveniência de deliberação de organismo do sistema internacional ou regional de direitos humanos.⁴³

Esse procedimento complexo poderia ser adotado ao menos para os casos nos quais, anteriormente, formava-se coisa julgada material, isto é, quando houvesse o reconhecimento de atipicidade material, excludente de ilicitude, excludente de culpabilidade, ou causa extintiva da punibilidade.⁴⁴

O detalhamento desse mecanismo dependeria de lei ou, ao menos, de resolução do CNMP. Independentemente disto, a leitura atualizada da Súmula 524 do STF e do art. 18 do CPP decorre da nova redação do art. 28 do Código de Processo Penal e, sobretudo, da entronização do princípio acusatório no processo criminal brasileiro, por força do art. 3º-A do CPP. Com isso, pode-se concluir que:

- a) a autoridade policial pode empreender novas diligências, mesmo estando arquivado o inquérito, se tiver notícia de novas provas (art. 18, CPP).
- b) o desarquivamento do inquérito pode ser ordenado pelo Ministério Público diante da notícia de novas provas;
- c) a propositura da ação penal depende de novas provas ou pode resultar do cumprimento de decisão de órgão do sistema internacional ou interamericano de direitos humanos.

42 Decisão da 1ª Câmara Criminal do TJPR, no HC 825907-6, Rel. Des. Jesus Sarrão, j. em 1 de dezembro de 2011, que trancou a ação penal proposta contra o suposto autor do homicídio de Sétimo Garibaldi, na comarca de Loanda/PR.

43 Vide, a propósito, o Caso Sétimo Garibaldi vs. Brasil (Corte IDH, 2009) e seus desdobramentos processuais, especialmente o RESP 1.351.177/PR (STJ, 6ª Turma, rel. Des. convocado Ericson Maranhão, j. em 18 de abril de 2016), no qual não foi possível rediscutir o trancamento da ação penal determinado pelo TJPR. Noutro caso do sistema interamericano, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro retomou as apurações das chacinas de 1994 e 1995 objeto da sentença da Corte IDH no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, de 2017. Em 2018, o MPRJ pediu o desarquivamento do inquérito e denunciou os supostos autores dos crimes de homicídio. O caso é objeto do RHC 46.250/RJ, que foi denegado pela 5ª Turma do STJ (relator Min. Joel Paciornik, j. em 24 de agosto de 2018), o que permitiu a continuidade da ação penal.

44 Salvo por certidão de óbito falsa.

9 O PAPEL DO JUIZ DE GARANTIAS NO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Em função da criação da figura do juiz de garantias, será dele a competência para deferir as medidas de investigação marcadas por cláusula de reserva de jurisdição requeridas no curso do inquérito policial ou do PIC. Será este o juiz da audiência de custódia. Também será o juiz que receberá a comunicação da instauração de um inquérito policial. Será este o juiz encarregado da prorrogação do prazo de conclusão de inquérito quando houver indicado preso. Será também ele o magistrado responsável pelo recebimento ou pela rejeição da denúncia.

Mas, como já vimos, o juiz de garantias não intervém no arquivamento nem no desarquivamento desses procedimentos de investigação. Esta é agora uma atividade exclusiva do Ministério Público e da Polícia.⁴⁵

Diz Teodósio Jacinto, comentando a situação em Portugal:

Em face da actual estrutura acusatória do processo penal, ao contrário do que acontecia no anterior modelo inquisitório mitigado (CPP de 1929 e Dec-Lei nº 35.0007, de 13-10-1945), não existe, agora, qualquer controlo judicial oficioso sobre a decisão do Ministério Público de acusar ou de proferir despacho de arquivamento.⁴⁶

O juiz de garantias deverá, todavia, ser informado do arquivamento e do desarquivamento do inquérito policial, por força do inciso IV, do art. 3º-B, do CPP.⁴⁷ Os PICs do Ministério Público não foram objeto de regulamentação pela Lei Anticrime. As regras que se lhe aplicam são dispositivos legais esparsos, a Resolução nº 181/2017 do CNMP, atos equivalentes dos MPs brasileiros e o acórdão do STF no RE 593.727/MG.⁴⁸

⁴⁵ Vide a Lei nº 12.830/2013.

⁴⁶ JACINTO, F. Teodósio. **O modelo de processo penal entre o inquisitório e o acusatório**: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2009/06/dtopenal-processo_teodosiojacinto.pdf. Acesso em: 29 dez. 2019.

⁴⁷ Vide a Resolução nº 63, do Conselho da Justiça Federal, de 26 de junho de 2009, que dispõe sobre a tramitação direta de inquéritos policiais entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal e estabelece um regime de registro simplificado de tais inquéritos.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 593.727/MG. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. Relator Min. Gilmar Mendes, 14 de maio de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, 8 set. 2015

O juiz de garantias não tem mais competência para ordenar o arquivamento de inquérito policial. Tampouco pode trancá-lo *ex officio*, sendo inconstitucional a previsão constante do inciso IX do art. 3º-B do CPP, segundo a qual lhe cabe “determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento”.

Admitir-se o trancamento de inquérito com exame dos “fundamentos” para a instauração equivale a permitir ao juiz substituir-se ao Ministério Público ou à Polícia no diagnóstico do caso ou quanto ao êxito da linha investigativa adotada pelos investigadores. A discussão sobre a existência ou não de “fundamento razoável” para a abertura de um inquérito ou para sua continuidade está longe de constituir atipicidade patente ou ilegalidade manifesta. A expressão empregada pelo legislador foge dos lineamentos estabelecidos pelos tribunais para o fenômeno anômalo do trancamento, que é sempre excepcional, “somente admitido nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade”.⁴⁹

Nesse sentido, no HC nº 143.147/BA, julgado em 2016, a 6ª Turma do STJ reiterou que o trancamento de inquérito policial ou ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, somente autorizada em casos em que seja patente a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas da materialidade e indícios da autoria ou a ocorrência de alguma causa extintiva da punibilidade.⁵⁰ Falar em “fundamento razoável” é, portanto, uma inovação que não tem lugar no quadro doutrinário e jurisprudencial.

Não sendo juiz investigador, o juiz de garantias não terá acesso à inteligência policial que orienta a investigação e que pode dar-lhe fundamento razoável. Não conhecerá as pistas que a Polícia segue para confirmar hipóteses investigativas. Não pode, portanto, formar um “juízo razoável” sobre a investigação que se pretende trancar.

Ademais, no regime anterior, o CPP não tinha qualquer previsão de trancamento de inquérito pelo juiz criminal. Admite-se sim o *habeas corpus*. Na verdade, o “trancamento” introduzido no art. 3º-B do CPP é um *bypass* no sistema acusatório, que retirou do

49 FERREIRA, Aline Albuquerque. Inquérito policial: considerações acerca do arquivamento e trancamento do inquérito policial. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4514, 10 nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44369>. Acesso em: 5 jan. 2020.

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **HC nº 143.147/BA**. Relator: Des. Convocado Ericsson Maranhão, 17 de março de 2016.

juiz ingerência no arquivamento de inquéritos policiais. Trancamento não pode ser mero arquivamento com outro nome.

A invalidade desse dispositivo é ainda maior, tendo em conta que nem sequer se previu recurso próprio para a impugnação dessa medida, seja pelo Ministério Público, seja pela vítima. Nada se acresceu ao art. 581 do CPP, que regula o recurso em sentido estrito. Caberia ao Ministério Público valer-se da apelação, na forma do art. 593, inciso II, do CPP.⁵¹

No entanto, tendo em conta o inciso X do art. 581 do CPP, tem-se como hipótese que a decisão de trancamento de inquérito policial ordenada pelo juiz de garantias, na verdade, teria a natureza de ordem de *habeas corpus*, cabendo, nesse caso, recurso em sentido estrito da decisão que o conceder. O inciso IX do art. 3º-B seria assim um complemento do inciso XII do mesmo artigo, que confere ao juiz de garantias apenas a competência para julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia. A consequência desse julgamento pode ser o trancamento do inquérito.

É cabível o *habeas corpus* com a finalidade de trancamento de inquérito policial em caso de atipicidade manifesta; quando o crime estiver prescrito ou houver outra causa extintiva de punibilidade; quando o investigado for inimputável pelo critério etário; ou ainda quando a investigação tiver base em provas ilícitas ou ilicitamente obtidas e isso for manifesto.

Note-se, contudo, que o juiz não terá competência para conceder *habeas corpus* para trancar inquérito policial se este houver sido requisitado pelo Ministério Público. Nesse caso, o ato da autoridade coatora deve ser impugnado perante o tribunal competente.

10 A VEDAÇÃO DE ARQUIVAMENTO POR DELEGADO DE POLÍCIA

A Lei nº 13.964/2019 não alterou as atribuições dos delegados de Polícia na presidência do inquérito policial.

A Lei Anticrime deve ser lida em conjunto com a Lei nº 12.830/2013, cujo art. 2º, § 1º, determina que cabe ao delegado de polícia a condução da investigação criminal por

⁵¹ Art. 593, II, CPP: “Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias, das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior”.

meio de inquérito policial com o objetivo de apurar a materialidade e a autoria das infrações penais e suas circunstâncias.

As medidas ordinárias de investigação que não dependam de decisão do juiz de garantias continuam sendo praticadas pelo delegado de Polícia, a exemplo da tomada de depoimentos e da requisição de perícias, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

A existência do juiz de garantias também não interfere sobre o indiciamento policial. Segundo o art. 3º, § 6º, da Lei nº 12.830/2013, o indiciamento, como ato privativo do delegado de Polícia, continua a depender de ato fundamentado com exame da autoria e da materialidade de uma infração penal e suas circunstâncias.

Quanto ao encerramento inconclusivo da investigação, manteve-se vigente o art. 17 do CPP, segundo o qual a autoridade policial não pode arquivar nem ordenar o arquivamento do inquérito. Todavia, em função do que dispõem a Lei nº 12.830/2013 e o art. 10, § 1º, do CPP, pode sugerir ao Ministério Público que o faça, se a investigação, por algum motivo, não conseguir determinar a autoria ou a materialidade de infração penal, ou se houver causa manifesta de extinção de punibilidade.

11 O ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

A LC nº 75/1993 (LOMPU) e a Lei nº 8.625/1993 (LONAMP) reservam aos respectivos procuradores-gerais a atribuição para determinar o arquivamento de inquérito policial ou peças de informação relativos a fatos sujeitos à competência dos tribunais de justiça, dos tribunais regionais federais, dos tribunais regionais eleitorais, do STM, do STJ e do STF.

Assim, nos casos de foro especial por prerrogativa de função, o PGR, o PGJ e o PGJM já podiam arquivar diretamente inquéritos criminais, por serem de sua atribuição originária. Como reconhece o STF em sua jurisprudência, a decisão dos chefes do Ministério Público não está sujeita a controle judicial. Para os inquéritos policiais militares essa faculdade está clara desde 1969 no § 1º do art. 397 do CPPM.⁵²

⁵² § 1º Se o procurador-geral entender que há elementos para a ação penal, designará outro procurador, a fim de promovê-la; em caso contrário, mandará arquivar o processo.

Conforme Tourinho Filho sustentava:

[...] nem precisaria o Procurador requerer ao Tribunal o arquivamento. Se ele é o único *dominus litis* e se externou sua vontade no sentido de não dar início à ação penal, deverá, simplesmente, determinar o arquivamento. Por que o requereria, se tal requerimento não pode ser indeferido?⁵³

De fato, mais de uma vez o STF decidiu que a promoção de arquivamento pelo PGR é irrecusável. No agravo regimental na PET 2509/MG, a Corte entendeu que “o pedido de arquivamento de inquérito policial, motivado pela ausência de elementos que permitam ao procurador-geral da República formar a *opinio delicti*, não pode ser recusado pelo Supremo Tribunal Federal”.⁵⁴

Pelo art. 1º da Lei nº 8.038/1990, nos casos de foro especial por prerrogativa de função, o procurador-geral pode pedir o arquivamento do inquérito ou das peças informativas, cabendo ao relator, no termos do art. 3º, inciso I, da mesma lei, “determinar o arquivamento” quando o requerer o Ministério Público ou “submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal”.

O novo art. 3º-A do CPP, que trouxe expressamente o princípio acusatório para a legislação infraconstitucional, passa a ter efeito irradiador, alcançando também a Lei da Ação Penal Originária. Doravante, o arquivamento do inquérito é uma decisão de competência exclusiva do procurador-geral, não podendo ser rejeitado pelo tribunal competente, estadual ou federal.

Mesmo a tramitação anômala dos inquéritos do foro especial deve sofrer impacto do princípio acusatório. Devido a um resquício inquisitório, tais inquéritos tramitam sob a “supervisão” de um ministro relator, o que fará ainda menos sentido depois da Lei Anticrime. O controle judicial sobre os atos da investigação, tenha curso onde tiver, deve restringir-se às medidas que exijam decisão judicial, em razão de cláusula legal ou constitucional de reserva de jurisdição, não se justificando a ingerência de ministros ou desembargadores relatores no deferimento de atos ordinários de investigação criminal, como a simples tomada de depoimentos ou a mera realização de perícias.

53 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **PET 2509/MG**. Relator: Min. Celso de Mello, 18 de fevereiro de 2004.

Os regimentos internos dos tribunais devem, portanto, adaptar-se ao novo art. 3º-A do CPP e à nova redação do art. 28 do mesmo código.

12 O ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITOS NA JUSTIÇA MILITAR E NA JUSTIÇA ELEITORAL

O art. 3º-A do CPP terá impacto nos casos de competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral. Embora regidos por legislação especial, a persecução penal de crimes militares e crimes eleitorais está sujeita ao princípio acusatório, que foi densificado no ordenamento brasileiro, por extração a partir do art. 129, inciso I, da CF.

Não é de se estranhar essa solução, porquanto o STF já decidiu em semelhante sentido, quando foi modificado o art. 400 do CPP comum, para alteração do momento de realização do interrogatório do acusado. Com a Lei nº 11.719/2008, esse ato passou a ser o último da instrução criminal no procedimento comum.

Por força de interpretação constitucional, no HC nº 127.900/AM,⁵⁵ o STF estendeu a inversão da ordem do interrogatório aos processos penais militares e eleitorais, tendo em conta os princípios do contraditório e da ampla defesa. O interrogatório ficou como último ato da instrução também nos casos de competência originária, regulados pela Lei nº 8.038/1990, conforme decisão do STF na AP 1027.⁵⁶

Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Pro-

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **HC 127.900/AM**. *Habeas corpus*. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). [...] Pacte. (s): Blenner Antunes Vieira e Maick Wander Santana de Souza. Impte.(s): Defensoria Pública da União. Relator: Min. Dias Toffoli, 3 de março de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451173>.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **AP 1027 AgR/DF**. Processual Penal. Ação Penal. Instrução criminal. Realização do interrogatório do réu ao final. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Provimento do agravo. Relator: Min. Marco Aurélio, 2 de outubro de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768165565/agreg-na-acao-penal-agr-ap-1027-df-distrito-federal-0016395-5120181000000/inteiro-teor-768165578>.

cesso Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. [...]. Ordem denegada com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

Mutatis mutandi, o art. 357, § 1º, do Código Eleitoral, e o art. 397 do Código de Processo Penal Militar devem ser lidos de forma a excluir a intervenção de juiz na decisão de não acusar. Essa deliberação deve ser tomada pelos promotores eleitorais ou pelos promotores militares na forma do art. 28 do CPP, por analogia nesta parte. Os membros do Ministério Público que atuem em zonas eleitorais ou em circunscrições militares devem submeter suas decisões de arquivamento ao órgão revisional do MPM, nos casos de competência da Justiça Militar da União; ao PGJ ou ao órgão delegado dos MPs estaduais, nos casos de competência da Justiça Militar dos estados; ou à 2ª CCR do MPF, nos casos de competência da Justiça Eleitoral.⁵⁷

13 O ARQUIVAMENTO DOS PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS CRIMINAIS

O poder de investigação criminal do Ministério Público foi reconhecido pelo STF em julgamento histórico, no ano de 2015. Na ocasião, a Corte especificou que:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou

⁵⁷ Enunciado nº 29: Compete à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal manifestar-se nas hipóteses em que o Juiz Eleitoral considerar improcedentes as razões invocadas pelo Promotor Eleitoral ao requerer o arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação, derrogado o art. 357, § 1º, do Código Eleitoral pelo art. 62, inc. IV, da Lei Complementar nº 75/1993.

a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.⁵⁸

O arquivamento de procedimentos investigatórios do Ministério Público não foi objeto da Lei Anticrime. A matéria está regulada na Resolução nº 181/2017 do CNMP, que sofreu impacto legislativo, na medida em que o PIC será sempre arquivado dentro do próprio *Parquet*.

Como o CPP não regula a tramitação dos PICs, não é necessário o seu envio ao serviço do juiz de garantias para aposição da numeração única, no padrão do CNJ, ou para registro simplificado. Basta a anotação da sua existência no âmbito do próprio Ministério Público, nos sistemas de tramitação eletrônica da Instituição.⁵⁹

O art. 19 da Resolução nº 181/2017 do CNMP, com a redação que lhe deu a Resolução nº 183/2018, diz que o promotor natural pode “promover” o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente. Leia-se agora que o órgão responsável pelo caso decidirá quanto ao arquivamento.

Conforme o § 1º desse artigo, a “promoção de arquivamento” pode ser apresentada ao juízo competente, “nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal”, ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente. Agora, a decisão de não acusar deve ser submetida apenas ao “órgão superior interno” de cada Ministério Público, isto é, ao procurador-geral ou ao órgão que tenha recebido sua delegação, ou a outro órgão previsto em lei.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 593.727/MG**. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 de maio de 2015. Diário de Justiça Eletrônico, 8 set. 2015.

59 Diz o art. 4º da Resolução CNMP nº 181/2017 que o procedimento investigatório criminal “será instaurado por portaria fundamentada, devidamente registrada e atuada”.

Embora a Lei Anticrime não o diga, o arquivamento dos autos pelo Ministério Público deve ser comunicado à vítima e ao investigado e também ao juiz de garantias para baixa dos registros judiciais, sempre que houver medidas cautelares vinculadas ao PIC.

Seu desarquivamento segue o disposto no art. 20 da Resolução nº 181. Havendo notícia da existência de novos elementos de informação, pode o membro do Ministério Público “requerer o desarquivamento dos autos”, providenciando-se a comunicação a que se refere o art. 5º da Resolução.⁶⁰ Onde se lê “requerer” leia-se “determinar”, salvo se o desarquivamento depender de decisão do órgão superior de revisão.

As notícias de fato também deverão ser arquivadas internamente, seguindo, no particular a Resolução CNMP nº 174/2017. O Enunciado nº 36 da 2ª CCR do MPF estabelece que, quando o arquivamento da notícia de fato, do procedimento investigatório criminal ou do inquérito policial for promovido com fundamento nas hipóteses previstas na Resolução CNMP nº 174, de 4 de julho de 2017, ou tiver por base entendimento já expresso em enunciado ou orientação da 2ª Câmara, os autos não deverão ser remetidos à 2ª CCR, salvo nos casos de recurso ou quando o membro oficiante julgar necessário, cientificando-se o interessado por correio eletrônico.

14 CONCLUSÃO

A nova redação do art. 28 do CPP consolidou o modelo acusatório na tramitação de inquéritos policiais, restringindo a participação do juiz criminal — nesta etapa chamado de juiz de garantias — a decisões marcadas por cláusula de reserva de jurisdição.

O juiz criminal não participa mais do procedimento de arquivamento ou de desarquivamento de inquéritos policiais. No entanto, deve ser informado da instauração do inquérito, de seu arquivamento e de eventual desarquivamento.

O procedimento a ser adotado pelo Ministério Público para o arquivamento continua substancialmente o mesmo, cabendo ao procurador-geral ou a órgão delegado homologar, ou não, a decisão proferida pelo promotor natural.

⁶⁰ Art. 5º Da instauração do procedimento investigatório criminal far-se-á comunicação imediata e, preferencialmente, eletrônica ao Órgão Superior competente, sendo dispensada tal comunicação em caso de registro em sistema eletrônico.

Infelizmente, a afoiteza do processo legislativo promoveu alterações que não foram bem pensadas, acentuando-se a assistemática do CPP, que já se aproxima do seu octogésimo aniversário. Todavia, a leitura do art. 28 do CPP, com o apoio analógico dos arts. 357, § 1º, do Código Eleitoral, e do art. 397, § 1º, do CPPM, em conjunto com os artigos pertinentes da Lei Complementar nº 75/1993 e da Lei nº 8.625/1993, permitirá ao CNMP, sem criar direito novo, aclarar o procedimento interno do Ministério Público no arquivamento e desarquivamento de inquéritos policiais. Regras adicionais podem ser estabelecidas pelos regimentos internos dos Ministérios Públicos.

Parte dos problemas logísticos decorrentes do art. 28 do CPP poderão ser solucionados com a tramitação eletrônica de inquéritos policiais e dos recursos e com a adoção de diretrizes uniformes em cada Ministério Público.

Nosso esforço neste texto consistiu em tentar contribuir para revelar algumas soluções possíveis para o novo modelo, suas bases legislativas e as linhas principiológicas nas quais se apoiariam. Certo que se espera a formulação de regulamentação pelo CNMP ou o aperfeiçoamento da legislação pelo Congresso Nacional ou a formação de jurisprudência supletiva neste campo novo. Espera-se também que a medida cautelar concedida na ADI 6305 seja cassada para que o novo procedimento passe a valer em todo o Ministério Público brasileiro.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ministério Público**: um retrato. Brasília: CNMP, 2018. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Anuário_um_retrato_2018_ERRATA_1.pdf.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Enunciados da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 2 jan. 2020.

_____. **Orientações da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.br/atualizacao-tematica/ccr2/orientacoes>. Acesso em: 2 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1131357/DF**. Agravo Regimental. Recurso Especial. Direito Penal. Art. 303 da Lei n. 9.503/1997. CTB. Lesões corporais culposas. Ação pública condicionada à representação da ofendida. Representação da vítima. Pedido de arquivamento seguido de renovação da representação dentro do prazo decadencial. Possibilidade. Acórdão *a quo* em consonância com a jurisprudência do tribunal. Incidência da Súmula 83/STJ. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 5 de novembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24738113/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1131357-df-2009-0140788-5-stj/inteiro-teor-24738114?ref=juris-tabs>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **RHC 27.449/SP**. *Habeas corpus*. Ação penal. Continuidade da persecução penal. Arquivamento promovido a pedido do Ministério Público, em razão da ausência de prova da materialidade delitiva. Desarquivamento. Oferecimento de denúncia. Necessidade de novas provas. Inexistência.

Enunciado 524 da Súmula do STF. Ordem concedida. Recorrente: João Victor Volpini Gandi. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21427052/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-27449-sp-2009-0249609-2-stj/inteiro-teor-21427053?ref=juris-tabs>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **HC nº 143.147/BA**. Relator: Des. Convocado Ericsson Maranhão, 17 de março de 2016.

_____. **EDcl no HC 364.823/SP**. Penal e Processo Penal. Embargo de Declaração no *Habeas Corpus*. Omissão. Desmembramento da Ação Penal (Art. 8º do CPP). Matéria que deve ser aferida na origem. Arquivamento de Inquérito Policial. Novas provas. Ofensa à Súmula 524 do STF. Não verificada. Conexão intersubjetiva entre os crimes de associação criminosa armada e homicídio. Competência. Tribunal do júri. Nulidade. Não verificada. Embargos acolhidos, para sanar omissões. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/411911273/embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-no-hc-364823-sp-2016-0199674-8/inteiro-teor-411911273>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **PET 2509/MG**. Relator: Min. Celso de Mello, 18 de fevereiro de 2004.

_____. **Inq 2913 AgR / MT**. Relator: Min. Luiz Fux, 1º de março de 2012.

_____. **HC 94.869/DF**. Processual penal. *Habeas corpus*. Desarquivamento e reabertura de inquérito policial. Prazo prescricional. Ausência de marco interruptivo desde a data dos fatos que ensejaram a instauração do inquérito. Extinção da punibilidade. Prescrição. Pacte.: Ney Robinson Suassuna. Impte.: Aristides Junqueira Alvarenga. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de junho de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25136994/habeas-corpus-hc-94869-df-stf/inteiro-teor-124620942?ref=juris-tabs>.

_____. **Recurso Extraordinário 593.727/MG**. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 de maio de 2015. Diário de Justiça Eletrônico, 8 set. 2015.

_____. **HC 127.900/AM**. *Habeas corpus*. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). [...]. Pacte.(s): Blenner Antunes Vieira e Maick Wander Santana de Souza. Impte.(s): Defensoria Pública da União. Relator: Min. Dias Toffoli, 3 de março de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451173>.

_____. **AP 1027 AgR/DF**. Processual Penal. Ação Penal. Instrução criminal. Realização do interrogatório do réu ao final. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Provimento do agravo. Relator: Min. Marco Aurélio, 2 de outubro de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768165565/agreg-na-acao-penal-agr-ap-1027-df-distrito-federal-0016395-5120181000000/inteiro-teor-768165578>.

FERREIRA, Aline Albuquerque. Inquérito policial: considerações acerca do arquivamento e trancamento do inquérito policial. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4514, 10 nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44369>. Acesso em: 5 jan. 2020.

JACINTO, F. Teodósio. **O modelo de processo penal entre o inquisitório e o acusatório**: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2009/06/dtopenalprocesso_teodosiojacinto.pdf. Acesso em: 29 dez. 2019.

RODRIGUES MAXIMIANO, Antonio. A Constituição e o processo penal: competência e estatuto do Ministério Público, do juiz de instrução e do juiz julgador: a decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346º e 351º do C. P. Penal. **Revista do MP**, Lisboa, ano 2, v. 6, p. 97, [s.d.].

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

7 AS NOVAS NORMAS SOBRE O ARQUIVAMENTO DO FATO PENAL

Guilherme Fernandes Ferreira Tavares¹

Resumo: Sob a perspectiva da recente aprovação da Lei Anticrime, o presente artigo busca analisar a opção do legislador em promover mudanças da sistemática do arquivamento do fato penal. O princípio acusatório e o papel do Ministério Público desenhado pela Constituição de 1988 representam importante paradigma para o processo penal brasileiro, a partir do qual os órgãos de cúpula do Ministério Público – seja o procurador-geral de Justiça ou as Câmaras de Coordenação e Revisão – ganharam função de destaque na construção da política criminal, pois doravante são os órgãos competentes para, em última instância jurídica e independentemente de apreciação judicial, a definição de arquivamento dos casos penais. Os desafios são de ordem prática e, também no aspecto jurídico, sobretudo diante do clamor constitucional por eficiência da gestão da investigação criminal, instrumento de aplicação do Direito Penal, a última e mais drástica trincheira para a proteção de bens jurídicos constitucionais.

Palavras-chave: Ministério Público. Princípio acusatório. Arquivamento do fato penal. Lei Anticrime. Art. 28 do CPP.

Abstract: *From the perspective of the recent approval of the anti-crime law, this article seeks to analyze the option of the legislator to promote changes in the systematics of the archiving of the criminal fact. The accusatory principle and the role of the Public Ministry designed by the 1988 Constitution represent an important paradigm for the Brazilian criminal process, from which the top bodies of the Public Ministry – be it the Attorney General of Justice or the Coordination and Review Chambers – they gained a prominent role in the construction of criminal policy, since from now on they are the competent bodies for, in the last legal instance and regardless of judicial appraisal, the definition of filing criminal cases. The challenges are of a practical nature and, also in the legal aspect, especially in view of the constitutional cry for efficiency in the management of criminal investigation, an instrument for the application of criminal law, the last and most drastic trench for the protection of constitutional legal assets.*

Keywords: *Public ministry. Accusatory principle. Filing of the criminal fact. Anticrime Law. Article 28 of the CPP.*

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília e procurador da República em Barra do Garças/MT.

1 INTRODUÇÃO

O fato penal é o acontecimento empírico que possui enquadramento em algum tipo penal previsto em lei.² A instrumentalização probatória desse fato penal para subsidiar a ação punitiva do Estado depende de uma procedimentalização para fins investigativos, a qual pode se dar no âmbito da Polícia Judiciária por meio do inquérito policial; do Ministério Público, por meio do procedimento de investigação criminal; ou ainda no âmbito de autoridades administrativas quando tal competência vier prevista em lei³. Ao fim de qualquer desses procedimentos, cabe com exclusividade ao membro do Ministério Público, se presentes os elementos de materialidade e autoria, ou propor formalmente a pretensão acusatória em juízo, ou mesmo formular proposta de acordo de não persecução penal; além disso, caso ausentes os elementos, cabe ao Ministério Público promover o arquivamento jurídico, objetivo ou subjetivo do fato penal.

Arquivamento jurídico é a ausência de algum pressuposto jurídico para o oferecimento da ação penal, tais como a ocorrência da prescrição, a ausência de representação nas ações penais condicionadas, a ausência de tipicidade formal ou material, o reconhecimento de alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade. O arquivamento objetivo é a ausência de demonstração da materialidade do crime, ou seja, da comprovação de que o crime de fato ocorreu. Por fim, o arquivamento subjetivo é aquele em que não se demonstrou na fase investigativa a autoria delitiva.

A temática do arquivamento do fato penal, muitas vezes negligenciada pelo estudo da doutrina, é assunto de grande relevância para o sistema de justiça criminal. A causa do não aprofundamento científico no estudo do arquivamento do fato criminal, que é tratado pelo Código de Processo Penal de forma direta tão-somente no art. 28⁴, tem fundamento na crença doutrinária e jurisprudencial de que a ação do Ministério Público deve seguir o princípio de obrigatoriedade. Em outras palavras, estando presentes os pressupostos de autoria e materialidade, o membro do Ministério Público deve, sem qualquer juízo de convicção negativa, propor a ação penal.

2 É importante consignar que por ampliação do princípio da legalidade, na ADO 26/DF, a criminalização da homofobia passou a se dar por entendimento da jurisprudência da Corte Suprema brasileira.

3 Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

4 No art. 28 do Código de Processo Penal impõe-se que se o órgão do Ministério Público, em vez de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Nesse espectro, a fiscalização dessa obrigatoriedade da ação penal de competência anômala do Poder Judiciário não fora adequadamente discutida tendo como arcabouço teórico a Constituição Federal e o princípio acusatório, isso porque, na prática forense, o Judiciário pouco se utilizava do instituto de remessa ao órgão de cúpula do Ministério Público em relação aos arquivamentos propostos.

Ocorre que com o pressuposto de que o princípio da obrigatoriedade da ação penal não guarda correspondência legislativa no sistema de justiça criminal – o que é fartamente demonstrado pelas inovações legais que proporcionam consensualidade no processo penal, tais como os acordos de colaboração premiada, a transação penal, a suspensão condicional do processo e, por fim, com a Lei Anticrime, a realização de acordo de não persecução penal –, a temática do arquivamento do fato penal compõe importante fator que dá sustentabilidade à formulação da política criminal.

Dito de outro modo, definir quais são os pressupostos que possibilitam o arquivamento do caso penal é relevante para o fim de se construir um Sistema de Justiça efetivo, à medida que o elastecimento das razões de arquivamento confere ao órgão acusatório a possibilidade de gerenciar a pretensão penal de forma a proteger os bens jurídicos que mais carecem de atenção social.

Esse trabalho, há alguns anos, vem sendo realizado pelas Câmaras Criminais do Ministério Público Federal, quando elegem prioridades, pacificam entendimentos internos acerca da interpretação da lei penal, bem como promovem coordenação entre os órgãos responsáveis pela construção da política criminal.

Dada a importância ao órgão de revisão na construção da política criminal, a temática do arquivamento do fato criminal ganhou novos contornos com a edição da Lei Anticrime que, corrigindo equívoco constante da literalidade originária do art. 28, do Código de Processo Penal, retirou do Poder Judiciário a função anômala de homologar arquivamentos propostos pelo Ministério Público, função essa completamente estranha ao sistema acusatório, que tem como característica fundamental a separação das funções de julgar e acusar.

Na literalidade original do texto normativo, o Poder Jurisdicional, inerte e imparcial, exercia função acusatória, ou seja, atuava em sentido contrário ao investigado sem direito à ampla defesa, em sede de investigação, a despeito de entendimento contrário do membro do Ministério Público que, por força constitucional, detém exclusivamente o domínio da pretensão acusatória.

É certo que a decisão judicial de não homologação seria encaminhada ao órgão colegiado ministerial, no caso da esfera federal, ou ao procurador-geral de Justiça no âmbito estadual. Todavia, a apreciação judicial nessa fase era totalmente desnecessária frente ao fato de que a última palavra no arquivamento penal, por força do próprio sistema estabelecido, seria do Ministério Público por meio de sua instância superior. O envolvimento jurisdicional na fase investigativa, no sistema acusatório, deve se dar de forma a promover garantias ao acusado ou em casos de reserva de jurisdição para deferir cautelares pessoais ou probatórias e não para prejudicar o investigado em contrariedade ao entendimento acusatório.

O legislador, portanto, alterou a literalidade do dispositivo:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. (NR)

Este ensaio busca traçar algumas ideias acerca do novo sistema de arquivamento do fato penal, de forma a elencar os pontos positivos da mudança realizada. A análise aqui realizada, sem a pretensão de esgotar o tema, passa pela fixação de conceitos teóricos acerca do sistema acusatório para alcançar temas pragmáticos de plena relevância para a atividade dos membros do Ministério Público e do Poder Jurisdicional.

Há que se registrar, ainda nesse escopo introdutório, que a nova literalidade do art. 28, do Código de Processo Penal foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 6299, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Contudo, como a *ratio decidendi* expendida na decisão não

ataca diretamente o desenho da nova sistemática de arquivamento do fato penal, mas sim busca fundamentos em questões atinentes à autonomia financeira dos Ministérios Públicos e a ausência de tempo de *vacatio legis* para que o *Parquet* possa se adaptar à realidade⁵, de modo que, qualquer que seja a decisão da ADI, o presente esforço acadêmico permanece relevante.

2 O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E O PAPEL CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Definir um sistema de justiça criminal como acusatório é reconhecer que o Estado respeita a liberdade individual e que possui uma sólida base democrática, isso porque nesse sistema a aplicação do Direito Penal se dá com clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, impondo às partes a atividade probatória e ao julgador a função de apreciar as provas produzidas que, sem interferir diretamente na pretensão de cada ator processual, profere a sentença.

O cuidado de separar as funções de acusar e julgar é reflexo de inúmeros abusos históricos que a concentração dessas funções causou à proteção de direitos fundamentais. O Direito Penal é o instrumento do Estado que mais restringe os direitos do cidadão. É por meio dele que se faz possível, de forma legítima, o cerceamento da liberdade de ir e vir (art. 5º, XV, da CF/88), a restrição dos direitos políticos (art. 14), a indisponibilidade do uso e gozo da propriedade (art. 5º, XXII), a atenuação da intimidade (art. 5º, X) e a suspensão ou interdição de direitos civis (art. 5º, XLVI, “e”). A aplicação dessa ferramenta de grandes impactos aos direitos fundamentais deve se dar de forma a incutir ao julgador uma imparcialidade só posta por meio da separação das funções. É intuitivo concluir que aquele que promove o ato de acusar não possui imparcialidade, após a produção probatória, de julgar de maneira isenta.

5 Trecho da decisão da Medida Cautelar na ADI 6299, do STF: “(c) Artigo 28, *caput*, Código de Processo Penal (Alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial): (c1) Viola as cláusulas que exigem prévia dotação orçamentária para a realização de despesas (Artigo 169, Constituição), além da autonomia financeira dos Ministérios Públicos (Artigo 127, Constituição), a alteração promovida no rito de arquivamento do inquérito policial, máxime quando desconsidere os impactos sistêmicos e financeiros ao funcionamento dos órgãos do *Parquet*; (c2) A previsão de o dispositivo ora impugnado entrar em vigor em 23.01.2020, sem que os Ministérios Públicos tivessem tido tempo hábil para se adaptar estruturalmente à nova competência estabelecida, revela a não razoabilidade da regra, inquinando-a com o vício da inconstitucionalidade. A *vacatio legis* da Lei nº 13.964/2019 transcorreu integralmente durante o período de recesso parlamentar federal e estadual, o que impediu qualquer tipo de mobilização dos Ministérios Públicos para a proposição de eventuais projetos de lei que venham a possibilitar a implementação adequada dessa nova sistemática; (c3) Medida cautelar deferida, para suspensão da eficácia do artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal”.

É por essa razão que os sistemas políticos autoritários optam por um espectro inquisitivo no sistema de justiça criminal, pois assim se faz possível justificar juridicamente o arbítrio e a violação dos direitos humanos.

O princípio acusatório é a garantia fundante de um processo penal justo. O sistema oposto, o inquisitório – ou aquele de características notadamente inquisitórias –, impõe características ao processo penal que não se amoldam à ordem constitucional e à ordem internacional de proteção aos direitos humanos: o juiz é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita das provas, ainda que no curso das investigações; compete ao juiz acusar e julgar; nesse sistema, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos; não há que se falar em contraditório, mas em julgamento em razão de uma verdade absoluta construída a partir da concepção do juízo inquisidor.

Em um processo penal justo, o julgador, na fase de investigação do fato penal, deve se comportar como um espectador, de maneira que possa realizar uma análise objetiva sobre as provas processuais se houver o oferecimento da acusação formal. É nesse sentido que todo conflito penal tem que chegar ao magistrado em paridade de condições entre acusação e defesa. O julgador deve aguardar provocação sobre determinado caso, e não o contrário.

É difícil imaginar imparcialidade em um magistrado que tem iniciativa, que requisita investigação, que serve como um *longa manus* do órgão acusador, obstinado a descobrir a ilusória verdade real, porque a defesa, quando convocada a prestar o seu depoimento, terá o árduo trabalho de provar ao juiz que ele inicialmente não tinha razão. Em verdade, para o modelo acusatório, a ausência da imparcialidade judicial promove uma brusca inversão do ônus da prova, em que ao invés de a acusação ter que atestar processualmente a culpa do réu o acusado é que terá de provar sua inocência.

Com essas diretrizes sobre o sistema acusatório, a questão que remanesce é a seguinte: o Direito Processual Penal constitucional brasileiro adotou o sistema acusatório como matriz norteadora? Fischer (2012) bem responde ao questionamento:

Desde já deixamos expresso e claro que, segundo nossa leitura, não há previsão *expressa* na Constituição Federal de 1988 de que o sistema adotado no Brasil seria o acusatório. Mas tal circunstância não impede que, a partir da compreensão (aberta e sistêmica) dos princípios, regras e valores insertos na *Carta dirigente*, possa ser extraída conclusão que o nosso siste-

ma se pauta pelo *princípio acusatório*. Com efeito, nos termos do art. 129, I, CF, compete ao Ministério Público promover, *privativamente*, a ação penal pública. Portanto, o titular da ação penal (ressalvado os casos específicos), de regra, é o *Parquet*. E a função de julgar pertence ao Judiciário, observado o princípio (fundamental) do juiz natural. (FISCHER, 2012, p. 4)

Se a Constituição prevê o devido processo legal, a ampla defesa, a vedação das provas ilícitas, a publicidade, a duração razoável do processo, o princípio do juiz natural e a presunção de inocência, não há como sustentar que o sistema adotado é inquisitivo, misto ou outro nome que se queira dar. Com tantas garantias constitucionais, fica claro que a gestão da prova não poderá ser regida pelo princípio inquisitivo.

É com esse pressuposto que tenho que a Constituição democrática de 1988 é nitidamente acusatória. A partir do art. 129, inciso I, da CF/88 – que atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal –, o sistema acusatório se caracteriza pela nítida divisão entre as funções de investigar e acusar e a função de julgar. A Constituição fez do réu um sujeito de direitos. Conforme evidenciou o ministro Roberto Barroso no julgamento da ADI 5.104-MC,⁶ essa opção constitucional tem como um dos seus principais objetivos promover a imparcialidade judicial:

A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.

Nessa lógica, a atuação do julgador na fase pré-processual, ou seja, antes que se deduza a pretensão acusatória, objetiva exatamente proteger as garantias fundamentais dos investigados ou acusados. Lopes Júnior (2012) sintetiza isso nos seguintes termos:

O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a le-

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ADI 5.104-MC/DF. Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema Acusatório e Papel Institucional do Ministério Público. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 set. 2014.

gitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um. Essa é a posição que o juiz deve adotar quando chamado a atuar no inquérito policial: como garante dos direitos fundamentais do sujeito passivo. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 293)

Com a separação das funções de julgar e acusar, ganha relevo o papel do Ministério Público no sistema de justiça criminal. Nesse ínterim, na ordem constitucional de 1988, é importante ressaltar que o Ministério Público, como função essencial à justiça, não exerce função unicamente acusatória, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição). Conforme determina a Carta Maior, em seu art. 129, § 1º, são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

O Ministério Público deixou de ser um órgão que realiza manifestações opinativas em autos submetidos à decisão judicial, para se tornar um verdadeiro protagonista na tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis e na implementação de políticas públicas. Com essa interpretação constitucional, na esfera penal, o Ministério Público deixou de ser um mero órgão acusador para tornar-se um indutor de política criminal.

O membro do Ministério Público encontra no seu mister autonomia e independência para o exercício da titularidade da ação penal. Sem qualquer subordinação hierárquica funcional a outros órgãos e poderes constituídos, o Ministério Público, tendo como norte as normas vigentes, se vê na posição mais consonante à tutela do interesse público e à defesa dos direitos da coletividade.

Na persecução penal, incumbe ao Ministério Público atuar tanto na fase investigativa quanto na fase processual.⁷ Na fase da investigação, é possível que os esclarecimentos dos fatos penais sejam perpetrados por meio do inquérito policial, ou por meio de peças de investigações autônomas produzidas pela Administração Pública ou pelo próprio particular e, ainda, a investigação pode se dar no âmbito do Procedimento de Investiga-

⁷ Neste sentido, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.757 (j. 14.05.2015, DJE 08.09.2015), firmou a seguinte tese: "o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (Lei n. 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (SV 14), praticados pelos membros dessa instituição".

ção Criminal, cuja titularidade é do membro do Ministério Público. No âmbito do inquérito policial, o *Parquet* exerce o controle externo da atividade policial, sendo responsável por supervisionar o trabalho policial.

Com essa gama de atribuições, as quais são potencializadas pela adoção constitucional do sistema acusatório, o Ministério Público ganha novas atribuições com a Lei Anticrime recentemente aprovada. No que tange ao tema deste ensaio, acertadamente, o arquivamento do caso penal passou a ser de responsabilidade exclusiva do órgão acusador, não sendo mais necessária a homologação judicial da decisão ministerial acerca do juízo negativo da *opinio delicti*. Tal homologação será de atribuição das Câmaras de Coordenação e Revisão no Ministério Público Federal, Militar e do Distrito Federal e Territórios, e do procurador-geral de Justiça no caso dos Ministérios Públicos Estaduais.

A fiscalização da decisão de arquivamento proferida pelo *dominus littis*, com a inovação legislativa, passa a ser *interna corporis*, de modo a fomentar a estrutura acusatória do sistema de justiça criminal. Essa sistemática fortalece o seguinte raciocínio: permitir a interferência judicial na *opinio delicti* do MP consiste em desprezar substancialmente as atribuições constitucionais privativas do MP e as próprias competências do Judiciário. A conformação constitucional do Ministério Público brasileiro confere aos seus membros a possibilidade jurídica de concretizar imparcialmente o princípio acusatório e, consequentemente, de promover direitos fundamentais na persecução penal, seja com a pretensão para a aplicação de pena, ou em relação à garantia de paridade de armas por meio de um processo penal justo.

3 O ARQUIVAMENTO PENAL: A MUDANÇA DA AUTORIDADE COMPETENTE PARA HOMOLOGAÇÃO DA DECISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE ARQUIVAR O FATO PENAL

Após a conclusão da investigação, seja por meio do inquérito policial ou procedimento de investigação criminal, vislumbra-se relevante momento no âmbito da persecução penal: a *opinio delicti* ministerial para o fim de se deduzir em juízo a pretensão acusatória e, assim, tornar-se ação penal com natureza condenatória criminal ou, ainda, a prolação de decisão pelo arquivamento do caso. Trata-se da análise do arcabouço probatório produzido para o fim de verificar a presença dos elementos mínimos para a pretensão em juízo, ou seja, se estão presentes a materialidade do delito e os indícios mí-

nimos de autoria, ambos coroados pela demonstração de que houve conduta (ação ou omissão) dolosa ou culposa (se houver admissão de culpa em lei) tipificada em lei penal.

Com o exercício positivo da capacidade ministerial – o oferecimento da denúncia criminal – tem-se início a segunda fase da persecução penal, na qual o Ministério Público atua como Estado-Acusação, aquele que deduz a pretensão perante o órgão julgador com o fim de produzir as provas necessárias à instrumentalização da pena. O exercício negativo da capacidade institucional, a promoção de arquivamento do caso em análise, implica a não deflagração da segunda fase da persecução penal fundada na inexistência dos elementos necessários (ausência de autoria ou materialidade, ou ainda, a ocorrência de causas que provocam a inviabilidade da ação penal, tais como a prescrição).

Esse juízo de decisão acerca do começo da pretensão criminal foi conferido ao Ministério Público com exclusividade pelo Constituinte Originário. Tal regra, nas ações penais públicas incondicionadas, excepciona a ocorrência de inércia da atividade ministerial, a qual dá azo à atuação do particular.

Antes da recente reforma estrutural do sistema de justiça criminal, o arquivamento do caso penal se dava por decisão do Ministério Público, a qual deveria, em ato complexo, ser homologada pelo Poder Judiciário. Caso o juízo não concordasse com a conclusão ministerial, deveria submeter o caso ao órgão superior do Ministério Público que teria a última palavra sobre o arquivamento. De outro modo, caso o órgão de cúpula decidisse pela homologação do arquivamento, o juízo não tinha opção – deveria acatá-la e arquivar definitivamente o caso.

Na sistemática processual penal, o arquivamento da investigação penal não pode ser determinado nem pela autoridade policial (art. 17, do Código de Processo Penal), nem mesmo pela autoridade judiciária. Incumbe exclusivamente ao Ministério Público avaliar se os elementos de informação de que dispõe são suficientes para o oferecimento da denúncia, razão pela qual nenhum inquérito ou procedimento de investigação criminal pode ser arquivado sem o expresse requerimento ministerial.⁸ O arquivamento é um ato complexo, pois envolve prévio requerimento formulado pelo órgão do Ministério Público Federal, e posterior do órgão superior (Câmara de Coordenação e Revisão ou o juízo) (LIMA, 2018).

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1.Turma). HC 88.589/GO. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 28 de novembro de 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 23 mar. 2007.

O sistema anterior é errático, pois há nitidamente o envolvimento cognitivo com o sucesso da pretensão, violando-se flagrantemente a paridade de armas e causando uma inevitável inversão do ônus da prova, que doravante passa a ser da defesa em provar a sua inocência. Tal celeuma não acontece quando a análise do arquivamento é realizada pelo próprio Ministério Público, por meio das Câmaras de Coordenação e Revisão ou pelo procurador-geral de Justiça, pois nesse caso é o próprio Estado-Acusação que firma a convicção no sentido de existir a conduta criminosa, em plena adequação ao sistema acusatório aqui defendido.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já anunciava esse entendimento antes mesmo da mudança legislativa quando definiu que o chefe do Ministério Público estadual é a autoridade própria para aferir a legitimidade do arquivamento do PIC. Logo, desca-be a submissão da decisão de arquivamento ao Poder Judiciário.⁹ Do mesmo modo se constituía o entendimento das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.¹⁰

A Lei Anticrime alterou o art. 28 do Código de Processo Penal¹¹ para atualizar o sistema e impor novo papel à instância revisional ministerial. A literalidade do novo dispositivo ratifica a competência privativa do Ministério Público para ordenar o arquivamento do fato penal, na esfera de inquérito policial presidido pela autoridade policial ou elementos informativos da mesma natureza. Isso quer dizer que a decisão da autoridade policial de arquivar o fato criminal sem remessa ao Ministério Público, por vício absoluto de competência, é completamente inválida. Veja que o controle não deixou de existir, mas foi otimizado para ser mais consentâneo com o princípio acusatório.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1.Turma). MS 34730/DF. Mandado de segurança. Direito Processual Penal. Ato do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Arquivamento de Procedimento de Investigação Criminal – PIC. Procedimento de competência originária do Procurador-Geral de Justiça. Arquivamento por insuficiência probatória. Desnecessidade de submissão da decisão de arquivamento ao Poder Judiciário. Inaplicabilidade do art. 28 do Código de Processo Penal. Segurança concedida. Impetrante: Ministério Público do Estado do Maranhão. Impetrado Presidente do CNMP. Relator: Min. Luiz Fux, 10 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, 24 mar. 2020.

10 Orientação Conjunta nº 01/2015. As 2ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, reunidas em 16 de março de 2015, os membros do Ministério Público Federal atuantes em escritórios vinculados às 2ª, 5ª e 7ª Câmaras a submeterem as promoções de arquivamento de inquéritos policiais, de procedimentos investigatórios criminais (PICs) e de notícias de fato ou peças de informação diretamente à Câmara competente, para fins de revisão.

11 Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. § 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. § 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Outro avanço legislativo é a obrigação legal de o membro do Ministério Público ter que comunicar à vítima, ao investigado e à autoridade policial da decisão de arquivamento proferida. Essa novidade confere maior transparência à apuração do fato penal, pois a vítima é cientificada da decisão ministerial, sendo-lhe facultada, no prazo de 30 dias, o oferecimento de recurso a ser julgado pela instância superior do Ministério Público. Antes da inovação, a vítima não possuía qualquer participação no processo de arquivamento, devendo, tão somente, acompanhar a atuação ministerial e a homologação do Poder Judiciário, isso porque a ação penal pública subsidiária somente é cabível com a inércia ministerial. No caso de crimes contra a Administração Pública, o órgão de representação judicial terá capacidade postulatória recursal para defender os interesses fazendários diante do Ministério Público.

A ciência ao investigado também é merecedora de aplausos. Dar-lhe conhecimento das razões do arquivamento do caso penal tem o mesmo efeito de receber a comunicação de uma sentença absolutória, só que consignada com a cláusulas *rebus sic stantibus*, pois o feito poderá ser desarquivado caso sejam descobertas novas provas. Esse conhecimento é importante, também, para que a defesa avalie o conjunto probatório sob o qual a decisão ministerial fora tomada, o que proporcionará uma convicção acerca da presença de novas provas aptas ao desarquivamento. Com a ciência do arquivamento, o controle sobre o desarquivamento será imediato e eficaz por parte da defesa.

Por fim, a ciência à autoridade policial da decisão de arquivamento possui efeitos prospectivos. O entendimento ministerial na interpretação da lei penal e na aplicação dela ao caso concreto invariavelmente norteia a ação policial de forma a melhor gerenciar os recursos investigatórios a casos com maior probabilidade de identificação da materialidade e autorias delitivas. Com a possibilidade de eleição de prioridades investigativas por parte do Ministério Público, o encaminhamento do arquivamento penal à autoridade policial é revelador do melhor caminho a ser seguido para a efetividade do sistema de justiça criminal. A única observação cabível em relação a essa obrigação legal é no sentido de que a intimação do delegado de Polícia deve se dar após o juízo de homologação do órgão revisor, pois assim haverá uma comunicação mais efetiva do deslinde do caso penal.

Essas novidades, portanto, são muito bem-vindas ao sistema de justiça.

4 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A QUE A HOMOLOGAÇÃO DE ARQUIVAMENTO DE FATOS PENAIS SEJA DE ATRIBUIÇÃO DO PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO

É possível elencar seis argumentos jurídicos que sustentam a constitucionalidade da mudança legislativa levada a efeito pela Lei Anticrime.

Em primeiro lugar, de ordem legislativa e temporal, o art. 62, IV, da Lei Complementar nº 75/1993, que invoca a atribuição da Câmara de Coordenação e Revisão para a análise das promoções e arquivamento, é posterior ao art. 28, do Código de Processo Penal de 1941, a partir do que se pode argumentar que houve uma derrogação do sistema anterior, na forma do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.¹² Essa derrogação fora confirmada com a mudança da Lei Anticrime com disposição expressa do novo art. 28, do Código de Processo Penal, estendendo a mudança a todos os ramos do Ministério Público.

Um segundo argumento, conforme defendido em item anterior: o sistema de justiça criminal brasileiro se pauta como sistema acusatório, pelo qual há nítida separação entre os órgãos de acusação criminal e de julgamento. Assumir como possível a interferência judicial na opinio delicti do Ministério Público consiste em desprezar consideravelmente as atribuições constitucionais privativas do *Parquet* e as próprias competências do Judiciário. Ao Poder Judiciário não se insere a função de dizer o que pode ou não pode ser considerado crime antes da imputação de um fato delituoso. Na fase pré-processual, cabe ao Judiciário tão somente proteger as garantias constitucionais do suspeito, do investigado. Exemplo claro dessa asserção é a construção jurídico-legislativa da figura do juiz de garantias — também incluído no Sistema Processual Penal pela Lei Anticrime — o qual possui funções *pro reo* durante a investigação criminal.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou:

O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um 'magistrado de garantias', mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a opinio delicti do Ministério Público. [...] mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de

¹² Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas.¹³

No sistema acusatório, o Judiciário é, por definição e por natureza, um agente imparcial, que deve permanecer e se manter inerte até ser provocado. E entre estas não se encontra o poder de intervir na *opinio delicti* do órgão acusador, isto é, não compete ao órgão judicial dizer o que é e o que não é crime antes de eventual ajuizamento de ação penal, atribuição privativa e indelegável do Ministério Público.

Numa terceira posição argumentativa, a homologação de arquivamento realizada em juízo inevitavelmente impõe mácula à convicção judicial sobre o tema, uma vez que, ao adiantar o juízo sobre a presença de justa causa, ocorre violação ao direito à ampla defesa, pois antes mesmo de se instaurar a instrução processual (nem mesmo a fase processual foi inaugurada), o Poder Judiciário se debruça sobre questões que podem ser objeto de controvérsia. Imaginemos uma promoção de arquivamento fundada na ausência de autoria. Se o Judiciário entender por existir a autoria e determinar a aplicação do art. 28, do Código de Processo Penal, ter-se-á por invertido o ônus probatório para a defesa comprovar que não foi autor do delito, uma vez que a convicção judicial, antes mesmo de haver processo, já se demonstrou nesse sentido.

Não é papel do Judiciário incentivar esse tipo de comportamento. Ao explicitar que certo fato deve ser objeto de acusação penal, o juiz torna-se parcial. Ao afirmar existir indícios suficientes de materialidade ou autoria delitivas, ou emitindo juízo positivo acerca de qualquer dos elementos configuradores de crime, à defesa não restaria muito o que sustentar. Eventuais teses defensivas, como negativa de autoria ou atipicidade do fato, já estariam seriamente prejudicadas pela manifestação judicial. Eventual fato imputado, como se percebe, se encontraria, de certa forma, pré-julgado.

Em quarto argumento, a própria literalidade do antigo art. 28 do Código de Processo Penal de 1941 dispõe que compete ao Ministério Público dar a última palavra sobre a propositura da ação penal. Isso porque, se o juízo entender pela não homologação do arquivamento, ele deve encaminhar os autos da investigação para a instância revisional

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Inq 2.913-AgR. Inquérito. Foro por prerrogativa de função. Parlamentar. Nomeação de funcionário para o exercício de funções incompatíveis com o cargo em comissão ocupado. Possibilidade, em tese, de configuração do crime de peculato desvio (art. 312, *caput*, do Código Penal). Arquivamento de inquérito de ofício, sem oitiva do Ministério Público. Impossibilidade. Princípio acusatório. Doutrina. Precedentes. Agravo regimental conhecido e provido. Relator: Min. Dias Toffoli, 1º de março de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 21 de jun. 2012.

ministerial, que definiria o caso, seja homologando o arquivamento (o que não caberá qualquer outra medida), seja concordando com o Poder Judiciário, podendo a própria Câmara de Coordenação e Revisão ou o procurador-geral de Justiça propor a ação penal ou designar outro membro a fazê-lo.

Dessa forma, se o próprio art. 28 do CPP em sua redação originária dispõe que o procedimento é que a última palavra sobre a propositura da ação penal seja dada pelo Ministério Público, por que insistir no arquivamento judicial se ele afronta as diretrizes do sistema acusatório? Não me parece razoável.

Como quinto argumento, conforme mencionado anteriormente, a promoção de arquivamento com homologação no próprio Ministério Público é consentânea ao princípio acusatório, pois mantém a decisão de não propositura da ação penal e a fiscalização da facultatividade condicionada da denúncia no próprio órgão de acusação, fomentando a atuação judicial na fase pré-processual tão somente para garantia de direitos constitucionais.

Tal procedimento já ocorre nos inquéritos civis. O art. 9º da Lei de Ação Civil Pública dispõe que, no arquivamento de autos de inquérito civil, deve o órgão de execução do Ministério Público remeter os autos ao órgão revisional, no caso a Câmara de Coordenação e Revisão. Com isso, não haveria qualquer prejuízo à fiscalização do princípio da obrigatoriedade. Aliás, a fiscalização seria acentuada, na medida em que todo arquivamento, assim como acontece com os inquéritos civis, passaria a depender da homologação do órgão revisor *interna corporis*.

No âmbito do Ministério Público Federal, por exemplo, a decisão de homologação nas Câmaras de Coordenação e Revisão são tomadas em colegiado a partir de amplo debate entre os membros do MPF que compõem o último nível da carreira, os subprocuradores-gerais da República. Além disso, como as Câmaras são órgãos com atribuição em todo o território brasileiro, faz-se possível analisar a política criminal federal em âmbito nacional, obtendo-se importantes dados sobre a atuação do Ministério Público Federal, podendo, dentro da ótica da facultatividade condicionada da ação penal, elaborar diretrizes para a política criminal nacional.

A visão nacional da política criminal que pode ser feita pela Câmara de Coordenação e Revisão colabora em grande medida para a efetividade do sistema de justiça criminal. Com isso, faz-se possível a edição de enunciados de entendimentos para orientar os membros de primeiro grau, bem como a elaboração de orientações não vinculantes,

mas que pautam temas tido como relevantes e prioritários na atuação do Ministério Público Federal.

Para se ter uma ideia da relevância da homologação de arquivamento dos fatos penais, basta analisar o relatório feito pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 2018, catalogando dados do ano de 2017.¹⁴ Em 2017, nos Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal e Territórios foram instaurados 17.544 procedimentos de investigação criminal, dos quais 12.307 foram arquivados e somente 3.802 foram objeto de denúncia penal. Em relação aos inquéritos policiais, foram arquivadas 696.335 investigações e propostas 830.280 ações penais.

Veja no gráfico a seguir o comparativo entre o oferecimento de denúncia e o arquivamento do fato penal.

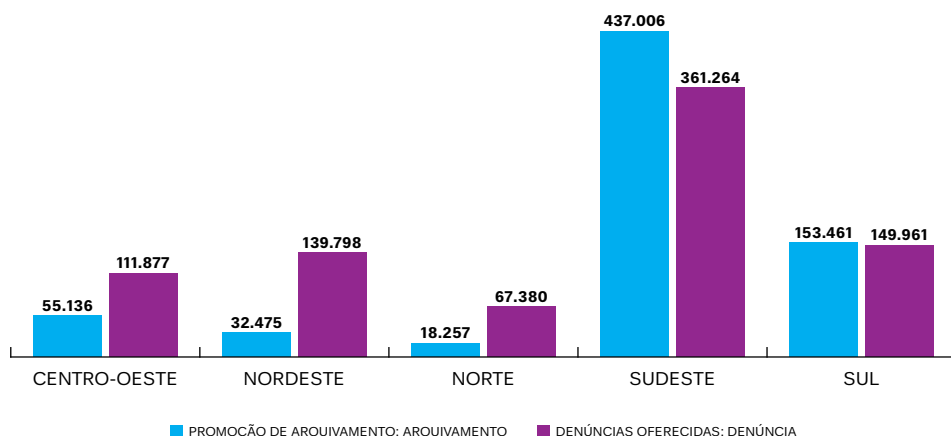


Figura 1: Comparativo entre denúncias e arquivamentos penais em sede dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal.

No âmbito do Ministério Público Federal, segundo o mesmo relatório, foram arquivados 2.111 procedimentos de investigação criminal e oferecidas 410 denúncias a partir de tal procedimento. Em se tratando de inquéritos policiais, no ano de 2017 promoveu-se o arquivamento de 38.031 investigações e foram oferecidas 19.091 ações penais a partir do trabalho da Polícia Judiciária.

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ministério Público: um retrato 2018**. Brasília: CNMP, 2018. v. VII. 292 p.

O que se vê dos dados é que a taxa de arquivamento é bem superior àquela atinente ao oferecimento de ações penais, o que implica maior importância desse instrumento para a execução da política criminal.

Como cediço, o Direito Penal tem como finalidade precípua a proteção de bens jurídicos. Somente a análise de todo o sistema criminal em âmbito nacional faz possível vislumbrar com grande grau de certeza quais bens jurídicos estão ameaçados e carecem de maior incidência do Direito Penal. Além disso, com os dados obtidos com a homologação de arquivamento levada a efeito por todos os membros do MPF no Brasil, faz-se viável o estabelecimento de prioridades na atuação ministerial, com a definição de temas importantes, além da coordenação de ações em vários níveis com a edição de manuais e peças processuais que podem ser replicadas a vários nichos de atuação.

Em sexto e última posição argumentativa, amplamente divulgado e conhecido no meio jurídico é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do requerimento do procurador-geral da República pelo arquivamento de inquérito policial. Tratando-se de chefe da Instituição (no caso, do MPU), o requerimento ministerial torna-se irrecusável. Por duas ordens de razões: (i) a manifestação é proveniente do procurador-geral da República; (ii) inexistente órgão de revisão com atribuição de reexaminar tais manifestações. Tal entendimento, mais uma vez, reforça o posicionamento aqui vindicado de que a homologação de arquivamento deve se dar no âmbito interno no MPF.

Com esses argumentos, vê-se que a inovação legislativa é consentânea com o espírito acusatório da Constituição Federal, trazendo para o sistema de justiça criminal uma correção da posição do Poder Jurisdicional quando inexistente processo penal em curso.

5 OS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FORMULAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL

A simples mudança da autoridade competente para homologar os arquivamentos dos fatos penais é capaz de mudar todo eixo da execução da política criminal brasileira. Os órgãos de revisão ministerial ganharam importância ímpar no sistema de justiça, pois, ao lado do Poder Judiciário — este quando há um juízo positivo ministerial com o oferecimento da denúncia — são responsáveis por uniformizar o entendimento da aplicação da lei penal e, assim, definir prioridades de atuação do Ministério Público brasileiro.

Tal alteração legislativa implica grandes desafios à atividade ministerial, sobretudo no contexto fático de pouca efetividade da justiça criminal na fase investigativa. Todos os membros do Ministério Público deverão promover uma constante vigilância no ativismo da interpretação da lei penal, a qual deve ser consentânea com os avanços sociais a partir de um escopo coletivo formulado a partir de estudos técnicos sobre toda a política criminal, evitando-se posições ideológicas e fundadas em interesses individuais. Nesse contexto, alguns desafios de ordem prática deverão ser dirimidos pelos órgãos de revisão ministerial, para os quais exponho alguns pontos.

O órgão revisional nessa nova formatação receberá grande quantidade de procedimentos que antes eram encaminhados ao juízo criminal. Como não há previsão orçamentária *ex ante* para a ampliação dos quadros de pessoal do Ministério Público, devem-se buscar soluções visando uniformizar teses jurídicas acerca da aplicação da lei penal visto que os casos enquadráveis nas teses firmadas pelo órgão revisor carecem de serem remetidos para análise, pois já estão na linha do que é decidido pelo órgão superior. É nesse sentido o trabalho levado a efeito pelas Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal com a criação de enunciados de entendimento.¹⁵ Tal procedimento não é violador da literalidade legislativa e proporciona a higidez do sistema de controle, pois confere ao interessado a possibilidade de arrazoar recurso ao órgão de revisão que, nessa hipótese, está obrigado a atuar.

De outro lado, a maior gestão das investigações e dos arquivamentos dos fatos penais exige maior investimento em soluções de tecnologia para promover a virtualização dos procedimentos, seja ministeriais, seja policiais. Na esfera federal, os procedimentos ministeriais já tramitam em maioria eletronicamente. O inquérito policial, da mesma forma, paulatinamente vem sendo virtualizado. Tal prática garante a eficiência da tramitação processual e maior transparência nas ações dos órgãos de persecução, sobretudo pelos registros em sistema eletrônico de todos os atos procedimentais.

Enquanto os autos dos procedimentos ainda são físicos, surge na prática a discussão de onde se dará o arquivamento, ou seja, a guarda efetiva dos processos. As Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, antes mesmo da alteração legislativa, tinha entendimento consolidado de que a guarda dos autos deveria ser realizada pelo Poder Judici-

15 Enunciado nº 36. Quando o arquivamento da notícia de fato, do procedimento investigatório criminal ou do inquérito policial for promovido com fundamento nas hipóteses previstas na Resolução CNMP nº 174, de 4 de julho de 2017, ou tiver por base entendimento já expresso em enunciado ou orientação da 2ª Câmara, os autos não deverão ser remetidos à 2ª CCR, salvo nos casos de recurso ou quando o membro oficiante julgar necessário, registrando-se apenas no Sistema Único e cientificando-se o interessado por correio eletrônico.

ário.¹⁶ Do ponto de vista estrutural do sistema acusatório, entendo que o arquivamento físico dos autos deveria se dar no âmbito do Ministério Público, pois este institucionalmente é responsável pela condução das investigações e, em caso de desarquivamento por novas provas, deve o *Parquet* promover a retomada das apurações. Não há qualquer interesse do acautelamento dos autos no Poder Judiciário, a não ser o fato de que tal Poder Constituído recebe custas judiciais, ou seja, taxa, para a prestação do serviço de arquivamento. O que se propõe é uma alteração no sistema constituído.

Se os autos ficariam arquivados no Ministério Público, os bens apreendidos não deveriam ser encaminhados ao órgão acusatório. Tal fato se dá porque a competência para deliberar sobre pedidos de restituições ou é da autoridade policial ou da autoridade judicial. Do mesmo modo, como os bens apreendidos em decorrência de prática criminosa podem sofrer perdimento por parte de decisão judicial, o Poder Judiciário deve acautelá-los.

De outro modo, a nova sistemática não modificará a tramitação direta do inquérito entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, grande avanço na celeridade das investigações policiais. A única diferença é que o arquivamento deve ser informado ao delegado de Polícia para controle e formação de entendimento sobre as próximas investigações.

Outra questão prática importante é o oferecimento parcial de denúncia em investigações criminais. O *dominus littis* pode, a partir de sua convicção formada por meio dos elementos de informação colhidos na investigação, decidir por denunciar alguns fatos ou alguns autores e, em relação a outros, promover o arquivamento de fatos ou de autores inicialmente indiciados pela autoridade policial. Nesse caso, o arquivamento, que era realizado na cota da denúncia, agora deve ser cindido da pretensão acusatória, devendo o membro do Ministério Público encaminhar ao órgão de revisão interno a decisão de arquivamento com cópia integral da investigação. A pretensão positiva, por sua vez, deve ser encaminhada ao Poder Judiciário para o juízo de recebimento da ação penal.

Essas são apenas algumas questões práticas que afetam diretamente a realidade do Ministério Público no âmbito criminal. É natural que, com a aplicação do instituto, novos desafios emergirão, os quais devem ser enfrentados de modo a conferir eficiência ao sistema de justiça criminal sem desprezar o farto arcabouço de direitos fundamentais estampados na Constituição de 1988.

16 Orientação Conjunta 3/2016. A 2ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão, reunidas em 22 de fevereiro de 2016 orientam os membros do Ministério Público Federal no sentido de que, em caso de arquivamento de inquérito policial, homologado por uma das Câmaras com competência criminal, os respectivos autos devam ser encaminhados à Justiça Federal para baixa em seus registros e arquivamento físico, devendo-se oficiar também ao Departamento de Polícia Federal, dando-lhe conhecimento do arquivamento.

O que há de se ressaltar é o avanço legislativo na mudança da sistemática do arquivamento penal, o qual implicará maior racionalização do sistema de justiça criminal.

6 CONCLUSÃO

Há evidente avanço legislativo na mudança da sistemática do arquivamento do fato penal. Considerando as premissas de que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório e, principalmente, concedeu ao Ministério Público a exclusividade da ação penal pública incondicionada, garantindo aos membros do MP independência funcional e subordinação técnica tão somente ao sistema jurídico instituído, a opção mais adequada ao atual sistema é que o arquivamento seja homologado internamente no próprio Ministério Público mediante sistema de controle pelos órgãos de cúpula.

Essa mudança procedimental implica novo olhar para o papel dos órgãos de cúpula ministerial, pois estes passarão a exercer protagonismo na condução da política criminal brasileira. Esse desafio deve vir acompanhado de uma atuação responsável para desenhar a melhor interpretação da lei penal brasileira, conferindo efetividade à investigação criminal e otimizando a ação acusatória.

Referências

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 4 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). HC 88.589/GO. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 28 de novembro de 2006. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 23 mar. 2007.

_____. MS 34730/DF. Mandado de segurança. Direito Processual Penal. Ato do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. Arquivamento de Procedimento de Investigação Criminal – PIC. Procedimento de competência originária do Procurador-Geral de Justiça. Arquivamento por insuficiência probatória. Desnecessidade de submissão da decisão de arquivamento ao Poder Judiciário. Inaplicabilidade do art. 28 do Código de Processo Penal. Segurança concedida. Impetrante: Ministério Público do Estado do Maranhão. Impetrado Presidente do CNMP. Relator: Min. Luiz Fux, 10 de dezembro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, 24 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Inq. 2.913-AgR. Inquérito. Foro por prerrogativa de função. Parlamentar. Nomeação de funcionário para o exercício de funções incompatíveis com o cargo em comissão ocupado. Possibilidade, em tese, de configuração do crime de peculato desvio (art. 312, *caput*, do Código Penal). Arquivamento de inquérito de ofício, sem oitiva do Ministério Público. Impossibilidade. Princípio acusatório. Doutrina. Precedentes. Agravo regimental conhecido e provido. Relator: Min. Dias Toffoli, 1º de março de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, 21 de jun. 2012.

_____. ADI 5.104-MC/DF. Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema Acusatório e Papel Institucional do Ministério Público. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 set. 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. **Novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

FISCHER, Douglas. O sistema Acusatório Brasileiro à Luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156. **Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Rio de Janeiro, p. 250-282, 2011. Disponível em: http://www.prrj.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf. Acesso em: 4 jan. 2020.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. 9. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 164 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 86 p.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova reforma do Código de Processo Penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 34. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 13. ed. rev., e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



O JUIZ DAS GARANTIAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Ana Paula Rebelato Luizão¹

José Mauro Luizão²

Resumo: A Lei nº 13.964/2019 criou a figura do juiz das garantias, destinada a resguardar a imparcialidade do julgador da ação penal, ao vedar que o magistrado que atuou na fase pré-processual julgue a correspondente ação. Aponta-se o instituto como indispensável para o sistema acusatório e para a efetivação das garantias na fase de investigação. Em que pese o louvável propósito de sua criação, seu cotejo com os direitos fundamentais revela sua inocuidade para os fins propostos. Mostra-se ainda desnecessário, considerada a inexecutoriedade da sentença de primeiro grau, vez que seu objetivo já é alcançado via duplo grau de jurisdição, pois os juízes dos tribunais de apelação já mantêm o devido distanciamento da instrução probatória. Experiências assemelhadas no direito estrangeiro existem especialmente em países em que há executoriedade de sentenças de primeiro grau, demonstrando sua desnecessidade no ordenamento brasileiro. Ademais, pode ser nocivo, por partir de premissas contrárias aos princípios processuais penais e por criar a figura de um juiz presumivelmente parcial, que será responsável pela preservação dos direitos dos investigados na fase em que esta proteção é mais necessária.

Palavras-chave: Juiz de Garantias. Garantismo. Necessidade. Conveniência.

Abstract: *Despite the praiseworthy purpose of its creation, its comparison with fundamental rights reveals its inaptitude for the proposed purpose. It is also unnecessary, once the first degree judgment lacks of enforceability and the goal is already achieved by the double degree of jurisdiction, because appeal judges maintain proper distance of the discovery phase. Resemble experiences in foreign law exist mostly in countries where the first degree jurisdiction is enforceable, showing its redundancy in the brazilian's criminal justice system. Furthermore, it can be harmful since it is based on assumptions opposite to criminal procedure principles and creates the figure of a presumably partial judge, who would be responsible for the preservation of the defendant's rights during the procedure phase in which this preservation is more needed.*

Keywords: Judge of Guarantees. Guaranteeism. Necessity. Convenience.

1 Pós-graduada em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania e advogada.

2 Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina e procurador da República em Londrina/PR.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019 introduziu a figura do juiz das garantias no Código de Processo Penal, atribuindo a esse magistrado o controle da legalidade das investigações e a tutela dos direitos e garantias fundamentais do investigado no curso do inquérito policial e de outros meios de investigação criminal pré-processual. No modelo instituído, o juiz das garantias somente atuaria durante a fase de investigação e no recebimento da denúncia, vedando-se ao magistrado que realizar qualquer atividade inserida nas suas competências a atuação na fase processual da correspondente ação penal. A finalidade dessa distinção das funções dos magistrados seria evitar a contaminação do juiz da causa, que decorreria do seu contato imediato com as provas produzidas durante a fase do inquérito. Espera-se assegurar a imparcialidade do juiz responsável pela decisão de mérito, por meio de seu distanciamento dos elementos de provas coletados na fase pré-processual.

O juiz das garantias não assume, nesse modelo, as características de um juiz de instrução, porque a ele não se atribui a atividade da investigação. Trata-se meramente de especialização das funções jurisdicionais realizadas na fase da investigação e na fase processual, atribuídas a juizes distintos.

Essa nova figura vem sendo bastante criticada. Para parcela da doutrina e de diversos órgãos de classe, seria ela inócua para a finalidade de efetivar a imparcialidade do julgador, ao mesmo tempo em que se revelaria de difícil implantação no país, especialmente em razão do grande número de pequenas comarcas, locais em que é inviável a regra de impedimento prevista pelo instituto.

Escapa ao escopo deste trabalho qualquer análise sobre a viabilidade da instituição do juiz das garantias, razão pela qual se dedica apenas a considerações acerca da coerência dos pressupostos da sua adoção e da correspondência dos seus possíveis efeitos com os fins que a justificaram.

Para tanto, previamente, avalia-se o pressuposto de que o juiz que atua na fase do inquérito tem sua imparcialidade comprometida, para, em seguida, efetuar-se considerações acerca da eficácia do juiz das garantias para preservar a imparcialidade do juiz do processo.

A essência do trabalho consiste na apreciação da necessidade e da conveniência da criação juiz das garantias. Avalia-se a necessidade do instituto no direito brasileiro, especialmente em face dos princípios da imediatidade, da identidade física do juiz e do du-

plo grau de jurisdição, conjugado com a inexecutoriedade da sentença de primeiro grau. No que tange à conveniência, avalia-se em que medida a criação do juiz das garantias contribui para assegurar efetivamente os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, considerada a sua condição de acusado, durante a instrução criminal, mas também a de investigado, na fase pré-processual.

2 O JUIZ DAS GARANTIAS NA LEI Nº 13.964/2019 E NO DIREITO COMPARADO

Com o objetivo de elaborar um sistema processual penal condizente com os preceitos da Constituição Federal de 1988, que se caracteriza pelo pressuposto central da garantia dos direitos individuais e sociais, a alteração procedida no Código de Processo Penal tem como características marcantes a consagração da perspectiva garantista, em um modelo que almeja o aprimoramento do sistema acusatório.

A Teoria do Garantismo reporta-se à obra publicada por Luigi Ferrajoli em 1989, *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*, com o propósito de tutelar os direitos fundamentais dos indivíduos em face do exercício arbitrário do poder estatal, de modo a solucionar um dos principais problemas jurídicos na atualidade, referente à discrepância entre os direitos fundamentais do homem na teoria e na prática (BOBBIO, 2004, p. 25). Para tanto, a Teoria do Garantismo afirma que a efetivação dos direitos fundamentais constitui a finalidade do Estado e do Direito, de modo que as normas jurídicas apenas seriam materialmente válidas se orientadas, além de seu fim imediato, à concretização de tais direitos (FERRAJOLI, 2002, p. 683-686).

Neste ponto, cabe referir que o garantismo não se esgota na Teoria do Garantismo de Ferrajoli, sendo esta também mais abrangente do que sua perspectiva meramente processual penal, por aplicar-se a todos os ramos do direito. Nesse sentido, a teoria de Ferrajoli, em que pesem as críticas por seu caráter eminentemente positivista, consiste em importante marco para a compreensão da concepção garantista do processo penal.

A lei processual adequada à teoria garantista, portanto, deve ser orientada para a proteção, contra o arbítrio punitivo estatal, dos acusados da prática de ilícitos penais. Entretanto, vai além, sendo necessária para a efetividade da norma a realização concreta dos direitos e garantias fundamentais, bem como a sua adequação para a concretização dos valores a que o Estado e o Direito se propõem.

Como expoente da perspectiva garantista e do seu objetivo de conferir inteira aplicação do sistema acusatório no decorrer da ação penal, a alteração procedida no Código de Processo Penal prevê a figura do juiz das garantias, instituto desconhecido da história jurídica nacional e de pouca disseminação no direito estrangeiro, cuja previsão acarretou a maior controvérsia doutrinária entre todas as alterações introduzida no Código de Processo Penal.

Conforme preceitua o art. 3º-B introduzido no CPP, o juiz das garantias somente atuaria na fase de investigação, devendo ser necessariamente diverso do julgador da ação penal. Desse modo, ficaria impedido de atuar no processo o magistrado que exercer, durante a investigação, qualquer ato inserido no rol de competências do juiz das garantias.

Afirma-se que com tal medida evitar-se-ia a “contaminação” do juiz da causa e o “comprometimento de resultado e vinculação psicológica que o magistrado que atuou na investigação carrega para dentro da ação penal” (MORAES, 2010), de modo a resguardar a sua imparcialidade e garantir maior efetivação do princípio acusatório.

Assim, embora concebido com a finalidade primária de tutelar, de forma direta e imediata, os direitos e garantias do investigado no curso da investigação criminal, o juiz das garantias destina-se, na essência, a assegurar a imparcialidade do juiz responsável pela decisão de mérito, por meio de seu distanciamento dos elementos de provas colhidos durante a investigação.

Nos termos do *caput* do art. 3º-A, o juiz das garantias é responsável pelo “controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”. Assim, de acordo com a redação do *caput*, a atuação efetiva do juiz das garantias seria reservada a determinadas hipóteses, como inquéritos em que há medidas constritivas, além da atribuição de decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos de seu inciso XIV.

Para a concretização de seu nobre fim de resguardar as inviolabilidades pessoais dos investigados, foi conferido ao juiz das garantias um amplo rol de competências, indicadas no art. 3º-B, as quais são atualmente exercidas pelo próprio juiz da causa. Ao realizar qualquer uma das condutas descritas no citado artigo, o juiz estará impedido de atuar no processo, uma vez que, na visão do projeto, a perda de sua imparcialidade seria uma possibilidade concreta.

A sua atividade perduraria por toda a investigação criminal, cessando apenas com o recebimento da denúncia ou queixa, conforme disposto no art. 3º-C, de sorte que eventuais questões pendentes deverão ser solucionadas pelo juiz da causa. As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução, que deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso (art. 3º, § 2º). Não há, assim, qualquer tipo de vinculação entre as decisões do juiz das garantias e o juiz do processo.

O instituto do juiz das garantias não se confunde com o modelo instituído pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do Departamento de Inquéritos Policiais (Dipo), cuja criação não tem por objetivo evitar qualquer “contaminação do juiz da causa”, mas apenas a racionalização da atuação das centenas de varas criminais da capital paulista. Ademais, trata-se de modelo que, embora tivesse por meta a extensão para todas as comarcas do Estado, acabou limitado à capital paulista, em razão das imensas dificuldades para sua disseminação.

Malgrado eventuais comparações, o instituto do juiz das garantias também diverge substancialmente dos denominados Juizados de Instrução, como o adotado, por exemplo, na França, sistema complexo e com pressupostos e características inteiramente distintos do modelo brasileiro.³

De igual forma, embora existam nos ordenamentos de países como Estados Unidos, Portugal, Espanha, Itália e Panamá figuras com algum ponto em comum com o instituto criado no Brasil, nenhum deles apresenta as mesmas características e a mesma abrangência.

Ademais, como adiante se mencionará, a introdução do juiz das garantias em alguns desses países seria mais justificada que no ordenamento brasileiro, porque neles a sentença de primeiro grau é imediatamente executável.

Necessário assim analisar os pressupostos da adoção da figura do juiz das garantias e a correspondência dos seus possíveis efeitos com os fins que justificaram a sua instituição.

3 Em verdade, no sistema francês, o juiz de instrução se assemelha ao delegado de Polícia de nosso ordenamento, coordenando o trabalho policial e indiciando suspeitos, razão pela qual é impedido de julgar a ação penal consequente, enquanto o juiz que mais se assemelha à figura do juiz das garantias é o juiz das liberdades e da detenção, embora ambos tenham algumas funções superpostas, como a decretação de prisões (arts. 49-230 do Código de Processo Penal francês).

3 O PRESSUPOSTO DA CONTAMINAÇÃO DO JUIZ QUE ATUA NO INQUÉRITO POLICIAL

A instituição do juiz das garantias somente se justifica, caso se admita o pressuposto de que a atuação do magistrado na fase pré-processual o predispõe a decidir em desfavor do acusado, em razão de uma vinculação psicológica às teses da acusação.

Trata-se de pressuposto controvertido e insuscetível de comprovação empírica e que aparentemente desconsidera a distinção entre a natureza inquisitiva do inquérito, em contraponto com a natureza acusatória do processo penal, e especialmente a natureza das funções que são, ou deveriam ser, exercidas pelo magistrado na fase de investigação.

Postula-se a inevitabilidade da contaminação do magistrado, em razão de sua vinculação psicológica com as provas em desfavor do investigado, de cuja produção, de alguma forma, participou ou teve conhecimento.

Esse pressuposto se fundamenta na denominada “Síndrome de Dom Casmurro ou Teoria dos Quadros Mentais Paranoicos”, a exemplo do estudo desenvolvido por Bernd Schünemann.⁴ Concluiu o autor que, quanto menos informações sobre os fatos tiver o juiz da causa, maior será sua propensão a absolver o acusado, especialmente se não houver diretamente formulado questões às testemunhas.⁵

Inevitável a constatação, todavia, de que se trata de uma tautologia, na medida em que, quanto mais se aproximar o juiz da causa da absoluta ignorância acerca dos fatos e das provas produzidas no inquérito e durante a instrução criminal, menos elementos terá ele para concluir pela condenação do acusado, ainda que mais não seja pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*, vigente em todos os sistemas processuais submetidos ao estado de direito e ao devido processo legal.

4 SCHÜNEMANN, Bernd. **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?** Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=140. Acesso em: 26 jan. 2020. Como resumiu o autor, “todos os 17 juízes criminais, que conheceram o inquérito, condenaram. Por outro lado, os juízes, que não foram equipados com esta peça de informações, sentenciaram com maior nível de ambivalência, tanto que, neste subgrupo, 8 condenaram e 10 absolveram o acusado”. O maior nível de significância de diferença no comportamento judicial foi verificado na tabela que distingue a possibilidade de inquirição de testemunhas. “Nesta se identifica, em seu lado esquerdo, que os juízes com conhecimento do inquérito proferiram 8 sentenças condenatórias e nenhuma absolutória. Já do subgrupo dos magistrados sem acesso a essa fonte de conhecimento, apenas 3 condenaram”.

5 Cabe observar que no sistema processual alemão, diversamente do brasileiro, o inquérito transcorre sem a participação da defesa, o que levou o autor a afirmar que “o inquérito tem sido alvo de muitas críticas em razão de ser formado apenas do ponto de vista da perspectiva policial e, também, porque o inquérito relega um papel geralmente inferior à defesa nesta fase pré-processual, ou seja, à defesa não é destinado qualquer lugar”.

Evidentemente, deve-se reconhecer que o equívoco da tese da parcialidade de todo juiz que atua no inquérito não deve levar à conclusão igualmente equivocada de que jamais ocorrerá a retirada da imparcialidade do magistrado, em determinadas circunstâncias, em razão de uma indevida compreensão da natureza da sua função na fase de investigações ou em razão da natureza e da amplitude da cognição que veio a exercer.

Em algumas hipóteses, ainda que o juiz exerça a sua função nos limites constitucionais, afigura-se possível a ocorrência de certo comprometimento da sua imparcialidade, ante o pronunciamento de cognição exauriente sobre determinado aspecto, como poderia ocorrer em alguns casos de indeferimento de pedido de arquivamento do inquérito e de rejeição da denúncia. Nesses casos, bem como em outros em que o magistrado externe cognição ampla ou demonstre já ter firmado seu convencimento, é possível suscitar a suspeita da perda da imparcialidade. Nesse sentido, Mauro Fonseca de Andrade (2011, p. 47) sustenta a possibilidade de recusa do juiz, afigurando-se a necessidade de um exame caso a caso.

Trata-se de entendimento adotado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), que concluiu que não se há de descartar a possibilidade de que o juiz que atua no inquérito seja influenciado pelas teses da acusação, afetando a sua necessária imparcialidade. Entretanto, essa contaminação não há de ser presumida em qualquer caso, devendo ser aferida concretamente em face da efetiva participação do magistrado na fase da investigação.

Assim, conforme refere Mauro Fonseca Andrade (2011, p. 19-33), analisando os precedentes dos casos Hauschildt (1989), Saint-Marie (1992), Padovani (1993) e Nortier (1993), o TEDH estabeleceu critérios para aferir em que situações o juiz que atuou na fase de investigação estaria impedido de julgar a causa, por ter sua imparcialidade afetada. Declarou o Tribunal que o simples fato de o juiz atuar como garantidor em fase de investigação, como ocorre no sistema brasileiro, não confere mácula à sua imparcialidade como julgador da ação penal. Diversamente, nas hipóteses em que o magistrado preside a investigação, sendo o responsável por esta, é efetivamente possível presumir o comprometimento de sua convicção para o julgamento do processo. Por conseguinte, o presumível comprometimento da imparcialidade dependeria do grau da participação judicial na fase da investigação. Concluiu assim o Tribunal que o simples fato de o magistrado decretar prisão provisória ou outras decisões congêneres não seria suficiente, isoladamente, para se constatar a perda de sua imparcialidade. Para tanto, deveriam ser observados dois critérios: o subjetivo, no qual o juiz deve apresentar atuação tendenciosa, de modo a demonstrar a formação prévia de sua convicção em um caso específico, e

o objetivo, que consiste em não ter o magistrado observado e assegurado o cumprimento de todas as garantias aptas a dirimir qualquer dúvida sobre a necessidade da medida.

Dos precedentes do TEDH, observa-se que se considerou imprescindível a análise do grau de cognição apreendido pelo magistrado na fase de investigação, sendo insuficiente para aferir o comprometimento da imparcialidade apenas a constatação de ter atuado nessa fase. Assim, concluiu-se ser necessário analisar se a atuação do juiz era investigativa ou garantidora, bem como se suas decisões se atinham ao exame de legalidade das medidas requeridas ou se demandavam exame aprofundado.

Por conseguinte, pode-se entender que não há amparo para a presunção absoluta de parcialidade do juiz que atua na fase da investigação pré-processual e que a eventual parcialidade não será decorrente do próprio sistema, mas da sua deturpação e da indevida compreensão do magistrado acerca da função que deve ele exercer durante a investigação que antecede a ação penal. Em algumas hipóteses específicas, pode haver ainda supressão da imparcialidade em razão da amplitude do conhecimento exercido pelo magistrado.

Entretanto, a análise das situações previstas no art. 3º-B introduzido no CPP, que tornariam o juiz das garantias impedido de julgar a causa, revela que não se estabeleceu qualquer distinção entre os diferentes graus de comprometimento e de cognição exercidos pelo magistrado. Alberga-se, por conseguinte, o entendimento de que qualquer decisão do julgador referente à coleta de elementos de prova é incompatível com a atividade judicial de um processo penal acusatório. Os seus incisos I e IV, por exemplo, referem-se ao recebimento de comunicados de prisão e de abertura de investigação. Presume-se, pois, que a mera ciência da abertura de uma investigação ou de uma prisão, mesmo sem ter contato com seu conteúdo, levaria o juiz a uma convicção desfavorável ao investigado, predispondo-o à condenação, sem que sequer tenha sido oferecida a denúncia. Essas previsões levaram Andrade (2011, p. 64) a criticar idêntica previsão contida no projeto de alteração do CPP (PL nº 8.045/2010), que se funda na premissa de que, “ao tomar contato com tais ofícios, o juiz da investigação desde já firma algum convencimento em prejuízo do investigado”, confundindo tomar conhecimento com firmar convicção.

Noutro aspecto, o pressuposto que informou a criação do juiz das garantias desconsidera a distinção entre a natureza inquisitiva do inquérito, em contraponto com a natureza acusatória do processo penal, e especialmente a natureza das funções atribuídas ao magistrado na fase de investigação.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal parece caminhar nesse sentido. Ao apreciar o HC nº 92.893/ES, de relatoria do eminente ministro Ricardo Lewandowski, concluiu o STF que, não se adotando no Brasil o instituto do juiz de instrução, no qual o magistrado exerce competências da Polícia Judiciária, não se pode entender que “o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público”. Concluiu que o juiz que atua no inquérito atua apenas como “um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal”⁶.

É possível assim que a pressuposição da supressão da imparcialidade do juiz que atua na fase da investigação pré-processual encontre sua origem em uma suposta deturpação pontual do sistema atualmente em vigor, atribuída a alguns magistrados por setores do mundo jurídico, as quais não poderiam ser controladas por meio de exceções de suspeição e impedimento e outras hipóteses impeditivas da atuação do julgador já previstas no estatuto processual vigente.

Para ilustrar essa assertiva, observa-se que Luiz Flávio Gomes (2011) louva a criação do juiz das garantias, afirmando que, no atual sistema penal brasileiro, muitos magistrados estão ignorando a sua exata função, constitucionalmente definida, na fase preliminar de investigação. Apoiado em Antonio Sérgio de Moraes Pitombo, lembra que alguns magistrados exacerbam o ativismo na investigação criminal, chegando a realizar reuniões com policiais visando à preparação de operações. Lembra que descuram muitos magistrados do seu dever de proteção dos investigados contra a arbitrariedade dos agentes estatais, em descompasso com os preceitos constitucionais. Ademais da renúncia à equidistância necessária ao exercício da jurisdição, assumiriam esses juízes postura francamente contrária aos investigados. Conclui o autor que esse envolvimento influencia o convencimento do juiz no curso da ação penal, porque sua convicção já se havia formado durante a investigação na fase pré-processual.

6 Colhe-se do voto do relator, eminente ministro Ricardo Lewandowski: “No modelo acusatório adotado em nosso ordenamento processual penal, caracterizado pela publicidade, pelo contraditório, pela igualdade entre as partes e pela neutralidade do juiz – e que não se confunde com o processo inquisitivo adotado alhures –, quando o magistrado preside a inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e as providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exterioriza qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito, emergentes nessa fase preliminar, que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. [...] Entre nós, a intervenção do judiciário ao longo do inquérito, ao revés, apenas objetiva coibir eventuais excessos ou desvios por parte dos agentes policiais, bem como impedir ações ou omissões ilegais ou abusivas por parte de quaisquer outras autoridades envolvidas na investigação.”

Argumenta-se, em sentido contrário, que se parte de exceções, abominadas por nosso ordenamento, generalizando-as para todos os magistrados, para tentar justificar a necessidade de uma alteração substancial no processo penal. Nesse sentido, Abel Gomes (2011) afirma que os casos de parcialidade indevida do juiz não podem se prestar à afirmação científica de que “os juízes brasileiros tenham sido acometidos, senão em sua totalidade, em sua esmagadora maioria, por um desvio deontológico” e que os casos de desvios dessa natureza devem ser tratados na medida da sua ocorrência eventual “e com os meios já sedimentados em nosso ordenamento jurídico, sem que venha a servir de razão para modificação tão estrutural do processo penal brasileiro como a que se pretende”.

Sustenta ainda a corrente da doutrina refratária à instituição do juiz das garantias que, no sistema processual penal brasileiro, o conteúdo das decisões da fase pré-processual, em sua maioria, não é apto a influenciar significativamente no julgamento de mérito de eventual ação penal, porque se refere à análise da conformidade dos pedidos com o disposto em lei e na observância das garantias dos investigados, um grau de conhecimento superficial, portanto. Como exemplo, Mauro Andrade (2011, p. 30) assevera que a fundamentação necessária para se decidir sobre prisão preventiva ou liberdade provisória consiste na verificação da existência de indícios da autoria, prova da materialidade do delito e do perigo que pode decorrer da liberdade do investigado, requisitos distintos dos necessários para uma condenação.

Assim, para Abel Gomes (2011), não há nessa fase análise aprofundada do conteúdo das provas ou meio de antever o resultado da medida deferida, pois pode ela acarretar a comprovação da ausência de materialidade ou de autoria. Também não seria possível prenunciar o cotejo com as demais provas que serão produzidas pelas partes, de modo a ser possível aferir qual será a sua interpretação em meio ao conjunto probatório de eventual ação penal. Conclui o autor que é preconceituosa a ideia de que o juiz permanecerá por todo o processo contaminado com o contexto decisório tomado em fase pré-processual.

De qualquer forma, ainda que admita correta a presunção albergada como pressuposto para a criação do juiz das garantias, esse instituto pode não proporcionar a eficácia almejada, ao mesmo tempo que pode se revelar de duvidosa necessidade e, mais importante, pode se afigurar danoso em relação à finalidade que inspirou a sua criação.

4 A EFICÁCIA DO JUIZ DE GARANTIAS PARA PRESERVAR A IMPARCIALIDADE DO JUIZ DO PROCESSO

Embora se invoque como um dos objetivos do juiz das garantias preservar ao máximo o distanciamento do julgador em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes, a alteração legislativa manteve hipóteses que tornam impossível o total distanciamento do juiz da causa em relação aos elementos probatórios colhidos na fase de investigação.

Destaca-se, nesse sentido, a atribuição conferida ao juiz da causa de decidir sobre as cautelares no decorrer do processo, de mesmo modo que o juiz das garantias decide sobre as mesmas questões no curso das investigações, exarando para tanto o mesmo grau de cognição. Trata-se de situação em que, considerando-se os fundamentos da criação do juiz das garantias, igualmente se caracterizaria a contaminação do magistrado. Como exemplo, tem-se a possibilidade da prisão preventiva decretada pelo juiz do processo em qualquer fase da ação. O juiz da causa, para decidir sobre o pedido, deverá socorrer-se dos elementos da investigação. Não há como ignorar a importância probatória do inquérito para o embasamento dessas decisões. Anota assim Abel Gomes (2011) que

[...] o fundamento de tão estrutural modificação no processo penal brasileiro, acabaria esvaziado pela própria lei, pois em algum momento seria possível ao juiz competente para o julgamento, ter que formar convicção prévia e decidir sobre pressupostos de algumas medidas que, necessariamente, estão ligadas à verificação da existência do crime e de indícios suficientes da autoria.

Em verdade, o § 2º do art. 3º-B leva a um amplo contato do juiz da causa com os elementos do inquérito ao determinar que

as decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Esse reexame, por óbvio, deverá considerar o conteúdo do inquérito, ainda que parcialmente.

De igual forma, a previsão do § 1º do art. 3º-B de que, “recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento”, evidentemente pode promover o contato do juiz da causa com os elementos que, na presunção que motivou a criação do juiz das garantias, levariam à sua contaminação.

Não se vislumbra igualmente a preservação da imparcialidade do juiz da causa no que se refere às provas ilícitas. Afirma-se que a necessária distinção entre o juiz das garantias e o julgador do feito possibilitaria ao primeiro decidir sobre a ilicitude da prova e determinar o desentranhamento, de modo que o juiz da causa nem sequer teria contato com o material produzido. Entretanto, a prerrogativa de pronunciar-se sobre a licitude das provas coletadas durante a investigação e determinar seu desentranhamento não se encontra no rol de competências do juiz das garantias. Ademais, tendo em vista que o juiz da causa não se encontra vinculado às decisões do juiz das garantias, não haveria impedimento para que as partes reapresentem, no curso do processo, as provas inicialmente declaradas ilícitas.

Parece, portanto, inexato afirmar que a criação do juiz das garantias promove o distanciamento do juiz da causa em relação aos elementos da investigação. Para que houvesse o efetivo distanciamento seria necessário que, logo após proferir qualquer das decisões inicialmente atribuídas ao juiz de garantia, o juiz da causa fosse afastado por suspeição, levando à necessidade de sucessivos juízes para um único processo.

Registre-se ainda que a própria lei que alterou o CPP contém exceções à presunção da contaminação judicial ao atuar no inquérito, de modo a mitigar a premissa em que o instituto se sustenta, excluindo a atuação do juiz das garantias em relação aos crimes de menor potencial ofensivo.

Noutro aspecto, no que se refere aos atuais abusos de parcela dos magistrados, nada impede que o juiz das garantias incorra nos mesmos equívocos. Ao contrário, essa possibilidade mais se avulta, como adiante se analisará.

5 NECESSIDADE E CONVENIÊNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA IMEDIAÇÃO E DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

O principal fundamento da criação do juiz das garantias, de que a proximidade do juiz com a produção das provas é perniciosa, porque afeta a sua imparcialidade, está em contradição com princípios consagrados no Direito Processual Penal brasileiro, especialmente os da imediação (ou imediatidade), da identidade física do juiz e da verdade real.⁷

O sistema processual sempre foi orientado pelo pressuposto de que a proximidade do juiz de primeiro grau com as provas carreadas aos autos é desejável, porque lhe permitiria um julgamento mais justo e seguro.

O princípio da imediação indica que o juiz deve sentenciar de acordo com as impressões que obtém do contato com o acusado e com os meios de prova (ROXIN, 2003, p. 102), enquanto o princípio da identidade física indica que o que o magistrado que presidir a audiência em que se coleta as provas deve ser o responsável por sentenciar. Trata-se de princípios complementares, que se fundam no pressuposto de que o contato direto com a prova permite ao juiz depreender maior quantidade de elementos de convicção, como ocorre em relação à oitiva de testemunhas e aos interrogatórios. Como refere Mendonça (2009, p. 278-279), o princípio da identidade física do juiz é assim complementar ao da imediação, porque o contato do juiz com a prova não se revelaria útil se não ficasse ele vinculado ao julgamento.

O princípio da identidade física do juiz não consta expressamente da Constituição, e somente veio a ser expressamente incorporado ao processo penal (CPP, art. 399, § 2º) por meio da reforma procedida em 2008 (Lei nº 11.319/2008). Entende-se, entretanto, que o princípio se trata de corolário do direito fundamental ao devido processo legal, consagrado no art. 5º, LV, da Constituição, em especial por conferir maior efetividade à ampla defesa. Assim, a exigência do princípio mais se revelaria no processo penal, porque no seu âmbito são julgadas questões que envolvem direitos e liberdades fundamentais, de grande importância para o indivíduo e para a sociedade, razão pela qual deve estar mais comprometido com a verdade dos fatos (MENDONÇA, 2009, p. 278-279). Essa caracte-

⁷ Argumenta-se que o juiz das garantias não cercearia ou reduziria a aplicação do princípio da identidade física do juiz, vez que esta se aplicaria somente na fase processual, mantida a regra na qual o juiz competente para proferir a sentença é o que presidiu a instrução. Trata-se, em verdade, de incoerência conceitual, ao se reputar, abstrata e absolutamente, indesejável o contato do juiz com a prova na fase pré-processual e considerar aceitável esse contato durante a instrução processual.

rística leva Nucci (2011, p. 110) a afirmar, com apoio em Rene Ariel Dotti, que o princípio da identidade física constitui uma das exigências fundamentais do processo penal.

A conveniência do contado direto do julgador com a prova leva parte da doutrina a criticar a forma como se procedem interrogatórios e depoimentos em julgamentos em segundo grau, porque o Tribunal não realiza diretamente o ato, convertendo o julgamento em diligência e ordenando a colheita da prova oral pelo juiz singular. Essa substituição da oralidade e da imediação pela prova colhida em primeira instância levaria a uma deficiência na participação dos sujeitos processuais no reexame da causa penal, desestimulando o diálogo entre eles e impedindo o julgador de aproximar-se “o mais possível das teses, dos argumentos e das provas produzidas pelas partes, complementando-as para a fixação da verdade processual e a consequente aplicação do direito” (PENTEADO, 2006, p. 130-160).

Os princípios da imediação e da identidade física do juiz no processo penal têm por objetivo fundamental a busca da verdade real, permitindo um julgamento com mais segurança e justiça. Afirma-se que, considerando o interesse público e os direitos fundamentais envolvidos na persecução penal, deve-se perquirir a realidade dos fatos em busca da verdade que melhor lhe corresponda. Deveria o juiz prolatar sua sentença amparado em uma verdade processualmente válida, que lhe permita aferir com alto grau de certeza como de fato se deu o acontecimento que motivou a ação penal. Assim, sua decisão seria legitimada pelo conhecimento dos fatos, não mera exteriorização do poder estatal (OLIVEIRA, 2012, p. 34).

Nesse sentido, para Rogério Lauria Tucci (2011, p. 45-46),

[...] constituindo a apuração da verdade material, ou atingível, o dado mais relevante do precípuo escopo do processo penal, torna-se inequívoco que tal finalidade só pode ser atingida mediante a atribuição de inquisitividade à atuação dos agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na instrução criminal, subsequente à *informatio delicti*”. Por conseguinte, a verdade deveria ser perquirida durante toda persecução penal, de modo “a preservar-se a liberdade do inocente e impor-se a sanção adequada à infração penal constatada, isto é, a punição que o culpado faz por merecer.

A descoberta da verdade material ou atingível constitui assim interesse impessoal de toda a sociedade.

Esse é também o anseio da Teoria Garantista, ao postular que a verdade que resulta do processo deve aproximar-se da verdade dos fatos, o que deve ocorrer respeitando-se os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Para tanto, o garantismo propõe regras de aplicação das leis de modo a reduzir tanto quanto possível a possibilidade de erro ou arbítrio.

Ao considerar nefasto o contato do julgador com os autos do inquérito, a alteração procedida no CPP afasta-se da busca pela verdade real, reputando indesejáveis a imediação e a identidade física do juiz, contrariando princípios historicamente albergados pelo nosso ordenamento.

Nada obsta que assim se proceda e que se considere que esses princípios estiveram desde sempre equivocados ou que não mais se coadunam com a conformação que se exige do processo penal contemporâneo, em consonância com o novo paradigma constitucional.

Essa mudança nos princípios deve, entretanto, atender aos testes da conveniência, da utilidade e da necessidade. Como antes se referiu, a conveniência e a utilidade de se renunciar aos preceitos da imediação, da identidade física do juiz e da busca da verdade real são doutrinariamente controvertidas.

Pode-se considerar ainda que essa mudança de paradigmas seria desnecessária, porque a legislação já contempla mecanismos para evitar a parcialidade do magistrado e, especialmente, em razão do ordenamento jurídico brasileiro albergar, com grande abrangência, o duplo grau de jurisdição.

6 NECESSIDADE E CONVENIÊNCIA DO JUIZ DAS GARANTIAS EM FACE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E DA INEXECUTORIEDADE DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU

A principal razão da desnecessidade da instituição do juiz das garantias no direito brasileiro reside na garantia do duplo grau de jurisdição, corolário das garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal e que possibilita que o jurisdicionado busque a revisão de um julgado contrário ao seu interesse, levando a causa ao exame de órgão jurisdicional diverso e superior, obtendo nova decisão sobre a matéria.⁸

Essa desnecessidade mais se avulta na medida em que as sentenças condenatórias de primeiro grau no Brasil são absolutamente inexequíveis⁹.

O duplo grau de jurisdição, embora não conste expressamente em nosso texto constitucional, trata-se de garantia constitucional implícita, conforme se extrai da interpretação dos arts. 5º, LIV e LV, e 92 da Carta Magna. Ademais, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) assegura expressamente o duplo grau de jurisdição como uma garantia judicial do acusado. No Brasil, em matéria penal, é ampla a possibilidade de recurso, inclusive em matéria probatória.

O duplo grau de jurisdição já possibilita que decisões tomadas por juiz de primeiro grau supostamente contaminado sejam reformadas, se equivocadas ou eivadas de parcialidade, com a vantagem de o reexame ser realizado por um tribunal composto por um colegiado de magistrados mais experientes e distantes da causa. Sua conformação colegiada, com membros de formação técnica já consolidada, reduz os riscos de influências externas sobre um único julgador.

A alteração introduzida no CPP ignorou, pois, que o sistema processual vigente contempla um arranjo harmônico, em que o julgamento em primeira instância, por um juiz singular, é informado pelos princípios da imediação, da oralidade e da identidade física do juiz, enquanto o julgamento em segundo grau é procedido por órgão colegiado e com

8 Trata-se de recorribilidade ampla e incondicionada, não vigorando quaisquer restrições, a exemplo da necessidade de o condenado foragido recolher-se à prisão como condição de admissibilidade da apelação, antes prevista no art. 594 do CPP e considerada não recepcionada pela Constituição de 1988, até ser revogada pela Lei nº 11.719/2008.

9 Em verdade, após o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, também são inexequíveis as próprias decisões dos tribunais de segundo grau e mesmo do Superior Tribunal de Justiça.

absoluto distanciamento do conjunto probatório colhido durante o inquérito e a instrução criminal.

Por conseguinte, eventual decisão do magistrado de primeiro grau que se revele amparada apenas em convicções pessoais ou meras impressões, e que não seja devidamente fundamentada e corroborada pelo conjunto probatório, inevitavelmente será reformada pelo Tribunal. É precisamente dessa diversidade e complementariedade de critérios de julgamento que se busca alcançar uma decisão que mais se aproxime da justiça para o caso concreto.

A Lei nº 13.964/2019, no entanto, presumindo que é sempre indesejável o contato direto com o conjunto probatório, especialmente na fase do inquérito, elimina essa dualidade de critérios, impondo ao juiz singular da causa um distanciamento que o sistema processual já atribui aos juízes encarregados do julgamento em segundo grau.

Nesse contexto, os preceitos da imediação e da identidade física do juiz, orientados pela busca da verdade real, somente deveriam ser suprimidos ou mitigados para a aplicação de um direito ou garantia fundamental, o que aparentemente não se verifica.

Evidentemente, nada obsta que se proceda a uma revisão nos princípios da imediação, da oralidade e da identidade física do juiz, que sempre informaram o processo penal brasileiro, de sorte a se concluir que se tratavam, em verdade, de um equívoco.

Não se afigura compreensível, no entanto, que se renuncie a esses princípios do sistema processual brasileiro, desde sempre reputados valiosos, em nome de uma finalidade já alcançada pela consagração do princípio do duplo grau de jurisdição e pela inexecutoriedade das sentenças condenatórias de primeiro grau.

Nesse ponto, cabe observar ainda que as referências que vêm sendo feitas pelos defensores da figura do juiz das garantias acerca da existência de instituto similar em países como França, Estados Unidos, Espanha, Portugal e Panamá, ignoram o fato de que na maioria desses ordenamentos jurídicos a sentença condenatória de primeiro grau é imediatamente executável.

Nesse sentido, observam Frischeisen, Garcia e Gusman (2013, p. 453-477) que países como Estados Unidos, Canadá, Espanha e Argentina, listados pelos defensores do juiz das garantias, contemplam em seus ordenamentos a execução imediata da senten-

ça penal condenatória de primeira instância, enquanto na França há previsão de executoriedade em algumas hipóteses.

Assim sendo, além de os modelos instituídos em tais países serem substancialmente distintos e menos abrangentes que o adotado no Brasil, neles ao menos haveria a justificativa de que a decisão do juiz presumivelmente contaminado pela proximidade das provas será imediatamente executada, o que não ocorre no modelo brasileiro.

Parece assim razoável concluir que a instituição do juiz das garantias no modelo processual brasileiro afigura-se desnecessária, na medida em que visa a resolver um problema que, a rigor, inexistia.

7 OS EFEITOS DO JUIZ DE GARANTIAS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO

O maior risco da instituição do juiz das garantias não decorre do prejuízo à busca da verdade real, mas da ameaça às garantias dos direitos fundamentais do investigado durante a fase pré-processual, ou seja, precisamente os valores que almejava garantir.

Embora a imparcialidade do juiz se afigure imprescindível para o exercício válido para a jurisdição, seja no decorrer da ação penal, seja durante a fase preliminar de investigação, a alteração introduzida no CPP ocupou-se em preservar essa imparcialidade apenas na fase processual, desprezando absolutamente essa necessidade também na fase que antecede a ação penal, que passa a ser de responsabilidade do juiz das garantias.

Ao revés, a alteração legal esforça-se para demonstrar a contaminação e a consequente parcialidade do juiz que atua na fase de investigação pré-processual, afirmando que este não teria a imparcialidade necessária para julgar a ação penal correspondente. Considera-se perdida a imparcialidade do juiz das garantias por ocasião de seu primeiro contato com os autos da investigação, o que se dá, por vezes, com a comunicação da ocorrência de prisão ou de instauração de inquérito, de modo que este atuaria de forma parcial por toda a investigação.

É evidente a contradição entre os meios e fins almejados pelo projeto neste ponto: ao passo que busca a efetivação da garantia da imparcialidade do julgador da causa, viola

o direito do investigado de ter um juiz imparcial no curso de toda a persecução penal, ante a presumível parcialidade do juiz da fase investigativa.

Assim, ao contrário do que atualmente ocorre, em que se presume que o juiz que atua no inquérito o faz com a necessária imparcialidade, passa-se a presumir, com fundamento no pressuposto albergado expressamente pelo próprio estatuto processual, que o juiz das garantias é um magistrado comprometido com as teses da acusação. Por conseguinte, passa-se a atribuir a um juiz presumivelmente parcial, tendencioso em desfavor do investigado, a função constitucional de zelar pelos direitos fundamentais desse mesmo investigado.

Consequência dessa nefasta presunção é que se tornará mais difícil exigir que o juiz das garantias exerça a sua função com uma imparcialidade que o próprio Código lhe nega. Previsível, em verdade, que se constate o agravamento de situações em que o magistrado não se paute pelo cumprimento da sua função precípua de zelar pelos preceitos constitucionais aplicáveis à investigação criminal. Ademais de a presunção de parcialidade admitida pelo próprio Código interferir no íntimo do magistrado, incentivando-o a se identificar com as teses da acusação, o fato de se dividir a atuação jurisdicional também pode comprometer a imparcialidade do juiz das garantias, porque sobre este não recairia a responsabilidade de julgar o feito.

O CPP cria assim um juiz das garantias presumivelmente tendencioso em desfavor do réu e lhe retira ainda qualquer exigência de imparcialidade, porque a outro magistrado será atribuída a função de julgar imparcialmente.

Nesse ponto, importa lembrar que ao juiz das garantias competem todas as decisões referentes a restrição de direitos fundamentais durante a fase de investigação, como a decretação e o relaxamento de prisões em flagrante, temporárias e preventivas, e a quebra de sigilos de dados e de comunicações, além da determinação de buscas e o julgamento de *habeas corpus*. A situação agrava-se ao se verificar que, no rol de competências do juiz das garantias estão as decisões acerca da produção antecipada de provas, de sorte que se permitirá a colheita de prova processual, apta a influenciar decisivamente na sentença da ação penal, por um juiz presumivelmente parcial.

Assim sendo, e considerando que, no sistema processual brasileiro, em muitas situações, mais se afigura danosa ao indivíduo a presença de um juiz tendencioso durante a fase da investigação do que no curso da ação penal, especialmente porque a sentença penal de primeiro grau é inexecutável, torna-se evidente o risco da criação do juiz das

garantias para a preservação das garantias fundamentais do investigado durante a fase que antecede à ação penal.

A figura do juiz das garantias foi assim criada com a finalidade de resolver um problema que inexistia, ou que poderia ser resolvido por outros meios, e traz como resultado mais danoso a perspectiva de fragilizar a proteção das garantias individuais do investigado na fase pré-processual. A pretexto de garantir a imparcialidade do juiz de primeiro grau, cuja eventual sentença condenatória injusta fatalmente será reformada pelo tribunal, enquanto o apelante aguarda em liberdade, submete o investigado a um juiz que o próprio Código presume comprometido com a acusação e que pode determinar a sua prisão cautelar ou submetê-lo a outras medidas constritivas, como decretar a quebra de seus sigilos fiscais e bancários, bloquear ou mesmo determinar a alienação antecipada de seus bens.

Além do mais, a criação do juiz das garantias e sua alardeada função de solução de todas as mazelas e abusos no processo penal brasileiro desvia o foco das preocupações que o legítimo garantismo vem dedicando nas últimas décadas à preservação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

8 CONCLUSÕES

O instituto do juiz das garantias, embora criado com o nobre propósito de conferir inteira aplicação do sistema acusatório e consagrar uma perspectiva garantista do processo penal, fundamenta-se em pressupostos equivocados ou insuscetíveis de comprovação e, essencialmente, revela-se desnecessário no sistema processual brasileiro, bem como pode se afigurar danoso precisamente para os valores que almejava proteger.

Ademais de não atingir satisfatoriamente os fins a que se propõe, o instituto afeta outros direitos e garantias fundamentais atualmente albergados pelo sistema constitucional processual e desvia o foco da necessidade do aprimoramento das garantias do investigado.

Ainda que se aceite o discutível pressuposto de que é desejável o distanciamento do juiz que deverá julgar a causa dos elementos colhidos na fase de investigação, premissa que se contrapõe aos princípios albergados pelo nosso sistema processual penal e que pressupõe que o magistrado mais apto para julgar a ação penal em primeira instância

é aquele que teve maior contato com o caso, a criação do juiz das garantias não atinge seus objetivos, em razão das exceções e contradições do instituto.

De qualquer modo, ainda que o instituto fosse eficaz para os fins propostos, e que se considere que a preservação da imparcialidade do juiz que julgará a causa deve se sobrepôr à busca da verdade real e ao anseio de um julgamento com mais segurança e justiça, a figura do juiz das garantias revela-se desnecessária, porque esse distanciamento do julgador em relação ao conjunto probatório já é atingível pela via do duplo grau de jurisdição e pela absoluta inexecutoriedade da sentença condenatória de primeiro grau. Caso condenado por um juiz singular tendencioso e comprometido com a acusação, nenhuma constrição incidirá sobre o acusado imediatamente até que a sentença seja reapreciada por um tribunal composto por juízes investidos precisamente das características pugnadas pelo instituto.

A inovação introduzida no CPP ignora, assim, um arranjo harmônico, em que o julgamento pelo juiz singular é informado pelos princípios da imediação, da oralidade e da identidade física do juiz e está sujeito à revisão por um órgão colegiado com absoluto distanciamento do conjunto probatório colhido durante o inquérito e a instrução criminal.

Por fim, ainda que se ignorem ou superem as ressalvas antes referidas, não há como afastar a constatação de que a alteração legislativa concebe um magistrado presumivelmente suspeito, a quem é atribuída a responsabilidade de preservar os direitos fundamentais do investigado durante a fase pré-processual.

A pretexto de garantir a imparcialidade do juiz da causa, cuja eventual sentença condenatória tendenciosa nenhum efeito concreto produzirá imediatamente, podendo ser reformada pelo tribunal recursal integrado por magistrados revestidos do propugnado distanciamento da instrução probatória, o juiz das garantias submete o investigado a um juiz presumivelmente parcial e comprometido com a acusação durante a fase pré-processual, período em que mais se afigura necessária a proteção a seus direitos fundamentais.

Arremata a absoluta inconveniência do juiz das garantias a perspectiva equivocada de que essa figura caracterizaria a mais legítima expressão do sistema acusatório e das garantias dos direitos fundamentais do indivíduo, mergulhando o sistema processual brasileiro em uma aventura jurídica de consequências imprevisíveis, ao mesmo tempo que desencoraja estudos acerca de aperfeiçoamentos realmente eficazes e necessários.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. Curitiba: Juruá, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

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

FRISCHEISEN, Luiza C.F.; GARCIA, Mônica N.; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. *In*: FISHER, Douglas; CALABRITCH, Bruno; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo Penal Integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **O juiz das garantias projetado pelo novo CPP**. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18508/o-juiz-das-garantias-projetado-pelo-novo-cpp>. Acesso em: 3 set. 2013.

GOMES, Abel Fernandes. **Juiz das Garantias**. Disponível em: http://www.elciopinheirodecastro.com.br/documentos/artigos/03_05_2011.pdf. Acesso em: 15 mar. 2013

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MORAES, Mauricio Zanoide de. **Quem tem medo do “Juiz das Garantias”?** Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/desenv/site/boletim/exibir_artigos.php?id=3524. Acesso em: 25 jan. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**: garantismo e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SCHUNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

9 OS NOVOS IMPEDIMENTOS DO JUIZ

Douglas Fischer¹

Resumo: O presente texto faz críticas à introdução pela Lei nº 13.964/2019 de impedimentos aplicáveis a juízes que deferirem medidas no procedimento investigatório, bem assim que tiverem simples contato com prova ilícita. São utilizados inúmeros argumentos, dentre eles a necessidade de observação das denominadas obrigações processuais penais positivas.

Palavras-chave: Juiz de garantias. Juiz do processo. Impedimentos. Lei nº 13.964/2019. Inconstitucionalidade. Presunção de imparcialidade. Obrigações processuais penais positivas.

Abstract: *This text criticizes the introduction by Law No. 13.964/2019 of impediments for judges who defer measures in the investigative procedure, as well as having simple contact with illicit evidence. Numerous arguments are used, among them the so-called positive procedural obligations.*

Keywords: *Judges. Impediments. Law No. 13.964/2019. Impediments. Unconstitutionality. Presumption of impartiality. Positive procedural obligations.*

1 INTRODUÇÃO

As linhas a seguir servem para uma reflexão a respeito das recentes alterações promovidas no Código de Processo Penal, notadamente os novos impedimentos do magistrado inseridos pela Lei nº 13.964/2019.

De forma percutiente, adverte o ministro Luís Roberto Barroso que o postulado do juiz natural,

por encerrar uma expressiva garantia da ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado — que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção —, ao mesmo tempo em que assegura ao acusado o direito ao processo perante autori-

¹ Procurador Regional da República na PRR 4ª Região e mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUC-RS.

dade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados em consequência, os juízos *ex post facto*.²

Sobre escolha de juízo, o Supremo Tribunal Federal há muito tem afirmado que

o princípio do Juiz natural obsta qualquer escolha do juiz ou colegiado a que as causas são confiadas, de modo a se afastar o perigo de prejudiciais condicionamentos dos processos através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.414-AL, Rel. Ministro Luiz Fux, Plenário, julgado em 31.5.2012, publicado no DJ em 3.6.2019).

A inserção de dois dispositivos no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019 gerando novos casos de impedimento de juízes causa preocupação não apenas sob a ótica dogmática, mas também porque as novas regras violam frontalmente as disposições constitucionais que tratam do postulado do juiz natural: “art. 5º. [...] LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, bem assim dos que determinam a celeridade processual (art. 5º, LXXVII, CF).

Referimo-nos às seguintes regras:

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. [...]

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

Essa inovação parte de uma grande e equivocada premissa: a de haver uma contaminação, uma perda de parcialidade do juiz que atua na fase de investigação – mas atenção: ele não é um “juiz investigador” – ou que tenha contato com uma prova que venha posteriormente a ser declarada inadmissível.

² BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 35.

2 O JUIZ DE GARANTIAS E O AUTOMÁTICO IMPEDIMENTO NO CASO DE DEFERIMENTO DE MEDIDAS PREVISTAS NOS ARTS. 4º E 5º DO CPP

Dos documentos insertos na tramitação, extrai-se excerto de parecer no qual se defende, claramente, o rompimento com a lógica da prevenção:

hoje, o juiz que participa da fase de inquérito policial torna-se preventivo, isto é, será o mesmo juiz que proferirá a sentença, porque foi o primeiro a tomar conhecimento do fato (art. 83 do atual Código de Processo Penal). A figura do juiz de garantias rompe com essa lógica da prevenção, e o juiz chamado a intervir no inquérito policial ficará impedido de julgar o caso. A ideia básica é garantir ao juiz do processo (agora chamado de juiz da instrução e julgamento) isenção e ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação. Trata-se de um instituto que mais se harmoniza com um modelo acusatório puro de processo penal.

Há em doutrina quem invoque o que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu nos casos Piersack (1982) e De Cubber (1984), ambos contra a Bélgica, como fundamento para concluir que o juiz que atua na fase de investigação não pode atuar na fase processual. E a repetição acrítica e sem o devido cuidado dessa interpretação tem gerado sérios problemas dogmáticos, numa esteira digna das proposições de Goebbels.

Mauro Fonseca Andrade é um dos sérios doutrinadores brasileiros que explica esses julgados comumente invocados como paradigmas para justificar a necessidade do juiz de garantias e seu impedimento subsequente para a ação penal – julgados que alguns apenas citam, sem explicar, quando não distorcem. Diz o professor gaúcho que o caso Piersack (1982) referia-se a uma situação na qual “um membro do Ministério Público, que havia presidido a investigação criminal, posteriormente veio a assumir o cargo de juiz e figurar como um dos julgadores do fato que ele próprio havia investigado”.³ Por essa peculiaridade – não mencionada por muitos em terras brasileiras – é que o “TEDH entendeu haver ocorrido um possível comprometimento na formação do convencimento judicial, maculando, portanto, a imparcialidade do julgador”. E prossegue o autor, com razão, afirmando que “essa é uma lição do TEDH que o direito brasileiro pode considerar

3 ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 20-21.

totalmente prescindível, já que, desde a década de quarenta do século passado, nosso CP [...] já prevê como uma das causas de impedimento judicial”.⁴

O segundo caso envolvia o tema da (im)possibilidade de um juiz instrutor, ou seja, de um juiz que investiga em matéria criminal

poder também atuar como julgador em relação ao mesmo fato por ele investigado com anterioridade. Ao final, o TEDH, fazendo uso da mesma linha argumentativa apresentada no Caso Piersack, entendeu que a autoridade responsável pela investigação criminal não pode participar do julgamento do mesmo fato por ela investigado.

Com perspicácia, Andrade conclui que “se assim o foi, novamente o direito brasileiro nada tem a aprender com o direito estrangeiro”.⁵ Portanto, há se ver que o juiz investigador nada, absolutamente nada, tem a ver com a situação do juiz que, nos casos em que há a chamada “reserva de jurisdição”, analisa em momento anterior ao recebimento da denúncia pedidos para produção probatória. Refere ainda que o Caso Castillo Algar vs Espanha envolveu uma situação em que

dois juízes haviam se manifestado anteriormente sobre a necessidade de o Sr. Castillo Algar ser processado e, quando já iniciada a fase de julgamento do fato, também emitiram votos no sentido de condená-lo pela infração penal que haviam afirmado existir anteriormente.⁶

No conhecido Caso Padovani vs Itália (1993), o

TEDH entendeu que, mesmo tendo o juiz atuado no exame da legalidade da prisão em flagrante, inquirido os conduzidos e determinado a prisão provisória deles, não haveria motivo suficiente para se entender pela perda de imparcialidade daquele magistrado.⁷

4 De fato, basta compreender os vigentes dispositivos dos arts. 252, II, c/c 258, ambos do CPP brasileiro.

5 ANDRADE, *op. cit.*, p. 21.

6 *Idem, ibidem*, p. 25.

7 *Idem, ibidem*, p. 31-32.

Esse entendimento foi reforçado no Caso Nortier vs Países Baixos, confluindo-se que a circunstância de um juiz proferir decisões anteriores ao julgamento, inclusive referentes à detenção provisória, “não podem ser tomadas, por si, como receios justificáveis à sua imparcialidade; o que importa é o escopo e a natureza dessas decisões”.⁸

De relevo, na mesma primorosa obra de Andrade, a anotação complementar da ONU em seu *Manual de Normas Internacionais sobre Prisão Preventiva* (não aceita por alguns que defendem posicionamentos contrários), sobre o conhecido caso Hauschildt vs Dinamarca, havendo nítida identidade de atuação do juiz dinamarquês com as do juiz brasileiro, que funciona no processo, na fase pré-processo, como um supervisor da legalidade dos atos ou mediante autorização de produção de determinadas provas que possuam a reserva de jurisdição. Talvez por descuidos metodológicos e de interpretações (e alguns outros poucos por ranços ideológicos evidentes), não se dê atenção para o fato de que o próprio Tribunal Europeu já deixou bem claro e expresso que “o simples fato de um juiz haver tomado decisões anteriores à fase de julgamento não pode, por si só, justificar a perda de sua imparcialidade”.

É importante frisar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos “afastou o argumento, insistentemente sustentado no Brasil, de presunção de quebra da imparcialidade do juiz que atua na fase da investigação, em razão da sua suposta contaminação judicial”. Como defende ainda Mauro Fonseca Andrade, se um juiz

não investigar, mas se restringir à análise dos incidentes que venham a ocorrer na fase de investigação [...], a atenção deverá se voltar ao teor de suas decisões proferidas na primeira fase da persecução penal. E, aqui, o que passa a importar é o grau de profundidade exigido nessas decisões, particularmente sobre o exame do fato ou do agente, para determinar a quebra de algum direito fundamental.⁹

Portanto, é simplesmente um erro informar que o TEDH teria decisões que apoiariam a criação de impedimento automático do juiz de garantias para atuar sucessivamente na fase de instrução da ação penal. É um erro, do mesmo modo, pressupor que um juiz que teve conhecimento de elementos probatórios produzidos na fase investigatória esteja automaticamente contaminado.

8 *Idem, ibidem*, p. 32.

9 *Idem, ibidem*, p. 32-33.

O juiz brasileiro não é um juiz instrutor, um juiz investigador,¹⁰ mas um juiz que, como já dito, em determinados casos em que há reserva de jurisdição, por expressa ordem constitucional, precisa deferir ou não determinadas produções probatórias, mas isso não o torna “investigador”, muito menos “contaminado”. Pelo contrário, essa prevenção, que vigora hoje, é excelente sob o prisma da compreensão do processo como um todo, até em obediência às obrigações processuais penais positivas, tema a seguir abordado.

Assim, se esse juízo tomar alguma decisão que não esteja devidamente fundamentada e de acordo com a legislação, há possibilidade de ampla defesa e interposição de recursos – muitos, aliás –, pugnando aos tribunais superiores a reforma do que foi decidido.

Relembremos aqui que o STF já assentou por sua composição plenária que a prevenção não fere o sistema acusatório

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRESIDÊNCIA DE INQUÉRITO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. ART. 252 DO CPP. ROL TAXATIVO. PRECEDENTES. JUIZADO DE INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 75 DO CPP COM A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I – As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem *numerus clausus*.

II – Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes.

III – Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências de polícia judiciária.

IV – O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou ques-

10 Não adentraremos aqui a discussão (que aí sim poderia ensejar a caracterização de *juiz investigador*) acerca das hipóteses em que, por exemplo, os regimentos internos do STF e do STJ permitem a instauração de ofício de investigações e a presidência dos atos pode ser delegada a outro ministro.

tões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso a ação penal.

V – O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional.

VI – Ordem denegada. (*Habeas Corpus* nº 92.893-5-ES, STF, Plenário, unânime, julgado em 2.10.2008, DJ de 12.12.2008)

E se é para invocar o TEDH, lembre-se o que aquela Corte tem sempre assentado: a imparcialidade se presume, a parcialidade se prova no caso concreto.

Não bastasse isso, há um dado que realmente não encontra justificativa lógica, racional. O argumento ora questionado é a absoluta presunção de quebra de imparcialidade – em total oposição, aliás, aos pressupostos legais e dogmáticos vigentes. Pois bem, em decisão liminar e monocrática nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, de 15 de janeiro de 2020, o ministro Dias Toffoli, no exercício da presidência do STF, conferiu interpretação conforme às normas relativas ao juiz de garantias para esclarecer que elas não se aplicariam aos processos de competência originária dos tribunais (Lei nº 8.038/1990), de competência do Tribunal do Júri envolvendo violência doméstica e familiar, bem assim nos processos criminais da Justiça Eleitoral. A própria Lei nº 13.964/2019 conferiu nova redação à Lei nº 12.694/2012, prevendo que as (assim denominadas)

Varas Criminais Colegiadas terão competência **para todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal** e da execução da pena, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado. (art. 1º-A, § 1º)

Ora, numa frase: ou há ou não há a prévia e absoluta presunção de quebra da imparcialidade. Não faz sentido admitir que, nas exceções indicadas mediante interpretação conforme ou mesmo em relação às denominadas Varas Criminais Colegiadas e outros casos, a quebra de imparcialidade não se verifica. Diante da premissa de quebra de imparcialidade automática, não há como estabelecer exceções. A não ser que se admita a conclusão – ilógica, com certeza – de que alguns juízes se presumirão “contaminados” e “impedidos”, e outros, não.

De qualquer modo, importante destacar que, posteriormente à decisão retromencionada, em 22 de janeiro de 2020, o ministro Luiz Fux, relator dos casos, concedeu a liminar em maior extensão, reconhecendo (para além dos argumentos relacionados com vícios de iniciativa e questões orçamentárias) que, com base em

estudos comportamentais que, mercê de os seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios, isso por si só não autoriza a aplicação automática dessa premissa ao sistema de justiça criminal brasileiro, criando-se uma presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências que favoreçam a acusação, nem permite inferir, a partir dessa ideia geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução.

Não podemos deixar de registrar, por fim, que sempre defendemos ser inconstitucional o disposto no inciso I do art. 156 do CPP, que permite ao juiz, mesmo antes de iniciada a ação penal, determinar de ofício a realização antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. Complementando, e em companhia de Pacelli, concluímos ainda que não existe um

modelo processual penal definido na Constituição da República. Há explícita citação de um sistema de garantias, inerente às determinações normativas de um Estado Democrático de Direito, cuja função, essencial, é a realização dos direitos fundamentais. A função jurisdicional penal vem bem demarcada até pela titularidade da ação penal atribuída ao Ministério Público. Mas daí pretender a vedação de qualquer iniciativa probatória ao juiz na fase processual, na suposição da existência de um sistema acusatório nacional, vai grande distância.¹¹

11 PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2020. p. 446-447.

3 O CONTATO COM A PROVA ILÍCITA E A EXCLUSÃO DO JUIZ DO PROCESSO

Mais grave ainda é a disposição do § 5º do art. 157 do CPP, prevendo que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

Não de hoje há vozes defendendo que, se o juiz tiver contato com prova ilícita nos autos, estará ele contaminado pelo que visualizou naquela prova declarada ulteriormente ilícita. Isso constitui outro devaneio e um permissivo de violação direta a preceitos constitucionais mediante exclusão do juiz natural da causa.

Conforme já ponderamos na mesma obra citada,¹²

não há sentido em reconhecer o “impedimento” do magistrado que tenha tido mero “contato” com provas que venham (no futuro) ser reconhecidas como ilícitas. Nunca é demais ressaltar que toda decisão judicial deve conter necessariamente a devida fundamentação embasada em provas trazidas aos autos. Se as provas forem eventualmente reconhecidas como ilícitas, o caso será de impossibilidade de utilização como substrato para o conteúdo decisório, mas jamais implicará automaticamente (como pretendem alguns) o impedimento do julgador que teve contato com ela. Não se esqueça que referido dispositivo será aplicável a todos os magistrados, inclusive da Suprema Corte. Noutras palavras, e exemplificativamente, ministro do STF que tiver contato com provas que, futuramente, venham a ser tidas como ilícitas, também deverá ser excluído da possibilidade de julgamento do feito principal.

Depois, há se ver que esse dispositivo permite que quaisquer das partes possam — até por dolo, por que não? — afastar o juiz da causa. Basta que seja juntada uma prova ilícita nos autos (desde já ou que venha a ser assim declarada) para que haja exclusão do juiz automaticamente, pois ele estará, como se diz, contaminado.

Mais grave ainda é a vagueza do dispositivo, bem apreendido pelo ministro Luiz Fux, ao deferir a medida liminar nas ações declaratórias de inconstitucionalidade antes men-

¹² *Idem, ibidem*, p. 451.

cionadas para o fim de suspender a eficácia do dispositivo, considerando, em exame prefacial, que os

princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade restam violados pela proibição de o juiz que conheceu a prova declarada inadmissível proferir sentença. A ausência de elementos claros e objetivos para a seleção do juiz sentenciante permite eventual manipulação da escolha do órgão julgador, conduzindo à inconstitucionalidade a técnica eleita legislativamente.

Nessa linha, imagine-se a situação de um juiz que tenha contato em primeiro grau com uma prova, que, segundo se compreende, inclusive na jurisprudência, é considerada lícita. Tempos depois, por modificação de entendimentos (aplicados retroativamente em muitos casos), muda-se a compreensão acerca da licitude daquela prova, passando-se a entender que ela é, agora, ilícita. Ora, com isso, até por “viradas interpretativas”, os feitos serão anulados automaticamente porque o juiz conheceu de prova que passou, anos depois, a ser considerada ilícita.

Hipoteticamente ainda: se, na situação anterior, a declaração de ilicitude da prova fosse em sede recursal ou de *habeas corpus* por uma câmara ou turma de tribunal de apelação ou superior, automaticamente todos os integrantes que declarassem a ilicitude também já estariam contaminados em suas convicções com o teor da prova, de modo que estariam afastados de julgar o feito num eventual prosseguimento da ação penal reiniciada por conta da nulidade e novamente submetida a grau recursal (agora sem mais provas ilícitas).

Não houve apenas um erro técnico absurdo, portanto, mas uma quebra racional do sistema, deixando margem a subjetivismos que ensejarão verdadeira impunidade em feitos criminais em que, embora possa ter sido produzida uma prova ilícita, haja elementos outros não ilícitos e autônomos permitindo uma decisão fundamentada, assim os reconhecendo para embasar uma eventual sentença condenatória. Tanto é assim que há muito a jurisprudência do STF reconhece que

as provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitu-

de da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro EROS GRAU, “arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos”.¹³

A questão não se resolve dessa maneira como posta na lei, excluindo-se o julgador do processo, mas avaliando, diante da fundamentação apresentada e com base nas provas lícitas existentes nos autos, se está correta ou não a decisão proferida. Nada além.

Nesse ponto, o ministro Dias Toffoli bem apanhou o problema trazido, ao deferir, em 15 de janeiro de 2020, liminar para afastar a aplicabilidade do dispositivo em tela, ponderando que

o § 5º do art. 157 é também danoso ao princípio do juiz natural, por ser norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos para sua aplicação. Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão.

4 O RETARDO PROCESSUAL COMO CONSEQUÊNCIA DE EXISTIR UMA (SUPOSTA) GARANTIA MAIOR E A VIOLAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS

Embora a ideia do juiz de garantias seja excelente – deixamos isso bem claro –, a previsão do impedimento do juiz para atuar na fase processual é um verdadeiro atraso. É falacioso pressupor que o juiz que atua na fase anterior está “predisposto” a um édito condenatório, salvo na cabeça de alguns que insistem em seus vieses ideológico processuais.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). AgR no HC n. 156.157 – PR. Agravo regimental em *habeas corpus*. Quadrilha, corrupção passiva, violação de sigilo funcional, falsidade ideológica e lavagem de dinheiro. Interceptações telefônicas autorizadas por decisão judicial. Alegação de “quebra da cadeia de custódia”. Perda ou subtração de parte das gravações. Constrangimento ilegal reconhecido nas instâncias ordinárias. Ausência de ilegalidade na determinação de remessa dos autos ao juízo de primeira instância. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 16 de novembro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, 26 nov. 2018.

Já referimos e vamos reiterar aqui que na obra *Obrigações Processuais Penais Positivas – segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*,

partindo da noção dos direitos fundamentais como objeto indispensável de proteção criminal (pela perspectiva integral dos direitos fundamentais), tais obrigações processuais são extraídas não apenas de disposições específicas, relativas à proteção dos direitos à vida, integridade física e psíquica, liberdade individual, vida privada e familiar, mas também de cláusula genérica que exige dos países o respeito dos direitos de todos aqueles que estejam sob a jurisdição do Estado. São reconhecidas, assim, obrigações reais e positivas dos Estados membros, que consistem no dever de seus órgãos internos assegurar a salvaguarda desses direitos, prevenindo a violação e esclarecendo judicialmente o cometimento de fatos ilícitos, como forma de efetuar sua repressão, não apenas formal e simbólica, mas adequada e concreta.¹⁴

É igualmente essencial realçar ainda que as Convenções Interamericana e Europeia de Direitos Humanos possuem regras que impõem aos Estados signatários obrigações de respeitar e fazer valer os direitos e liberdades. São obrigações de dupla vinculação: negativas, vedando aos Estados a violação de direitos humanos; positivas, pois exigem das partes a adoção de medidas necessárias para tutelar esses direitos, impedindo a violação deles por terceiros e reprimindo eficazmente (sem delongas injustificadas, inclusive procedimentais) eventuais lesões a esses valores fundamentais da vida em sociedade.

Insistimos que tanto na Constituição Federal como nas cláusulas convencionais protetivas dos direitos fundamentais há exigências claras de adoção de posturas dentro dos sistemas jurídicos domésticos de condução de investigações e ações penais aprofundadas, céleres e diligentes, tendo como finalidade a tentativa de esclarecer os fatos e punir os responsáveis ao final do processo (identificando-se nítida hipótese de prevenção geral). Portanto, fica muito claro que os deveres processuais positivos decorrem diretamente, como implicações imediatas, dos direitos humanos protegidos também nas convenções.

Aliás, em ambas Cortes supranacionais são encontrados julgados com expressa fundamentação no sentido de existir um dever de o Estado investigar e processar os responsáveis por violações de direitos humanos como única forma de evitar a impunidade,

14 FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 95.

tentando-se refrear também a reiteração de condutas lesivas (prevenção geral positiva) e o desamparo das vítimas e de seus familiares.

Assim, o processo penal deve ser concebido sempre como um instrumento de garantia dos imputados e também de busca da realização das consequências previstas na lei penal.

5 CONCLUSÕES

Por todo o exposto, estamos absolutamente convictos de que a imparcialidade é presumida, devendo-se provar a parcialidade do juiz. O simples fato de ele ter tomado decisões anteriormente à fase processual não o torna, por si só, impedido de prosseguir por “suposta perda” de sua imparcialidade. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afastou o argumento – já gasto, como certo dogma em repetições, por alguns em terras brasileiras – de que haveria uma presunção de quebra de imparcialidade do juiz que atua como guardião das garantias e das reservas constitucionais de jurisdição na fase de investigação. Além disso, tal previsão contrasta com a necessária celeridade processual a que alude o art. 5º, LXXVII, da CF (e nem de longe está aqui a defesa de uma ideia de violação ou diminuição dos direitos dos investigados/processados).

Concluímos também que é inconstitucional a disposição do § 5º do art. 157 do CPP, que prevê que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”, na medida em que abre flancos evidentes para o afastamento do juiz natural da causa diante de previsões vagas e possíveis subjetivismos.

Para além de falacioso, é tecnicamente incorreto defender que o juiz que tiver contato com prova ilícita nos autos estará (também aqui) contaminado pelo que visualizou naquela prova declarada (ulteriormente) ilícita. É absolutamente correta a premissa já firmada em sede cautelar de ADI no sentido de que os

princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade restam violados pela proibição de o juiz que conheceu a prova declarada inadmissível proferir sentença. A ausência de elementos claros e objetivos para a seleção do juiz sentenciante permite eventual manipulação da escolha do órgão julgador, conduzindo à inconstitucionalidade a técnica eleita legislativamente.

Esperamos que, pelo menos em relação a esses dispositivos, a Corte Suprema Brasileira não permita que sejam aplicáveis, expungindo-as do sistema jurídico por arrostar o (verdadeiro) justo e devido processo legal.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Habeas Corpus nº 92.893-5-ES. Processual penal. Habeas corpus. Presidência de inquérito. Impedimento do magistrado. Inocorrência. Art. 255 do CPP. Rol taxativo. Precedentes. Juizado de Instrução. Inocorrência. Incompatibilidade do art. 75 do CPP com a Constituição. Inexistência. Ordem denegada. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2 de outubro de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 236, p. 118, 12 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). AgR no HC n. 156.157 – PR. Agravo regimental em *habeas corpus*. Quadrilha, corrupção passiva, violação de sigilo funcional, falsidade ideológica e lavagem de dinheiro. Interceptações telefônicas autorizadas por decisão judicial. Alegação de “quebra da cadeia de custódia”. Perda ou subtração de parte das gravações. Constrangimento ilegal reconhecido nas instâncias ordinárias. Ausência de ilegalidade na determinação de remessa dos autos ao juízo de primeira instância. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 16 de novembro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, 26 nov. 2018.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. As **Obrigações Processuais Penais Positivas** – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2020.

10 REFLEXÕES SOBRE A HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Pierpaolo Cruz Bottini¹
Vladimir Aras²

Resumo: O artigo trata das recentes alterações na lei de organização criminosa, em especial no que concerne aos benefícios possíveis derivados do acordo de colaboração premiada e à nova natureza da decisão de homologação do acordo, com suas consequências jurídicas e práticas.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Homologação. Benefícios penais.

Abstract: *This article deals with the recent changes in the Organized Crime Law, especially with regard to the possible benefits of a cooperation agreement and the new nature of the court ruling that approves this agreement, along with its legal and practical consequences.*

Keywords: *Cooperation agreement. Judicial decision. Criminal benefits.*

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019 trouxe inovações significativas nas regras sobre colaboração premiada: detalhou o procedimento das negociações, os benefícios possíveis e as medidas processuais cabíveis. Entre as novidades, alterou a forma e a natureza da homologação do acordo de colaboração, em dispositivo que tem suscitado dúvidas e alguma perplexidade.

A redação original da Lei nº 12.850/2013 previa, no § 7º de seu art. 4º, que o acordo entre o colaborador e a autoridade pública competente, uma vez assinado, seria encaminhado ao juiz – acompanhado das declarações prestadas e da investigação – para o ato de homologação, momento em que eram apreciadas a regularidade, a legalidade e a voluntariedade do negócio jurídico.

Tratava-se de um ato formal, em que o magistrado avaliava as cláusulas do acordo e sua adequação legal, sem qualquer análise do mérito das declarações ou das provas

1 Advogado e professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da USP.

2 Procurador Regional da República e professor de Processo Penal da UFBA.

existentes. A ideia era que o juiz examinasse o conteúdo da colaboração em momento posterior, durante a instrução, para ao final conceder os benefícios acordados. Nesse sentido, Cordeiro (2020, p. 97) explicava: “na homologação é realizado o juízo pleno de legalidade; na sentença, é feito o juízo exclusivo de proporcionalidade no cumprimento das avenças”.

A Lei nº 13.964/2019 alterou essa natureza da homologação ao dispor, no mesmo § 7º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que nesse ato o juiz analisará não apenas a regularidade, a legalidade e a voluntariedade do acordo, mas a

II – adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III – adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Esses novos elementos da homologação ensejam análises distintas.

2 ADEQUAÇÃO DOS BENEFÍCIOS

Em primeiro lugar, a lei exige do juiz a análise da adequação dos benefícios àqueles previstos em lei. Isso não significa que o magistrado deve apreciar o conteúdo da colaboração e a proporcionalidade dos benefícios acordados diante dos fatos narrados e das provas apresentadas. Em verdade, impõe que o juiz apenas averigue se as vantagens oferecidas estão entre aquelas previstas em lei, e afaste aquelas que violem o critério de definição inicial de cumprimento de pena e as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

Em outras palavras, a lei proíbe a concessão de benefícios não previstos em lei, em especial a previsão do cumprimento de penas em regimes diferentes daqueles fixados

no Código Penal e na Lei de Execução Penal. Parece vedar, por exemplo, os chamados regimes especiais, comuns nos acordos de colaboração, que previam o cumprimento domiciliar das penas de privação de liberdade, com monitoramento eletrônico (modalidade não prevista na legislação penal ou de execução penal).

Com o novo dispositivo, a lei endurece as condições dos acordos, uma vez que impede cumprimento de pena em contexto mais favorável ao colaborador em comparação àqueles previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal. Nessa medida, é um desestímulo à colaboração premiada, pois esta se torna menos vantajosa para o investigado ou réu.

Em se tratando de regra de direito penal material, que restringe ao réu colaborador as causas de diminuição de pena, benefícios penais e regimes de cumprimento da sanção, a alteração não retroage, de forma que aqueles que praticaram delitos até o dia anterior à data de sua vigência (23/1/2020) podem pleitear os benefícios vedados pela nova lei.

Não se alegue que a lei apenas expressou proibição antes implícita. A existência de inúmeros acordos firmados com cláusulas de regimes especiais homologados pela Justiça, inclusive por ministros do STF, revela que à época tais benefícios eram admissíveis. O novo marco, portanto, legal consiste em inovação material cuja retroação não se admite por prejudicar o réu colaborador.

Por fim, vale notar uma incongruência no dispositivo em análise. Ao final do inciso II do § 7º do art. 4º, o legislador veda que os acordos pactuem critérios de progressão de regime em desacordo com aqueles previstos na Lei de Execução Penal. Ou seja, proíbe avenças com tempos de progressão mais curtos ou com menos requisitos. Mas faz uma ressalva: tal proibição não alcança os casos do § 5º do mesmo diploma legal.

Ocorre que o § 5º trata das colaborações premiadas realizadas após a prolação da sentença. São os casos em que o réu decide cooperar com a Justiça após a condenação, razão pela qual os benefícios possíveis são, ou deveriam ser, mais restritos. Por isso, a lei prevê nessas situações que a pena poderá ser reduzida até a metade (quando para os demais colaboradores esta pode ser reduzida até 2/3), sendo admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Nota-se pois uma incongruência. Não parece fazer sentido admitir a flexibilização dos critérios para progressão de regime nos casos do § 5º — de colaboração tardia, após

a sentença condenatória — e impedir o mesmo benefício para aqueles que colaboram já no início do processo, na fase de investigação ou mesmo antes disso.

Assim, os benefícios sobre progressão de regime devem se estender a todos os colaboradores, sendo inconstitucional a vedação do inciso II do § 7º do art. 4, por ferir a isonomia e a proporcionalidade previstas no art. 5º, incisos I, XLVI e LVI, da Constituição Federal. Sob um prisma político criminal, referida proibição restringe o alcance de instituto favorável ao interesse público, o que milita contra as finalidades legais que justificam sua criação.

3 ANÁLISE DOS RESULTADOS

O inciso III do § 7º do art. 4 prevê que o juiz, no momento da homologação, analise ainda a “adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do *caput* deste artigo”.

Assim, requer-se que o magistrado avalie, já na homologação do acordo, os seus resultados, averiguando se a colaboração resultará na identificação dos demais agentes do crime, da estrutura da organização criminosa, na prevenção de infrações futuras, na recuperação do produto do delito ou na localização da vítima com a integridade física preservada.

Ocorre que a homologação é ato anterior ou, no mínimo, concomitante à instrução. Nesse momento, o juiz não dispõe de elementos para poder avaliar corretamente os resultados do acordo. Não há provas estabelecidas sob o contraditório, instrução finalizada e análise fática concluída, de forma que é difícil ao magistrado apurar, já nesse instante, a adequação dos resultados da colaboração. Justamente por isso, no regime anterior, o juiz efetuava tal análise ao final da instrução, quando já dispunha de elementos para a formação de sua convicção.

Portanto, a nova exigência de que o juiz faça uma avaliação antecipada da colaboração e verifique sua efetividade deve ser entendida com cautela. Não se impõe ao magistrado uma averiguação profunda ou fático-probatória do conteúdo da colaboração, mas apenas sua potencialidade e a existência de mínimos elementos de corroboração que embasem a narrativa do colaborador. Ao que parece, a ideia do legislador é evitar acor-

dos calçados apenas nas declarações prestadas, sem qualquer indicativo ou juntada de dados de corroboração.

Trata-se, por óbvio, de avaliação precária, que será submetida a análise posterior de efetividade ao final da instrução, quando os elementos de prova indicarem os benefícios possíveis ou a validade daqueles propostos e acordados pelas partes. No máximo, ter-se-ia a análise, também perfunctória, dos resultados já produzidos por ocasião da colaboração.

Por outro lado, é preciso que o juiz aja com cautela redobrada, porque, à luz do preceito acusatório, não lhe cabe antecipar juízos condenatórios ou confiscatórios contra os deletados. Tampouco lhe compete substituir-se ao Ministério Público naquilo que lhe cumpre provar mediante o contraditório. Tal juízo é, portanto, meramente deliberatório.

4 CONCLUSÃO

Essas as primeiras impressões sobre o novo regime de homologação dos acordos de colaboração premiada. Há muito, ainda, a ser discutido, em especial diante das questões concretas que certamente surgirão no cotidiano forense. É importante, contudo, neste momento, que conceitos e balizas sejam discutidos e traçados para garantir um mínimo de segurança aos futuros acordos de colaboração.

5 Referências

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2020.

11 A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Lidiane Teixeira de Souza¹

Resumo: Este artigo trata da introdução de instrumentos de consenso no ordenamento brasileiro, especificamente do acordo de não persecução penal (ANPP) previsto na Lei nº 13.964/2019. Inicialmente, expõe-se a dificuldade do sistema clássico em fornecer respostas satisfatórias ao problema da criminalidade e apresenta a justiça penal negociada como um modelo capaz de colaborar para a solução dos conflitos penais de baixa e média gravidade, sem perder de vista a preservação dos direitos fundamentais tanto do ofensor como do ofendido. Nessa esteira, abordam-se princípios que devem nortear essa sistemática e debate-se sobre a mitigação da obrigatoriedade da ação penal. Em seguida, é feita a incursão no tema do acordo de não persecução penal propriamente dito, demonstrando a velocidade com que esse método está ganhando espaço no Brasil e, então, parte-se para uma análise dos principais aspectos de sua previsão legal, bem como da possibilidade, ou não, de sua aplicação às ações em curso. Por fim, propõe-se reflexão sobre a capacidade de o ANPP colaborar, de forma efetiva, para o combate à criminalidade e a satisfação do sentimento de justiça, já que a resposta atualmente apresentada pelo sistema clássico se revela exageradamente desgastante e desproporcional ao benefício que produz.

Palavras-chave: Justiça penal negociada. Acordo de não persecução penal. Consenso. Razoável duração do processo. Eficiência. Mitigação da obrigatoriedade da ação penal. Requisitos. Características. Retroatividade.

Abstract: *This article deals with the introduction of consensus instruments in the Brazilian penal system, specifically the non-prosecution agreement provided for in Law No. 13.964/2019. Initially, addresses the difficulty of the classic system in providing satisfactory responses to the problem of criminality and presents negotiated criminal justice as an instrument capable of collaborating to the resolution of criminal conflicts of low and medium severity, without losing sight of the preservation of fundamental rights of both the offender and the victim. Principles that should guide the understanding of negotiated criminal justice are addressed, also approaches the mitigation of the principle of mandatory prosecution. Deals with the non-prosecution agreement itself, demonstrating the increase of the instrument's use in Brazil is presented. Following these considerations, an analysis of the main aspects of its legal provision and of the possibility, or not, of its application to ongoing criminal proceedings is conducted. Finally, we discuss the ability of the non-prosecution agreement to collaborate, in an effective and less expensive*

¹ Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e bacharela em Administração pela Faculdade de Pin-damonhangaba.

manner, on the fight against crime and on the satisfaction of the society's, the offender's and the victim's sense of justice, for which the answer currently presented by the classic system proves to be exaggeratedly consuming and disproportionate in comparison to the benefit it produces.

Keywords: *Negotiated criminal justice. Non-prosecution agreement. Consensus. Reasonable duration of the procedure. Efficiency. Mitigation of mandatory prosecution. Requirements. Characteristics. Retroactivity.*

1 INTRODUÇÃO

O tradicional sistema de justiça criminal não apresenta resposta capaz de atender plenamente às justas expectativas de resolução de conflitos, pois, apesar de consumir parcela significativa dos recursos públicos,² as ações penais se multiplicam, são altas as taxas de criminalidade, o padrão de funcionamento da segurança é baixo e o Judiciário é moroso, implicando descrença da opinião pública na capacidade do Estado de dirimir essas demandas.

De acordo com levantamento apresentado na 15ª edição do relatório Justiça em Números,³ em 2018 surgiram no Brasil 2.443.064 ações penais na Justiça Estadual e 120.380 na Justiça Federal. O número de casos criminais pendentes de julgamento alcançou 7.533.528 na esfera estadual e 214.212 na federal. Destes, 6,2 milhões estavam na fase de conhecimento (em 1º grau ou nos tribunais) e 1,6 milhão em execução penal.

Constatou-se que os processos criminais baixados em 2018 duraram, em média, 3 anos e 9 meses na fase de conhecimento, 3 anos e 4 meses na execução de penas alternativas e 4 anos e 2 meses na execução de penas restritivas de liberdade.

Esse resultado é muito aquém da média global e reflete a classificação do Brasil em 94º lugar (em um total de 126 países avaliados) quanto ao quesito “eficiência da Justiça

2 Segundo a 15ª edição do relatório Justiça em Números, em 2018 a despesa total com o Judiciário alcançou a cifra de R\$ 93.725.289.276 (noventa e três bilhões, setecentos e vinte e cinco milhões, duzentos e oitenta e nove mil e duzentos e setenta e seis reais).

3 Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT.

Criminal", no *ranking WJP Rule of Law Index 2019 performance*,⁴ elaborado pela organização internacional *World Justice Project*.⁵

Diante desse cenário, intensificaram-se os debates sobre a proficuidade de métodos alternativos/complementares de enfrentamento da criminalidade, abrindo espaço para o desenvolvimento do modelo da justiça penal negocial, que busca dar uma resposta compatível com as necessidades de prevenção e repressão de infrações penais e que seja, ao mesmo tempo, diretamente proporcional à gravidade do delito, de modo a não demandar despesa pública, esforço ou desgaste dos atores envolvidos muito superiores ao benefício gerado.

Não é por acaso que esse modelo é tendência mundial: nos EUA, entre 95% e 99% dos casos são extintos por acordo⁶ e, na Europa, desde 1987, há a Recomendação nº 18 do Conselho da Europa, que trata da simplificação da justiça penal e busca desestimular a intervenção judicial como primeira opção.

No Brasil, pelo menos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, fala-se em introdução de instrumentos de consenso no ordenamento jurídico-penal⁷ e, recentemente, esse assunto voltou a ocupar o centro das discussões com a edição da Lei nº 13.964/2019, que prevê o acordo de não persecução penal.

Assim, considerando o atual terreno fértil para o incremento do acordo de não persecução penal, mostra-se oportuno o estudo desse instituto, destacando alguns de seus princípios legitimadores e enfatizando a análise da sua disciplina legal, em vigor desde janeiro de 2020.

4 Disponível em: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Brazil_0.pdf. Acesso em: 28 fev. 2020.

5 Cada edição do *WJP Rule of Law Index* conta com mais de 110.000 pesquisas de famílias e especialistas para medir como o Estado de Direito é experimentado e percebido em situações práticas e cotidianas pelo público em geral em todo o mundo. O desempenho é avaliado usando 44 indicadores em 8 categorias, cada uma delas classificada globalmente e em relação a pares regionais e de renda: restrição sobre poderes do governo, ausência de corrupção, governo aberto, direitos fundamentais, ordem e segurança, aplicação regulatória, justiça civil e justiça criminal.

6 VASCONCELLOS, 2018.

7 Art. 98 da Constituição Federal.

2 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS

A interação humana, por vezes, ocasiona conflitos em razão da contraposição de interesses e expectativas. A forma como os conflitos são dirimidos, embora dinâmica (em razão do constante surgimento de soluções diversificadas), alcança certa estabilização que colabora para moldar a estrutura de poder de uma sociedade.⁸

Nas situações em que esses conflitos atentem contra valores fundamentais para a manutenção da vida em comunidade, merecerão intervenção na seara penal, desde que não possam ser enfrentados satisfatoriamente por outros ramos do direito.⁹

No âmbito da justiça criminal, destacam-se duas arenas para o enfrentamento dessa questão: a de consenso e a de conflito, sendo importante asseverar, contudo, que um modelo não afasta o outro, ambos coexistem e se complementam. Dessa forma, não se deve olhar para a justiça consensual como uma linha evolutiva da justiça penal conflitiva, mas sim como uma alternativa a ela, pois esta não deixa de dar as respostas clássicas ao crime, apenas passa a contar com outras formas de reação.

Segundo Pablos de Molina,¹⁰ há três modelos de resolução de conflitos penais: o dissuasório clássico, o ressocializador e consensuado. Este último é, ainda, subdividido em pacificador/restaurativo e justiça criminal negociada.

Em linhas gerais, o modelo dissuasório clássico tem caráter punitivista-retributivista, ou seja, calca-se na inderrogabilidade da aplicação da pena, que teria finalidade exclusivamente de castigar o agente. A efetivação da justiça exigiria um Direito Penal duro, inflexível, implacável, pois somente o contraestímulo da sanção seria capaz de deter a criminalidade. Ao mal do crime, o mal da pena.

O modelo ressocializador, por sua vez, não enxerga a pena somente como castigo, mas sim como meio adequado e suficiente para alcançar a finalidade de prevenção especial positiva, evitando a reiteração, pois acredita que o Direito Penal pode eficazmente intervir na pessoa do infrator, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade, principalmente quando ele estiver preso.

8 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019.

9 REALE JÚNIOR, 2009.

10 MOLINA; GOMES, 2012.

Já o modelo consensuado, em seu viés pacificador ou restaurativo, enfoca na pacificação interpessoal e social do conflito, pois entende o crime como um ato contra as pessoas e a comunidade, e não meramente uma infração à lei. Prevalece, aqui, a preocupação com a reparação do dano e com a reconciliação por meio do diálogo entre ofendido e ofensor. Destaca-se que ao acusado somente é permitido aceitar ou declinar de uma proposta já definida, não há espaço para que negocie as suas cláusulas.¹¹

Por fim, o modelo da justiça penal negociada, foco deste estudo, é pautado na participação do delinquente na construção da solução do conflito, favorecendo a sua ressocialização. A partir da confissão do crime e da assunção da culpa, seria possível a realização de acordo sobre a quantidade da pena a ser aplicada, a forma de cumprimento, o modo de reparação dos danos e também a perda de bens, o que colaboraria de maneira mais efetiva para o reestabelecimento da paz social.

2.1 Modelo de justiça penal negociada como alternativa à crise do sistema clássico

No Estado de Direito, o sistema de justiça criminal foi pensado para limitar e controlar o poder punitivo estatal, de modo a proteger os cidadãos contra a ocorrência de crimes, ao mesmo tempo em que garante aos acusados o respeito aos seus direitos fundamentais. Ele tem por base o ideal de igualdade, que, em tese, concretiza-se com a submissão de todos, indistintamente, ao direito.

Contudo, na prática, essa equidade não se realiza perfeitamente, pois o controle social punitivo institucionalizado seleciona a parcela da comunidade que integra as camadas mais humildes e marginalizadas, criminalizando-as e, dessa forma, reforça a elas os limites de seu lugar no “espaço social”, ao passo que o estamento que detém a decisão geral de determinar o sentido da criminalização acaba por blindar-se a ela, tornando-se menos vulnerável ou até invulnerável ao próprio sistema que instituiu.¹²

Da forma como atualmente concebido, o sistema penal, por sua lógica intrinsecamente estigmatizante e ao insistir na pena, acaba por produzir efeito diametralmente oposto à pretensão de pacificação, revelando-se um fator criminógeno e favorecendo a reiteração da conduta delituosa.

¹¹ ANPR, 2019.

¹² ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019.

Para além disso, a sensação de impunidade e insegurança é impulsionada pelas altas taxas de criminalidade, o baixo padrão de funcionamento do sistema de segurança pública, a morosidade e a ineficácia da justiça criminal, acarretando a descrença da opinião pública nos mecanismos institucionais para a resolução dos conflitos sociais.

Uma pesquisa encomendada pela Associação de Magistrados do Brasil, realizada pela Fundação Getúlio Vargas, entre agosto de 2018 e novembro de 2019, disponibilizou à sociedade um amplo conjunto de informações sobre as percepções e expectativas a respeito da atuação do Judiciário brasileiro e revelou que 69% dos entrevistados (integrantes da sociedade em geral e operadores do direito) concordam totalmente com a afirmação “a Justiça é lenta”, e 24% concordam pelo menos parcialmente com essa assertiva. Somando-se os dois grupos chega-se ao assustador percentual de 93% que consideram, em algum grau, a Justiça morosa.¹³

A propósito, 36% dos participantes concordaram totalmente e 38% parcialmente que a Justiça não é eficaz, totalizando 74%, sendo que o Direito Criminal foi apontado, tanto pela sociedade como por advogados e defensores públicos, como o setor da Justiça com pior desempenho.

Buscando superar esse modelo de índole retributiva, impactante e repressiva, que já não responde satisfatoriamente às necessidades de combate à criminalidade, diferentes estudos apontaram caminhos diversos, desde movimentos de “lei e ordem”, até aqueles que defendem o abolicionismo.

É nesse contexto de crise de legitimidade que despontam, inicialmente em países de tradição *comon law*, mas que vêm sendo gradativamente discutidas e aplicadas em países de *civil law*, como o Brasil, as ideias de justiça penal negociada, que podem ser um instrumento de aperfeiçoamento do sistema, a fim de humanizar o Direito Penal, garantindo os direitos fundamentais tanto da vítima como do ofensor, criando outras possibilidades de combate à criminalidade para além do encarceramento.¹⁴

13 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-imagem-judiciario-brasileiro.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2020.

14 BARROS; ROMANIUC, 2019.

3 ACORDOS PENAIS

A justiça penal negocial, que, frise-se, não se preocupa em restaurar os vínculos entre infrator e vítima,¹⁵ como acontece na justiça restaurativa, apresenta-se como meio alternativo de remédio aos conflitos criminais, de modo a possibilitar uma solução mais célere e menos dispendiosa, já que evita o trâmite de processos que, geralmente, estendem-se por anos e, fazendo isso, diminui os efeitos estigmatizantes para o réu ao mesmo tempo que reduz significativamente o fluxo de autos nas já abarrotadas unidades de prestação jurisdicional.

Sem perder o foco na resposta jurídica ao ato criminoso, os acordos penais têm como principal objetivo alcançar uma solução rápida, eficiente e satisfatória para o Estado, o réu e a sociedade, pautando-se na proteção da dignidade da pessoa humana, na razoável duração do processo e na eficiência.

3.1 Princípios legitimadores

Não há dúvidas de que o modelo negocial pretende dar conta dos aspectos negativos do sistema tradicional, mas, por outro lado, existe o receio de que coloque em risco algumas de suas conquistas mais caras, como aquelas consubstanciadas nas garantias penais e processuais. Está posto o impasse: é possível adotar os instrumentos de acordo penal sem abrir mão desses avanços?

Para responder a essa pergunta é necessário ter como ponto de partida que a compreensão do modelo de justiça penal negociada deve ser norteadada por três princípios: a dignidade da pessoa humana, a razoável duração do processo e a eficiência.¹⁶

A dignidade da pessoa humana é matéria prioritária na construção de um Estado Democrático de Direito e está consagrada no inciso III do art. 1º da Constituição Federal Brasileira. Em suma, ela não é um direito, mas uma qualidade intrínseca aos seres humanos, de maneira que uma “pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação à outra pessoa. Não se trata, dessarte, de uma questão de valor, de hierarquia, de uma

¹⁵ ANPR, 2019.

¹⁶ ANDRADE, 2018.

dignidade maior ou menor”,¹⁷ ou seja, todos os indivíduos detêm dignidade exatamente na mesma medida.

O dever de respeito à dignidade da pessoa pode ser observado sob dois aspectos interligados assim traduzidos: o ser humano não deve ser tratado como mero meio para obtenção de um fim (aspecto objetivo), se tal tratamento derivar de uma expressão de desprezo pela sua condição (aspecto subjetivo).

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,¹⁸ a dignidade da pessoa humana consiste na:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um completo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

É sob esse olhar que se percebe que ser alvo de investigação muitas vezes é uma situação humilhante e angustiante, principalmente quando o processo se prolonga por anos ou há exposição na mídia, o que pode até mesmo ser mais aflictivo ao réu do que a própria condenação e a pena aplicada.

Tendo isso em vista, não é demais afirmar que a justiça negociada, em razão do seu caráter mais célere que o processo tradicional, confere maior grau de proteção à dignidade da pessoa humana, impedindo que haja sofrimento além do necessário.

Inclusive, privilegia a proteção da dignidade da própria vítima, na medida em que evita a morosidade do modelo tradicional que a torna mais suscetível à vitimização secundária, muitas vezes causada pelas autoridades policiais ou judiciárias no decorrer da persecução penal, acarretando desgaste ou sofrimento.¹⁹

O segundo princípio prestigiado pela justiça penal negociada é a razoável duração do processo, que é trazido tanto pela Convenção Americana dos Direitos Humanos

17 MAUER apud SARLET, 2009.

18 SARLET, 2010, p. 62.

19 BARROS, 2008.

como pela Constituição Federal, no art. 5º, LXXVII, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade na sua tramitação”.

Ora, não é interessante para nenhum dos atores envolvidos que haja prolongamento desnecessário da apuração e resposta à prática delitiva.

Para o acusado, a demora significa suportar por longo tempo os efeitos do constrangimento por ser investigado em um processo penal. Para a vítima, é a prolongação do sofrimento com a expectativa de se haverá, ou não, uma resposta estatal satisfatória ao delito cometido e se obterá a reparação do dano. A sociedade, por sua vez, igualmente sofre impactos negativos ao ver aumentada a sensação de impunidade e insegurança em razão da demora para o desfecho do conflito. Em suma, a lentidão põe em xeque a própria efetivação da justiça.

Assim, o prolongamento indevido da resposta jurisdicional afeta não só o interesse dos investigados como o da própria vítima, do Estado e da sociedade.

Nas palavras de Madlener, citada por Flávio da Silva Andrade,²⁰ para que a celeridade desejada seja alcançada “é necessário que o sistema judiciário seja adaptado, tanto no que se refere ao pessoal como aos procedimentos, com o objetivo de que os problemas tão diversos que são apresentados à Justiça sejam convenientemente tratados”. Prossegue defendendo que

em razão do elevadíssimo número de casos penais, é necessário, sem violação das garantias constitucionais, diversificar e simplificar os procedimentos penais levando-se em conta a gravidade do delito, do dano causado, a situação probatória, etc.

Nesse contexto, a justiça penal negociada emerge como importante instrumento para colaborar com a razoável duração do processo.

O último fundamento da justiça penal negociada selecionado para ser abordado é a eficiência, que tem previsão constitucional no art. 37, *caput*. Embora ela tenha destaque no âmbito do Direito Administrativo, sua aplicação também deve ser uma preocupação

20 ANDRADE, 2018.

no processo penal, de modo que a eficiência dos atos e procedimentos praticados favoreçam o alcance de um resultado adequado e justo.²¹

Insta reforçar que a lógica de produtividade e eficiência, por óbvio, não é a principal baliza da justiça penal negociada, mas, sobretudo, a lógica de realização cooperada e participativa da justiça, com vistas a melhor atender à sociedade moderna e recuperar a credibilidade dos sistemas de justiça criminal.

Assim, a observância da celeridade e da eficiência não pode implicar negação das garantias processuais penais, pois não se concebe um processo eficiente sem que elas estejam presentes.²²

3.2 Mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal

Inicialmente, não se pode confundir a garantia da inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5º, XXXV, da CF, com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, que nem sequer possui previsão legal expressa, com exceção da legislação militar.²³

Dito isso, a doutrina aponta que a propositura da ação penal pública pelo Ministério Público é obrigatória, tornando-se regra o exercício do *ius puniendi* quando presentes os elementos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade na conduta sob exame, o que, contudo, não é absoluto, tendo em vista a mitigação trazida pela Lei nº 9.099/1995, com a suspensão condicional do processo e a transação penal.

Vale observar que, se antes das alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, a obrigatoriedade da ação penal já não estava sujeita à completa fiscalização pelo Judiciário (pois apesar de submeter o arquivamento do inquérito policial à sua homologação, caso o magistrado discordasse do encerramento das investigações, a única providência possível seria encaminhar o procedimento apuratório para apreciação do procurador-geral de Justiça ou da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que detinham – e ainda detêm – a palavra final sobre o seu prosseguimento), agora, com as recentes alterações legislativas, reforçou-se a impossibilidade de o Judiciário imiscuir-

²¹ FERNANDES; ALMEIDA; MORAES, 2008.

²² FERNANDES, 2012, p. 23.

²³ ANPR, 2019, posição 2560.

-se na decisão sobre o arquivamento, uma vez que lhe foi retirada a atribuição de homologá-lo. Hoje, tudo é feito pelo Ministério Público, internamente.

Assim é que, no final das contas, o Ministério Público é o *dominus litis*, o que não significa simplesmente ser o que denuncia, mas aquele que decide se é melhor denunciar, arquivar ou fazer acordo para a proteção do bem jurídico violado, de maneira proporcional à violação.²⁴

Nessa vereda, o princípio da obrigatoriedade da ação penal cede lugar ao princípio da oportunidade regrada, que tem por base a percepção realista de que o Estado não consegue perseguir penalmente toda e qualquer infração (nem mesmo seria útil que o fizesse), cabendo, portanto, atribuir ao órgão acusatório certo grau de discricionariedade, a fim de que concentre esforços na persecução dos delitos realmente dignos de maior consideração.²⁵

Sob o ângulo da oportunidade regrada, a liberdade concedida para decidir acerca da conveniência da propositura da ação penal não é ampla e irrestrita, de modo que não fica à mercê do puro arbítrio do órgão acusador, mas deve observar parâmetros legalmente definidos.

Dessa forma, conclui-se que, ainda que a oportunidade regrada não seja limitada por uma legalidade rígida e com hipóteses fechadas, admiti-la não fere a concretização do ideal de igualdade, pois ela não deixa de submeter-se à legalidade alargada, na medida em que atinge a todos, indistintamente, fixando uma série de requisitos para o seu exercício.

3.3 Instrumentos para resolução consensual de conflitos previstos no processo penal brasileiro

O constituinte brasileiro, atento à necessidade de conferir celeridade e eficiência à persecução penal, principalmente em relação a infrações de menor potencial ofensivo, que muitas vezes acabavam tendo sua punibilidade extinta por conta da prescrição, acompanhou a tendência mundial de introdução de instrumentos de consenso no ordenamento jurídico-penal. Previu, no art. 98 da Constituição Federal, a criação de juizados

²⁴ MPCE, [S.d.].

²⁵ ANPR, 2019, posição 2599.

especiais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas menos complexas, com atuação tanto no âmbito cível como no âmbito criminal, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação, restando evidente a sua intenção de incentivar a busca do consenso entre o titular da ação penal e o acusado.²⁶

Nessa toada, foi editada a Lei nº 9.099/1995, chamada de Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que prevê um processo orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.²⁷ Esse diploma instituiu, na seara penal, os meios alternativos de resolução consistentes na composição civil, na transação penal e na suspensão condicional do processo.

A composição civil dos danos nada mais é que um acordo firmado na fase pré-processual, intermediado por um juiz togado ou um conciliador sob sua orientação e na presença do Ministério Público, entre o ofendido e o autor do fato, os quais deverão estar assistidos por seus advogados. O objetivo é a reparação dos prejuízos causados pela prática delitiva, sejam eles de qualquer espécie, já que a lei não estabelece nenhuma limitação quanto a isso.

Feito o ajuste, ele será reduzido a escrito e, após homologado pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

O propósito desse instrumento é propiciar um diálogo entre as partes e ampliar a participação da vítima com vistas ao alcance da reparação de danos e à célere solução do conflito.

Em razão do seu caráter despenalizador, o acordo civil homologado acarreta renúncia ao direito de queixa, conforme expresso no art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995, ao contrário do que acontece em situações regidas pela lei penal comum, especificamente no art. 104, parágrafo único, do Código Penal, o qual prevê que o recebimento da indenização não importa em renúncia tácita ao direito de queixa.

O próximo instituto a ser abordado é a transação penal, que consiste no instrumento de justiça criminal não conflitiva previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/1995.

²⁶ ANDRADE, 2018, p. 66.

²⁷ BRASIL. Lei nº 9.099/1995, art. 62.

Essa forma de autocomposição entre o Ministério Público e o ofensor é cabível para o enfrentamento de crimes de menor potencial ofensivo, com o objetivo de ver aplicada, imediatamente, pena restritiva de direitos ou de multa em contrapartida a não ser instaurado um processo penal.

Esse acordo deve ser realizado antes do oferecimento da denúncia, na presença do juiz (togado ou leigo) ou do conciliador, e o infrator precisa estar acompanhado por seu advogado.

Importante destacar que a aceitação do acordo não implica confissão de culpa, motivo pelo qual esse instituto se distingue da *guilty plea* americana. Também não se confunde com o *plea bargaining*, primeiro porque a transação só é cabível para casos em que a lei preveja pena máxima de até dois anos de prisão e estiverem presentes os requisitos do art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/1995, segundo porque não há possibilidade de barganha de imputações.

Dito de outro modo, o autor não assume a culpa, mas apenas se compromete a cumprir determinadas condições para que sua punibilidade seja extinta e o caso arquivado.

A Lei nº 9.099/1995 trouxe, ainda, em seu art. 89, o instituto despenalizador da suspensão condicional do processo: em delitos cuja pena mínima não ultrapasse um ano de prisão, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo pelo período de dois a quatro anos, intervalo em que o prazo prescricional ficará da mesma sorte sobrestado.

Trata-se de um acordo entre o órgão de acusação e o acusado que resulta na paralisação da persecução. Para que ele seja possível, o arguido não pode estar sofrendo processo, nem ter sido condenado por outro crime (aqui, observa-se a regra da reincidência)²⁸ e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime devem autorizar a concessão do benefício.

Conforme ensina Renato Brasileiro, sua natureza pode ser explicada pelo *nolo contendere*, assim definido:

²⁸ Ou seja, após cinco anos do cumprimento da penalidade ou da extinção da punibilidade em relação à condenação passada, já não haverá óbice para a concessão do benefício.

consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência. Por isso, não se confunde com o *guilty plea*, nem tampouco com o *plea bargaining*.²⁹

Ademais, durante o tempo em que o processo ficar sobrestado, denominado de período de prova, o beneficiado deverá atentar-se aos requisitos fixados pelo juiz, que poderão ser: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside, comparecimento pessoal e obrigatório a Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Sublinhe-se que o juiz poderá especificar outras condições a que ficará subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Quanto a isso, critica-se a possibilidade de o magistrado especificar outras condições além das previstas no rol do art. 89, da Lei nº 9.099/1995, sob o argumento de que não se coaduna ao Texto Constitucional e afronta o sistema acusatório adotado no ordenamento jurídico brasileiro, pois o papel do juiz deve ficar restrito à análise quanto ao preenchimento dos requisitos legais, se o réu manifesta vontade livre e consciente em celebrar o ajuste e se estão sendo respeitados os direitos fundamentais do acusado.

Apesar das críticas, a implementação dos instrumentos de justiça penal consensual e pactuada trazidos pela Lei nº 9.099/1995 foi um sucesso e em muito contribuiu para o aperfeiçoamento e a melhoria do sistema penal brasileiro, pois reduziu a taxa de congestionamento das unidades judiciárias em razão da rápida solução dos conflitos penais por meio de procedimentos compostos por menos etapas. Por conseguinte, é inegável que atenuou a estigmatização típica gerada pelo modelo clássico de processo (até mesmo por evitar ou reduzir o tempo de prisões de curta duração) e, em razão da agilidade na resposta estatal à criminalidade de menor ou média ofensividade, proporcionou a redução do número de casos alcançados pela prescrição (já que, na suspensão condicional do processo, o curso do prazo prescricional fica sobrestado) além de, principalmente, ter colaborado para maior efetividade na recuperação dos infratores.

Para além dos institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo, que são negócios jurídicos processuais despenalizadores, foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro a colaboração premiada, também de viés negocial, porém com índole punitiva.

²⁹ LIMA, 2017.

A colaboração premiada é um novo espaço de consenso na justiça criminal. Trata-se de negócio jurídico processual,³⁰ que é, simultaneamente, meio de prova e meio de defesa, firmado entre Ministério Público e delator, por meio do qual se persegue a cooperação do maior número de agentes, principalmente do próprio agente infrator, em troca de benefícios que podem alcançar até mesmo o perdão judicial ou ministerial, conforme § 4º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013.³¹

Por meio desse instituto, o acusado, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita a consumação de outras infrações (o que se convencionou chamar de colaboração preventiva) ou auxilia o Estado em sua atividade de reunir provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (denominada colaboração repressiva).³²

Possui previsão na Lei nº 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado), na Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), no Código Penal art. 159, § 4º (redação dada pela Lei nº 9.269/1996), na Lei nº 7.492/1986 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), na Lei nº 8.137/1990 (Lei de Crimes contra a Ordem Tributária), na Lei nº 9.807/1999 (Lei de Proteção de Testemunhas), na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos), na Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais), entre outras. Ressalta-se que a Lei do Crime Organizado, ao dispor sobre o instituto da colaboração premiada, não revogou as leis ou preceitos anteriores sobre esse tema, a não ser a Lei nº 9.034/1995 (antiga Lei do Crime Organizado), uma vez que disciplinou a temática de forma mais abrangente, conferindo-lhe novos contornos.

Cabe citar, outrossim, a justiça restaurativa – que é uma forma de autocomposição que busca a harmonização entre o autor da infração e a vítima, com o objetivo de restaurar o convívio social, e está sendo aplicada em algumas partes do Brasil com fundamento no Protocolo de Cooperação Interinstitucional para a Difusão da justiça restaurativa,³³

30 A Corte fixou a orientação de que “por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no relato da colaboração e seus possíveis resultados. HC nº 143.427 e HC nº 142.205.

31 SANTOS, 2016, p. 29.

32 SILVA, 2003, p. 77.

33 Disponível em: <http://www.palasathena.org.br/arquivos/utilidade publica/Protocolo%20Digitalizado.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2020.

aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça, e na Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público.³⁴

Por fim, começa a ganhar expressão na arena da justiça penal negociada os acordos de não persecução penal, objeto central do presente artigo, inicialmente instituído pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e, recentemente, disciplinado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente chamada de Pacote Anticrime, que será detidamente analisado no próximo capítulo.

4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Assembleia Geral das Nações Unidas editou, em dezembro de 1990, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade, com o objetivo de incentivar a adoção, pelos Estados-membros, de meios mais eficazes que o cárcere para prevenir a criminalidade e melhorar o tratamento dos encarcerados, denominadas como Regras de Tóquio.

Esse diploma recomenda que não haja instauração de procedimento contra o suposto criminoso quando a prevenção ao crime, a promoção a lei e o resguardo do direito das vítimas puder ser alcançado de modo alternativo, vejamos:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

³⁴ Art. 13. As práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos. Art. 14. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

O recente acordo de não persecução penal (ANPP) vai ao encontro dessa orientação, mas se engana quem imagina que se trata de uma inovação total no sistema processual penal brasileiro, pois, desde 1995, há previsão legislativa da transação penal, que em muito se assemelha a esse instituto, na medida em que ambos possuem características comuns quanto ao momento, requisito e iniciativa da proposta de solução consensual.

Diferentemente da transação penal, o acordo de não persecução exige a confissão do indivíduo e possui um requisito específico de que o crime sob apuração não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça.

As condições a que estará submetido o indivíduo também são distintas. O acordo de não persecução penal pressupõe a reparação do dano causado (exceto na impossibilidade de fazê-lo) e renúncia a bens indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime, ao passo que a transação penal não está condicionada a essas circunstâncias, justamente porque seu cabimento pressupõe a não realização de composição civil dos danos, prevista no art. 74, da Lei nº 9.099/1995, que abarca essas medidas.

Outro traço distintivo é que enquanto a transação penal admite a aplicação de qualquer pena restritiva de direitos, no acordo de não persecução penal é possível apenas a prestação de serviços à comunidade em local a ser indicado pelo juízo da execução.

Apesar de a implementação do acordo de não persecução penal ser incentivada por protocolos internacionais, o instituto, da forma como concebido no Brasil, recebeu críticas, sendo rotulado como uma versão piorada da transação penal, sob o fundamento de que ao mitigar o poder do juiz, que é um agente imparcial, e aumentar o poder do Ministério Público, que é parte, limita o controle realizado pelo Poder Judiciário e, assim, reduz as garantias individuais do acusado.³⁵

Mas fato é que, mesmo antes da edição da Lei nº 13.964/2019, o ANPP vem ganhando, gradativamente, espaço na resolução de conflitos penais no Brasil. Para se ter ideia, levantamento realizado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal apontou que, desde 2018, quando foi editada a Resolução nº 181/2017, até 5 de fevereiro de 2020 (data de fechamento da contagem), 1.291 casos foram solucionados na esfera federal por meio do acordo de não persecução penal,³⁶ sendo 344 casos ver-

35 IBCCRIM, [S.d.].

36 MPF; 2ª CCR, [S.d.].

sando sobre contrabando ou descaminho, 256 sobre estelionato e 151 referentes a uso de documento falso.

O número pode parecer inexpressivo, mas considerando que em 2018 foram firmados 324 acordos, e que em 2019 houve aumento de, aproximadamente, 131%, com a assinatura de 749 ajustes, e só nos primeiros dias do ano de 2020 (até 5 de fevereiro de 2020), mesmo havendo recesso no início do mês de janeiro,³⁷ já foram firmados 138, percebe-se a rapidez com que a adoção do acordo de não persecução penal está avançando no Brasil.

4.1 Características e requisitos

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal e disciplinou o acordo de não persecução penal, seguiu a linha do que já era previsto pela Resolução nº 181/2017, do CNMP, e estancou, de uma vez por todas, as críticas sobre a inconstitucionalidade da forma de introdução desse instituto no Brasil, que até então constava no ordenamento interno apenas em resolução.

Resumindo, esse dispositivo dispõe que o acordo de não persecução penal será cabível quando (1) não for caso de arquivamento, ou seja, estiverem presentes prova da materialidade e indícios de autoria; (2) o investigado confessar formal e circunstanciadamente a prática da infração penal;³⁸ (3) o delito em questão não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça, bem como tiver pena mínima inferior a quatro anos – aqui se faz um adendo para esclarecer que a violência apontada é aquela praticada contra a pessoa, e não simplesmente quanto a coisa; e (4) a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Uma vez cumpridas as cláusulas ajustadas entre Ministério Público (MP) e autor do delito, o resultado será o arquivamento das investigações, razão pela qual é possível afirmar que o ANPP possui natureza jurídica de arquivamento condicionado.³⁹

³⁷ BRASIL. Lei Federal nº 5.010/1996.

³⁸ Para a formalização do acordo é essencial que haja autonomia das vontades das partes envolvidas, e para uma confissão válida devem estar presentes os requisitos intrínsecos: verossimilhança, clareza efetiva, persistência fática, coincidência e os requisitos formais: pessoalidade, visibilidade, espontaneidade, imputabilidade, atribuição legal. BARROS; ROMANIUC, 2019.

³⁹ Idem.

Ademais, tendo em vista que constitui mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, sua propositura é faculdade do Ministério Público, e não direito subjetivo público do investigado. Dito de outro modo, ainda que reunidos os pressupostos legais permissivos do acordo de não persecução penal, o Ministério Público tem certa discricionariedade de propô-lo ou não, isso porque sua natureza jurídica é similar à da suspensão condicional do processo, em relação a qual há a Súmula 696⁴⁰ do Supremo Tribunal Federal confirmando se tratar de prerrogativa institucional do MP.

No caso de o Ministério Público recusar propor o acordo de não persecução penal, a única medida ao alcance do investigado é requerer a remessa dos autos ao órgão superior de revisão, ou seja, ao procurador-geral de Justiça, quando perante a Justiça Estadual, ou à Câmara de Coordenação e Revisão, quando tramitar na Justiça Federal, nos mesmos moldes do art. 28, do Código Penal.

Por ser um instrumento jurídico efetivado fora da relação jurídico-processual, parte da doutrina defende que o acordo de não persecução penal também tem natureza de negócio jurídico extraprocessual, de modo que as consequências ajustadas não podem ser consideradas penas.

De fato, o acordo de não persecução penal não gera pena, pois pena consiste em imposição, que independe da aceitação ou concordância daquele contra quem ela é fixada, enquanto o ANPP, diferentemente, baseia-se na confluência de vontades.

Até por isso a consequência para a hipótese de seu descumprimento é o oferecimento da denúncia, para somente após o desenrolar do devido processo legal haver a determinação da penalidade a ser aplicada.

Nas palavras de Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

No acordo não há aplicação de pena. No plea bargain há efetivamente a aplicação de uma sanção penal. No acordo, uma vez ocorrendo o seu descumprimento, faz-se necessário o oferecimento de denúncia, com plena

40 Súmula 696/STF: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666>. Acesso em: 10 fev. 2020.

instrução processual para a aplicação da pena. No plea bargain não é necessária instrução; simplesmente executa-se a pena.⁴¹

Aqui é interessante lembrar que, como para a celebração do acordo se exige confissão formal e circunstanciada, há quem entenda que, na hipótese de haver o descumprimento de suas cláusulas e posterior oferecimento da denúncia, ela poderá ser usada como meio válido de prova quanto à autoria e culpabilidade.⁴² Por outro lado, há quem defenda que o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova, assim como acontece com a delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador, uma vez que elas teriam sido produzidas sem a observância do art. 155 do Código de Processo Penal.⁴³

Em seguida, estão previstas nos incisos do art. 28-A do Código Penal as condições necessárias para o cabimento do acordo de não persecução penal, ajustadas cumulativa ou alternativamente. A primeira delas é a obrigação de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo. O beneficiário do acordo deverá também renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.

Será ainda fixada ao beneficiário a obrigação de prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução. E, por fim, pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. Além desse rol, o último inciso permite que o Ministério Público possa indicar outra condição a ser cumprida, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Observe que a lei previu para o acordo de não persecução penal dinâmica similar à da suspensão condicional do processo quando estabelece que o Ministério Público poderá indicar outra condição para a formalização do acordo, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

41 CABRAL, 2019.

42 BARROS; ROMANIUC, 2019.

43 MAZLOUM; MAZLOUM, 2020.

Nesse ponto, é importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça já ratificou, em sede de recurso repetitivo,⁴⁴ a possibilidade de fixação de outras medidas pelo juiz além das previstas na lei no caso de *sursis* processual, o que permite concluir pela possibilidade de manutenção do mesmo entendimento quanto ao disposto no art. 28-A do Código Penal, embora não se possa garantir que tal discussão não volte à tona com a edição dessa alteração legislativa, principalmente porque envolve atores diferentes (Ministério Público e juiz).

A lei estabelece, ainda, requisitos negativos, ou seja, situações que não podem estar presentes para que seja possível o acordo de não persecução penal, os quais estão dispostos nos incisos do § 2º do art. 28-A do Código Penal, vejamos:

§ 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I – se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II – se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III – ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV – nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Em comparação com a disciplina anterior pela Resolução nº 181/2017 do CNMP, percebe-se que a lei deixou de considerar como impeditivo para a formalização do acordo de não persecução penal o fato de o dano causado ser superior a 20 (vinte) salários mínimos, quando cabível a transação penal, quando o decurso do lapso temporal puder acarretar a prescrição penal e quando se tratar de crimes hediondos ou equiparados.

⁴⁴ Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, às sanções penais (tais como prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do *sursis* processual, apresentem-se tão somente como condições para sua incidência. STJ. 3ª Seção. REsp 1.498.034-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 25/11/2015 (recurso repetitivo) (info 574).

Por outro lado, a Lei nº 13.964/2019 inseriu no art. 116 do Código Penal o inciso IV, segundo o qual, antes de passar em julgado a sentença final a prescrição não corre enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

Após celebrado o acordo, ele deverá ser encaminhado ao juízo para homologação.

Essa homologação se dará em audiência, em que o investigado será ouvido na presença de seu defensor e o juiz verificará a voluntariedade de suas declarações, bem como a legalidade do acordo. Insta salientar que o controle aqui é estritamente formal, ou seja, o magistrado apenas deverá analisar se o crime é passível de repressão por acordo e se estão preenchidos os requisitos legais.

Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, não poderá alterá-las de ofício e deverá devolver os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta, com concordância do investigado e seu defensor.

Ademais, recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

Contra essa decisão é cabível recurso em sentido estrito, conforme previsão do inciso XXV do art. 581 do Código de Processo Penal.

A crítica que se faz a esse dispositivo é que a lógica sistêmica seria seguir o rito do art. 28, do Código de Processo Penal e encaminhar para a instância de revisão ministerial para fins de homologação. Isso porque a palavra final sobre a *opinio delicti* deve residir no titular da ação penal, não podendo o magistrado se imiscuir nessa decisão. Assim, a redação da Resolução nº 181/2017, segundo a qual o juiz deveria realizar a remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação caso considerasse inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, parece se amoldar melhor ao nosso sistema jurídico.⁴⁵

Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

45 MPCE, [S.d.].

A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. Essa notificação, que já era prevista na Resolução nº 181/2017 do CNMP visa conferir maior transparência e lealdade em relação aos envolvidos.

A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º do art. 28-A. Não sendo pena, não há razão para que o ajuste conste na certidão de antecedentes criminais.

Aqui cabe um adendo. Se após o arquivamento em decorrência do suposto cumprimento integral do acordo de não persecução penal, constatar-se que houve falsidade da confissão ou omissão de provas ou da extensão do delito praticado, é perfeitamente possível o seu desarquivamento e até mesmo oferecimento de denúncia, pois aplica-se o art. 18,⁴⁶ do Código de Processo Penal.⁴⁷

Dito isso, extrai-se que a decisão que defere o arquivamento em razão do cumprimento do acordo de não persecução penal não faz coisa julgada material, mas somente coisa julgada formal, motivo pelo qual o surgimento de novos elementos que apontem o não cabimento do acordo no caso concreto permite seu desarquivamento.

Assim, nas palavras de Barros e Romaniuc:

Não sendo o acordo de não persecução penal instrumento celebrado antes mesmo da formação do processo penal, é possível concluir que em nada diz respeito aos elementos do crime e, portanto, não será apto à formação da coisa julgada material.⁴⁸

4.2 (Im)possibilidade de aplicação às ações penais em curso

Após passar do patamar de norma prevista em resolução para norma prevista em lei, surgiu o questionamento se o acordo de não persecução penal seria aplicável às ações penais em curso.

⁴⁶ Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

⁴⁷ SOUZA; DOWER, 2019.

⁴⁸ BARROS; ROMANIUC, 2019.

Essa possibilidade foi pensada, inicialmente, no art. 395-A,⁴⁹ do Projeto de Lei Anticrime apresentado pelo ministro da Justiça Sérgio Moro, que não foi o texto aprovado pelo Legislativo.

Partindo de uma interpretação meramente literal, poder-se-ia concluir, equivocadamente, que o ANPP não seria cabível para as ações em curso, já que o enunciado do art. 28-A do Código de Processo Penal fala apenas em investigado, e não em réu.

Contudo, parece mais adequado realizar uma interpretação sistemática, que implica, primeiro, ter em mente que o instituto do acordo de não persecução penal faz parte de um programa estatal de despenalização; segundo, considerar a natureza híbrida da norma que introduziu o acordo, pois traz em seu bojo carga de conteúdo material e processual, do que resulta a imperatividade de sua ampliação, em consonância com o disposto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, o qual afirma que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Sendo medida indiscutivelmente benéfica ao réu, já que deixará de ser aplicada pena privativa de liberdade, a posição que sustenta a possibilidade de alcançar os processos criminais em curso parece ser a que mais se aperfeiçoa ao sistema jurídico.⁵⁰

Semelhante debate surgiu quando entrou em vigor a Lei nº 9.099/1990, que inclusive tinha dispositivo expresso que vedava a aplicação de seus institutos a ações cuja instrução já tivesse iniciado.⁵¹

Em razão de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI),⁵² ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o tema e entendeu que devem ser empregados os princípios constitucionais que disciplinam as normas de natureza penal, notadamente a retroatividade da norma penal mais benéfica, em relação àquelas da Lei nº 9.099/1995 que possuam essa mesma espécie.

49 Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

50 MAZLOUM; MAZLOUM, 2020.

51 Art. 90. As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada.

52 ADI 1719/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474606>. Acesso em: 12 fev. 2020.

Assim, considerando que, ao fim e ao cabo, o acordo de não persecução penal permite afastar a própria incidência da sanção penal, não há dúvidas de que se trata de medida benéfica ao réu e, portanto, sujeita-se ao o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna, ou seja, possui eficácia *ex tunc*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formulação de um sistema de justiça criminal passa, necessariamente, pela reflexão quanto ao grau de energia que se dispõe empregar para a tutela dos bens jurídicos que se quer resguardar. Ainda que estejam em jogo os interesses mais caros a uma sociedade, a ponto de as ameaças e agressões contra eles merecerem intervenção penal, não é desejável que haja reações que demandem esforço e desgaste maiores ao proveito a ser obtido com a sua proteção, pois, assim, o sentimento de justiça não será atendido.

Dito de outro modo, a medida adequada da energia/força a ser empregada para combater ofensas dirigidas a direitos está intimamente relacionada à percepção do que é justo, afinal uma luta prolongada e dispendiosa, desproporcional à importância que o bem violado assume para o indivíduo ou para a sociedade gera um ônus que vai na contramão da saciedade do anseio de dar e receber aquilo que lhe é de direito.

Nessa esteira, e por tudo o que foi exposto no decorrer deste artigo, é que se percebe o acordo de não persecução penal como meio adequado de fornecer resposta a infrações penais de baixa e média gravidade, pois além de ser benéfico ao réu, que poderá se livrar da sanção penal sem que o ajuste conste em seus antecedentes, é medida vantajosa para o próprio Estado, que alcançará as finalidades vislumbradas pelo Direito Penal, sem, contudo, bancar processos longos, caros e, não raras vezes, ineficazes ou extintos pela prescrição.

O caráter pedagógico, preventivo e repressivo dessa ferramenta é alcançado pela conjugação, alternativa ou cumulativamente, da perda de bens, renúncia a bens e direitos indicados como instrumentos, produto ou proveito do crime, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pagamento de prestação pecuniária ou, até mesmo, outra condição fixada pelo Ministério Público. Destaca-se que, apesar de a lei falar em alternativa “e” cumulativamente, o sentido da norma é que há a possibilidade de os encargos serem fixados alternativa “ou” cumulativamente, pois não se concebem situações que sejam ambas ao mesmo tempo, vez que excludentes.

Diante de tantos benefícios ao réu, é possível que o ANPP seja apontado por alguns como um estímulo à prática de infrações penais menos graves, mas sem razão.

Isso porque sua sistemática também foi pensada para evitar esse desvio, pois a celebração do pacto depende do preenchimento de uma série de requisitos negativos, ou seja, que não podem estar presentes, como: reincidência, existência de elementos que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, bem como o agente ter sido beneficiado em outro acordo de não persecução penal, transação ou suspensão condicional do processo, nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração.

Além de tudo isso, considerando que o acordo é prerrogativa institucional do Ministério Público, e não um direito subjetivo do réu, ainda que preenchidos os requisitos previstos em lei, caberá a avaliação ministerial quanto à necessidade e suficiência da medida para a reprovação e prevenção do crime, o que afasta qualquer hipótese de ele ser um meio de incentivo a práticas delitivas.

Da mesma sorte, não se sustentam as críticas que apontam o acordo de não persecução penal como um retrocesso, sob o argumento de que o instituto restringe direitos do arguido. Ora, admitir essa tese seria um contrassenso, pois afastar a possibilidade de negociação com o pretexto de evitar suposta mitigação de direitos resulta, no fim, em efetivamente, negar-lhe medida mais benéfica.

Outra questão que merece destaque é a introdução do inciso XXV no art. 581 do Código de Processo Penal, passando a prever o cabimento do recurso em sentido estrito em face da decisão que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal.

Parece que não andou bem o legislador nesse ponto. Explico.

O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, tem natureza de arquivamento condicionado e, sendo o Ministério Público o *dominus litis*, é ele que, seguramente, detém legitimidade para avaliar, caso a caso, se é melhor arquivar, denunciar ou propor a composição.

Posto isso, parece mais adequado submeter a recusa à homologação do acordo à apreciação da instância de revisão ministerial, seguindo a mesma lógica empregada para os arquivamentos em geral, conforme art. 28 do Código de Processo Penal. Frise-se, aqui, que com as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, o arquivamento deixou, até mesmo, de necessitar de aprovação pelo Judiciário, o que reforça a ideia de que o

Parquet deve deter autonomia para apreciar, internamente, se é caso ou não de celebrar o ajuste.

E não se fale que atribuir ao Ministério Público a palavra final sobre a viabilidade do pacto encontra óbice na fixação de condições a serem cumpridas pelo acusado (elencadas nos incisos do art. 28-A do CPP), pois como elas não assumem natureza de pena (por não serem impositivas, mas decorrerem de negociação entre as partes) a chancela do Judiciário é prescindível.

Havendo homologação judicial, se o pacto vier a ser desfeito em razão da inobservância de quaisquer das condições estipuladas, não há impeditivo para que a confissão seja utilizada como meio de prova a subsidiar eventual denúncia. Isso porque, se as declarações foram admitidas e consideradas válidas para a formação de negócio jurídico que restou perfeito, ainda que, posteriormente, ele seja rescindido em decorrência do descumprimento pelo próprio investigado, elas não perderão o seu valor.

Diferente é a situação do acordo de colaboração premiada não firmado, pois, nesse caso, a confissão foi obtida em fase preliminar, de modo que negócio jurídico nem sequer chegou a ser celebrado, o que desautoriza a utilização dos elementos colhidos durante as tratativas.

Por fim, o último tópico escolhido para ser tratado neste artigo refere-se ao juiz competente para aprovar o acordo de não persecução penal nas ações já em curso.

Em regra, compete ao juiz das garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal, quando formalizado durante a investigação, conforme art. 3º-B do Código de Processo Penal, até porque, na sua essência, é instrumento pré-processual. Ocorre que o art. 3º-C desse mesmo diploma estipula que a competência do juiz das garantias cessa com o recebimento de denúncia ou queixa.

Dessa forma, uma vez proposto o acordo em ações em curso, o juiz da instrução e do julgamento será o competente para homologá-lo e, havendo o descumprimento das condições impostas e a rescisão do ajuste com a consequente retomada da marcha processual, a titularidade permanecerá inalterada, sem que isso comprometa sua imparcialidade. Primeiro, porque o juiz não participa das tratativas da negociação (mas apenas recebe o acordo já escrito e formalizado para avaliação). Segundo, porque a confissão do acusado, à qual ele teve acesso ao proceder à homologação, pode ser admitida como meio de prova.

Por todo o exposto, embora esse novo instituto fomenta muitos debates, é indiscutível sua proficuidade como método de resposta à criminalidade de baixa e média gravidade, pois as condições para sua celebração, notadamente a necessidade de reparar o dano, mesmo não constituindo sanção penal, servem aos fins clássicos da pena no tocante à prevenção e à pacificação social e, dessa forma, permitem que o ANPP consuma menos recursos públicos, se comparado às possibilidades apresentadas pelo sistema clássico, tornando-o também confluyente com os interesses do Estado.

Referências

ACHUTTI, D. S. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2016.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 66.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Estudo de Imagem do Judiciário Brasileiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-imagem-judiciario-brasileiro.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2020.

_____. **Cooperação Interinstitucional para a Difusão da Justiça Restaurativa**. Disponível em: <http://www.palasathena.org.br/arquivos/utilidade publica/Protocolo%20Digitalizado.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v7>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BARRO, A. J. C. D. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. Leme: JH Mizuno, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz *et al.* **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/138401991/v1>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Algumas observações sobre a Justiça Restaurativa na Europa e a mediação penal de adultos portuguesa. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 78, set./dez. 2015. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1473363242.pdf. Acesso em: 23 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm. Acesso em: 13 jan. 2020.

_____. **Lei Federal nº 5.010, de 30 de maio de 1966**. Organiza a Justiça Federal de primeira instância, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5010.htm. Acesso em: 8 fev. 2020.

_____. **Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 31 jan. 2020.

_____. **Lei Federal nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 5 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI 1719/DF.** Penal e Processual Penal. Juizados Especiais. Artigo 90 da Lei 9.099/1995. Aplicabilidade. Interpretação conforme para excluir as normas de direito penal mais favoráveis ao réu. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 18 de junho de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474606>. Acesso em: 12 fev. 2020. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução penal. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Regras de Tóquio:** regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2020.

_____. **Justiça em Números 2019.** Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 28 fev. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017.** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2020.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO – ESMPP. Movimento restaurativo e a Justiça do século 21. In: SCURO NETTO, Pedro. **Justiça Restaurativa.** Um modelo complementar de Justiça Criminal. Brasília: ESMPPU, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo penal. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.) **Sigilo no Processo Penal:** eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Processo Penal Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Direitos Fundamentais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ,** Belo Horizonte, ano 7, n. 7, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=81950>. Acesso em: 7 jan. 2020.

GOMES, Ana Julia Aguilera. Alternativa ao encarceramento: envio à justiça restaurativa no processo penal brasileiro para os crimes de violência doméstica. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC,** Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=247683>. Acesso em: 7 jan. 2020.

GOMES, L. F.; BIANCHINI, A.; SÁ, A. A. D. COL. **Saberes Críticos:** criminologia clínica e a execução penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM. **Nota técnica sobre pacote anticrime.** Disponível em: http://ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. **Interesse Público – IP,** Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <https://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=66588>. Acesso em: 7 jan. 2020.

MAUER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoes-curso>. Acesso em: 10 fev. 2020.

MINAHIM, M. A. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE CEARÁ – MPCE. **Ciclo de palestras sobre o pacote anticrime**. Palestrante subprocuradora-geral da República, coordenadora da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal Luiza Cristina Fonseca Frischeisen. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Gu3LJiShtKA>. Acesso em: 7 fev. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. **Temas do Ministério Público**. Acordos no Sistema de Justiça e Liberdade de Expressão. Acordo de não persecução penal: princípio da oportunidade regrada como política criminal. Brasília: ANPR, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Relatório sobre celebração de termos de ação de não persecução penal**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/boas-praticas/TermosdeAcordodeNOPERSECUCOENALcomassunto05.02.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2020.

MOLINA, Antônio Garcia Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. Solução consensual de conflitos penais no Brasil. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 73, p. 99-120, maio/jun. 2012.

PALERMO, Pablo Galain. La reparación del daño en un sistema penal funcional a las necesidades de la política criminal. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=115690>. Acesso em: 7 jan. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99912965/v2>. Acesso em: 10 jan. 2020.

PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL PARA A DIFUSÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA. Disponível em: <http://www.palasathena.org.br/arquivos/utilidade publica/Protocolo%20Digitalizado.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100968543/v5>. Acesso em: 5 jan. 2020.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94259029/v7>. Acesso em: 15 jan. 2020.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1987.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

_____. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/132799426/v2>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. **Comentários sobre as alterações processuais penais aprovadas pelo Congresso Nacional no Pacote Anticrime modificado (PL 6.341/2019)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-12/opiniao-alteracoes-processuais-penais-pacote-anticrime>. Acesso em: 5 fev. 2020.

_____. Não obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. **Revista Consultor Jurídico**, ano 25, n. 299, out. 2017.

WORLD JUSTICE PROJECT – WJP. **WJP Rules of Law Index 2019 performance**. Disponível em: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Brazil_0.pdf. Acesso em: 28 fev. 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103791445/v13>. Acesso em: 8 jan. 2020.

12 *A PLEA BARGAINING* NORTE-AMERICANA

Clarissa Villas-Bôas dos Santos Tabosa¹

Resumo: Este artigo trata do acordo de não persecução penal comparado à *plea bargaining*, em razão da crescente influência do modelo norte-americano sobre processos criminais em países de tradição *civil law*, como no Brasil. Nesse cenário tendente à expansão, o estudo acerca da legitimidade do modelo no ordenamento jurídico brasileiro e as discussões acerca de seus limites ganham relevância social e acadêmica, haja vista que uma possível aproximação desenfreada à barganha americana representa um grave risco de violação às premissas de um processo penal democrático. Como objetivo geral da pesquisa, buscou-se compreender, considerando a difusão da *plea bargaining* norte-americana, qual a influência desse modelo sobre o acordo de não persecução penal brasileiro e a compatibilidade desse acordo ao processo penal democrático. Quanto à metodologia, empregou-se a pesquisa exploratória e descritiva, de caráter jurídico-comparativo, com abordagem qualitativa a partir de pesquisa bibliográfica com enfoque crítico-dialético. Como resultados, identificou-se substancial diferença entre os dois sistemas jurídicos estudados. A glorificação da *plea bargaining* deve ser rechaçada, já que a experiência estrangeira ilustra o saldo negativo de uma negociação absoluta. O panorama norte-americano é extremo, de modo que a crítica doutrinária e o controle judicial permanentes possuem papel fundamental para que se mantenha uma distância salutar daquele modelo. Portanto, tem-se como possível, embora árduo, equilibrar eficientismo e garantismo, desde que se compreenda que a negociação não é panaceia para os gargalos do sistema criminal e que se prime pela estrita legalidade na aplicação prática dos acordos de não persecução penal.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. *Plea bargaining*. Processo penal democrático.

Abstract: This paper discusses Brazilian non-prosecution agreements compared to plea bargaining, due to the increasing influence of the American model on criminal prosecution in countries of civil law tradition, such as Brazil. In this expanding scenario, the study on the legitimacy of the model in Brazilian legal system and the debate regarding its limits gains social and academic relevance, since a possible extreme approach to plea bargaining represents a serious risk of violating the basic premises of a democratic criminal process. As a general objective, we aimed to comprehend, considering the diffusion of North American plea bargaining, what is the influence of this model on Brazilian non-prosecution agreements and the compatibility of these agreements with

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Amapá e assessora jurídica na Procuradoria da República no Amapá.

a democratic criminal process. As methodology, we used exploratory and descriptive research, with a comparative legal method, a qualitative approach based on bibliographic research and a critical-dialectical approach. As results, a substantial difference was identified between both legal systems. The glorification of plea bargaining must be rejected, since foreign experience perfectly illustrates the negative balance of an absolute negotiation. The North American example is extreme, so doctrinal criticism and judicial control play a key role in maintaining a healthy distance from that model. Therefore, we conclude that it is possible, though arduous, to balance efficiency and guaranteeism, as long as it is understood that negotiation is not the grand solution for the profound problems in criminal system and as strict legality is observed in practical application of non-prosecution agreements.

Keywords: *Brazilian non-prosecution agreements. Plea bargaining. Democratic criminal process.*

1 INTRODUÇÃO

Entre as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote ou Lei Anticrime, destaca-se a regulamentação legislativa do acordo de não persecução penal, inserido pelo art. 28-A ao Código de Processo Penal brasileiro.

O referido instituto consiste em instrumento de justiça criminal negociada, modelo pautado pela aceitação da acusação e da defesa a um acordo de colaboração processual que antecipa a imposição de uma sanção penal com algum grau de redução, como benefício ao réu (VASCONCELLOS, 2015).

A negociação no processo penal foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio com a Lei nº 9.099/1995, que prevê os instrumentos da composição civil de danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo, posteriormente tomando novos contornos com a Lei nº 12.850/2013, que regulamentou a colaboração premiada.

Há uma forte tendência de expansão dos chamados espaços de consenso no processo penal (VASCONCELLOS, 2019), motivada, entre outras razões, pela busca da eficiência como resposta ao abarrotamento de processos judiciais. Tal expansão reflete a crescente influência do modelo de negociação criminal norte-americana, denominado *plea bargaining*, em países de tradição *civil law*, como no Brasil (LANGER, 2004), a des-

peito das duras críticas doutrinárias à barganha e dos efeitos práticos majoritariamente negativos do instituto estrangeiro.

Dessa forma, o estudo acerca da legitimidade da negociação no âmbito criminal no contexto do ordenamento jurídico brasileiro e as discussões acerca de seus limites ganham relevância social e acadêmica, haja vista que uma possível aproximação desenhada à barganha americana representa um grave risco de violação às premissas basilares de um processo penal democrático, especialmente no que concerne aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e, em última análise, o devido processo legal.

Nessa perspectiva, o presente artigo, adaptado de monografia apresentada como trabalho de conclusão do curso de Direito na Universidade Federal do Amapá, tem por objetivo compreender, considerando a difusão da *plea bargaining* norte-americana, qual a influência desse modelo sobre o acordo de não persecução penal brasileiro e a compatibilidade deste acordo ao processo penal democrático.

Assim, parte-se da hipótese de que a influência da *plea bargaining* sobre o acordo de não persecução penal é mínima, bem como o referido acordo é compatível com o processo penal democrático, ainda que a regulamentação legal do instrumento seja passível de melhorias.

2 CONTORNOS DA PLEA BARGAINING E SUA EVENTUAL INFLUÊNCIA SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal foi inicialmente regulamentado pelo art. 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), alterada pela Resolução nº 183/2017 do CNMP, a qual dispõe sobre o procedimento investigatório criminal a cargo da Instituição.

A expressão adotada possui aparente inspiração nos *deferred prosecution agreements* (DPAs) e *non-prosecution agreements* (NPAs) existentes no ordenamento jurídico norte-americano (DOTTI; SCANDELARI, 2019). Ambos são utilizados na esfera cível ou criminal e exigem que o réu admita “um certo grau de culpa em troca de uma sanção mais branda, com o intuito de melhor atingir os propósitos retributivos da pena” (XIAO,

2013, p. 245, tradução nossa). A diferença reside no momento de realização dos acordos e na necessidade de apreciação judicial: os NPAs são celebrados antes da propositura da ação, sem que haja homologação judicial, ao passo que os DPAs ocorrem após o início do processo e demandam a aprovação do tribunal.

A resolução prevê ainda que, caso firmado, o acordo será submetido à apreciação judicial (BRASIL, 2017). Dessa forma, o instrumento possui características mistas, visto que se assemelha aos NPAs por ocorrer antes do início do processo, porém exige homologação judicial, tal qual os DPAs.

Posteriormente, de modo a sanear a inconstitucionalidade formal do dispositivo em comento, que viola a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria de direito processual penal prevista no art. 22, inciso I, incluiu-se o acordo ao Projeto de Lei nº 882/2019 (Pacote Anticrime), que deu origem à Lei nº 13.964/2019. O novo art. 28-A do Código de Processo Penal, em vigor desde 23 de janeiro de 2020, possui redação bastante similar ao art. 18 da Resolução nº 181/2017.

Nesse contexto, parte-se a um breve estudo do sistema de justiça criminal negociado norte-americano, a fim de identificar qual a influência do modelo estrangeiro sobre o acordo de não persecução penal.

O recorte escolhido justifica-se pelo reconhecimento internacional desse modelo como referência em termos transacionais, haja vista seu nível de desenvolvimento na doutrina e na jurisprudência daquele país (VASCONCELLOS, 2015), no qual a *plea bargaining* é aplicada desde o final do século XIX e início do século XX (LEITE, 2009).

Uma das particularidades do sistema americano a ser destacada consiste na competência para legislar sobre Direito Penal, que incumbe à União e aos Estados-membros. Desse modo, ressalvadas as competências específicas atribuídas pela Constituição Americana à União, os tipos penais incriminadores são predominantemente criados em sede estadual (RAMOS, 2006).

Ademais, “não há uma regra constitucional que determine que essa criação deva ocorrer por meio de lei, embora, na atualidade, o direito legislado (*statutory law*) seja responsável pela maioria das figuras criminosas” (RAMOS, 2006, p. 82).

A mesma lógica se aplica ao Direito Processual Penal, o qual é composto pelos sistemas dos cinquenta Estados-membros, da União e do Distrito de Colúmbia e, portanto,

é bastante complexo (RAMOS *apud* ANDRADE, 2017). Nesse sentido, tendo em vista que a análise detalhada do tema foge dos objetivos deste artigo, a abordagem será geral, considerando-se especialmente as normas e procedimentos estabelecidos no âmbito da União pertinentes ao estudo da justiça criminal negociada.

O sistema processual penal norte-americano é adversarial (*adversarial system*), o qual se distingue do acusatório em razão da maior autonomia conferida às partes e do papel passivo atribuído ao juiz (ANDRADE, 2017). Conforme caracteriza o autor:

Vigora o princípio da disponibilidade do processo e de seu objeto, de modo que é natural que as partes possam compor o conflito pela via negocial, por acordo, quando considerem oportuno e conveniente. A atuação da promotoria também é caracterizada por uma absoluta discricionariedade (*prosecutorial discretion*) (ANDRADE, 2017, p. 120).

Outro ponto chave para o estudo da temática abordada consiste na figura do acusador público (*prosecutor*) no processo penal estadunidense. Tal qual destaca Ramos (2006), a própria nomenclatura dificulta o estudo comparado, haja vista que a identificação do conjunto de *prosecutors* como membros de uma instituição equivalente ao Ministério Público no Brasil não é costume na doutrina daquele país, embora a terminologia seja adotada por estudiosos estrangeiros.

Além da ausência de unidade na carreira, a investidura na função de *prosecutor* dá-se comumente por eleição nos Estados-membros, ou ainda por nomeação pelo chefe do Executivo, como ocorre na União. Uma vez investidos, os acusadores públicos passam a ser os únicos responsáveis pela dedução da acusação criminal em juízo, já que nos Estados Unidos não há ação penal de iniciativa privada (RAMOS, 2006).

No que concerne ao procedimento penal em si, Ramos (2006) destaca que existem três grandes fases:

A primeira delas é a fase investigatória (*investigatory stage*). Após o final da investigação, inicia-se a fase de judicialização (*adjudicatory stage*), em que o promotor [*prosecutor*] deduz a acusação e são admitidas ou não as provas apresentadas. É preparatória da fase judicial propriamente dita e, em algum sentido, com ela se confunde. A fase judicial é composta pela instrução da causa, seguida da atividade crítica das partes técnicas – promotor e assistente de acusação, de um lado, e defensor, de outro –, momento em

que as partes técnicas debatem as provas e deduzem seus pedidos finais. Se o pedido do promotor for no sentido do arquivamento do processo, ele não se conclui e é arquivado *eo ipso* [em si mesmo]. Se o pedido for de condenação, mas o veredicto for “inocente” (*not guilty*), encerra-se o processo, impedida sua repetição. Ao veredicto de culpado (*guilty*) segue-se uma etapa denominada de “sentenciamento” (*sentencing*). Nessa etapa, a tarefa é determinar a pena a ser aplicada (RAMOS, 2006, p. 177).

A Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América dispõe que “um cidadão só será processado criminalmente se perante o *grand jury* forem apresentadas evidências suficientes da materialidade delitiva e da autoria (*probable cause*)” (ANDRADE, 2017, p. 120-121). Nesse caso, haverá o indiciamento (*indictment*) do acusado, o qual se trata da “declaração, feita pelo grande júri, de que há provas bastantes para submeter alguém a julgamento pelo pequeno júri” (RAMOS, 2006, p. 187), ato seguido pela apresentação da acusação pelo promotor ao tribunal (*prosecutor’s information*), que inicia o processo (ANDRADE, 2017).

Cabe destacar que, via de regra, a Constituição norte-americana prevê que os julgamentos criminais são de competência do júri, não do juízo monocrático, tal qual no ordenamento brasileiro.

O julgamento deve observar os princípios do julgamento justo (*fair trial*) previstos na Sexta Emenda, entre os quais se incluem, por exemplo, o procedimento rápido e público, a imparcialidade do júri e a ampla defesa (ANDRADE, 2017).

Nesse sistema, uma vez cometida a infração penal e oferecida a acusação, é realizada audiência denominada *arraignment* ou *first appearance*, na qual são esclarecidos os termos da imputação, bem como se questiona o posicionamento do réu acerca de sua inocência: declarar-se culpado (*guilty plea*), inocente (*not guilty*) ou não contestar as imputações (*nolo contendere* ou *plea of no contest*) (VASCONCELLOS, 2015).

Ao declarar-se *not guilty*, “impõe-se ao Estado a carga de provar todos os elementos do crime em processo com as devidas garantias, comumente, em julgamento por jurados, ou seja, firmam-se os parâmetros mínimos do *due process of law*” (VASCONCELLOS, 2015, p. 62).

O *nolo contendere*, por sua vez, “trata-se de opção aceita na justiça criminal de metade dos estados e na jurisdição federal em que o acusado não contesta as acusações,

mas também não reconhece sua culpabilidade" (VASCONCELLOS, 2015, p. 62-63). A escolha por esta via, que não possui efeitos na esfera cível, é incomum (VASCONCELLOS, 2015).

Por fim, a opção pelo *guilty plea* "representa o reconhecimento da culpabilidade em relação aos fatos imputados, aceitando a imposição imediata de uma pena, renunciando a direitos fundamentais e não impondo a carga probatória ao acusador" (VASCONCELLOS, 2015, p. 63). A declaração de culpa pode ser voluntária ou não influenciada (*voluntary or non influenced*), estruturalmente induzida (*structurally induced plea*) ou negociada (*negotiated plea*), sendo esta última mais comum e decorrente do *plea bargaining* (ANDRADE, 2017).

A declaração de culpa voluntária ocorre quando não há influência de outros atores processuais, mas o lastro probatório é amplamente desfavorável ao réu, de modo que não há vantagem alguma em negá-la (VASCONCELLOS, 2015). Por outro lado, diz-se que a assunção de culpa é estruturalmente induzida nos casos em que a lei estabelece pena mais grave para quem insistir no julgamento ou quando existir, costumeiramente, tratamento mais leniente do Estado àqueles que o renunciaram (VASCONCELLOS, 2015).

Não obstante, a assunção de culpa costuma relacionar-se à via da *plea bargaining*, objeto de estudo deste trabalho. Para Heumann (*apud* ANDRADE, 2017, p. 125), trata-se do "processo pelo qual o réu, num caso criminal, renuncia a seu direito de ir a julgamento pelo júri em troca da redução das acusações [*charge bargaining*]" e/ou da pena [*sentence bargaining*]."

Em uma definição mais ampla de barganha, Vasconcellos (2015) descreve aquela como:

O instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão), em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado. (VASCONCELLOS, 2015, p. 68)

A *plea bargaining*, ou "barganha da declaração de culpa" (ANDRADE, 2017, p. 121), tem seu procedimento regulado em âmbito federal pela *Rule 11* das *Federal Rules of Criminal Procedure* (Normas Federais de Processo Penal, em tradução livre), a qual, em suma, estabelece os seguintes requisitos para a homologação do acordo entre a pro-

motória e a defesa: a voluntariedade, a inteligência de seus termos, a existência de base fática (factual basis) para a acusação e a publicidade (ANDRADE, 2017).

O modelo se sustenta na ampla discricionariedade conferida ao Ministério Público quanto ao exercício da ação penal e aos termos da negociação com o réu, bem como na economia de tempo e de recursos, que reduz a carga de trabalho de advogados, juizes e da acusação (LEITE, 2009). Ademais, são características marcantes do modelo os ideais de eficientismo e pragmatismo, bem como o pensamento utilitarista (ANDRADE, 2017).

Diversas razões de ordem socioeconômica e do próprio sistema processual penal nos Estados Unidos possibilitaram a expansão da negociação naquele país, a qual é a solução para cerca de noventa por cento dos casos e, portanto, tornou-se regra (LEITE, 2009).

Em meados do século XIX, período em que houve vertiginoso crescimento populacional, intensa industrialização e aumento das taxas de criminalidade, tornou-se mais sensível a “complexificação” do processo penal decorrente da aprovação de emendas constitucionais que trouxeram garantias processuais aos acusados, notadamente a Quarta, Quinta, Sexta e Oitava Emendas (ANDRADE, 2017).

Além das garantias previstas na Quinta e Sexta Emendas, já tratadas anteriormente, registre-se que, em suma, a Quarta Emenda se refere ao direito à privacidade e a necessidade de mandado judicial específico para a realização de buscas, enquanto a Oitava veda a imposição de penas ou fianças excessivamente onerosas ou cruéis (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1791).

Nesse panorama de inovações constitucionais e profissionalização do processo criminal, os julgamentos pelo júri tornaram-se mais caros e morosos, o que propiciou a construção de soluções mais céleres. Além disso, há que se pontuar o recrudescimento da criminalidade de bagatela, para os quais o processo criminal se mostra pouco proveitoso, de modo que o processamento ordinário de todos esses casos seria inviável (LEITE, 2009).

Assim, houve o triunfo da *plea bargaining*, caracterizado pelo uso quase que hegemônico do instituto nos Estados Unidos atualmente (FISHER, 2000) e respaldado por entendimentos cada vez mais condescendentes da Suprema Corte daquele país com as garantias previstas na Constituição.

Tais entendimentos se basearam em construções realizadas por parte da doutrina favorável ao modelo, representada por Milton Heumann, Timothy Sandefur e Thomas W. Church Jr. (*apud* ANDRADE, 2017, p. 136), que sustenta a necessidade da *plea bargaining* para a eficiência do sistema, devido à possibilidade de julgamento em tempo razoável e de realização de acordos vantajosos para todos os envolvidos. Essa corrente utiliza da autonomia da vontade individual e da autodeterminação do indivíduo, bem como de princípios contratuais, para sustentar a validade dos acordos penais de modo geral, cujos elementos de voluntariedade e compreensão devem ser averiguados pelo magistrado caso a caso (ANDRADE, 2017).

No âmbito jurisprudencial, cuja relevância é especialmente significativa em sistemas de *common law*, tal qual o americano, destacam-se os casos *Patton v. United States* (1930), *Brady v. United States* (1970), *Santobello v. New York* (1971) e *Blackledge v. Allison* (1977) como posições legitimantes da Suprema Corte em relação ao instituto ora estudado (VASCONCELLOS, 2015; ANDRADE, 2017).

O artigo III, Seção 2 da Constituição norte-americana prevê o direito ao julgamento pelo júri (*right to a jury trial*) em todos os crimes. No entanto, a Suprema Corte, no caso *Patton v. United States* (1930), decidiu que o referido direito é disponível por parte do acusado, de modo que “negar seu direito de fazê-lo é converter um privilégio em um requisito obrigatório” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1930, tradução nossa). Assim, deu-se um rumo emblemático à racionalização do processo e admitiu-se que:

o juízo monocrático [*bench trial*] pode ser competente para julgar um caso penal se o crime em questão tiver sido definido como uma contravenção (*misdemeanor*) ou um crime de bagatela (*petty offense*) ou, em qualquer caso, se o acusado renunciar ao seu direito de ser julgado pelo júri (RAMOS, 2006, p. 101).

Em *Brady v. United States* (1970) elencou-se uma série de razões pelas quais o instituto seria benéfico para ambas as partes, tal qual se extrai do seguinte trecho:

Para um réu que vislumbre mínima possibilidade de absolvição, as vantagens de declarar a culpa e limitar a provável sanção são óbvias – a sua exposição é reduzida, os processos correccionais podem começar imediatamente e as sobrecargas decorrentes do processo são eliminadas. Para o Estado também há vantagens – quanto mais prontamente for imposta a punição após a assunção de culpa, maior a possibilidade de se atingir

os objetivos da sanção de maneira efetiva e, ao se evitar o julgamento pelo júri, os escassos recursos da magistratura e dos órgãos de acusação são preservados para aqueles casos em que há questão substancial acerca da culpa do réu ou nos quais há dúvida relevante de que o Estado possa cumprir com seu ônus probatório (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1977, tradução nossa).

No Caso *Santobello v. New York* (1971) houve posição expressa no sentido de que a *plea bargaining* é “componente essencial na administração da justiça” que, “quando adequadamente administrado, deve ser encorajado”, já que “se toda a imputação criminal fosse submetida a um julgamento completo, os Estados-membros e o Governo Federal teriam que multiplicar diversas vezes o número de juízes e recursos dos tribunais” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1971).

Ainda no sentido da inevitabilidade do modelo, no Caso *Blackledge v. Alisson* (1977) declarou-se que “qualquer que seja a situação em um mundo ideal, o fato é que a declaração de culpa e a frequentemente concomitante *plea bargain* são componentes importantes da Justiça Criminal deste país”, cuja administração adequada “pode beneficiar todos os envolvidos” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1977, tradução nossa).

Não obstante, a *plea bargaining* é duramente criticada por, entre outras razões, acentuar a desigualdade entre as partes, violar garantias constitucionais dos acusados e favorecer pressões que prejudicam a genuína voluntariedade do acordo, de modo que a assunção de culpa por vezes ocorre por coação ou medo da aplicação de penas mais rígidas (ANDRADE, 2017).

A frequente coação a se firmar o acordo é bem ilustrada pelo Caso *North Carolina v. Alford* (1970). Tendo em vista que a *plea bargaining* pode ser realizada em qualquer caso, inclusive em crimes mais graves, Henry Alford alegou inocência e sustentou que só concordava com as acusações da promotoria em razão do medo de ser condenado à morte (LEITE, 2009).

Na ocasião, Alford foi acusado por homicídio qualificado, para o qual o estado da Carolina do Norte previa a pena de prisão perpétua no caso de acordo e, no caso de julgamento pelo júri, havia a possibilidade de condenação à pena de morte. Outra opção seria aceitar a imputação por homicídio simples e firmar acordo para que houvesse a condenação de detenção de dois a 30 anos, a qual foi escolhida pelo imputado. Ao receber a pena máxima pelo júri, Alford recorreu da decisão alegando a involuntariedade

do acordo, o que não foi acolhido pela Suprema Corte (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1970). Tal qual pontua Leite (2009):

A partir de então, passou-se a designar de Alford pleas as situações em que o acusado aceita o acordo com o órgão acusador, mas sob o protesto de inocência, circunstância que coloca em questionamento, sobretudo, a liberdade de consentimento nessa modalidade de solução processual (LEITE, 2009, p. 80).

Langbein (1979), por sua vez, define cinco pontos essenciais para a caracterização e compreensão crítica da *plea bargaining*: 1) trata-se de um modo de procedimento sem julgamento; 2) subverte a disposição constitucional segundo a qual todos têm direito a julgamento pelo júri em processos criminais; 3) para isso, torna-se custoso para o acusado recorrer ao seu direito constitucional, de modo que, ao fazê-lo, pune-se o réu mais gravemente em caso de condenação, o que serve de exemplo para os demais; 4) há prejuízo para a defesa em relação ao seu direito de ser julgado pelo júri, maior garantia em relação a condenações equivocadas; e 5) é endossada pela Suprema Corte norte-americana por critérios de eficiência.

Quanto aos pontos 3 e 4, Feeley (*apud* ALSCHULER, 1983) identificou em sua pesquisa de nome bastante elucidativo, *The process is the punishment* [O processo é a punição, em tradução livre], que na prática forense se costuma orientar e estimular réus de contravenções penais a abdicarem de todas as garantias processuais disponíveis e assumirem a culpa na primeira oportunidade, ainda que inocentes.

A opção pelo processo se torna pouquíssimo atraente, já que há previsibilidade na sanção limitada decorrente do acordo, enquanto naquele caso assumem-se, de modo não intencional, os riscos de sanções informais sem delineamentos claros em razão do mero exercício do direito constitucional ao julgamento. Da mesma forma, os preços da escolha pelo direito são mais elevados, com pagamento de altas taxas pelo direito de aconselhamento jurídico (*right to counsel*) e, ainda, os riscos de demissão por faltas no trabalho, já que a maioria dos julgamentos acompanhados na pesquisa não somente fora agendado dentro do horário da jornada comum naquele país, mas também fora cancelado ou remarcado sem prévio aviso (FEELEY *apud* ALSCHULER, 1983).

Dessa forma, constata-se que o fardo pela submissão a um julgamento regular não é necessariamente intrínseco à via processual, mas sim decorrente de toda uma política voltada a desestimular o uso da garantia constitucional, tornando-a inacessível.

Por outro lado, Andrade (2017) pontua que a investidura no cargo de *prosecutor* e a ascensão na carreira pela via política influencia demasiadamente na promoção da *plea bargaining* a qualquer custo, visto que o promotor se preocupa com a imagem a ser transmitida ao eleitorado de combate à criminalidade de maneira eficiente. Além disso, o poderio conferido ao órgão acusador por meio da discricionariedade absoluta gera um inegável desequilíbrio de forças e fomenta práticas como o uso de blefes ou da acusação inflada (*overcharging*), bem como do oferecimento de benefícios para suprir a insuficiência de provas em casos que, submetidos ao julgamento pelo júri, provavelmente resultariam em absolvição.

O autor também assinala que, na prática, é comum a ausência de publicidade nas negociações, que ocorrem longe dos tribunais, sem observância do direito de presença (*right to be present*) do acusado e, por isso, lhe são restringidas as possibilidades de participação. Igualmente limitado é o acesso do acusado às provas obtidas pela promotória, o que prejudica a avaliação das vantagens propostas no acordo e inclina à aceitação de seus termos sem plena ciência (ANDRADE, 2017).

Na mesma linha crítica, Albert W. Alschuler (1983) assevera:

A plea bargaining [...] aumenta a probabilidade de favoritismos e influências pessoais, convalida outros abusos, maximiza os riscos de representação por advogados inexperientes que não são totalmente versados em um sistema de justiça essencialmente secreto, promove desigualdades, por vezes resulta em leniência desnecessária, funde as tarefas de adjudicação, sentenciamento e administração em um único e amorfo juízo em detrimento de todas as três, trata quase todo direito como moeda de troca a ser usada para obtenção de descontos na sentença e quase sempre contribui para o aumento da condenação de réus inocentes. (ALSCHULER, 1983, p. 934, tradução nossa)

Quanto à condenação de inocentes e promoção de desigualdades, um estudo realizado por Berdejó (2017) com dados obtidos no estado de Wisconsin entre 1999 e 2006, focando no período entre a apresentação da acusação e a condenação do réu, examina e ilustra as disparidades raciais na *plea bargaining*. A pesquisa concluiu que réus brancos são 25% mais propensos a terem a acusação principal retirada ou reduzida para um crime menos gravoso do que réus negros. Consequentemente, réus brancos que enfrentam acusações iniciais de crimes graves são menos propensos do que réus negros a serem condenados por estes. De modo semelhante, réus brancos inicialmente

acusados da prática de contravenções são mais propensos do que réus negros a serem condenados a penas diversas da prisão ou ainda a serem absolvidos.

Berdejó (2017) complementa que as disparidades raciais no modelo são maiores em casos que envolvem contravenções ou crimes com penas mais brandas, bem como quando se trata de réus primários. Dessa forma, os padrões verificados sugerem que os promotores podem usar a etnia como parâmetro para averiguar a criminalidade inata do réu e sua probabilidade de reincidência, o que configura outro aspecto profundamente problemático na *plea bargaining*.

Tais resultados são compatíveis com dados sobre a população carcerária norte-americana, os quais revelam uma taxa de encarceramento seis vezes maior para a população masculina negra em relação à população masculina branca. Entre a população feminina, a taxa desfavorável para mulheres negras é de quase o dobro em relação às brancas. Já entre homens de 18 a 19 anos, a disparidade é ainda maior: jovens negros são doze vezes mais propensos a serem presos do que jovens brancos (U.S DEPARTMENT OF JUSTICE, 2017).

Vasconcellos (2015), após detida análise dos fundamentos que justificam o surgimento e a expansão do modelo da *plea bargaining* já tratados neste capítulo, conclui que estes são frágeis e questionáveis, não se tratando de razões legitimantes para o modelo. A bem da verdade, a expansão da barganha se dá pela sua “integral e sintomática aderência aos interesses daqueles diretamente envolvidos e responsáveis pela gestão da Justiça Criminal, especialmente dos que possuem maior poder na administração da esfera punitiva estatal: membros do órgão acusador e julgadores” (VASCONCELLOS, 2015, p. 88).

Na mesma linha, Fisher (2000) ressalta que o interesse dos *prosecutors* na *plea bargaining* é óbvio em razão da garantia de vitória nos casos. Por outro lado, embora os juízes não tenham, via de regra, particular interesse em vitória ou derrota nas causas propostas, identifica-se que a resolução dos casos por meio da assunção de culpa protege a reputação do órgão julgador em relação a erros de julgamento. Isso porque naturalmente a maioria dos casos com maior lastro probatório é solucionado pela negociação, ante o cenário desfavorável à absolvição no caso de escolha pelo julgamento, de modo que o júri se preserva para apreciar os casos em que haja dúvida considerável acerca da culpabilidade do réu e, por conseguinte, é menor a probabilidade de desaprovação do resultado pela opinião pública.

Assim, logo se vê que a maior difusão e tradição do modelo negocial norte-americano não são argumentos aptos a fomentar a sua adesão, já que os alegados benefícios da negociação ilimitada que vigora naquele país são obtidos às custas de uma série de violações de direitos fundamentais dos acusados, convalidada pela jurisprudência em razão de interesses dos atores processuais envolvidos, conveniências que são mascaradas pelo suposto cumprimento dos requisitos de voluntariedade, inteligência dos termos do acordo, exigência de base fática para a acusação e publicidade, que nem sequer são alcançáveis dentro de um sistema em que a formalização de acordo é estruturalmente induzida.

Dessa forma, inicialmente podem ser vislumbradas influências do *nolo contendere* sobre o acordo de não persecução penal, tendo em vista que a sua realização não implica assunção de culpa por parte do acusado. Todavia, o estudo comparado entre os institutos permite concluir que, além deste, quase não existem aspectos comparáveis entre as duas práticas.

Nesse sentido, cabe pontuar que há um conjunto de limitações à incidência do acordo, discriminadas no art. 28-A da Lei nº 13.964/2019 e ainda na Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, a despeito da inconstitucionalidade formal do art. 18 do segundo diploma.

Ademais, o membro do Ministério Público brasileiro vincula-se a parâmetros legais e constitucionais muito mais restritos e precisos do que o prosecutor norte-americano, e o pleno conhecimento pelo acusado das informações coletadas pela acusação favorece a ampla defesa.

Acrescente-se, por fim, que a apresentação e discussão da proposta em audiência perante o magistrado asseguram a publicidade e transparência do ato (LEITE, 2009), bem como há apreciação judicial de todas as etapas de execução do acordo.

Ante o exposto, constata-se que a influência do modelo americano sobre o acordo de não persecução penal limita-se às suas razões político-criminais.

3 A COMPATIBILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

A possibilidade de implementação da justiça criminal negociada no Brasil, na qual se insere o acordo de não persecução penal, está longe de ser consenso nas produções científicas consultadas para a realização desta pesquisa. O debate acerca do assunto, cada vez mais necessário, permeia a tensão entre efficientismo e garantismo, temática que é frequentemente discutida na justiça criminal e para a qual não há respostas simples.

O breve estudo realizado no primeiro capítulo deste artigo permite constatar que o cenário descrito como propício para o surgimento do modelo negocial norte-americano, notadamente caracterizado pelo inchaço processual, pela complexificação do sistema jurídico-criminal e pela morosidade do modelo instituído como padrão pelo ordenamento jurídico se repete no Brasil e no mundo, contexto que torna a estruturação da *plea bargaining* paradigmática para os demais no que concerne à negociação no processo penal.

Com efeito, em um primeiro momento é possível interpretar que a diferença entre os sistemas processuais não é suficiente para rechaçar a institucionalização da barganha, ou a criação de arremedos desse modelo. A disparidade entre os sistemas de *civil law* e *common law* não deveria ser aceita para tanto, já que tal distinção há muito deixou de ser estanque e, como nos instrumentos pátrios e norte-americanos de negociação criminal configuram-se tanto a conformidade do acusado quanto a renúncia à defesa, Vasconcellos (2015) entende que tais características tornam as críticas à barganha generalizáveis.

Sob esse prisma, o que se teme na adesão desenfreada à *plea bargaining* é a plasticidade forçada do sistema pátrio para que sejam abarcados, sem ressalvas, os moldes de um modelo cujas consequências são majoritariamente desastrosas no país onde ele é mais implementado.

Tal temor se justifica diante da hipótese de impulsionamento do atual cenário de falência do sistema processual penal brasileiro, retratada pelo Estado de Coisas Inconstitucional que vigora nas penitenciárias deste país. A expressão, cunhada pela Corte Constitucional da Colômbia, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 e

nº 35 e representa uma “violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, somadas à inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, bem como a transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades” (BRASIL, 2015).

Nesse panorama, os argumentos de celeridade e ampla discricionariedade que fundamentam a *plea bargaining* em solo norte-americano, uma vez adotados para qualquer crime no Brasil, contribuiriam exponencialmente para a multiplicação do encarceramento daqueles que possuem menos recursos para contratar defesa técnica que o informe acerca de sua situação processual e dos termos da negociação: jovens entre 18 e 24 anos e negros, grupos que correspondem, respectivamente, a 29,95% e 63,64% da população carcerária brasileira, cuja maioria é formada por pessoas de baixas renda e escolaridade (MOURA, 2019).

Em que pese o direito de ser representado pela Defensoria Pública, deve-se considerar que a carreira enfrenta um *deficit* estimado em 10.578 defensores (IPEA, 2013), de modo que muitos acusados são representados por advogados dativos. Esses fatores práticos resultam na sobrecarga de trabalho e no prejuízo à qualidade da assistência jurídica, terreno fértil para a celebração de acordos indevidos e abusivos, mediante coerção estruturalmente induzida.

Acresçam-se, ainda, as notícias de abusos por membros da Magistratura e do Ministério Público, ilustrados por casos em que houve a decretação de prisões preventivas para coagir investigados a realizar acordos de delação premiada (ANDRADE, 2017). Outro ponto relevante consiste nas influências políticas que permeiam as decisões do Supremo Tribunal Federal, que tem se distanciado de seu papel contramajoritário como guardião da Constituição para atender a clamores da sociedade, fundamentando-se na “voz das ruas” (BRASIL, 2019) e em outros argumentos igualmente superficiais e externos ao previsto no ordenamento, contribuindo para o crescimento da insegurança jurídica.

Contudo, a extensão de argumentos críticos cabíveis à *plea bargaining* a todo e qualquer instrumento de justiça criminal negociada e a propagação de tal cenário de temor não consistem na abordagem mais adequada, nem sequer na mais realista.

Nesse sentido, Langer (2004) é categórico ao afirmar que é inegável a influência do modelo negocial norte-americano em outros ordenamentos, porém há diferença inafastável entre os sistemas que não pode ser diminuída. Não se trata de uma mera distinção estrutural na distribuição de poderes e responsabilidades de cada ator processual, mas

sim de concepções culturais essencialmente díspares acerca de como um caso criminal deve ser acusado e julgado.

O autor destaca que no sistema adversarial norte-americano vigora a competitividade entre as partes, diante da qual a função passiva do juiz é esperada em razão da tradução do ideal do liberalismo econômico anglo-saxão de mínima intervenção estatal para o processo. Ademais, o papel do prosecutor consiste em acusar ainda que este entenda o contrário (LANGER, 2004), visto que inexistente a concepção de Ministério Público enquanto fiscal da ordem jurídica.

Por outro lado, o sistema inquisitorial, associado a países de *civil law*, trabalha com a busca da verdade processual, havendo maior participação do magistrado para garantir a observância das regras do jogo (LANGER, 2004). A função do promotor não se restringe à invariável acusação, havendo mecanismos judiciais e administrativos para reprimi-lo caso assim o faça. Não obstante, uma vez ofertada a denúncia, não se pode ignorar a existência de um inegável conflito de interesses entre acusação e defesa, com a consequente tendência do Estado em favorecer a primeira (ANDRADE, 2017).

Embora vigore no Brasil o sistema acusatório, no qual há plena separação entre as funções de acusar, defender e julgar, cabendo às partes buscar provas e ao magistrado assegurar o cumprimento da lei e a paridade de armas, bem como a observância das garantias constitucionais, a diferenciação cultural indicada por Langer (2004) também se aplica ao presente estudo.

Ademais, em que pese as atenções da doutrina, de profissionais do Direito e da mídia frequentemente voltarem-se ao modelo extremado da *plea bargaining*, existem outros exemplos no direito comparado em países de tradição *civil law* cuja semelhança aos instrumentos brasileiros é frequentemente ignorada, tais como os modelos europeus da Espanha e da Alemanha, que inspiraram a justiça criminal negociada no Brasil, bem como a experiência de outros países latino-americanos, como o *juicio abreviado*, na Argentina (LEITE, 2009).

Dessa forma, as necessárias críticas à mimetização cega da *plea bargaining* devem ser consideradas com ressalvas, sem prejuízo do sopesamento das inarredáveis particularidades da justiça criminal negociada no ordenamento jurídico brasileiro e de cada um de seus instrumentos, dentre os quais ora se destaca o acordo de não persecução penal. De fato, o enaltecimento irrefletido da *plea bargaining* deve ser rechaçado, já que a experiência estrangeira ilustra perfeitamente o saldo negativo de uma negociação absoluta.

Constata-se que a comparação da justiça criminal negociada brasileira à americana é útil, sobretudo, para evidenciar as diferenças insuperáveis entre ambas. O panorama norte-americano é radical, de modo que a crítica doutrinária e o controle judicial permanentes possuem papel fundamental para que se mantenha uma distância salutar daquele modelo.

Assim, conclui-se que o acordo de não persecução penal regulado nos moldes do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019 é formal e materialmente constitucional, sendo compatível com o processo penal democrático.

No aspecto formal, observou-se a reserva legal e a competência da União para legislar em matéria processual penal, prevista no art. 22, inciso I, da Constituição Federal.

No ponto de vista material, não houve afronta ao denominado princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, implicitamente previsto no art. 129, inciso I, da Constituição. Cabe esclarecer, nesse sentido, que a interpretação contrária se origina de uma indevida indistinção entre legalidade no processo penal e obrigatoriedade da persecução punitiva, somada à inadequada oposição destes à oportunidade, em uma abordagem simplista e insuficiente.

Para solucionar tal problema hermenêutico, Vasconcellos (2015) propõe conceitos bem definidos para tais institutos jurídicos: para o autor, a legalidade no âmbito processual penal consiste em princípio que “impõe que os atores estatais da justiça criminal pautem suas posturas e suas decisões em conformidade e, portanto, a partir das previsões legais, das imposições e limitações previstas em Lei para o seu atuar” (VASCONCELLOS, 2015, p. 46).

A obrigatoriedade, por sua vez, determina “a persecução de todos os fatos que as autoridades públicas tomarem conhecimento e que se enquadrem como fatos puníveis segundo o ordenamento jurídico vigente”, simultaneamente (VASCONCELLOS, 2015, p. 46).

Por fim, a oportunidade ou não obrigatoriedade consiste em princípio que admite:

[...] o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal conforme opção do órgão acusador estatal (em regra sob anuência da defesa) com fundamento em critérios utilitários, político-criminais, econômicos, etc., em situação cujo lastro probatório é suficiente para atestar a materialidade e a autoria de um crime (VASCONCELLOS, 2015, p. 48).

Nessa perspectiva, é admissível a adoção da “oportunidade legalmente regulada” (RIVERA; ARAQUE *apud* VASCONCELLOS, 2015, p. 51), que permite a coexistência da oportunidade com a obrigatoriedade. Para tanto, é necessário que os critérios para o não oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal e suas hipóteses de cabimento estejam previstos de forma específica, objetiva e taxativa em lei, cuja adoção deve ser motivada pelo órgão acusador estatal. Desse modo, a oportunidade relativiza e excepciona a obrigatoriedade, de modo perfeitamente compatível ao princípio da legalidade (VASCONCELLOS, 2015).

Assim, a “oportunidade legalmente regulada” norteia a aplicabilidade da justiça criminal negociada e de seus instrumentos, destacadamente o acordo de não persecução penal.

Trata-se de uma exceção à obrigatoriedade em conformidade ao texto constitucional, a qual não se confunde com a ampla discricionariedade conferida aos prosecutors por se pautar exclusivamente em critérios dispostos em lei.

Assim, compreende-se que a realização do acordo ora tratado tornou-se válida a partir de 23 de janeiro de 2020, data de entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019. Acordos celebrados em período anterior, com fundamento na Resolução nº 181/2017 do CNMP, padecem de inconstitucionalidade formal e, portanto, são passíveis de anulação pelo juízo competente.

Cabe ressaltar que a negociação no processo penal não é panaceia nem raiz de todos os males do sistema (LEITE, 2009), cujo combate exige um esforço conjunto dos três poderes mediante a implantação de políticas públicas de médio a longo prazo. A justiça criminal negociada, ora representada pelo acordo de não persecução penal, insere-se como medida de enfrentamento imediata, cuja elaboração e aplicação deve ser diligente.

Consigne-se que a boa regulamentação e aplicação da justiça criminal negociada abrangem desde a raiz legal dos instrumentos negociais até o fortalecimento das Defensorias Públicas, para mitigar as desigualdades nas condenações e garantir a validade dos acordos, bem como o fortalecimento do controle judicial, a fim de evitar abusos.

Em uma ponderação entre eficientismo e garantismo, uma possível supervalorização inquestionável do primeiro é alarmante por ameaçar a efetividade das normas constitucionalmente previstas. É possível, embora árduo, conciliar os dois conceitos, desde que se busque “o adequado equilíbrio entre o eficiente e o célere funcionamento do sistema

de justiça criminal e a garantia dos direitos dos acusados, quer sejam culpados, quer sejam inocentes" (ANDRADE, 2017, p. 72).

Indubitavelmente, a negociação no processo penal é uma medida de política criminal, porém esse fato por si só não tem necessariamente conotação negativa (ANDRADE, 2017; AIRES). Nesse aspecto, ressalta-se:

Na relação entre as ciências jurídico-criminais não há mais espaço para a segregação completa entre a dogmática jurídico-criminal e a política criminal, de forma que não mais cabe a segregação entre o pensamento do sistema e o pensamento do problema. Afinal, se a dogmática representasse exclusivamente a proteção ao acusado, e à política criminal restasse somente a preocupação com soluções para a criminalidade, ter-se-ia um Direito Penal plenamente alheio às questões reais da sociedade (AIRES; FERNANDES, 2017, p. 28).

Em 2018, 2,7 milhões de novos casos criminais ingressaram no Poder Judiciário brasileiro, ao passo que 6,3 milhões restavam pendentes de apreciação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). Há, portanto, um grave problema de sobrecarga processual, que implica em prestação jurisdicional deficiente à sociedade. Nesse sentido:

A prestação estatal insuficiente culmina em grande indignação da população, repercute em eleição de representantes políticos com pautas punitivistas, criação de mais legislação simbólica, estímulo ao direito penal subterrâneo, crescimento exacerbado e desordenado da população carcerária e, consequentemente, fomenta a base do chamado Estado de Coisas Inconstitucional (OLIVEIRA, 2019)

Em um cenário de inchaço processual, opta-se por medidas que representem maior custo-benefício no emprego de recursos públicos, o que não se compatibiliza à persecução criminal de delitos de baixa periculosidade.

Nesse sentido, a lei nova traz benefícios em favor do investigado, pois impede a instauração do processo e minimiza os efeitos subjetivos da acusação penal, e ao Estado-persecutor, visto que permite a resolução de infrações penais de menor gravidade de modo mais eficiente que o processo tradicional e permite a concentração de esforços no enfrentamento a delitos de alta periculosidade e à macrocriminalidade, em observância ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal (OLIVEIRA, 2019).

Além disso, a homologação e o cumprimento do acordo são apreciados pelo juízo, a partir de regras previamente definidas em lei, observadas a transparência na negociação, com acesso a todos os elementos de prova já documentados ao procedimento investigatório e a garantia das normas constitucionais. O investigado não é obrigado a aceitar o acordo, visto que possui o direito de declinar o benefício proposto e ser processado ordinariamente. De igual modo, a vítima pode impugnar a homologação, caso assim prefira (OLIVEIRA, 2019).

A existência de eventuais abusos, por si só, não torna o instituto absolutamente impraticável. Pelo contrário: reforça a necessidade de fortalecimento dos mecanismos de controle e da observância de parâmetros na celebração dos acordos de não persecução penal, tais como os sugeridos por Oliveira (2019)

Para tanto, o membro do MP, eminente agente na consolidação da justiça, deverá 1) realizar um exame crítico da confissão do acusado, 2) formalizar todos os atos e os gravar audiovisualmente, 3) apurar informações favoráveis ao investigado (com maior consciência do princípio da inocência e imparcialidade nas investigações), 4) convocar participação ativa da vítima na definição de reparação de danos como condição do acordo, 5) não realizar acordos em audiência de custódia quando não houver provas claras e robustas da autoria do crime, e, por óbvio, 6) em virtude de uma conduta ética e do princípio da boa-fé objetiva, jamais alterar prejudicialmente a imputação criminal em momento posterior ao declínio ou descumprimento do acordo, salvo em hipótese de novas provas contundentes (OLIVEIRA, 2019, p. 177).

Desse modo, a atuação do membro do Ministério Público, compreendido como agente de política criminal (OLIVEIRA, 2019), será compatível com o processo penal democrático. Não obstante, com o propósito de garantir que o exercício da atividade ministerial não se distancie da constitucionalidade, são imprescindíveis a fiscalização e o controle anteriormente tratados neste artigo.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo compreender, considerando a difusão da *plea bargaining* norte-americana, qual a influência desse modelo sobre o acordo de não persecução penal brasileiro e a compatibilidade deste acordo ao processo penal democrático.

A hipótese inicial foi confirmada, pois se constatou que a influência da *plea bargaining* sobre o acordo de não persecução penal se restringe às suas razões político-criminais, havendo substancial diferença entre os sistemas jurídicos comparados.

Ademais, concluiu-se que o acordo de não persecução penal regulado nos moldes do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019 é formal e materialmente constitucional, sendo compatível com o processo penal democrático. Por outro lado, acordos celebrados em período anterior, com fundamento na Resolução nº 181/2017 do CNMP, padecem de inconstitucionalidade formal e, portanto, são passíveis de anulação pelo juízo competente.

Dessarte, entende-se que a discussão acerca da aplicabilidade dos instrumentos de justiça criminal negociada não pode se restringir ao plano abstrato do dever-ser. O colapso do sistema não é suposto, mas sim fático. Medidas alternativas ao processo, desde que bem reguladas e aplicadas, são bem-vindas.

Referências

ALSCHULER, Albert W. Implementing the criminal defendant's right to trial: alternatives to the *plea bargaining* system. **University of Chicago Law Review**, v. 50, n. 3, p. 931-1050, 1983. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1987&context=journal_articles. Acesso em: 10 nov. 2019.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Bahia, 2019.

BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: racial disparities in *plea bargaining*. **Boston College Law Review**, v. 59, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/33Hc271>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 882, de 19 de fevereiro de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 3 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Brasília/DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 21 nov. 2019.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 347**. Relator: Min. Marco Aurélio de Melo. Brasília/DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 21 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 5 fev. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1998. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em: 2 nov. 2019.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Brita. Acordos de não persecução e de aplicação imediata da pena: o *plea bargaining* brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 317, 2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro. Acesso em: 4 fev. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos (Bill of Rights)**. Congresso dos Estados Unidos da América, 1791. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Patton v. United States, 281 U.S. 276**. Apelantes: John Patton, Harold Conant e Jack Butler. Apelado: Estados Unidos da América. Washington, D.C., 14 de abril de 1930. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/281/276/>. Acesso em: 6 nov. 2019.

_____. **North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25**. Apelante: North Carolina. Apelado: Henry C. Alford. Washington, D.C., 22 de novembro de 1970. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

_____. **Santobello v. New York, 404 U.S. 257**. Apelante: Rudolph Santobello. Apelado: Estado de Nova York. Washington, D.C., 19 de dezembro de 1971. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. **Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63**. Apelante: Warden Blackledge. Apelado: Gary Darell Allison. Washington, D.C., 1 de maio de 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/63/>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. **Brady v. United States, 397 U.S. 742**. Apelante: Robert M. Brady. Apelado: Estados Unidos da América. Washington, D.C., 3 de maio de 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/>. Acesso em: 11 nov. 2019.

FISHER, George. Plea bargaining's triumph: a history of *plea bargaining* in America. **Yale Law Journal**, v. 109, Iss. 5, 2000. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/yfj/vol109/iss5/1/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Fyfj%2Fvol109%2Fiss5%2F1&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 6 nov. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficiatedefensores>. Acesso em: 19 nov. 2019.

LANGBEIN, John H. Understanding the short history of *plea bargaining*. **Faculty Scholarship Series**, v. 544, 1979. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/544/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F544&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 17 nov. 2019.

LANGER, Maximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=707261>. Acesso em: 15 maio 2019.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 23 maio 2019.

MOURA, Marcos Vinícius Moura (org.). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: atualização – junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

OLIVEIRA, Susan Garcia de. Acordo de não persecução penal: princípio da oportunidade regrada como política criminal. In: BARBOSA, Alexandre Espinosa Bravo *et al.* **Temas do Ministério Público**: Acordos no sistema de justiça e liberdade de expressão. Brasília: ANPR, 2019. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/Livros/temas_do_ministerio_publico_2019.pdf. Acesso em: 5 fev. 2020.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

US. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Prisoners in 2017**. Office of Justice Programs. Disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p17.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015.

XIAO, Michael Yangming. Deferred/Non Prosecution Agreements: Effective Tools to Combat Corporate Crime. **Cornell Journal of Law and Public Policy**, v. 23, 2013. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=cjlp>. Acesso em: 4 fev. 2020.

13 O DEVIDO PROCESSO CONSENSUAL E OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Vítor Souza Cunha¹

Resumo: O artigo busca discutir a cláusula do devido processo legal no âmbito do modelo de justiça penal consensual brasileiro e sua influência na interpretação e na construção dos acordos de não persecução. Inicialmente, será demonstrado que o devido processo legal, em razão de sua natureza de cláusula aberta, deve ser reinterpretado para oferecer respostas aos desafios do sistema de justiça criminal consensual e às novas demandas político-criminais. Na sequência, depois de refletir sobre a classificação e a natureza dos acordos de não persecução, será demonstrado como o devido processo consensual pode ajudar a solucionar problemas relacionados à aplicação concreta de tais acordos. Para tanto, servem como vetores interpretativos dois princípios que podem ser extraídos do devido processo consensual: o princípio da autonomia e o princípio da boa-fé.

Palavras-chave: Acordos de não persecução. Justiça criminal consensual. Devido processo legal. Devido processo consensual.

Abstract: *The paper aims to discuss the due process of law clause under the Brazilian consensual criminal justice system and its influence on the interpretation and modeling of non-prosecution agreements. Initially, it will be shown that the due process of law clause, due to its legal content, must be reinterpreted to provide answers to the challenges of the consensual criminal justice system, as well as to new political criminal guidelines. Then, after discussing the classification and nature of non-prosecution agreements, it will be shown how consensual due process of law clause can help to solve problems related to the concrete application of such agreements. For that purpose, two principles can be used as interpretative guidelines: principle of autonomy and principle of good faith.*

Keywords: *Non-prosecution agreement. Consensual criminal justice. Due process of law. Consensual due processo of law.*

1 Procurador da República em Guarulhos/SP, mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB) e doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

1 INTRODUÇÃO

Dada a relevância política do sistema processual penal, não surpreende o fato de as mudanças legislativas que envolvem alguns de seus aspectos estruturais provocarem dissensos, controvérsias e, conseqüentemente, acalorados debates teóricos e doutrinários. Tais discussões, em análise mais cuidadosa, são essenciais, a médio e longo prazo, para a consolidação das modificações ou, eventualmente, a correção de rumos.

Das inúmeras questões merecedoras de cuidadosa reflexão que emergiram com a entrada em vigor da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, optou-se, no presente ensaio, pela escolha de um dos pontos mais palpitantes e controvertidos dentre os que o legislador escolheu como instrumentos voltados a aperfeiçoar a legislação processual penal: os acordos de não persecução.

Por lidar com o que pode ser naturalmente compreendido como um dos aspectos centrais do sistema jurídico-penal – a ação penal –, os acordos de não persecução suscitam discussões que envolvem as mais variadas abordagens, além de um sem-número de argumentos.

Opta-se, nessa miríade de possibilidades relacionadas aos acordos de não persecução, pelo enfrentamento das críticas que sustentam ter havido, por parte do legislador, no exercício da sua liberdade de conformação, violação ao devido processo legal. Tais críticas, em suma, defendem que os acusados que optam por celebrar acordos de não persecução são submetidos a consequências jurídicas danosas sem a observância do devido processo legal.

Entende-se que tais reflexões não são corretas. O novo paradigma político-criminal do consenso exige uma releitura da cláusula do devido processo legal, releitura essa que encontra amparo na própria estrutura normativa aberta da cláusula. Para funcionar como referencial valorativo, deve-se repensar o devido processo legal, não para substituir a cláusula aplicada ao modelo conflitual de processo penal, mas para preencher seu conteúdo de modo a fornecer respostas adequadas ao atual paradigma do consenso.

O objetivo do presente artigo é apresentar uma nova abordagem da cláusula do devido processo legal, que ofereça respostas aos anseios político-criminais e assegure a higidez dos interesses individuais daqueles submetidos à persecução. Além disso, será demonstrado como a nova concepção de processo devido pode contribuir para a solu-

ção de problemas que envolvem a aplicação concreta dos acordos de não persecução na prática da justiça criminal consensual.

2 BREVES REFLEXÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO PENAL

Analisar o sistema jurídico-penal com enfoque constitucional é, principalmente, admitir que a Constituição é a fonte de legitimação do exercício do poder punitivo estatal. É, ainda, aderir à conclusão de que o legislador ordinário não pode desempenhar livremente sua liberdade de conformação e que deve necessário e irrestrito respeito aos limites implícitos e explícitos previstos constitucionalmente. Não há espaço, portanto, para se iniciar a discussão acerca do devido processo legal em relação às soluções consensuais no processo penal senão desde um ponto de vista constitucional.

Diante desse cenário, cabe o primeiro e imprescindível questionamento: a Constituição brasileira, que impõe o respeito ao devido processo legal como fonte de legitimação do sistema jurídico penal, abre espaço para o consenso no processo penal?

Imperativa é a resposta positiva. Se na maioria dos países que adotaram acordos penais as respectivas cortes constitucionais entenderam que a cláusula do devido processo legal – ou *fair trial* – admite soluções consensuais,² com muito mais razão deve prevalecer tal entendimento no Brasil, país cuja Constituição expressamente previu a transação penal como método de solução de casos penais.

Poder-se-ia argumentar que a Constituição, no art. 98, I, somente permitiu soluções consensuais em relação a crimes de menor potencial ofensivo. No entanto, como observa Scarance Fernandes (2005), a previsão constitucional da transação não impede que o consenso seja utilizado em relação a outras infrações. O que fez o legislador constituinte foi traçar um limite mínimo para o legislador ordinário, mas, de nenhuma maneira, vedou que ele pudesse ir além. Aliás, a experiência estrangeira, como mencionado, demonstra que não é sequer necessário dispositivo constitucional autorizando expressamente o consenso e a renúncia de posições jurídicas processuais.

2 A título ilustrativo, vale mencionar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia*, julgado em 2014, além de reconhecer que os acordos penais são ferramentas legítimas para acelerar a adjudicação de casos criminais e diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais, também realizou estudo comparativo que concluiu que a maioria dos países europeus possui legislação autorizando os negócios jurídicos sobre a pena no processo penal.

Não havendo, do ponto de vista constitucional, óbice a soluções consensuais no processo penal, é cabível o segundo questionamento: como definir o procedimento devido no modelo de justiça penal consensual? Em outros termos, quais as características que deve possuir o procedimento consensual para que se repute respeitada a cláusula do devido processo legal?

Tal questionamento, considerando a sua complexidade, demanda, para a apresentação de respostas menos superficiais, reflexões mais profundas.³ Diante das limitações do presente ensaio, buscar-se-á apresentar, sinteticamente, parcela delas.

Prevista pela primeira vez na história constitucional brasileira, a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV) foi alçada pelo texto de 1988 à posição de condição inafastável para que alguém possa ser privado de sua liberdade ou de seus bens. Mais que isso: desse enunciado é possível extrair a norma que a todos assegura o direito fundamental a um processo devido.

Quanto ao conteúdo do devido processo legal, o primeiro ponto digno de registro é que, embora a Constituição pouco tenha falado especificamente sobre ele, não deixou de indicar os elementos que obrigatoriamente devem ser tomados como necessários para qualificar um processo como devido. Nesse sentido, como observa Lima (2015), o devido processo legal, na Constituição brasileira, não está contido apenas no art. 5º, LIV, mas também engloba, pelo menos, as garantias de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), juiz natural (art. 5º, LIII), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), proibição de provas ilícitas (art. 5º, LVI), publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e fundamentação das decisões (art. 93, IX).

Assim, ainda que a Constituição Federal não resolva diretamente todas as situações, prevê contornos mais concretos ao devido processo legal do que, por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos. Também nesse sentido, Ávila (2008) pontua que a Constituição de 1988 terminou por tornar obrigatório alguns elementos do devido processo legal, evitando que eles sejam avaliados conforme as circunstâncias do caso concreto e, com isso, eventualmente afastados. Em síntese, a Constituição definiu o conteúdo mínimo do devido processo legal.

Não foi sem razão que a Constituição estruturou o devido processo penal como cláusula aberta. É sabido que o conteúdo mínimo do devido processo, construído após sécu-

³ Realizamos uma análise mais consistente da relação entre a cláusula do devido processo legal e o modelo de justiça criminal consensual em outra obra. Conferir Cunha (2019).

los de aplicação dessa cláusula, não é suficiente para a solução de todos os problemas contemporâneos. Isso não significa, de modo algum, que o longo período de afirmação histórica dos direitos humanos, desde a Carta Magna de João Sem-Terra em 1215 até o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI) de 1998 (COMPARATO, 2013), possa ser desconsiderado. Na verdade, quer-se dizer, apenas, que a construção do processo devido é – tal como é viver em sociedade –, “obra permanentemente em progresso” (DIER JR, 2015, p. 66). Essa conclusão adquire mais relevância quando consideradas as peculiaridades do sistema jurídico-penal, tendo em vista a impermanência dos efeitos político-criminais sobre o procedimento.⁴

Pode, inclusive, soar paradoxal, mas o procedimento estruturado de forma a preservar, de modo absoluto, todas as garantias, mesmo aquelas que não sejam estritamente necessárias, não pode ser considerado o devido. No contexto político-criminal de excessiva criminalização de condutas, como o brasileiro contemporâneo, a exigência de rigidez para todos procedimentos pode levar a mecanismos informais de soluções alternativas e, aí sim, abrir espaço para arbitrariedades e abusos, deixando desguarnecido o indivíduo (FERNANDES, 2005). Na prática, caso a orientação político-criminal seja a de que a totalidade dos processos deva percorrer integralmente todas as etapas do procedimento garantista ideal, isso significará um aumento de custo tal que obstará que todos tenham igual acesso à prestação jurisdicional célere, vale dizer, um serviço escasso. Lembremos, por oportuno, que, nos termos do legislador constituinte, a razoável duração do processo, incluindo os meios que garantam a celeridade de tramitação, é direito a todos assegurado, e não a alguns.

Por sua gramática especial, pautada pela imperatividade e indiferença à aceitação por parte do acusado, a jurisdição criminal conflitual tradicionalmente demandou uma concepção de devido processo legal que corresponde a sua estrutura de funcionamento. Em outras palavras, a cláusula do devido processo legal, mesmo sendo cláusula aberta cujo conteúdo pode variar em conformidade com a evolução da tradição jurídica e política corrente, vem sendo preenchida consoante as necessidades do modelo conflitual de justiça criminal. Isso significa dizer que, na concepção tradicional, o devido processo mostra-se pouco aberto ao diálogo e avesso a soluções convencionais.

No entanto, quando em contato com os novos rumos político-criminais do consenso, a concepção tradicional da cláusula do devido processo penal, forjada para atender às

4 Sobre a influência da política criminal na definição do devido processo, vale rememorar que a ela cabe não apenas a tarefa de valorar os bens que serão penalmente protegidos, mas também definir a estrutura de funcionamento do sistema de justiça criminal, o que passa pelas decisões relacionadas à forma de ser do processo penal. Sobre tal influência da política criminal no processo penal, ver Fernandes (2001).

necessidades de um tipo particular de jurisdição penal, perde a capacidade de servir como norte valorativo para orientar a estruturação das normas procedimentais e para avaliar a legitimidade da função jurisdicional.⁵ O modelo de justiça criminal consensual, como vimos, suscita questionamentos que não são bem equacionados pela cláusula do devido processo legal em sua acepção tradicional. Não em razão da intrínseca insuficiência do princípio, mas por conta das divergências estruturais entre o modelo para o qual ele foi pensado – a justiça criminal conflitual – e os novos métodos de solução consensual surgidos com base nas recentes diretrizes político-criminais.

Questionamentos contemporâneos, nesse cenário, desafiam a capacidade de a cláusula do devido processo legal fornecer respostas seguras: é devido o processo consensual que não represente redução de custos e, assim, deixe de promover a celeridade? É devida a admissão de culpa que não corresponda à realidade dos fatos? São devidas as promessas oferecidas pelo órgão acusatório que não tenham amparo legal? Qual o papel do magistrado no modelo devido de processo consensual?

Subjaz a todas essas questões a necessidade de elaborar um conceito de devido processo penal consensual. Em outras palavras, para responder aos problemas específicos de um modelo peculiar de justiça criminal, é necessário avaliar quais são os atributos inescapáveis para que o processo, nesse modelo, seja considerado devido. Não se pretende, com isso, substituir a compreensão do devido processo penal exigido para a imposição de pena no modelo conflitual. Busca-se, sim, assentar o referencial necessário à estruturação do procedimento no modelo consensual de justiça criminal de acordo com os objetivos político-criminais do sistema penal como um todo. Se o processo é método de exercício do poder normativo, a norma jurídica penal construída de forma consensual, sem a resistência característica da perspectiva conflitual de justiça, deve, também, observar o método devido, isto é, o procedimento adequado.

5 Um exemplo da incapacidade da concepção tradicional do devido processo penal fornecer respostas aos novos modelos pode ser colhido no caso da mediação penal. Como observa Sica (2007), a mediação, por não ser vinculada pelos rigores das normas processuais e substanciais, consente aos indivíduos o poder de apropriar-se dos conflitos, o que não significa que a atividade ocorra ao arrepio da lei e das garantias formais. A mediação, tão somente, implica uma outra maneira de enxergá-las e efetivá-las. De acordo com o citado autor, para ser devido, o processo da mediação deve, entre outros aspectos, observar o princípio do respeito pela autonomia cultural, que se refere à necessidade de preservação de certas margens do conflito, e o princípio da primazia ou primado da vítima, que preconiza a valorização do papel da vítima na justiça criminal. Como se vê, a abordagem tradicional do devido processo penal, alheia às estruturas de sentido e interpretação necessárias para bem compreender a justiça restaurativa, tende a considerar o seu procedimento indevido, quando, na verdade, ele seria inadequado ao modelo conflitual de processo.

3 O DEVIDO PROCESSO PENAL CONSENSUAL

A utilização da expressão “devido processo penal consensual” não é nova no Brasil, como também não são novas as tentativas de estruturar um sistema de garantias que preservem os interesses individuais e sirvam como fator legitimante do modelo consensual de justiça criminal.

A própria Lei nº 9.099/1995, instituída com o claro objetivo político-criminal de promover a celeridade e simplificação do sistema de justiça penal, é o exemplo mais eloquente da criação de um método para a construção de normas penais na perspectiva da jurisdição criminal consensual.

É especificamente para se referir ao procedimento inaugurado pela Lei nº 9.099/1995 que se costuma defender a ideia da existência de um devido processo penal consensual. Nesse sentido, Dias (1999) vincula o que denomina “devido processo legal consensual” à observância de garantias para que autor do fato, na transação penal, tenha condições de manifestar livremente a sua vontade. Silva (1998), por sua vez, defende que a Constituição Federal estabeleceu duas manifestações do devido processo legal: o devido processo legal contraditório, reservado aos acusados, e o devido processo legal consensual, destinado aos não acusados, a quem se faculta a transação penal. Como a Constituição Federal garante a todos o devido processo legal como pressuposto para a privação da liberdade ou dos bens, Silva pondera que a única conclusão viável diante da norma que autoriza a transação na justiça criminal é a de que o próprio legislador constitucional admitiu outra manifestação do devido processo legal.

Outros autores, embora sem falar expressamente em devido processo consensual, admitem a existência de um particular processo devido para as infrações de menor potencial ofensivo, o qual não possui todas as características do procedimento tradicional. Gordilho (2009), nesse sentido, pondera que a Lei nº 9.099/1995, editada em razão da autorização constitucional, aceita para os crimes de menor potencial ofensivo a aplicação de sanção penal sem a observância do devido processo penal clássico. Também nessa perspectiva, Rangel (2011) observa que a Constituição Federal, ao permitir que os Juizados Especiais Criminais realizem a transação penal e adotem os procedimentos oral e sumaríssimo, facultou ao legislador ordinário estabelecer o procedimento próprio das infrações de menor potencial ofensivo. Esse procedimento, por conseguinte, é o devido processo legal para a imposição de pena decorrente da prática de infrações de menor potencial ofensivo.

Fernandes (2005, p. 323), também perfilando esse entendimento, e acrescentando o componente da adequação procedimental, ensina que:

com o procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95, foi encontrada solução adequada para o processo de infrações de menor relevância. **Nele, estão asseguradas as garantias do devido processo penal.** A sua tramitação é bastante rápida. A reação defensiva à acusação, a admissibilidade da acusação e a instrução e o julgamento ocorrem em uma só audiência. Constitui, por isso tudo, melhor alternativa do que as dos procedimentos para pequenas infrações da Europa continental (FERNANDES, 2005, p. 323, grifo nosso).

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, e a consequente consagração dos acordos de não persecução, que se aplicam a uma ampla gama de crimes, é possível afirmar que o sistema jurídico penal brasileiro deu um passo significativo na consolidação de um modelo de justiça criminal consensual. Nesse cenário de ampliação do modelo, coloca-se o complexo desafio de identificar o conteúdo do devido processo consensual.

Já se pode adiantar uma das conclusões: no que concerne ao devido processo na justiça criminal consensual recentemente ampliada, o conteúdo clássico que decorre do modelo tradicional é insuficiente.

Como adverte Giacomolli (2014), as regras do processo penal não se inserem num processo estático, fixo, perfeito e acabado, e muito menos funcionalmente incomunicável, mas estão em constante construção, em busca de fundamentação e legitimação. Na medida em que o modelo constitucional do processo devido é aquele que informa não apenas o “modo de ser” do processo penal, mas o “modo de atuar” dos agentes processuais, é imprescindível que a definição do conteúdo do devido processo consensual leve em consideração a estrutura normativa e a cultura jurídica, com destaque para a forma como a justiça criminal é administrada e o comportamento dos atores do sistema de justiça criminal. Processo devido é, sobretudo, aquele que se atrela, com exteriorização ideológica, ao modelo de Estado e à cultura de uma sociedade em determinado tempo e espaço. Em outros termos, o direito ao procedimento adequado é aquele aderente à realidade social (CINTRA *et al.*, 2005).

O processo devido no âmbito da justiça criminal consensual deve ser compatível com o conteúdo mínimo do devido processo punitivo clássico, sem, contudo, deixar de

ser informado pelas diretrizes que conformam qualquer modelo consensual. Logo, para ser devido, é necessário que o procedimento, de início, reforce sensivelmente a posição do acusado, exigindo a observância rigorosa de determinados direitos e garantias individuais constitucionais. Ao mesmo tempo, impõe-se que seja estruturado de modo a promover o diálogo entre as partes e facilitar o atingimento de soluções concertadas, condições sem as quais o modelo pouco tem a contribuir para o objetivo de reduzir os custos do processo penal.

Em suma, pode-se afirmar que o devido processo consensual é a cláusula de conteúdo complexo e aberto que qualifica como devido o procedimento estruturado de modo a incentivar práticas leais de consenso para atender aos anseios político-criminais de aumento da celeridade e efetividade da justiça criminal, ao mesmo tempo que preserva a autonomia e liberdade das partes.

A seguir falaremos sobre alguns atributos do devido processo consensual, os quais servem, simultaneamente, de orientação para a definição da estrutura normativa e como vetor interpretativo dos acordos de não persecução.

4 NATUREZA E CATEGORIA DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO

Tendo em conta que os conceitos e classificações são tão mais importantes quanto forem úteis para a solução de problemas concretos, vislumbra-se a pertinência de realizar rápida exposição sobre a natureza e a categoria na qual se entende inseridos os acordos de não persecução.

Em linhas gerais, o modelo consensual pode ser compreendido como uma nova forma de se estruturar e administrar o sistema de justiça criminal, do que decorre a possibilidade de esse modelo abarcar um significativo número de práticas e estratégias voltadas ao tratamento dos casos penais.

Os acordos de não persecução podem ser inseridos na categoria de práticas denominadas “diversão”, que compreende a opção de política criminal definida para a resolução de casos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas e levada a efeito antes – e independentemente – da verificação da culpa (TORRÃO, 2000).

Sem desconsiderar as dificuldades na empreitada de categorização, a diversão pode ser dividida em dois grupos: no primeiro, podem ser acomodadas as estratégias convencionais ocorridas antes da propositura da ação penal, as quais, por essa circunstância, já foram referidas como saídas alternativas à persecução criminal (LEITE, 2013). Nesses casos, ressalta-se a característica de a solução convencional ocorrer antes da propositura da demanda penal, de modo que resta obstaculizado seu ajuizamento na hipótese de o acusado cumprir as condições às quais se obrigou. São exemplos desses procedimentos a extinção da punibilidade decorrente da composição civil dos danos e a transação penal, ambas previstas na Lei nº 9.099/1995. No segundo grupo, encontram-se as estratégias de arquivamento do processo e de extinção do caso – logo, posteriores ao ajuizamento da demanda penal –, nas hipóteses em que o acusado, de forma consensual, aceita cumprir determinadas condições. Utilizando outros termos, mas em sentido convergente, Torráo (2000) afirma que, nesse tipo de diversão, o processo pode ser arquivado desde que o acusado cumpra determinadas injunções ou regras de conduta. O arquivamento do processo, que não raro é precedido por período no qual ele fica suspenso, não depende da verificação legal de culpa do acusado. Depende, tão somente, do cumprimento voluntário das condições que, geralmente, envolvem o pagamento de quantia para determinados entes, de multas e de prestação de serviços comunitários (THAMAN, 2007). A suspensão condicional do processo da Lei nº 9.099/1995 é um dos exemplos mais ilustrativos dos institutos desse grupo.

O acordo de não persecução previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP) encontra-se, indubitavelmente, no primeiro grupo. Por obstaculizar a propositura da ação penal na hipótese de o acusado cumprir determinadas condições, tal acordo pode ser entendido como uma saída alternativa à persecução criminal.

Quanto à natureza, levando em consideração o critério das consequências jurídicas irradiadas, o acordo de não persecução pode ser considerado misto, já que a vontade atua na definição e na escolha de categorias jurídicas materiais e processuais (DIDIER JR; BOMFIM, 2016). Na perspectiva processual, pode versar sobre situações jurídicas processuais (ônus, direitos e deveres) ou sobre regras procedimentais. Por exemplo, pode-se transacionar sobre o direito de ser intimado pessoalmente (art. 370 do CPP), aceitando-se a intimação por meio eletrônico, e sobre o dever de apresentação de provas.

Na perspectiva da vantagem intencionada pelo investigado, muito embora a lei já preveja a principal consequência jurídica material do acordo – a extinção da punibilidade –, o que aproxima conceitualmente o negócio jurídico do ato jurídico em sentido estrito, há, de modo incontestável, espaço para a modificação de algumas consequências

materiais. A título de exemplo, as disposições sobre a reparação do dano ou restituição da coisa podem produzir efeitos materiais, seja como atenuante genérica, seja como causa de diminuição de pena (previstas, respectivamente, nos arts. 16 e 65, III, “b” do Código Penal). Outro exemplo de efeito material é a renúncia voluntária a bens indicados como proveito ou produto do crime, o que possui, indiscutivelmente, repercussão na esfera de direitos materiais do investigado.

Nesse sentido, é possível entender o acordo de não persecução como o negócio jurídico bilateral, de natureza mista,⁶ firmado na fase pré-processual, que busca evitar a propositura da ação penal em razão da confissão do investigado e de sua submissão voluntária a determinadas condições.

5 O DEVIDO PROCESSO CONSENSUAL NOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO

Dada a gramática própria do modelo de justiça consensual, é natural que surjam dúvidas e divergências quanto ao alcance e à adequada interpretação dos dispositivos legais que disciplinam seus institutos.

Especificamente quanto aos acordos de não persecução, pensa-se que a cláusula do devido processo consensual pode servir como norte interpretativo para colmatar lacunas e orientar a construção de soluções para os problemas não equacionados expressamente pelo legislador.

Como devido é o processo consensual que se presta a incentivar práticas leais de consenso, buscando garantir a efetividade da justiça criminal, ao mesmo tempo que preserva a autonomia e a liberdade das partes, é possível concluir que dois princípios adquirem especial relevância nesse modelo: o princípio da autonomia e o princípio da boa-fé.

A seguir serão apresentadas algumas conclusões que decorrem da necessidade de observância de tais princípios em relação aos acordos de não persecução. Não se trata, vale pontuar, de reflexões profundas ou definitivas sobre as questões que serão apre-

⁶ Não se desconhece que, tanto o legislador, nas recentes mudanças operadas pela Lei nº 13.964/2019, como o Supremo Tribunal Federal (HC nº 127.483) optaram por qualificar o acordo de colaboração premiada como um negócio jurídico processual. Não se duvida que a colaboração seja um negócio jurídico. No entanto, em razão das disposições de direito material e processual, não se pode concordar com essa classificação.

sentadas. É impossível delas esperar mais do que podem entregar: servir como ponto de partida.

5.1 Princípio da autonomia

Para bem observar o princípio da autonomia na perspectiva do acusado, não é suficiente que o procedimento dos acordos de não persecução evite a indevida influência externa na formação e manifestação de sua vontade. É necessário, mais que isso, que a estrutura normativa garanta condições materiais para que o investigado realize as escolhas que, a seu juízo, atendam da melhor forma possível aos seus interesses.

Para tanto, a primeira e inafastável condição é que os acusados sejam materialmente assistidos em todo o decurso do procedimento por defensores técnicos, sob pena de vício insanável. Além da assistência jurídica, mostra-se necessário, na perspectiva da garantia de condições materiais para o exercício da autonomia, que exista convergência de opiniões entre a defesa técnica e o próprio acusado. Em outros termos, isso significa, como observa Scarance Fernandes (2005), a exigência da denominada dupla garantia, manifestada na necessidade de que sempre haja a conformidade do acusado e a concordância do seu defensor. Havendo, assim, divergência entre acusado e advogado quanto às vantagens da celebração do acordo de não persecução, impõe-se o procedimento tradicional. Garante-se, com isso, que as decisões do acusado não sejam comprometidas pela assimetria informacional, ao mesmo tempo que se reduzem os incentivos para que o advogado faça prevalecer os interesses profissionais em detrimento dos interesses do acusado.

A exigência de indicação precisa pelo órgão acusador do fato imputado é requisito que também se relaciona com o princípio da autonomia. A formação definitiva da *opinio delicti*, além de pressupor juízo positivo sobre a presença de elementos probatórios que forneçam suporte à imputação, produz outro efeito essencial: fixa o objeto do processo, ou seja, o fato punível atribuído ao acusado. Dessa maneira, permite-se que o investigado avalie tanto a prova como a imputação, reduzindo de forma sensível a assimetria que existiria no caso de não saber o crime em razão do qual celebrará acordo de não persecução.

Ademais, a indicação precisa dos fatos imputados permite o controle do magistrado quanto à correção da imputação, controle esse compreendido na análise da legalidade do acordo de não persecução já celebrado (art. 28-A, § 4º). Esse é um reforço que tam-

bém reduz espaço para a adoção da *overcharging*,⁷ evitando que se comprometa a livre manifestação de vontade do acusado.

Relaciona-se, também, à ideia de autonomia a questão concernente ao momento de celebração do acordo de não persecução. Dúvidas não há de que deve ser celebrado na fase pré-processual, haja vista ser um instrumento que evita a propositura da ação penal. Ocorre que, do ponto de vista da colheita de elementos de informação, a fase investigativa pode ter diversas etapas. Elas vão desde a etapa inicial, quando o material probatório é insuficiente para a realização de um juízo penal valorativo seguro, até o momento que antecede a propositura da ação ou o arquivamento da investigação, quando todas as diligências investigativas foram realizadas.

Entende-se que os acordos de não persecução devem ser celebrados na segunda etapa, ou seja, quando os elementos de informação forem suficientes para a valoração e a tomada de decisões pelo órgão acusador, inclusive quanto à superação da exigência probatória para a admissibilidade da denúncia – o *standard* probatório necessário. Além de o *caput* do art. 28-A utilizar a expressão “não sendo caso de arquivamento”, o requisito da suficiência e da necessidade para a reprovação e prevenção do crime demanda a obtenção de elementos de prova idôneos para propiciar uma análise ampla e segura do crime e de suas circunstâncias, tanto pelo Ministério Público como pelo acusado. Tal análise seria obstada pela ausência de material probatório suficiente.

Embora excepcional, esse momento pode ser a audiência de custódia realizada após a prisão em flagrante, desde que, havendo concordância inequívoca do acusado e de seu defensor, não se vislumbre a necessidade de colheita de nenhuma prova adicional. Dito de outro modo, é requisito inescapável da celebração do acordo no momento da audiência de custódia a indicação precisa, por parte do órgão acusatório, do delito em razão do qual será celebrado o negócio jurídico e de eventuais bens e direitos que configurem instrumento, produto ou proveito do crime. Essa indicação somente pode ter lugar, por razões intuitivas, na hipótese de existir conjunto suficiente de elementos probatórios.

Ainda quanto à autonomia, há outra maneira de compreendê-la: a perspectiva do órgão acusatório. Autonomia nos acordos de não persecução também diz respeito ao

⁷ Também conhecida como sobreacusação, a *overcharging* pode ser compreendida como a estratégia acusatória que consiste, em apertada síntese, na imputação de crimes mais graves ou de um maior número de crimes ao acusado, com a finalidade de ampliar os riscos do processo e, assim, aumentar incentivos para que os acusados firmem acordos penais. Como técnica para catalisar acordos penais, o termo apareceu na literatura em meados da década de 1960, a partir do artigo *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, escrito pelo professor Alschuler (1968). Para um estudo aprofundado sobre a *overcharging*, ver Graham (2013).

exercício da discricionariedade, legalmente orientada, do acusador quanto à oportunidade e conveniência de optar pela via consensual.

Como cediço, a opção pela solução acordada, ao mesmo tempo que reduz os custos do processo, evitando-o, necessariamente implica a diminuição da intensidade da consequência jurídica a ser suportada pelo criminoso. Trata-se de um trade-off cuja solução demandará a análise das circunstâncias do caso concreto, entre as quais a necessidade de punição e o ganho esperado em termos de efetividade, tanto social como para as vítimas. Defender a existência de um direito subjetivo ao acordo representa, portanto, a solução abstrata desse trade-off, subtraindo do órgão acusador o poder de atuar de forma autônoma.

Quanto ao ponto, dada a sua complexidade, são pertinentes alguns esclarecimentos.

Em lição voltada ao Direito Administrativo, mas que pode ser utilizada, Carvalho Filho (2014) observa que a discricionariedade não pressupõe imprecisão de sentido, como ocorre em relação aos conceitos jurídicos indeterminados.⁸ Ao contrário, espelha a situação jurídica diante da qual o tomador de decisões pode optar por uma entre várias condutas lícitas e possíveis. Nesse caso, é a própria lei que, ao ser criada, oferece ao tomador de decisões a oportunidade de fazer a subsunção do fato à hipótese normativa mediante processo de escolha, considerando, por óbvio, o fim a que se destina a norma.

Como a lei não tem a capacidade de traçar rigidamente todas as condutas do tomador de decisões, ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, em várias situações lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. É nessa prerrogativa de valoração, segundo o mencionado autor, que se situa o poder discricionário. Ou seja, discricionariedade é a prerrogativa concedida a alguém de eleger, entre as condutas possíveis, a mais adequada à satisfação do interesse público.

No caso dos acordos de não persecução, cabe ao órgão acusador eleger, entre as opções suficientes e necessárias disponíveis, aquela que melhor atende ao interesse público, interesse esse que pode ser traduzido em termos de repressão e prevenção do crime. O legislador atribui ao órgão de acusação, tal como fez em relação à denominada

8 Um exemplo, no CPP, de conceito jurídico indeterminado é a locução “má-fé” no art. 579. Nesse caso, a lei já estabelece as consequências que devem decorrer do fato correspondente ao pressuposto nela contido: no caso, verificada a má-fé, a parte será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

proposta de imunidade nos acordos de colaboração premiada,⁹ a possibilidade de escolher entre as opções possíveis. Possibilidade, nesse sentido, significa que a suficiência e a necessidade são requisitos necessários, mas não bastantes para a celebração do acordo.

De modo a demonstrar essa inequívoca opção político-criminal, o legislador deixou de atribuir ao magistrado o papel de controlar o conteúdo da decisão do Ministério Público, ou seja, os motivos que justificaram a recusa da acusação em oferecer o acordo de não persecução. Ressalvadas as questões relacionadas aos requisitos de validade da própria avença e à razoabilidade das condições, cabe ao órgão superior do Ministério Público apreciar a recusa em propor o acordo. Isso se explica pelo fato de ser incorreto falar-se em total preenchimento de requisitos legais. A presença de parcela das circunstâncias fáticas justificadoras depende, fundamentalmente, do juízo discricionário do Ministério Público acerca do que seja a melhor solução em termos de atendimento aos fins do sistema penal.

De fato, permitir ao juiz valorar o conteúdo da opção político-criminal feita pelo órgão acusador, quando exercida dentro dos limites impostos pela lei, é atribuir ao magistrado um papel distinto do constitucionalmente adequado.

Registre-se, porém, que o exercício da discricionariedade não é um campo ilimitado. Para bem exercer a autonomia, é necessário que o órgão acusador motive as decisões tomadas. Deve apresentar, portanto, um discurso justificativo da decisão, com as razões que fundamentam essa decisão e com base em premissas coerentes e verdadeiras (BELTRÁN, 2016). Tanto mais legítima será quanto mais bem motivada a decisão. Assim, os acusados terão condição de acessar as razões jurídicas ou de política criminal que justificaram a tomada de decisões por parte do Ministério Público. Isso permite que se evite tratamento distinto para investigados em situação semelhante;¹⁰ que os acusados tenham condições de apresentar aos órgãos superiores argumentos para a reanálise

9 Art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/2013: “as mesmas hipóteses do *caput* deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.”.

10 Pertinentes são as lições de McCormick (2006, p. 96): “O tribunal que hoje decide um caso específico entre indivíduos deveria levar em conta seu dever, pelo menos seu dever inicial, de decidir o caso em termos compatíveis com decisões anteriores sobre as mesmas questões ou questões semelhantes. No mínimo, a justiça formal exige que, exceto por fortes razões, ele não decida o caso atual de uma forma diferente da adotada em suas decisões anteriores em casos semelhantes. Ao decidir esse caso, o tribunal não terá então o dever – de igual importância – de levar em conta o precedente que estará estabelecendo para casos ainda por surgir? O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado”.

da decisão; e que as vítimas tenham acesso às razões que levaram o órgão acusador a seguir um ou outro caminho em relação ao ofensor.

Pode-se, nesse sentido, falar em direito subjetivo do acusado. Não direito à celebração do acordo, mas direito a ter sua situação adequada e devidamente avaliada e a obter do órgão acusador as respectivas justificativas.

5.2 Princípio da boa-fé

A boa-fé objetiva, compreendida como obrigações gerais de lealdade e confiança, recentemente ganhou assento seguro entre os princípios gerais do processo penal. Lealdade, como proibição de adoção de comportamentos contraditórios, e confiança, entendida como a tutela da expectativa legítima, passaram a ser exigências do devido processo legal. Mais que isso, garantem conteúdo e sentido ao direito de todo o cidadão a um processo leal.

Se na justiça conflitual o princípio da boa-fé tem aplicação mais reduzida, essa situação se inverte no modelo de justiça consensual. Em virtude da sua natureza jurídica, os acordos penais devem ser obrigatoriamente celebrados em consonância com os princípios da boa-fé e cooperação. Isso significa que da avença nascem expectativas legítimas de que as partes vão adotar comportamentos que se conformem com o conteúdo do negócio jurídico. Ainda que o acordo não proíba expressamente determinados comportamentos não desejados por uma das partes, a boa-fé objetiva funciona como uma espécie de cláusula geral da qual decorrem deveres automaticamente assumidos no momento da celebração do negócio.

De início, pode-se sustentar que, no modelo de justiça criminal consensual, o acerto e ajuste de vontades promove a substituição da relação conflituosa entre as partes por uma relação cooperativa, na qual os esforços devem convergir para um objetivo comum. Não é exagerado falar, no contexto da justiça criminal consensual, no dever geral de colaboração, que torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo (DIDIER JR, 2015). Dito de outro modo, os atores processuais, que sempre foram obrigados a guardar determinadas normas éticas de conduta, passam a ter, também, o dever de observar comportamento cooperativo no sentido de atingir o resultado ajustado.

É exatamente por conta da substituição de relação conflituosa pela cooperativa que o Ministério Público passa a ter o dever geral de informação — inclusive quanto aos riscos e às consequências da escolha pela via consensual —, e o de prestar todos os esclarecimentos necessários ao investigado e seu advogado. O acusado, de modo semelhante, guarda a obrigação geral de agir de forma leal e transparente, sendo-lhe vedado comportamentos contraditórios e ambíguos.

Além dos deveres gerais decorrentes da influência da boa-fé objetiva em relação aos acordos de não persecução, é possível citar exemplos de situações específicas que podem ser solucionadas com a atuação direta do referido princípio.

A primeira delas é a utilização, pelo Ministério Público, de eventuais elementos de prova apresentados pelo acusado nas hipóteses em que o acordo não é celebrado. Nesse caso, tal comportamento viola de modo flagrante o dever de lealdade. Independentemente da oposição do acusado, esse agir fere a legítima expectativa do réu de que a utilização das provas acarretará a ele algum benefício. Mesmo que a utilização das provas não tenha sido dolosa, a exemplo da situação em que outro órgão acusatório delas faça uso de modo inadvertido, o comportamento ofende uma regra objetiva de conduta, sendo indiferente a análise elemento subjetivo do responsável.

Situação mais complexa diz respeito à utilização da confissão nas hipóteses em que o acordo é rescindido.

Inicialmente, deve-se divisar duas situações. A primeira é a hipótese de a confissão ser apresentada independentemente das negociações para a celebração do acordo de não persecução. Como cedoço, tendo em vista seus efeitos materiais de atenuação da pena, a confissão pode ocorrer durante diversos momentos na fase pré-processual e sem que decorra de incentivos relacionados ao acordo. Nessa situação, não restam dúvidas de que pode ser livremente utilizada pelo órgão acusador, tanto para demonstrar a justa causa como para corroborar os elementos produzidos na instrução processual.

A segunda situação é a confissão apresentada como condição para a celebração do acordo de não persecução. Trata-se dos casos em que a confissão somente é realizada em razão do acordo e com o propósito de evitar a persecução criminal em juízo.

Primeiramente, é imperioso esclarecer que a exigência legal da confissão não foi sem propósito. O legislador entendeu necessário que o acusado, perante a autoridade

competente, admitisse a prática de um ato criminoso, narrando-o de forma detalhada.¹¹ Por essa razão, não é possível concordar com a posição que defende inexistir nessa confissão reconhecimento expresso de culpa pelo investigado, mas admissão implícita de culpa, de índole puramente moral (CUNHA, 2020).

De fato, a homologação do acordo não pressupõe o reconhecimento de culpa pelo Judiciário, haja vista que a natureza da decisão não é condenatória e tampouco produz os efeitos penais decorrentes. Não há imputação formal, demanda, contraditório e avaliação judicial exauriente quanto à correção da hipótese acusatória. Nada disso significa, entretanto, que não tenha havido reconhecimento expresso e formal da responsabilidade pelo investigado. Ao exigir a confissão formal, o sistema brasileiro afastou-se, por opção político-criminal,¹² tanto do modelo da *guilty plea*,¹³ que não exige narrativa detalhada para produzir efeitos, como do nolo *contendere plea*,¹⁴ acordo por meio do qual o acusado aceita a sanção sem, no entanto, assumir a culpa.

A boa-fé também se mostra útil como referencial interpretativo para a solução desse caso. Embora não disponha o CPP expressamente sobre todas as consequências decorrentes da rescisão do acordo de não persecução, sinaliza que comportamentos contraditórios e contrários ao dever de lealdade e cooperação devem ser desestimulados. Assim o faz quando prevê, no § 11 do art. 28-A, que o descumprimento do acordo pelo investigado pode ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o não oferecimento de suspensão penal do processo. Esse dispositivo pode ser lido como a aceitação legal de que um comportamento violador da boa-fé, entendida como exteriorização de comportamentos coerentes e leais, pode implicar a perda de situações jurídicas processuais.

11 As reflexões de Brandão (2015) sobre o acordo antecipado do processo ilustram com precisão a perspectiva continental da justiça consensual. De acordo com sua visão, para o acordo atingir seus objetivos, é imprescindível a confissão. Não, porém, como mera declaração de culpa, mas como elemento dirigido ao esclarecimento e à comprovação dos fatos. Por isso, devem-se considerar inidôneas as confissões meramente formais e vazias de conteúdo.

12 Não se trata de opção carente de sentido. A análise da experiência estrangeira demonstra que os sistemas de tradição romano-germânica que adotaram os acordos penais costumam exigir a confissão detalhada seja para facilitar a descoberta da verdade, seja para dotar o magistrado de condições para verificar se o negócio jurídico recaiu sobre os fatos, acordo esse que provoca aversão em tais sistemas.

13 Tendo em vista as características da *guilty plea*, Garrett (2016) pondera que, independentemente de seus méritos e de seus defeitos, o instituto não se confunde com a confissão, uma vez que, de modo geral, sequer envolve o relato do fato praticado, muito menos com detalhes. Embora faça a ressalva de que a prática não é uniforme nos Estados Unidos via de regra, o acusado apenas faz a singela declaração *I did it*, sem indicar as razões pelas quais o fez ou como praticou o delito cuja prática assumiu.

14 Em clássico artigo sobre o tema, Lenvin e Meyers (1942) observam que a característica essencial que o diferencia a nolo *contendere plea* da *guilty plea* é o fato de que, quando opta pela primeira, o acusado pode negar os fatos no âmbito da justiça cível, em eventual ação de responsabilidade civil que decorra do mesmo ato ilícito.

O recurso à aplicação analógica (art. 3º do CPP) permite valer-se de determinados dispositivos legais que disciplinam os acordos de colaboração premiada, todos no sentido de ampliar a submissão do comportamento dos atores processuais ao filtro da boa-fé objetiva. É nesse sentido o § 6º do art. 3º-B da Lei nº 12.850/2013, que proíbe a utilização pelo órgão persecutório das informações e provas apresentadas pelo colaborador que esteja de boa-fé.¹⁵ Desse dispositivo depreende-se que o colaborador, agindo de má-fé, não encontra a mesma proteção.

Também podem ser mencionados os §§ 17º e 18º do art. 4º da mesma lei, que permitem, respectivamente, a rescisão do acordo de colaboração nos casos de omissão dolosa sobre os fatos e na hipótese de o colaborador não cessar o envolvimento em conduta ilícita.

Em suma, o que se extrai desses dispositivos é que o modelo consensual, além de orientar-se pela boa-fé, considera relevante avaliar as justificativas que deram causa à rescisão do negócio jurídico.

Nesse sentido, é viável defender que a confissão apresentada como condição para o acordo de não persecução pode ser utilizada pelo órgão acusatório quando for possível atribuir ao acusado a responsabilidade pela rescisão do negócio jurídico. Entender contrariamente, nesse caso, seria o mesmo que anuir que o acusado pode ser beneficiado por uma situação que deu causa.

Além disso, permitir que a confissão seja inutilizada em razão da rescisão do acordo significa aumentar os incentivos para que acusados atuem de forma a postergar o processo, criando espaço para o uso abusivo de situações jurídicas processuais. Para tanto, bastaria ao acusado deixar de cumprir deliberadamente as condições às quais se obrigou, de modo a postergar o processo e a propositura da ação até o momento que entender mais oportuno. De qualquer forma, possível atitude dolosa do acusado mostra-se irrelevante: o comportamento contraditório violador da boa-fé é analisado objetivamente, independentemente de boas ou más intenções. O princípio da boa-fé é norma que impõe condutas em conformidade com padrões objetivamente considerados.

Nada impede, contudo, que a utilização da confissão seja objeto de negociação. Havendo concordância do acusado e do Ministério Público quanto à exclusão da confissão, não há óbice a que esse ponto seja convencionado no negócio jurídico em troca de

15 § 6º do art. 3º-B da Lei nº 12850/2013: "Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade" (grifo nosso).

algum benefício material ou processual. Nessa situação, diante da criação da legítima expectativa de que a confissão não será utilizada em eventual processo futuro, seria violador da boa-fé o comportamento do órgão de acusação que utilizasse a prova, independentemente da sua relevância para a descoberta da verdade.

De um modo ou de outro, é importante que as partes disponham expressamente no negócio jurídico sobre a utilização da confissão, seja para permitir seu uso, seja para impedi-lo. O que se quer rechaçar é a interpretação de que a legislação proíbe a utilização da confissão em qualquer situação.

Por fim, não merece prosperar o argumento de que a confissão não pode ser utilizada em razão da natureza de elemento informativo colhido na investigação. Primeiro, independentemente de ser produzida sob o crivo do contraditório, a confissão pode ser utilizada para justificar a admissibilidade da acusação. Segundo, a regra de admissibilidade e valoração expressa no art. 155 do CPP permite que os elementos de informação sejam utilizados para fundamentar uma decisão judicial, desde que não de modo exclusivo. Em outros termos, entende-se que o legislador estabeleceu a insuficiência probatória do inquérito para, isoladamente, justificar uma condenação criminal, o que, entretanto, não impede sua valoração (BADARÓ, 2017). Terceiro, os autos da investigação não podem ser confundidos com os “autos de competência do juiz das garantias” para fins de aplicação do § 3º do art. 3º-C do CPP. Quanto a esse ponto, o parágrafo único do art. 10-D da Lei nº 12.850/2013 permite expressamente que o inquérito policial (que não é de competência do juiz das garantias) seja apensado ao processo judicial com as provas irrepetíveis autorizadas pelo juiz das garantias.¹⁶ Não há razão para tratar diferentemente os autos investigatórios do Ministério Público.

6 CONCLUSÃO

O sistema processual penal é diuturnamente desafiado a resolver o difícil problema de equacionar os interesses de efetividade processual da tutela penal e a necessidade de garantir os direitos fundamentais individuais. Se no modelo conflitual de justiça penal, que vem sendo objeto de reflexões há séculos, essa empreitada é complexa e custosa, muito maiores são os desafios no novo modelo consensual de jurisdição penal.

16 Parágrafo único do art. 10-D da Lei nº 12.850/2013: “Os atos eletrônicos registrados citados no *caput* deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade dos envolvidos.”.

Nesse contexto, o conteúdo mínimo da cláusula do devido processo consensual, na forma de princípios estruturantes, tem aptidão para influenciar o desenho normativo dos acordos de não persecução e servir como norte interpretativo para a solução de problemas concretos, tudo com o objetivo de equilibrar os dois principais objetivos da justiça penal.

De fato, não se trata de questão de simples equacionamento. Todavia, pode-se concluir que a justiça consensual enfrenta problemas para cuja solução é imprescindível a construção de um modelo coerente, íntegro e previsível, de modo a propiciar segurança jurídica e igualdade. Ainda que não seja a solução perfeita, a proposta de releitura da cláusula do devido processo legal caminha nesse sentido.

Referências

- ALSCHULER, A. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. **University of Chicago Law Review**, v. 36, n. 1, 1968. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol36/iss1/3/>. Acesso em: 11 jan. 2020.
- ÁVILA, H. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo: RePro**, v. 33, n. 163, p. 50-59, 2008.
- BADARÓ, G. H. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BELTRÁN, J. F. **Motivación y Racionalidade de la Prueba**. Lima: Editora Grijley, 2016.
- BRANDÃO, N. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. **Julgar**, Coimbra, v. 25, 2015. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/01/JULGAR-25-09-NB-Acordos-senten%C3%A7a-penal.pdf>. Acesso em: 2 maio 2018.
- CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.
- CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CUNHA, R. S. **Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019**: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- CUNHA, V. S. **Acordos de Admissão de Culpa no Processo Penal**: devido processo, efetividade e garantias. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- DIAS, J. L. F. Devido Processo Legal Consensual nos Juizados Especiais Criminais. **Revista dos Juizados Especiais**, v. 3, n. 7, p. 25-32, 1999. Disponível em: <https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/handle/tjdf/35236>. Acesso em: 12 out. 2018.
- DIDIER JR., F. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. v. 1.
- _____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, A. P.; NOGUEIRA, P. H. **Negócios Processuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. v. 1.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – EU. **Caso Natsvlishvili e Togonidze vs Georgia**. 2014. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/03/NATSVLISHVILI-e-TOGONIDZE-vs-GEORGIA-2014.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

FERNANDES, A. S. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, F. **O Processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

GARRETT, B. L. Why Plea Bargains are Not Confessions. **William & Mary Law Review**, v. 56, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2533985. Acesso em: 11 mar. 2020.

GIACOMOLLI, N. J. **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GORDILHO, H. J. D. S. Justiça penal consensual e as garantias constitucionais no sistema criminal do Brasil e dos EUA. **Revista Nomos**, v. 29, n. 1, p. 55-71, 2009. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/6431>. Acesso em: 12 out. 2018.

GRAHAM, K. Overcharging. **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 11, n. 1, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2227193. Acesso em: 11 mar. 2020.

LEITE, R. V. **Justiça Consensual e Efetividade do Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LENVIN, N. B.; MEYERS, E. S. Nolo contendere: its natures and implications. **The Yale Law Journal**, v. 51, n. 8, p. 1255-1268, 1942. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol51/iss8/3/>. Acesso em: 11 mar. 2020.

LIMA, E. V. D. **O Devido Processo legal Coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

MACCORMICK, N. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SICA, L. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão de crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, D. M. D. O devido processo legal consensual e a execução das penas restritivas de direitos. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 12., 1998, Fortaleza. **Livro de Teses**. Fortaleza: Associação do Ministério Público do Estado do Ceará, 1998. Tomo I.

THAMAN, S. C. Plea-bargaining, negotiating confessions and consensual resolution of criminal cases. **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 11, n. 3, 2007. Disponível em: <http://www.ejcl.org/113/article113-34.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018.

TORRÃO, F. **A relevância político-criminal da suspensão provisória do processo**. Coimbra: Almedina, 2000.

14 A NOVA DISCIPLINA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: IMPLICAÇÕES PRÁTICAS PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO

Lucas César Costa Ferreira¹

Resumo: Este trabalho científico, de viés eminentemente prático e operacional, tem por escopo analisar as modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime) no âmbito da inédita disciplina do instituto do acordo de não persecução penal. O ensaio volta-se a tratar de embaraços e entraves que passarão a permear o labor diário do membro do Ministério Público, titular da ação penal. Formulam-se, assim, possíveis soluções e encaminhamentos com vistas ao aperfeiçoamento técnico e operacional do membro do Ministério Público em face da nova realidade da persecução criminal agora instalada.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Ministério Público.

Abstract: *This scientific work, with an eminently practical and operational bias, aims to analyze the changes brought by Law No.13.964 / 2019 (Anticrime Law) within the scope of the unprecedented discipline of the institute of the non-criminal prosecution agreement. The rehearsal deals with embarrassments and obstacles that will permeate the daily work of the member of the state prosecution, holder of the criminal lawsuit. Thus, possible solutions and referrals are formulated in order to the technical and operational improvement of the member of the state prosecution in the face of the new reality of criminal prosecution now installed.*

Keywords: *Non-Criminal Persecution Agreement. State prosecution.*

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por escopo analisar, em breve reflexão, a repercussão das modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 (comumente denominada Lei Anticrime) para o trabalho do membro do Ministério Público, precisamente na inédita disciplina legal do instituto do acordo de não persecução penal.

O ensaio não tem por objetivo precípua trazer viés crítico ou contestar eventuais opções legislativas, mas analisar as modificações sob o enfoque institucional e opera-

¹ Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás e promotor de Justiça em Goiás.

cional, a fim de viabilizar a adequação do labor ministerial em um período tão curto de *vacatio legis*.

De fato, as inovações legislativas sugerem a formação de entraves burocráticos e administrativos ao Ministério Público, o que agrega um desafio que transcende o aperfeiçoamento técnico-operacional.

2 REQUISITOS AUTORIZADORES E CIRCUNSTÂNCIAS IMPEDITIVAS

Conquanto já gozasse de disciplina na Resolução nº 181/2017 (alterada pela Resolução nº 183/2018), do Conselho Nacional do Ministério Público, o acordo de não persecução penal (ANPP) sofreu intensa modificação em seus limites e, principalmente, em seu processamento. A inovação estabelecida no novo art. 28-A ensejou maior repercussão sobre o exercício das funções do Ministério Público enquanto titular da ação penal.

Antes tomado como um mero instrumento de política criminal de cunho facultativo e de questionável constitucionalidade, o acordo de não persecução penal, quando necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, poderá, preenchidos os demais requisitos, ser proposto pelo membro oficiante. Cuida-se de poder-dever do Ministério Público.

Em caso de denúncia, caberá ao órgão ministerial justificar expressamente o não oferecimento do ANPP, o que poderá ser, após provocação do investigado, passível de controle submetido a instância superior do Ministério Público (§ 14).

Desse modo, o membro do Ministério Público, ao se deparar com os autos de um inquérito policial, a par de verificar a existência de indícios de autoria e materialidade, deverá ainda analisar o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do ANPP, que podem ser assim sintetizados:

- **não ser o caso de arquivamento** – como já referido, é imprescindível a identificação de indícios de autoria e de materialidade;

- **o investigado ter confessado formal e circunstancialmente a infração penal** – no caso, deve-se analisar o inquérito policial para eventual identificação da confissão;²

- **prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos** – para a aferição da pena mínima, faz-se forçosa a ponderação das causas de aumento e diminuição aplicáveis; e

- **suficiência e necessidade para reprovar e prevenir o crime.**

Além disso, a disciplina legal impõe diversas circunstâncias impeditivas à celebração do ANPP, que também devem ser devidamente sopesadas, senão vejamos:

- **cabimento de transação penal** (art. 76, da Lei nº 9.099/1995);

- **investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas** – essa circunstância impeditiva compreende inovação à disciplina proposta pelo Conselho Nacional do Ministério Público;

- **ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo** – com a novel disciplina legal, é inegável reconhecer que o instituto da suspensão condicional do processo tem a sua aplicabilidade praticamente esvaziada, de modo a possivelmente alcançar desuso;

- **crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor** – em relação à regulamentação proposta pelo CNMP, essa circunstância impeditiva trouxe inédito cenário. A uma, o delito praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, ainda que alheio à incidência da Lei Maria da Pena, desautoriza a celebração de ANPP. A duas, pode-se cogitar que delitos hediondos e equiparados não impedem, em abstrato, a celebração de ANPP. A propósito, a nota de hediondez

² Entende-se, porém, que não há obstáculo à celebração do ANPP quando, embora inexistente a confissão durante a investigação policial, o órgão ministerial, como medida de política criminal, notifique o investigado, sempre acompanhado por defensor, para ser ouvido no Ministério Público e, eventualmente e após orientação acerca do alcance do ANPP, confessar circunstanciadamente os fatos. No entanto, nessa hipótese, será imprescindível a observância das cautelas estabelecidas na Resolução nº 181/2017, alterada pela Resolução nº 183/2018, do Conselho Nacional do Ministério Público (§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor).

atribuída pela novel legislação ao crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido (art. 16 da Lei nº 10.826/2003) não inviabiliza a celebração de ANPP com o investigado, assim como o delito de tráfico ilícito de entorpecentes minorado³ (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006).

Preenchidos os requisitos autorizadores e vencidas as circunstâncias impeditivas, caberá ao membro do Ministério Público avaliar, em sua proposta, as condições que sejam necessárias e suficientes para reprovação e prevenção do crime praticado pelo investigado.

3 CONDIÇÕES DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Entre as condições que podem ser ajustadas cumulativa e alternativamente, o membro do Ministério Público poderá recorrer às seguintes:

- **reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo** — no ponto, a autoridade policial deverá sempre procurar, ao longo da investigação, precisar e dimensionar o dano experimentado pela vítima. De todo modo, é salutar que o membro do Ministério Público notifique não só o investigado, mas também a vítima quando da celebração do ANPP. A presença da vítima permitirá a formação ótima das condições para a reparação/restituição (como, eventual parcelamento);

- **renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;**

- **prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução** — diferentemente da disciplina apresentada pelo CNMP, a indicação do local a serem prestados os serviços deve ser feita pelo juiz da execução. De toda forma, nada impede que o Ministério Público, antes da celebração de acordos de não persecução penal, oficie o juízo da execução, requerendo a indicação de locais para a prestação de serviços à comunidade;

³ Computada a minorante (de 1/6 a 2/3), deve-se recorrer ao patamar mínimo de diminuição, que informará a efetiva pena mínima, que, no caso, é inferior a quatro anos de reclusão. Além disso, vale relembrar que o Supremo Tribunal Federal já afastou a nota de hediondez ao delito de tráfico minorado (HC nº 118.533), o que reforça a aplicabilidade em tese do ANPP.

▪ **pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito** — também de forma inovadora, a entidade beneficiária deve ser indicada pelo juiz da execução e, preferencialmente, deve ter a função de proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes ao lesado pelo delito. No âmbito da Resolução nº 181/2017 (alterada pela Resolução nº 183/2018), muito se criticou a inexistência de parâmetros e referências para a formulação das propostas de prestação pecuniária. Com a novel disciplina legal, impõe-se a observância do art. 45, do Código Penal, de maneira que a importância proposta não poderá ser inferior a um salário mínimo ou superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.⁴ Além disso, deve-se ponderar que a estipulação de obrigação pecuniária poderá comportar destinação do valor recolhido a título de fiança à entidade indicada pelo juízo da execução penal;

▪ **atendimento, por prazo determinado, a outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada** — nesse espaço, a novel legislação conferiu ao membro do Ministério Público o poder de eleição de outras medidas que sejam suficientes e necessárias para reprovar e prevenir o delito praticado pelo investigado, desde que proporcionais e compatíveis. Nesse aspecto, de forma exemplificativa, poderá o membro ministerial determinar a doação de bens *in natura* ou o comparecimento do investigado a um tratamento de saúde específico, bem como se valer de instrumentos e práticas de cunho restaurativo.⁵

No ponto, deve-se ressaltar que a validade do ajuste no âmbito jurídico exige homologação judicial. Essa providência já havia sido adotada pela reforma imposta pela Resolução nº 183/2018, do Conselho Nacional do Ministério Público.

A referida exigência implica que o acordo só produzirá efeitos a partir do momento em que o investigado for intimado da homologação judicial. Desse modo, eventuais

4 Conforme iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “nos termos do § 1º do artigo 45 do Código Penal, a finalidade da prestação pecuniária é reparar o dano causado pela infração penal, motivo pelo qual não precisa guardar correspondência ou ser proporcional à pena privativa de liberdade irrogada ao acusado” (AgRg no REsp 1707982/MG. 5. Turma. Relator Jorge Mussi, 19 abr. 2018. Diário de Justiça Eletrônico, 27 de abril de 2018), mas, de outra parte, deve “levar em consideração as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, bem como a situação econômica do paciente” (HC 352.666/MS. 6. Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Diário de Justiça Eletrônico, 1 set. 2016). Desse modo, na obtemperação da proposta de prestação pecuniária, competirá ao membro do Ministério Público atender aos limites impostos pelo art. 45, § 1º, do CP, bem como à condição financeira do investigado e às diretrizes do art. 59, também do Código Penal.

5 Em seu quadro atual, a justiça restaurativa tem o seu protagonismo desenvolvido quase que exclusivamente em espaço judicial, embora haja experiências em outros espaços, principalmente em escolas e instituições de ensino. Nesse sentido, o acordo de não persecução penal (ANPP) abre uma nova porta para a difícil entrada e o aperfeiçoamento do paradigma restaurativo.

prazos e parcelamentos convencionados em cláusulas do ANPP deverão estipular como termo inicial das obrigações a data de intimação do investigado acerca da decisão de homologação do acordo de não persecução penal,⁶ sob pena de se criar embaraços na execução do ajuste e demandar a celebração de aditamentos de ajuste das obrigações.

4 A NOVA CAUSA IMPEDITIVA DA PRESCRIÇÃO

O novo inciso IV do art. 116 do Código Penal cria nova causa impeditiva da prescrição da pretensão punitiva enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

É consabido, ademais, que a prescrição da pretensão punitiva inicia o seu curso nas condições previstas no art. 111, do Código Penal, de maneira que, em regra, a prescrição já estará em curso quando houver a celebração do acordo de não persecução penal. Assim, emerge questionamento quanto ao termo inicial da suspensão do curso do lapso prescricional em caso de celebração de acordo de não persecução penal.

No particular, tem-se que a mera celebração do ANPP não constitui causa suficiente para a suspensão do curso prescricional, mas sim a sua homologação judicial. É dizer, alcançada a homologação, que o lapso prescricional da pretensão punitiva permanecerá suspenso até o seu cumprimento ou rescisão.

5 QUESTÕES PROCEDIMENTAIS

5.1 Imprescindibilidade do defensor

Por tratar-se de procedimento, o acordo de não persecução penal (ANPP) deve ser formalizado por escrito pelo membro do Ministério Público, investigado e defensor.

⁶ O membro do Ministério Público, quando da celebração do ANPP, deve a todo momento alertar e advertir o investigado a respeito da necessidade de homologação judicial do acordo e de sua possível reformulação ou recusa, sob pena de criar frustrada expectativa ou mesmo suscitar indevido cumprimento antecipado das obrigações.

O defensor é figura imprescindível para a celebração do ajuste, sob pena de sua absoluta nulidade. A participação do advogado não deve ser meramente protocolar ou passiva, devendo o causídico intervir e defender os interesses do investigado com o objetivo de alcançar ajuste que seja suficiente para reprimir e prevenir o crime praticado, mas nada além disso. Em sendo o caso, a inadequação, a insuficiência e a abusividade de condições propostas pelo membro do Ministério Público deverão ser contestadas de modo a serem reformuladas.

Nessa perspectiva, emerge uma dificuldade prática para a celebração dos acordos pelo membro do Ministério Público: regularmente o investigado é hipossuficiente e não goza de condições financeiras para constituir advogado. Tal condição se agrava quando se pondera o escasso e raro atendimento da Defensoria Pública Estadual em espaços alheios aos palcos judiciais, sobretudo quando analisada a situação verificada em Comarcas do interior.

Assim sendo, para a implementação e viabilidade fática dos acordos, será imprescindível a mobilização da Ordem dos Advogados do Brasil. Tal passo é necessário para o bom êxito da implementação do roteiro traçado no novo art. 28-A, do Código de Processo Penal. A ausência de assistência técnica por advogado não pode ser admitida como justificativa para a não celebração do acordo de não persecução penal, o que poderá inaugurar uma crise durante a fase investigativa.

Nesse cenário, é possível conjecturar e avaliar possíveis soluções. Contudo, qualquer solução que pretenda ser exitosa deverá contar com intensa e necessária participação dos atores profissionais envolvidos no acordo, a saber, o Ministério Público, o defensor e o juiz, que atua em fase ulterior de homologação.

Uma primeira possibilidade se refere à fixação de honorários a advogados dativos por ocasião da realização de audiência de homologação (art. 28-A, § 4º), que contemplem a atuação não apenas no ato judicial em si, mas também na fase de celebração do ajuste. Isso porque, na maioria dos Estados em que inexistente Defensoria Pública que atenda de forma ampla e exaustiva, compete ao juiz fixar honorários a advogados dativos, atribuição que não é extensível ao órgão do Ministério Público.⁷

⁷ No estado de Goiás, o poder e os limites de arbitrar honorários deferidos ao juiz de direito estão previstos na Lei Estadual nº 9.785, de 7 de outubro de 1985. A propósito, o art. 4º, § 1º, da referida legislação, dispõe ser "condição essencial para a percepção da remuneração estabelecida o acompanhamento do processo, com dedicação e interesse, em todas as suas fases, até o trânsito em julgado da sentença".

Uma outra possibilidade diz respeito ao ajuste de honorários advocatícios no seio do acordo de não persecução penal. Em havendo deliberação e convênio com a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, é possível que seja ajustado valor mínimo para ser estabelecido como cláusula no ANPP, sobretudo quando identificada a capacidade financeira, ainda que mínima, do investigado. Para tanto, vale salientar, é imprescindível a celebração prévia de convênio com a OAB local, que deverá ter a incumbência de indicar lista de advogados inscritos para a celebração de ANPP.

5.2 Audiência de homologação

Como já referido anteriormente, a realização de audiência de homologação do acordo de não persecução penal tem por objetivo tão somente atribuir ao juiz das garantias o encargo de aferir a voluntariedade do investigado em aderir ao acordo. Nesse desiderato, é importante que o defensor presente na audiência de homologação seja o mesmo que tenha atuado por ocasião da celebração do acordo.

Outro ponto parece ser mais polêmico: a lei não é clara em dizer a respeito da participação do membro do Ministério Público na audiência de homologação. Na Resolução nº 181/2017 (alterada pela Resolução nº 183/2018), não havia a previsão de audiência de homologação, mas era exigida a gravação da confissão firmada pelo investigado para viabilizar o mencionado exame da voluntariedade do investigado.

No tocante à audiência de homologação, a lei define expressamente o seu escopo, a saber, a aferição da voluntariedade do investigado. Desse modo, torna-se forçoso reconhecer que a presença do Ministério Público em audiência de homologação se revela absolutamente despendiosa. Mais que isso: se o legislador optou por estabelecer uma nova fase – audiência de homologação – com o propósito de aferir a voluntariedade do investigado, a participação do membro do Ministério Público não é mesmo recomendada, já que o legislador pareceu querer evitar eventuais pressões ou intervenções exercidas pela autoridade celebrante. Vale salientar, mais uma vez, que, mesmo em sede de celebração do ANPP no Ministério Público, a intervenção de advogado é imprescindível.

5.3 Homologação e recusa judicial

Para a homologação do ANPP, o juiz das garantias, portanto, deverá se atentar a três aspectos:

- voluntariedade do investigado;
- presença dos requisitos autorizadores e ausência de circunstâncias impeditivas; e
- adequação, suficiência e não abusividade das cláusulas do ANPP.

Em relação aos dois primeiros aspectos referidos, a avaliação negativa acarretará necessariamente a não homologação do ajuste. De outra parte, o terceiro aspecto poderá viabilizar a reformulação do acordo pelo Ministério Público, quando será imprescindível a manifestação favorável do investigado e de seu defensor (§ 5º). A possibilidade de reformulação, porém, não obriga o órgão ministerial, que poderá recusar a reformulação, e, considerando a manifestação favorável do investigado e de seu defensor, remeter os autos ao órgão superior (inteligência do § 14).

De toda sorte, a decisão judicial de não homologação do ANPP desafiará recurso em sentido estrito (art. 581, XXV, do CPP). A propósito, o art. 584, do CPP estabelece as hipóteses em que o recurso em sentido estrito é dotado de efeito suspensivo. Ocorre que tal dispositivo não foi alterado pela nova legislação, de modo que a nova hipótese recursal não encerra suspensão do inquérito policial e, em caso de recusa de homologação, o Ministério Público deverá apresentar denúncia ou requisitar novas diligências complementares (art. 16 do CPP).

Ulterior homologação do ANPP por acórdão do tribunal recursal ensejará o trancamento da ação penal, na fase em que se encontrar, ou mesmo a suspensão da continuidade das investigações. Em qualquer caso, quando houver a rescisão do ANPP, a persecução criminal será retomada da fase em que foi trancada, sem prejuízo de atos anteriormente praticados.

5.4 Execução

Uma vez homologado o ANPP, o juiz das garantias deverá intimar a vítima (§ 9º) e remeter os autos do inquérito policial ao Ministério Público para que inicie a sua execução perante o juízo da execução penal (§ 6º). No ponto, sobrevêm inúmeras questões procedimentais de alta complexidade.

Sob o viés procedimental, o primeiro questionamento diz respeito à execução em si. Com a implementação do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), resta ponderar que a execução deverá ser intentada em autos próprios que deverão tramitar no referido sistema, mediante instrução com peças essenciais⁸ e que sejam suficientes para o acompanhamento do cumprimento do ajuste. Desse modo, afigura-se desnecessária a instauração pelo Ministério Público de procedimento administrativo de acompanhamento de cumprimento do ANPP, porquanto o legislador optou por judicializar o acompanhamento e a fiscalização do ANPP.

Outra complexidade refere-se à situação e à destinação dos autos do inquérito policial, que em grande parte do sistema judiciário brasileiro ainda integram autos físicos. De fato, comportando a execução penal autos eletrônicos próprios, os autos do inquérito policial deverão permanecer suspensos e arquivados no Ministério Público. Tal perspectiva se alia à nova conjuntura traçada pela novel disciplina do art. 28, do Código de Processo Penal, que atribui a homologação do arquivamento do inquérito policial não ao Poder Judiciário, mas à instância superior de revisão do Ministério Público.

Assim, uma vez cumprido o ANPP, o membro do Ministério Público, ciente da decisão de extinção de punibilidade decretada nos autos de execução do ANPP (§ 13), deverá juntar cópia do ato judicial no inquérito policial, promovendo o seu arquivamento e consequente encaminhamento à instância superior de revisão ministerial (art. 28, *caput*, do CPP). Durante o prazo de execução do ANPP, portanto, caberá ao Ministério Público providenciar mecanismo de suspensão de tramitação do feito, bem como disponibilizar estrutura de arquivamento, ainda que provisório, dos autos do inquérito policial.

Essa parece ter sido a opção legislativa. De modo semelhante, o art. 86, da Lei dos Juizados Especiais, conferiu a mesma solução, ao atribuir ao juízo da execução penal a competência para executar as penas restritivas de direito ajustadas.

⁸ A título exemplificativo, a ação de execução de ANPP deve ser instruída com o documento que ateste a intimação do investigado, que, como se viu, regularmente atestará o marco inicial deflagrador dos prazos referentes às obrigações assumidas pelo investigado na celebração do ANPP.

Contudo, é cediço que, na prática forense, as penas restritivas de direito ajustadas em razão da transação penal são executadas e cumpridas perante o Juizado Especial Criminal.⁹ Isso porque, considerado o volume e a pluralidade de termos circunstanciados de ocorrência em trâmite nos JECrims, a remessa das execuções penais das penas restritivas de direito ajustadas encerraria tumulto à prática forense. No caso do ANPP, porém, a competência do juízo da execução parece ser evidente e de difícil superação.

Por fim, sem a pretensão de esgotar a matéria, tem-se que, em Comarcas de médio e grande porte, é natural que as atribuições criminais e de execução penal sejam encarregadas a membros distintos. Assim, se a execução do ANPP for de competência do juiz da execução, caberá ao membro celebrante do ANPP, após a ciência da sua homologação, determinar a suspensão do inquérito policial. Em seguida, providenciará a remessa de cópia do ANPP e de sua homologação, acompanhadas de peças essenciais, ao membro que detenha atribuição em matéria de execução penal para o ajuizamento da correspondente execução do ANPP.

Com o cumprimento da execução, o membro oficiante deverá comunicar a extinção de punibilidade ao membro celebrante do ANPP a fim de que este promova o arquivamento dos autos do inquérito policial em instância de revisão ministerial. De outro lado, em caso de descumprimento e rescisão, deverá comunicá-lo para a tomada das providências cabíveis.

5.5 Descumprimento

Descumprida qualquer condição do acordo de não persecução penal, o membro do Ministério Público deverá requerer, nos autos da execução, a rescisão do ANPP. Em havendo procedência nas alegações ministeriais, o juiz da execução deverá determinar a rescisão do ANPP, com a intimação da vítima do descumprimento do ajuste (§ 9º) e, por fim, extinção do processo executivo. Dessa decisão, poderá a defesa interpor agravo em execução (art. 197, da Lei nº 7.210/1984), sem efeito suspensivo.

Após a ciência da decisão de rescisão, o membro do Ministério Público deverá providenciar a revogação da suspensão dos autos do inquérito policial, com o consequente

⁹ Enunciado nº 87, do Fonaje (Substitui o Enunciado 15) – O Juizado Especial Criminal é competente para a execução das penas ou de medidas aplicadas em transação penal, salvo quando houver central ou vara de penas e medidas alternativas com competência específica (XXI Encontro – Vitória/ES).

oferecimento de denúncia (§ 10), quando poderá deixar de oferecer o benefício de suspensão condicional do processo¹⁰ em razão do descumprimento do ANPP (§ 11).

5.6 Ações penais em curso e sentença desclassificatória

Outra questão que certamente trará controvérsia se refere à aplicabilidade do acordo de não persecução penal a ações penais em curso, ou mesmo a casos em que, proferida sentença desclassificatória, o ANPP se torne viável.

No cenário até então estabelecido, alguns membros do Ministério Público celebraram acordos mesmo em hipóteses já judicializadas (acordo de não continuidade ou acordo de não prosseguibilidade). Tal via, porém, não comportava previsão nem mesmo na regulamentação proposta pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Ainda no projeto da Lei Anticrime, o art. 395-A,¹¹ do Código de Processo Penal, institucionalizava e conferia nova roupagem ao acordo de não continuidade da ação penal, mas foi rejeitado pelo Congresso Nacional.

Quanto à possibilidade de celebração do ANPP no curso da ação penal, a novel legislação é omissa. No entanto, vale ponderar que uma leitura da competência do juiz das garantias estabelecida no art. 3-B, XVII,¹² do Código de Processo Penal, permite admitir, *a contrario sensu*, a formalização de acordos de não persecução penal em fases ulteriores à investigação, quando a competência será do juiz da instrução.

No ponto, torna-se imprescindível discutir acerca da natureza do acordo de não persecução penal. Como política criminal levada a efeito por força de ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público, o ANPP era tomado como faculdade, e não como

¹⁰ Essa solução legal tem inspiração na Resolução nº 181/2017, alterada pela Resolução nº 183/2018.

¹¹ Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

¹² Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...] XVII – decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação.

um direito público subjetivo do investigado,¹³ de modo que o seu não oferecimento não seria passível de controle.

Com a nova conformação legal, o ANPP não deve ser tomado como direito público subjetivo do investigado/acusado, mas como poder-dever do Ministério Público. A propósito, é cediço que semelhante celeuma chegou a ser instalada no que se refere à natureza do benefício da suspensão condicional do processo, quando se definiu, com base na titularidade exclusiva da ação penal, a qualidade de poder-dever¹⁴ do Ministério Público (tese já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça).

O mesmo entendimento deve ser estendido ao acordo de não persecução penal, que deve ser compreendido como poder-dever do Ministério Público, a quem cabe analisar, fundamentadamente e com exclusividade, a possibilidade de aplicação do referido instituto.

Assim sendo, com o advento da novel legislação, as hipóteses já em curso admitirão a aplicação do acordo de não persecução penal, porquanto norma mais benéfica (favor rei). De fato, em havendo viabilidade técnica, competirá ao Ministério Público avaliar a aptidão e suficiência do ANPP para reprovação e prevenção do crime.

Do mesmo modo, seguindo a inteligência da Súmula nº 337, do Superior Tribunal de Justiça, deve-se admitir o alcance do ANPP às hipóteses de desclassificação ou de procedência parcial da pretensão punitiva. Contudo, a oportunidade de oferecimento ulterior da benesse estará sujeita a requerimento da defesa. Com efeito, à luz do princípio da legalidade, não caberá ao juiz provocar a intervenção do Ministério Público com vistas à propositura do acordo, na medida em que o juiz não pode, por si, formular proposta de ANPP, instigar o MP a formular ou reformular proposição¹⁵ (§§ 5º e 14).

Nesse mesmo sentido, eventual recusa do órgão ministerial em oferecer o acordo não é passível de controle judicial, mas poderá viabilizar requerimento defensivo de re-

13 GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões.** Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/coluna-direito-em-debate/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>. Acesso em: 10 jan. 2019.

14 “A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada” (AgRg no HC 504.074/SP. 6. Turma. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 13 ago. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, 23 ago. 2019; e RHC 99.181/GO. 5. Turma. Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, 9 abr. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, 22 abr. 2019.)

15 O juiz tão somente pode, em sendo provocado, recusar homologação à proposta ou, quando concordes o investigado e seu defensor, e verificando a inadequação, insuficiência ou abusividade de condições do ANPP, devolver os autos ao Ministério Público para reformulação, se for o caso, da proposta de acordo (§ 5º).

messagem dos autos a órgão superior, consoante preconiza o § 14 do art. 28-A. Rigorosamente, em havendo o exercício de semelhante direito durante o curso da ação penal, o Ministério Público deverá extrair cópia dos autos da ação penal, remetendo-a ao órgão de revisão, com a consequente remessa dos autos da ação penal ao Poder Judiciário, mediante solicitação de sua suspensão até o deslinde da questão nos meandros do Ministério Público.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das inúmeras questões tratadas e dos possíveis embaraços, sobretudo procedimentais, afigura-se inegável reconhecer que a Lei nº 13.964/2019 produz imenso impacto no labor ordinário do membro do Ministério Público.

Embora não seja propriamente uma novidade, porquanto já exercida como política criminal por parte dos membros do Ministério Público brasileiro, com amparo na Resolução nº 181/2017 (alterada pela Resolução nº 183/2018), o acordo de não persecução penal inaugura nova realidade no âmbito da persecução criminal, o que certamente exigirá uma mudança comportamental e institucional, com vistas a viabilizar o atendimento da proposta estabelecida em lei.

Referências

GARCIA, Emerson. **O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões.** Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/coluna-direito-em-debate/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>. Acesso em: 10 jan. 2019.

15

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Pauliane do Socorro Lisboa Abraão¹
Victoria A. dos Santos Lourinho²

Resumo: Este artigo tem por finalidade analisar a discricionariedade do Ministério Público na condução e na formalização do acordo de não persecução penal, instrumento de justiça consensual. Apesar de ter sido inicialmente previsto no âmbito do Ministério Público (Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público), tal acordo passou a ser disciplinado na legislação processual penal a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, que entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020. Baseado em pesquisa eminentemente bibliográfica, neste trabalho é examinada, em especial, a necessidade de se estabelecer diretrizes e critérios mais específicos de cabimento, observado o requisito legal de avaliação acerca da necessidade e suficiência da medida para reprovação e prevenção do crime, o que é importante para evitar desarmonia, casuísmos e insegurança jurídica na aplicação do instituto.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Discricionariedade. Ministério Público. Diretrizes. Critérios.

Abstract: *This paper aims to analyze the discretion of the Brazilian Public Prosecution Office in the conduction and formalization of the non-criminal prosecution agreement, a tool of consensual justice. Despite having been initially foreseen within the scope of the Brazilian Public Prosecution Office itself (Resolution No. 181/2017 of the Brazilian National Council of the Public Prosecution), it is now ruled by the Brazilian criminal procedural legislation as from the alterations promoted by Act No. 13.964/2019, which came into force on January 23, 2020. This paper, based upon eminently bibliographical research, examines, in depth, the necessity of establishing directives and criteria of admissibility that are more specific, observing the legal requirement of assessment concerning the necessity and sufficiency of the measure of crime prevention and deterrence, thus, important to avoid juridical disharmony, casuistry and legal uncertainty in the application of the institute.*

Keywords: *Non-criminal prosecution agreement. Discretion. Brazilian Public Prosecution Office. Guidelines. Criterion.*

1 Mestra em Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia pela Universidade Federal do Pará e assessora jurídica na Procuradoria da República no Pará.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará e estagiária na Procuradoria da República no Pará.

1 INTRODUÇÃO

Entrou em vigor no Brasil, em 23 de janeiro de 2020, a Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, que reuniu propostas e reformas apresentadas pelo ministro da Justiça Sérgio Moro, em conjunto com uma comissão de juristas coordenada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes.

Trata-se de legislação que teve como escopo, primordialmente, combater a criminalidade, em resposta a pressões sociais por um país com menos impunidade e mais rigor no controle à corrupção, aos crimes organizados e à criminalidade violenta.

Entre as medidas previstas no referido pacote, encontra-se o chamado acordo de não persecução penal, incluído no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), que pode ser conceituado como um ajuste, de natureza negocial, firmado entre o Ministério Público e o investigado, devidamente acompanhado de seu advogado ou defensor, seguido de homologação judicial, que, uma vez cumprido, ensejará a extinção da sua punibilidade.

Importante destacar que esse instrumento já havia sido previsto e disciplinado no âmbito do Ministério Público, por meio da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de 7 de agosto de 2017. Nesse regramento, o acordo era responsabilidade exclusiva do órgão ministerial, que se encarregava tanto de sua formalização como da fiscalização de seu cumprimento pelo interessado.

Com efeito, a leitura atual a respeito do papel do Ministério Público, à luz da Constituição da República de 1988, reclama da Instituição uma postura cada vez mais resolutiva, em contraposição à postura meramente demandista, o que lhe exige uma atuação estratégica no plano extrajudicial, especialmente na condição de pacificador de conflitos sociais (MESSIAS, 2019, p. 1).

Nesse contexto, surgiram os chamados institutos de justiça penal consensual, a exemplo dos previstos na Lei nº 9.099/1995: a transação penal, a suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos. É seguro, assim, afirmar que o acordo de não persecução penal possui o mesmo fundamento desses instrumentos despenalizadores, além de possuir certas similitudes com o instituto da colaboração premiada, prevista na Lei nº 12.850/2013.

Como se pode notar, trata-se de uma espécie de "saída alternativa à persecução", ou seja, uma forma de conferir agilidade e celeridade na resolução de casos menos graves, evitando a judicialização, reflexo da mentalidade atual que visa priorizar recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para a análise e o processamento de casos mais graves e que realmente exigem maior rigor na apuração.

Outrossim, é medida que favorece o investigado, mirando os efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória, reduzindo os efeitos sociais negativos da pena e desafogando o Poder Judiciário e os estabelecimentos prisionais.

Nesse cenário, assim como qualquer alteração legislativa recente, urge a devida uniformização procedimental da aplicação do instituto, a qual é questão objeto do presente trabalho.

2 INSTRUMENTOS DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

Conforme mencionado, o acordo de não persecução e os institutos despenalizadores ou modelos alternativos de solução de conflitos penais estão ligados pelo mesmo fundamento.

Os institutos despenalizadores foram criados pelo legislador na perspectiva de não só agilizar a persecução criminal, mas também de apresentar medidas mais eficazes de ressocialização quanto a infrações menos graves, definidas pela Lei nº 9.099/1995 como de menor potencial ofensivo. A partir desse diploma, as infrações em referência, conceituadas sem seu art. 61, como os delitos que a legislação penal comina a pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, ensejam a aplicação dos institutos da composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo.

A criação dessas figuras e do Juizado Especial Criminal representa uma considerável mudança na lógica que até então prevalecia em se tratando de política criminal, modulando os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública pelo Ministério Público: a partir do diploma, é feita a devida filtragem no universo de todas as infrações penais, para a persecução, nos moldes tradicionais vigentes, ser realizada apenas nos casos dignos de atenção (PRADO, 2019, p. 1546).

Nessa senda, a norma estabelece: "[...] um novo sistema de justiça pactual, não conflitiva, de intervenção mínima, tendente a estabelecer o consenso para a composição dos litígios, sempre mediante o efetivo acordo entre as partes processuais, com mediação judicial" (ARAS, 2017, p. 269). Para os delitos menos graves, a regência processual é alinhada pelos princípios do art. 2º da Lei dos Juizados Especiais: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre a conciliação e transação.

Nesse sentido, a transação penal, regida pelo art. 76 da Lei dos Juizados Especiais, possibilita que, nos crimes de menor potencial ofensivo que sejam de ação penal pública, o Ministério Público proponha ao acusado a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas.

Para tanto, o autor do fato deve preencher os requisitos do art. 76, § 2º, da referida lei, quais sejam, não ter sido condenado anteriormente à pena privativa de liberdade por sentença definitiva, não ter sido beneficiado no prazo de cinco anos por outra transação penal, e se assim indicarem, como necessária e suficiente a transação, os antecedentes, conduta social, personalidade do agente, bem como motivos e circunstâncias da conduta.

Homologado judicialmente, o autor do fato se obriga aos termos da convenção, e caso os cumpra regularmente, o *Parquet* deixa de propor ação penal (ARAS, 2017, p. 270), sendo as penas impostas pelo acordo não constantes em certidão de antecedentes criminais e não passíveis de gerarem efeitos civis, conforme o art. 76, § 6º, da Lei nº 9.099/1995.

Já na suspensão condicional do processo, também chamada de *sursis* processual, para os acusados de crimes cuja pena mínima cominada não seja superior a um ano, o Ministério Público pode oferecer, na oportunidade da denúncia, o benefício de suspensão do processo por dois a quatro anos ao acusado que não esteja sendo processado ou que não tenha sido condenado por outro crime. A previsão desse instituto está presente no art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

Nesse período da suspensão do processo, chamado de período de prova, o acusado deverá cumprir uma série de condições, tanto as obrigatórias elencadas no art. 89, § 1º e incisos da Lei nº 9.099/1995, como em outras condições que sejam adequadas ao fato e à condição pessoal do acusado, facultado ao juízo a decisão de implementar estas últimas.

É importante notar que o benefício é revogado caso, durante a suspensão, o acusado beneficiário seja acusado por outro crime ou não efetue injustificadamente a reparação do dano. Decorrido esse período de prova, tendo o autor do fato cumprido regularmente as condições, é declarada a extinção de punibilidade.

Finalmente, a legislação em pauta também prevê, em seu art. 74 e parágrafo único, como consequência da composição dos danos civis a renúncia ao direito de queixa ou representação, benefício aplicável apenas aos crimes de ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação (PRADO, 2019, p. 1545).

A Lei dos Juizados Especiais, sem dúvida, representou um marco para a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, permitindo a dispensa da persecução nas situações previstas legalmente. Esse mesmo raciocínio, agora, parece ter sido adotado pelo legislador reformista do Código de Processo Penal: a intenção é viabilizar uma espécie de conciliação entre o investigado e o Ministério Público, em que o primeiro, admitindo a prática de um crime cuja pena mínima é inferior a quatro anos, compromete-se a cumprir determinadas obrigações para se ver livre do processo criminal e de suas duras consequências.

3 A DISCIPLINA LEGAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REQUISITOS E PROCEDIMENTO

Conforme mencionado, o acordo de não persecução penal é regulado pelo art. 28-A do CPP. No *caput*, encontram-se os requisitos necessários à sua celebração. Os incisos estabelecem as obrigações ou deveres a serem impostos ao acordante, e os parágrafos descrevem informações complementares.

Os requisitos do acordo são expostos a seguir.

3.1 Não cabimento de arquivamento da apuração

Primeiramente, o acordo só pode ser proposto quando não for cabível o arquivamento da apuração. Deve-se estar diante de uma investigação que tenha sido devidamente instruída, em que os elementos probatórios já tenham sido colhidos e apontem para o

reconhecimento da materialidade e autoria delitivas. Afinal, não se pode propor o acordo a quem não tenha praticado crime algum.

3.2 Confissão detalhada e circunstanciada do fato

É necessária a confissão detalhada e circunstanciada do fato pelo investigado. O *caput* do art. 28-A do CPP é expresso em exigir que o investigado admita voluntária e circunstancialmente a prática delitiva. Deve-se tratar de uma confissão formal, ou seja, gravada em áudio e vídeo ou reduzida a termo.

Uma questão que emerge nesse aspecto diz respeito ao possível uso dessa confissão como prova durante o processo criminal, em caso de não celebração efetiva do acordo. Há quem sustente a aplicação analógica do art. 3º-B, § 6º da Lei nº 12.850/2013, que trata da colaboração premiada, em que se admite, a *contrario sensu*, a utilização da confissão feita pelo colaborador quando não tenha havido culpa do celebrante (Ministério Público) ou quando o suspeito tenha agido de má-fé.

De todo modo, é recomendável que seja consignado expressamente numa das cláusulas que, caso o acordo não venha a ser concluído, será possível a utilização da confissão manifestada pelo acordante como prova no processo a ser instaurado.

3.3 Requisitos relativos à infração penal

Em relação à infração penal objeto de acordo, esta não pode ter sido cometida com violência nem com grave ameaça.

A violência a que se refere o legislador deve ser compreendida em seu sentido mais amplo, abarcando, assim, a física, a psicológica³ e a presumida.⁴ Nesse ponto, a intenção do legislador é evidentemente não beneficiar autores de crimes violentos, submetendo-os, assim, aos rigores e às consequências danosas do processo penal.

Além da questão de violência e grave ameaça, a infração penal deve ter pena mínima inferior a quatro anos: são os chamados crimes de média gravidade.

3 Como exemplo, o crime de redução à condição análoga à de escravo, em que, em geral, a violência é de cunho moral, art. 149 do Código Penal.

4 A exemplo do estupro de vulnerável, art. 217-A do Código Penal.

Trata-se de requisito direto e objetivo, que é complementado pelo § 1º do art. 28-A da Lei nº 13.964/2019: "para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto". Dessa forma, todas as causas de aumento e de diminuição, qualificadoras e formas privilegiadas, em abstrato, são levadas em conta quando da verificação desse requisito.

Além disso, em analogia ao enunciado da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça, em caso de continuidade delitiva ou concurso material ou formal de crimes, considera-se a somatória das penas para efeito de análise da satisfação do requisito:

Súmula 243 — O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano. (BRASIL, 2019, p. 132)

Finalmente, quando se tratar de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões de condição de sexo feminino, não cabe o acordo. Como sabido, o legislador brasileiro conferiu tratamento diferenciado aos crimes cometidos contra a mulher e em ambiente familiar, colocando-os em um nível de tutela mais rígida e efetiva, que, naturalmente, inviabiliza a concessão de benefícios processuais aos agentes delitivos.

Ora, o art. 41 da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, veda a aplicação da Lei dos Juizados Especiais em caso de crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, e nessa esteira, nada mais coerente senão estender esta vedação para o acordo não persecutório.

3.4 Iniciativa do Ministério Público

A iniciativa do acordo de não persecução é do órgão acusatório. Trata-se de instrumento que coloca, de fato, o Ministério Público em posição de protagonismo.

O juiz não pode fazer a proposta. A ele se permite, no máximo, sugerir a realização do acordo, encaminhando os autos ao Ministério Público, e, em caso de recusa do membro oficiente, é aplicável a sistemática do art. 28 do CPP.

Nesse tocante, registra-se que a recusa do membro do *Parquet* em oferecer o acordo deve ser sempre fundamentada, até mesmo para facilitar eventual reanálise por parte da instância de revisão ministerial.

O acordo também deve ostentar necessidade e suficiência da medida para reprovação e prevenção do crime. Essa exigência consagra a discricionariedade do Ministério Público na condução do acordo de não persecução, afinal competirá especificamente a ele, enquanto titular da ação penal e do poder-dever de propor a medida, a análise acerca da oportunidade e conveniência de sua aplicação em cada caso.

O investigado não possuirá um direito subjetivo à celebração do ajuste, como se extrai da leitura do § 14 do art. 28-A do CPP, que revela a possibilidade de recusa do Ministério Público.

É nesse aspecto, portanto, que se insere a necessidade de estabelecimento de critérios e diretrizes para a admissão do acordo.

O órgão ministerial precisa, assim, definir situações que não recomendam o oferecimento da proposta, a exemplo da gravidade em abstrato do crime, das consequências e dos prejuízos sofridos pelo erário em caso de crime contra a Administração Pública etc.

3.5 Não cabimento da transação penal

Só poderá ser proposto o acordo de não persecução quando não for cabível a transação penal. Se o crime em análise for passível de processamento por meio do rito dos Juizados Especiais Criminais, recomenda-se a aplicação do benefício da transação penal. Apenas se este não for admissível — se se tratar de crime mais grave, portanto — lançar-se-á mão do acordo de não persecução.

O silêncio da lei quanto à preferência ao uso do instituto da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, é proposital, levando-nos a crer que o acordo deve ser oferecido com prioridade em relação à suspensão.

De fato, o *sursis* processual representa um acordo penal e pressupõe denúncia recebida, enquanto o acordo de não persecução não importa em denúncia, ou seja, evita-se o processo (MESSIAS, 2019, p. 12), daí a conclusão de que o acordo de não persecução é mais vantajoso ao investigado que a suspensão do feito, quando esta for cabível.

3.6 Circunstâncias pessoais do autor

Não é cabível o acordo em benefício de investigado reincidente ou quando houver elementos que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações pretéritas.

Verifica-se que a *ratio* da lei, mais uma vez, foi afastar o benefício dos indivíduos que cometem infrações com recorrência, ou seja, que já tenham respondido ou estejam respondendo a processo criminal. Não há necessidade de condenação penal irrecorrível, bastando um histórico de prática delitivas.

O acordo de não persecução, nesse cenário, revela-se como forma de evitar o processo criminal apenas para aqueles que realmente cometeram um crime isolado ou que cometeram crimes insignificantes, e, que, portanto, merecem um tratamento mais brando.

Também não pode ser proposto o benefício em questão quando o agente já tiver sido beneficiado em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração.

Nesse aspecto, além de vedar o oferecimento do acordo a criminosos habituais, esse requisito visa certificar mais rigor ao tratamento conferido a pessoas que já foram beneficiadas, mas que revelaram que a benesse não foi suficiente para evitar a reiteração delitiva.

3.7 Condições ou obrigações pertinentes ao investigado

Uma vez preenchidos os requisitos legais para o oferecimento do acordo de não persecução penal, passa-se à estipulação das condições ou obrigações que deverão ser cumpridas pelo investigado.

Os incisos do art. 28-A do CPP preveem deveres a serem impostos, alternativa ou cumulativamente ao acordante, como é o caso da reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; da renúncia voluntária a vantagens e/ou instrumentos do crime; da prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas; e do pagamento de prestação pecuniária. Porém, é válido ressaltar que essas obrigações são exemplificativas. Conforme o inciso V do referido dispositivo, o Ministério Público pode indicar qualquer outra condição, desde que compatível e proporcional à infração praticada.

3.8 Procedimento do acordo não persecutório

Os parágrafos do art. 28-A do CPP disciplinam os aspectos procedimentais relativos à formalização, homologação judicial e forma de cumprimento do acordo, destacando-se os pormenores elencados a seguir.

O acordo será sempre firmado por escrito pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu advogado ou defensor – a presença deste é fundamental. Deverá ser designada uma audiência para fins de homologação do ato, na qual caberá ao juiz conferir sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado, bem como sua legalidade. Ao magistrado compete também examinar a suficiência e adequação das condições impostas no acordo, ocasião em que poderá devolver os autos ao Ministério Público para eventual reformulação, lembrando que o juiz pode recusar a homologação de proposta que não seja devidamente reformulada, ou ainda que não atenda aos requisitos legais. Aplica-se, na hipótese, o previsto no art. 28 do CPP.

Uma vez homologado o acordo, que não aparecerá em eventual certidão de antecedentes, o Ministério Público providenciará seu cumprimento perante o juízo da execução. E, caso recusada, o *Parquet* será instado a analisar a necessidade de complementação das investigações ou o possível ajuizamento de denúncia.

A vítima deve ser intimada da homologação, bem como de eventual descumprimento por parte do beneficiado.

Descumprida qualquer condição estipulada, o Ministério Público deverá comunicar o juízo para fins de rescisão e posterior oferecimento de ação penal. Essa situação também pode ser utilizada para justificar o não oferecimento de suspensão condicional do processo, quando cabível.

Vale registrar, ainda, que as condições parcialmente adimplidas pelo acordante não poderão ser devolvidas a ele em caso de eventual descumprimento injustificado do acordo (MESSIAS, 2019, p. 13).

Cumpridas integralmente as condições acordadas, o juízo decretará a extinção da punibilidade do agente.

Nesse ponto, vale lembrar que, antes desta disciplina legal, a Resolução nº 181 do CNMP, pioneira no assunto, previa que a satisfação integral do acordo importava no arquivamento da investigação, e não na extinção da punibilidade, já que a ação penal não chegava a ser movida, e não se poderia falar em "pena" ainda.

4 A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A NECESSIDADE DE CRITÉRIOS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS

Os requisitos do acordo de não persecução penal, conforme visto, apontam para a colocação do Ministério Público em posição de destaque na condução, formalização e efetivação desse novo instituto.

A Resolução nº 118/2014 do CNMP já previa a Política Nacional de Incentivo à Auto-composição no âmbito do Ministério Público, cujo objetivo era difundir a cultura de pacificação, da diminuição da litigiosidade, a promoção da satisfação social e do estímulo a soluções consensuais, observada a valorização do protagonismo institucional do *Parquet*, do qual se exigia, como dito inicialmente, uma conduta mais resolutiva.

Portanto, o Ministério Público deve pensar criticamente acerca de sua missão constitucional frente à justiça criminal, selecionando inteligente e estrategicamente os casos que realmente precisam ser levados à apreciação judicial.

Essa tarefa está intimamente relacionada ao interesse de agir, enquanto condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, segunda parte, do CPP) (MESSIAS, 2019, p. 50). Nesse sentido, leciona Eugênio Pacelli (2017):

De modo geral, na teoria do processo, afirma-se que o interesse de agir encontra-se ligado à necessidade da escolha jurisdicional para a composição do conflito surgido entre quem se alega titular de um direito subjetivo, oponível a outro, e este, devedor da obrigação a ele correspondente, na clássica conceituação do direito privado, no sentido de que a um direito corresponde um dever. A via jurisdicional, para ser acionada, exigiria, então, o esgotamento prévio e anterior de todas as possibilidades possíveis de autocomposição. (PACELLI, 2017, p. 68)

Conforme exposto em tópico anterior, uma das exigências legais para a consecução do acordo de não persecução penal é justamente a análise (discricionária) a respeito da necessidade e suficiência da medida, levando em conta a reprovação e a prevenção do crime.

A partir dessa exigência, conclui-se facilmente que o benefício não constitui um direito subjetivo do agente delitivo, inclusive, por conta da previsão do § 14 do art. 28-A do CPP, traduzindo-se em verdadeiro poder-dever do Ministério Público, a quem competirá examinar o cabimento do benefício em cada caso, assemelhando-se, nesse caso, à suspensão condicional do processo.

Como já definido pela jurisprudência pátria, a suspensão condicional do processo não implica direito subjetivo do acusado, mas sim poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada. Nesse sentido, notar decisão do STJ, no Agravo Regimental em *Habeas Corpus* 74.464/PR, Relator ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2 de fevereiro de 2017.

A transação penal, a seu turno, é entendida como um direito subjetivo do acusado que preenche os requisitos legais, não dependendo de discricionariedade do membro do Ministério Público oficiante.

Portanto, não basta a satisfação de requisitos objetivos.

A despeito de terem sido previstas vedações ao oferecimento da benesse (requisitos negativos), o fato de o acordo pressupor um exame mais sensível sobre o caso em apreensão acaba abrindo espaço para casuísmos e divergência de entendimentos entre os órgãos e as promotorias criminais. A desarmonia certamente importará em insegurança jurídica, a ponto de o acordo ser possível para determinado caso distribuído a determinado procurador ou promotor, não o sendo na hipótese de distribuição a outro procurador ou promotor.

É nesse contexto que se insere a necessidade de o Ministério Público, enquanto instituição, definir diretrizes e balizamentos que orientarão os seus membros na condução e formalização do acordo.

A Resolução nº 181/2017 do CNMP, em seu art. 18, §§ 1º e 12, trazia uma série de hipóteses de vedação ao acordo não persecutório:

Art. 18.

[...]

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

[...]

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

Nota-se que algumas dessas vedações foram aproveitadas pelo legislador reformista no art. 28-A, § 2º, do CPP, porém, outras, que poderiam auxiliar no balizamento das hipóteses de cabimento do benefício, acabaram não contempladas no dispositivo, o que contribuiu para a ampliação da margem de discricionariedade do membro do Ministério Público quando da seleção dos casos que desafiam o acordo.

Nesse cenário, considera-se que tais proibições, ainda que não expressamente listadas no diploma processual penal, devem permanecer orientando a atuação do Ministério Público quando do exame a respeito do grau de reprovabilidade da situação e da necessidade da prevenção criminosa.

Desse modo, não se revelaria conveniente, por exemplo, oferecer proposta a investigado por crime praticado contra a Administração Pública, quando o dano causado ao erário supera o patamar de vinte salários mínimos – ou mesmo outro patamar que venha a ser normatizado internamente pelo Ministério Público. E mesmo quando cabível a proposta, tem-se como obrigatória a inclusão de cláusula específica que garanta a reparação integral do dano.

Não se revela oportuno, também, o oferecimento de proposta de acordo a investigados que integrem esquema criminoso ou organização criminosa, ainda que não respondam a outros processos ou inquéritos, ou seja, mesmo que não sejam criminosos habituais.

Da mesma forma, em crimes ambientais, em que a maioria dos delitos possuem penas relativamente brandas, que admitem o acordo, revela-se imperioso avaliar a extensão do dano causado, afastando-se o benefício em casos de grande repercussão socioambiental. E, caso formalizado, tem-se como obrigatória a imposição de cláusula garantidora da reparação integral do dano; além disso, é essencial que as obrigações aplicadas ao agente guardem pertinência com a causa ambiental, por exemplo, eventual prestação de serviços comunitários deve ocorrer em parques, jardins públicos e unidades de conservação, e, no caso de dano a coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível, na forma preconizada pelo art. 9º da Lei nº 9.605/1998, e a prestação pecuniária deve ser destinada a entidade de natureza ambiental, em razão do princípio da máxima coincidência possível, basilar em matéria de tutela do meio ambiente.

E, igualmente, inoportuna a oferta do benefício a praticante de crime hediondo.

Na Procuradoria da República no Estado do Pará, passou-se por situação que provocou inquietação entre os membros responsáveis por Ofícios Criminais: logo após a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, o juízo da Subseção Judiciária de Castanhal/PA passou a devolver, para análise do Ministério Público Federal, os processos em que já havia sido ajuizada denúncia por prática de crime, cuja pena mínima fosse inferior a quatro anos, a fim de que fosse avaliada a possibilidade de formalização de acordo de não persecução penal no âmbito ministerial, ou seja, extrajudicialmente.

Os procuradores, então, analisando cada caso, passaram a questionar se, além dos requisitos objetivamente positivados na lei, seria possível declinar o oferecimento da denúncia, com base no critério da necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, utilizando, assim, as demais vedações anteriormente previstas na Resolução nº 181/2017, para justificar a recusa, e, ainda, passou-se pensar numa espécie de protocolo para a implementação do acordo, com sugestão de roteiro a ser seguido no âmbito dos gabinetes.

Enfim, o fato é que, neste cenário inicial, emerge a necessidade de o Ministério Público, em âmbito Federal e Estadual ou Distrital, estabelecer critérios mais específicos de cabimento e de padrões de conduta na escolha dos casos que deverão seguir o protocolo do acordo não persecutório, a fim de complementar os requisitos já exigidos pela lei.

Pode-se afirmar que as Câmaras de Coordenação e Revisão (no âmbito do Ministério Público Federal) e a Procuradoria-Geral de Justiça (no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal) exercerão papel determinante nesta tarefa, seja firmando enunciados e orientações, seja editando normas regulamentadoras, seja simplesmente decidindo os casos concretos que lhe foram submetidos à revisão.

5 CONCLUSÃO

O acordo de não persecução penal, enquanto instrumento de justiça consensual, tem como principais finalidades a recomposição da vítima e do meio social, a redução da litigiosidade e a economia processual. A incorporação de mecanismos negociais na área criminal foi pensada para garantir uma solução capaz de demonstrar que a atuação extrajudicial é fundamental para a efetivação dos interesses da sociedade por celeridade na resolução de casos penais. Trata-se de espécie de resolução conflitiva que deve ser valorizada.

Examinando a experiência prática da Justiça Penal brasileira, verifica-se que, em crimes praticados sem violência ou grave ameaça, e punidos com pena mínima inferior a quatro anos, provavelmente a condenação que vier a ser aplicada em sentença não importará na prisão do acusado, pois na maioria das situações, será inferior a quatro anos, sendo permitida a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, na forma dos arts. 43 a 48 do Código Penal, que, ao fim e ao cabo, consistem nas mesmas condições livremente assumidas pelo agente em possível acordo de não persecução.

Desse modo, por questão de racionalidade, economia e celeridade, torna-se muito mais razoável a oferta dessas condições num momento inicial, antes mesmo da provocação do Poder Judiciário por meio da denúncia.

No entanto, a propositura do acordo de não persecução deve ser fortemente balizada por requisitos que garantam a justa aplicação do instituto. O Ministério Público, enquanto protagonista da consecução do acordo, precisa ir além dos requisitos positivos e negativos lançados pelo legislador reformista, para, assim, definir situações que não aconselham o oferecimento da proposta.

Como visto, a partir do momento em que a lei estabeleceu, como requisito para o acordo não persecutório, o exame sobre a suficiência e necessidade de medida, abriu margem para a atuação discricionária do membro do *Parquet*, o que, naturalmente, carece de uma complementação adequada, uniforme e que evite insegurança ao jurisdicionado.

Com efeito, além de evitar divergências, o estabelecimento de critérios objetivos institucionais aqui sugerido contribuirá para o respeito da ordem jurídica, evitando que o autor de qualquer delito de média gravidade seja beneficiado. A ideia é manter a aplicação dos rigores do processo penal e dos efeitos deletérios da condenação àqueles que, de fato, precisam de uma resposta mais severa do Estado, até mesmo para fazer valer o objetivo de combate à impunidade que é o alicerce do "Pacote Anticrime", em que esse instrumento foi inserido.

Referências

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA *et al.* (org.). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal**. Teoria e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

16 ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: OPORTUNIDADE, RETROATIVIDADE E PRECLUSÃO

Bruno Calabrich¹

Resumo: O artigo aborda o acordo de não persecução penal, analisando seu cabimento em processos novos e em processos já instaurados, relativos a crimes cometidos antes ou após o início da vigência da Lei nº 13.964/2019. Procura-se identificar o momento em que o acordo deve ser proposto e verificar se há preclusão por inércia das partes ou pela superação de determinados estágios processuais. Ao cabo, argumenta-se pela aplicação retroativa do instituto apenas para processos ainda não sentenciados, devendo as partes avaliar essa possibilidade na primeira oportunidade em que intervierem no processo.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Oportunidade. Retroatividade. Preclusão.

Abstract: *The article addresses the Brazilian non-prosecution agreement, analyzing its possibility in new and in already filed cases, related to crimes committed before or after the Law No. 13.964/2019 entered into effect. The aim is to identify the moment in which the agreement should be proposed and to check if the opportunity is closed due to inertia of the parties or when certain procedural stages are reached. In conclusion, it is advocated a retroactive application of the institute but only for processes not yet sentenced, and the parties should evaluate the possibility of the agreement at the first opportunity when they intervene in the process.*

Keywords: *Non-prosecution agreement. Opportunity. Retroactivity. Issue preclusion.*

1 INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal (ANPP), introduzido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019 — a chamada Lei Anticrime —, é certamente uma das inovações mais significativas no sistema processual brasileiro dos últimos anos. O processo penal atual tem se tornado cada vez mais um espaço para a busca de consensos, em vez de um espaço para perenização de conflitos. Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, imantados na doutrina tradicional, têm cedido à discricionariedade regrada, substituindo a litigiosidade, pouco a pouco, por soluções negociadas. Essas soluções al-

1 Mestre e doutorando em Direito e procurador regional da República, integrante do Núcleo de Ações Penais Originárias da PRR 1ª Região.

alternativas prestigiam o papel da vítima no processo penal, concretizam o direito fundamental do réu a um julgamento célere (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988) e poupam ao Estado tempo e recursos que podem ser dispendidos em casos mais graves.

A possibilidade de firmar acordos no processo penal deve ser entendida como um direito do investigado ou do réu: quanto mais hipóteses legais de acordo, maior seu espectro de direitos. Restringir essas possibilidades é, sobretudo, uma postura antigarantista. Frise-se: o direito do investigado ou do réu corresponde a que o cabimento de uma solução negociada seja fundamentadamente analisado pelo Ministério Público, conforme uma discricionariedade delimitada por parâmetros legais. Não é direito subjetivo do investigado ou do réu “obrigar” o Ministério Público a propor um acordo — “acordo imposto” seria, aliás, uma contradição em termos —, nem poderá o Estado-juiz puramente substituir essa atribuição do Ministério Público, sob pena de malferimento ao princípio acusatório.

Deve-se registrar que acordos de não persecução penal já têm sido firmados entre Ministério Público e investigados desde o início da vigência da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de agosto de 2017, que previu seu cabimento para crimes com pena mínima inferior a quatro anos cometidos sem violência nem grave ameaça à pessoa (art. 18 da resolução), disciplina que acabou sendo reproduzida pela Lei nº 13.964/2019. Não por acaso, até 22 de janeiro de 2020, véspera do início da vigência da Lei nº 13.964/2019, já haviam sido firmados no âmbito do Ministério Público Federal mais de mil ANPPs em todo o Brasil.² Com a expressa inclusão do instituto no Código de Processo Penal (CPP), ficou superada a crítica feita por parte da doutrina (e que embasou o ajuizamento das ADIs nºs 5.790, da Associação dos Magistrados Brasileiros, e 5.793, da Ordem dos Advogados do Brasil), no sentido de que a resolução do CNMP — e, consequentemente, o ANPP — não tinha(m) amparo legal.³

Hoje, o ANPP é previsto no art. 28-A do CPP e tem como requisitos: a) não ser caso de arquivamento; b) confissão formal e detalhada; c) o crime ter sido praticado sem violência nem grave ameaça; d) o crime praticado ter pena mínima inferior a quatro anos; e) “ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. As condições,

2 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Acordos de Não Persecução Penal**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/boas-praticas/acordos-de-nao-persecucao-penal/view>. Acesso em: 21 maio 2020.

3 O instituto do ANPP, tal qual já positivado no CPP, agora é alvo de outra crítica: a obrigação de que o investigado confesse o crime para que o acordo seja proposto violaria o princípio da presunção de inocência. Essa é a fundamentação da ADI nº 6.304, da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas.

a serem ajustadas cumulativa e alternativamente, estão previstas nos incisos desse artigo:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução;

IV – pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Para a aferição do requisito da pena mínima deve ser considerada a Súmula 243 do STJ,⁴ cuja *ratio* pode ser integralmente transposta para o ANPP:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

Cumprido integralmente o ANPP, será decretada a extinção da punibilidade do agente (art. 28-A, § 13).

4 Do mesmo modo, a Súmula 723 do STF: "Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano".

2 MOMENTO PARA A PROPOSTA E A PRECLUSÃO

A proposta de acordo de não persecução penal é uma faculdade do Ministério Público, pautada pelo princípio da discricionariedade regrada – ou seja, uma atribuição, ou poder-dever, balizada por regras estritas que impõem e limitam sua atuação e exigem fundamentação idônea. De outro lado, a possibilidade de aceitar tal proposta e firmar um acordo é um direito do acusado – o acordo em si não é um direito seu, eis que dependente de uma proposta do Ministério Público e do preenchimento dos requisitos legais.

Entre os aspectos do ANPP que merecem reflexão, certamente destacam-se: o momento em que deve ser proposto; se o instituto pode ser aplicado a crimes passados e a processos em curso; e se há preclusão.

Em regra, para casos novos, o momento para o oferecimento da proposta do ANPP é ao término da investigação e antes do oferecimento da denúncia, quando o Ministério Público verificar não ser o caso de arquivamento e estarem preenchidos os requisitos legais. É o que se pode extrair da própria redação do art. 28-A do CPP, ao utilizar a expressão “não sendo caso de arquivamento” – do que se entende que o momento para o oferecimento da proposta do ANPP é quando o Ministério Público tem formada sua convicção quanto à plausibilidade da ação penal. Esse momento está claro também ao se considerar que é consequência do descumprimento o “posterior oferecimento de denúncia” (CPP, art. 28-A, § 10). E sua homologação cabe ao juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, XVII), que só atua na fase de investigação e encerra sua participação com o recebimento da denúncia (CPP, art. 3º-B, XIV).

A atribuição para formular a proposta é do membro do Ministério Público responsável pela investigação e pela (eventual) denúncia. A competência para homologá-la, como anotado, é do Juízo competente para a investigação – que, segundo a nova redação do CPP, é o juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, XVIII).⁵

E quando o MP oferece a denúncia sem se manifestar sobre o acordo, como se deve proceder? O ideal é que, ao apresentar uma denúncia para um crime sem violência nem grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público já explicita, na própria denúncia ou numa cota que a acompanhe, os motivos para não apresentar a proposta da ANPP. Isso permitirá o controle do ato e fornecerá subsídios para que o interessado impugne essa recusa, requerendo a remessa dos autos ao órgão superior

⁵ Vale registrar que esse e outros dispositivos tiveram eficácia suspensa por liminar proferida pelo ministro Luiz Fux nas ADIs nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em 22 de janeiro de 2020.

do MP, na forma do *caput* do art. 28-A do CPP e do seu § 14. Para um crime cometido com violência ou grave ameaça ou com pena igual ou superior a quatro anos, a impossibilidade de oferecimento da proposta é evidente, *ope legis*.

Se for o caso, deverá acompanhar a denúncia a informação de que foi proposto um acordo e que este não foi aceito pelo acusado – circunstância que, de igual sorte, torna superada a questão.

No caso de não oferecimento de ANPP concomitantemente à denúncia, é de se presumir que o membro do Ministério Público a entendeu incabível. Nessa situação, mas não tendo o MP apresentado fundamentos para a recusa, deve o juiz, vislumbrando o cabimento, intimar o MP para que se manifeste sobre essa possibilidade ou para que externar os motivos para não ter formulado a proposta. Se o juiz assim não o fizer, caberá ao acusado, aventando a possibilidade de acordo, manifestar seu interesse na primeira oportunidade em que for chamado aos autos – em regra, com a citação. Quedando-se omissos, há de se entender que tampouco o acusado tinha interesse no acordo, ou que também ele entendia não preencher os requisitos, e o processo deve prosseguir normalmente. Essa deve ser a praxe para processos novos.

O processo é uma marcha para a frente. Com sua participação no processo no primeiro momento que é chamada a intervir, a parte tem a oportunidade de suscitar a possibilidade de acordo. É um ônus seu. Se não o faz, não há sentido em que essa etapa possa ser reinstaurada a qualquer momento.

É também esse o entendimento de Douglas Fischer e Eugenio Pacelli, que expõem:⁶

Ora, se é certo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º da Lei nº 12.850/13), o mesmo não pode ser dito quanto ao acordo de não persecução penal, que deveria ser proposto em momento anterior. A única possibilidade que conseguimos visualizar de esta questão surgir durante o processo é a de o Ministério Público oferecer diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução, e após o recebimento da exordial, o réu se insurgir contra a ausência de possibilidade de formalizar o acordo. Assim, concordando o juiz com o pleito, o ideal seria suspender o processo até a questão ser solucionada (com re-

6 FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugenio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 126.

messa ao órgão superior interno do *Parquet* em caso de discordância, nos termos do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal).

Admitir que se possa suscitar a possibilidade de acordo a qualquer tempo, mesmo depois de superada a fase de recebimento da denúncia, incentivaria as partes a uma postura não condizente com os princípios da eficiência, da lealdade e da boa-fé. É importante notar que a recusa ao acordo pelo Ministério Público pode ensejar a instauração de um incidente para o qual basta a provocação do acusado, requerendo a reanálise do caso pelo órgão superior da Instituição. Esse incidente consubstancia uma etapa processual que deve ser superada e não pode ser a qualquer momento deflagrada, sob pena de submeter o processo a uma contramarcha perfeitamente evitável se exigida uma postura de boa-fé da parte. Caso essa porta possa ser a qualquer momento (re) aberta, isso representará um incentivo à parte para que a utilize como estratégia processual diante do avanço do processo e quando confrontada com situações que não sejam de seu interesse — como a produção, no curso da instrução, de uma prova contundente que conduzirá a sua condenação. Permitir que a parte suscite o acordo a qualquer momento é dar-lhe carta branca para que ela jogue com o interesse público que deve permear o processo. Se é para encerrá-lo, que seja no início, quando ainda não foram dispendidos muito tempo, esforços e recursos públicos.

Em síntese: para processos novos, iniciados posteriormente à Lei nº 13.964/2019, deve se operar a preclusão quando recebida a denúncia sem manifestação do réu quanto ao seu interesse num acordo e quanto ao não oferecimento da proposta pelo Ministério Público.

Sem embargo, com base no art. 383 do CPP (por analogia), deve ser admitida a reanálise do cabimento do ANPP em casos de desclassificação, mas somente se a recusa inicial ao acordo houver tido como fundamento a extrapolação do limite legal. Segue-se, nesse caso, a mesma *ratio* da Súmula 337 do STJ: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”. Exemplo: a denúncia narra crimes cujas penas mínimas, somadas, ultrapassam quatro anos. Encerrada a instrução, o juiz verifica que o enquadramento a ser dado aos fatos é diverso, e a soma das penas mínimas para o novo enquadramento é inferior a quatro anos. Nesse caso, deve ser aberta vista dos autos ao MP para que avalie a possibilidade de propor o acordo. Naturalmente, o MP não é obrigado a concordar com o enquadramento dado pelo juiz, matéria que inclusive poderá ser objeto de apelação se proferida a sentença nesses moldes.

3 RETROATIVIDADE, PROCESSOS EM CURSO E PRECLUSÃO

E quanto a processos antigos, já em curso e relativos a crimes cometidos antes da Lei nº 13.964/2019: é possível o ANPP? Deve ele ter aplicação retroativa?

A resposta é sim: o ANPP tem aplicação retroativa e pode beneficiar investigados ou acusados por fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019. A retroatividade do ANPP parte das premissas de que se trata de um instituto tanto de natureza processual penal, de aplicação imediata mesmo para processos em curso quando ainda não superado o momento para a prática do ato (art. 2º do CPP), quanto de natureza penal, por repercutir no *jus puniendi* estatal.

A real controvérsia diz respeito a até que momento o ANPP será possível. Somente para crimes ainda não denunciados? Somente para crimes não sentenciados? Somente para crimes com condenação não transitada em julgado? Ou até mesmo para processos com condenação transitada em julgado, mas cuja pena ainda não tenha sido integralmente executada?

Segundo o entendimento do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), só caberá acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019 nos casos em que ainda não tiver sido recebida a denúncia.⁷

Não concordamos com essa interpretação. Conforme exposto, o ANPP é um negócio jurídico processual penal com repercussão no próprio poder-dever de punir do Estado: como o acordo cumprido é uma causa de extinção de punibilidade, afeta o próprio direito penal material. Trata-se, portanto, de um instituto de natureza híbrida, penal e processual penal. Fosse estritamente de direito processual, aplicar-se-ia para crimes cometidos após o início da vigência da lei e somente para processos futuros, conforme prevê o art. 2º do CPP. Por ter natureza híbrida e por ser benéfico ao acusado (pela extinção da punibilidade), deve ser aplicado também a crimes anteriores e em processos em curso, mesmo os iniciados antes do início da vigência da Lei nº 13.964/2019, mas nos quais ainda não havia sido oportunizada às partes essa possibilidade.

⁷ Enunciado 20 (Art. 28-A): Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia." Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019. Disponível em: http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_antcrime_GNCCRIM_CNPGE.pdf. Acesso em: 21 maio 2020.

Nesses casos, considerando que a *persecutio criminis in iudicio* já foi deflagrada, parece mais precisa a expressão acordo de não continuidade ou acordo de não prosseguimento da persecução penal em lugar de acordo de não persecução penal. Os requisitos para um e outro, contudo, não serão distintos.

A pergunta subsequente é: admitido o cabimento para processos em curso, qual deve ser o limite? Até que estágio processual poderá ser firmado o acordo de não persecução penal (ou de não continuidade da persecução penal)?

Parte da doutrina tem defendido que o limite deve ser a sentença. É a posição de Vladimir Aras, Aury Lopes Jr.⁸ e Ali Mazloum,⁹ por exemplo.

Vladimir Aras sintetiza com precisão os fundamentos para essa interpretação:¹⁰

Também é admissível a celebração de acordo de não persecução penal após a deflagração da ação penal, sendo esta uma interpretação mais benéfica para o acusado. Em tais casos, o ANPP converte-se em acordo de não prosseguimento da ação penal. Vide, a propósito, o inciso XVII do art. 3º-B do CPP. Cabe ao juiz de garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, “quando formalizados durante a investigação”.

Ações penais já em curso na data da vigência da Lei 13.964/2019 podem ser encerradas mediante a celebração de ANPP, com a decretação da extinção da punibilidade, nos termos do §13 do art. 28-A do CPP. Cuida-se de situação semelhante à prevista no §5º do art. 89 da Lei 9.099/1995, no tocante à suspensão condicional do processo.

Esta solução não ofende o art. 42 do CPP, porque não se tem aí desistência da ação penal, mas utilização extensiva de instituto jurídico legítimo, que atende ao interesse público, na medida em que observa os direitos da vítima e do acusado e as contingências da justiça criminal. A indisponibilidade

8 LOPES JR., Aury; JOSITA, Hígyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 21 maio 2020.

9 MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opinio-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoas-curso>. Acesso em: 21 maio 2020.

10 ARAS, Vladimir. O Acordo de Não Persecução Penal após a Lei 13.964/2019. In: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, PAULO Henrique; PARDAL, Rodrigo (org.). **Lei Anticrime Comentada**. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p. 178.

da ação penal é preservada, porque, se descumprido o acordo, a ação volta a tramitar. O *jus puniendi* estatal restará intacto.

Nesta formatação, o acordo quanto ao não início da persecução criminal em juízo ou ao não prosseguimento desta será cabível entre a data do fato e o momento imediatamente anterior à sentença condenatória, inclusive em caso de desclassificação. Diferentemente do que ocorre com o acordo de colaboração premiada (art. 4º, §5º, da Lei 12.850/2013), não é possível a formalização de ANPP após a decisão condenatória.

Além desses argumentos, a jurisprudência sobre a suspensão condicional do processo fornece valiosos subsídios para a compreensão do tema.

Em 1997, ao apreciar a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo em processos em curso, o STF, reconhecendo sua natureza híbrida e benéfica ao réu, assim decidiu (grifos nossos):

A suspensão condicional do processo – que constitui medida despenalizadora – acha-se consubstanciada em norma de caráter híbrido. A regra inscrita no art. 89 da Lei n. 9.099/95 qualifica-se, em seus aspectos essenciais, como preceito de caráter processual, revestindo-se, no entanto, quanto às suas consequências jurídicas no plano material, da natureza de uma típica norma de direito penal, subsumível à noção da *lex mitior*. A possibilidade de válida aplicação da norma inscrito no art. 89 da Lei n. 9.099/95 – que dispõe sobre a suspensão condicional do processo penal (*sursis* processual) – supõe, mesmo tratando-se de fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da vigência desse diploma legislativo, a inexistência de condenação penal, ainda que recorrível. Condenado o réu, ainda que em momento anterior ao da vigência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, torna-se inviável a incidência do art. 89 da Lei n. 9.099/95, eis que, com o ato de condenação penal ficou comprometido o fim precípuo para o qual o instituto do ‘*sursis*’ processual foi concebido, vale dizer, o de evitar a imposição de pena privativa de liberdade (HC 74.463-0, rel. min. Celso de Mello, DJ 7/3/1997).

Sendo o ANPP, tal qual a suspensão condicional do processo, um instituto de natureza híbrida, processual penal e penal, e sendo sua parte de direito penal material potencialmente benéfica ao réu, deve retroagir, para ser aplicado em relação a crimes ante-

riores ao início da vigência da Lei nº 13.964/2019 e mesmo em processos em curso nos quais ainda não tenha sido oportunizada a possibilidade de acordo – mas somente até a sentença.

É a posição com a qual concordamos: o marco temporal para que se possa aferir a possibilidade do acordo de não persecução penal é a sentença. A sentença, mesmo que provisória (quando submetida a recurso), constitui um título, condenatório ou absolutório. Esse título só poderá ser desconstituído por uma decisão que declare sua invalidade ou o reforme. Não é o caso do ANPP. Assim, proferida a sentença, descabe discussão sobre o acordo de não (continuidade da) persecução penal.

Por expressa previsão legal, incluída no art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.038/1990 pela Lei nº 13.964/2019, cabe o ANPP também para processos de competência originária dos tribunais. Assim, o limite para que seja avaliada a possibilidade do acordo de não continuidade da persecução será o acórdão condenatório ou absolutório.

Ocorre que, para processos em curso, também deve existir um momento preclusivo para as partes, e esse momento deve ser a primeira oportunidade em que sejam chamados a intervir nos autos ou de alguma forma se pronunciem, ainda que não intimados.

O processo, como já referido, é uma marcha para a frente. As questões a serem resolvidas têm que ser sedimentadas – isto é, a demanda tem que se estabilizar. Não se harmoniza com os princípios da eficiência e da celeridade processuais que etapas já superadas e oportunidades já franqueadas possam ser a qualquer tempo reabertas por provocação exclusiva de uma das partes. Veja-se que não se cuida aqui de uma simples conciliação, estimulada e aceita, a princípio, a qualquer tempo no processo civil (art. 3º, §§ 2º e 3º, art. 165 do CPC).¹¹ No processo penal, além de estar em debate o interesse público indisponível ao justo sancionamento de alguém que cometeu um crime, a simples recusa ao oferecimento da proposta cria, para o réu, o direito de impugná-la perante órgãos de revisão do Ministério Público (art. 28-A, § 14). Não deve ser direito seu provocar tal incidente processual se e quando lhe aprouver.

Ademais, não é condizente com os deveres de lealdade e boa-fé, exigíveis de quaisquer das partes no processo penal, que a oportunidade para o ANPP seja reaberta e reavaliada sempre que houver uma modificação no processo. Interpretação diversa outorgaria às partes, por exemplo, a inconveniente faculdade de negar-se a um acordo em

11 No CPC de 1973, modificado pela Lei nº 8.952/1994, inclusive se dispunha: "Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.".

determinado momento e, verificando que a prova que está sendo produzida na instrução lhe é francamente desfavorável, pleitear da parte adversa nova avaliação quanto ao cabimento de um acordo.

Em síntese: para processos já deflagrados, a possibilidade de ANPP deve ser abordada pelas partes na primeira oportunidade em que intervierem nos autos. Proferida a sentença, não mais será possível o ANPP.

Formulada a proposta e sendo ela aceita pelo réu, cabe ao juiz do processo analisá-la e, se for o caso, homologá-la.

4 O ANPP APÓS A SENTENÇA

Há quem sustente que o acordo pode ser feito até mesmo após o trânsito em julgado¹² — posição extrema que transforma o acordo de não persecução penal em verdadeiro “acordo de não execução penal”. Segundo essa interpretação, não haveria limite temporal para a possibilidade de acordo; ou melhor, o único limite restante seria o do cumprimento integral da pena pelo condenado.

Tal entendimento é equivocado. A sentença transitada em julgado é um título que já permite a execução da pena imposta e, em consequência, a satisfação da pretensão punitiva do Estado. O primeiro óbice à concordância com esse entendimento amplíssimo é, portanto, o fato de que não haverá interesse público a amparar um acordo em situações semelhantes. A sanção justa já foi fixada pelo Estado-juiz e não há sentido em simplesmente substituir essa reprimenda por outra, arbitrada pela vontade das partes (MP e condenado). A pena a ser executada é exatamente aquela que o Judiciário, após regular processo no curso do qual o réu exerceu o contraditório e a ampla defesa, entendeu ser a sanção “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” — para usar as palavras do *caput* do art. 28-A do CPP, que prevê um dos requisitos para o ANPP. Não bastassem todos esses argumentos, a própria lógica do ANPP é a de evitar o processo, impedindo custos para o Estado e para os sujeitos envolvidos. Se o processo já acabou, restando apenas a execução do que foi decidido, o ANPP não tem lugar.

12 DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal.** Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020#_ftn4. Acesso em: 22 maio 2020.

Para alguns, contudo, o acordo de não persecução (ou de não continuidade) deveria ser admitido para processos penais em curso, mas seu limite deve ser o trânsito em julgado. Assim, seria cabível o acordo, mesmo após a sentença, para processos em grau recursal. É a interpretação proposta, por exemplo, por Paulo Queiroz, para quem “o juiz ou tribunal deverá ouvir o MP. Se proposto e celebrado o acordo, o processo ficará suspenso enquanto aguarda a sua execução. Se cumprido o acordo, o processo é extinto. Se não, o processo retomará seu curso”.¹³

Esse entendimento não é de todo desarrazoado, embora não seja o melhor. Em tese, em raras hipóteses, é de se reconhecer que pode haver interesse tanto da parte quanto do Ministério Público em firmar acordos de não continuidade da persecução penal para processos em grau recursal. Essas hipóteses seriam raras exatamente porque muito dificilmente os interesses das partes, MP e réu, convergiriam a ponto de concordarem, num mesmo processo já sentenciado, tanto sobre o cabimento de um acordo quanto sobre as condições a serem impostas. O interesse das partes em firmar um acordo será diretamente afetado pela situação processual em que o caso se encontre – altera-se substancialmente o chamado BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*),¹⁴ que se estuda em processos de negociação. Se um processo teve sentença absolutória e recurso do Ministério Público, a tendência é que seja muito menor, ou inexistente, o interesse do acordo por parte do apelado. É imperioso reconhecer, contudo, que isso não é absoluto: a depender da fragilidade ou solidez da prova produzida e dos fundamentos da sentença, o réu pode antever riscos para a reforma da decisão pelo tribunal e se interessar por um acordo que afaste esses riscos.

Circunstâncias como essas poderiam ser avaliadas pelo MP e pela defesa. Assim, seria possível haver interesse das partes num acordo nesse momento processual, ainda que muito raramente, eis que serão muitíssimo menores as chances de que se encontre, na fase recursal, uma suficiente concordância de interesses do MP e do réu.

A favor dessa tese, pode ser argumentado que o acordo de não persecução penal não se identifica com a suspensão condicional do processo, sobre a qual decidiu o STF em 1997 para fixar o marco da sentença como estágio processual limite para o acordo. Ambos, ANPP e suspensão condicional do processo, são institutos de natureza híbrida,

13 QUEIROZ, Paulo de Souza. **Retroatividade da lei anticrime**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 26 maio 2020.

14 Best Alternative to a Negotiated Agreement ou a “Melhor Alternativa a um Acordo Negociado”, conceito apresentado por: FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: Como negociar acordos sem fazer concessões. São Paulo: Sextante, 2018. Edição Kindle.

processual penal e penal. Ambos são também soluções negociadas e prestam-se a abreviar o processo. Mas o sentido e as consequências de um e de outro institutos são diferentes e poderiam justificar uma interpretação distinta daquela dada pelo STF.

O sentido da suspensão condicional do processo é o de evitar que se dê curso a um processo para casos em que as chances de aplicação de uma sanção privativa de liberdade são remotíssimas (sentenciado o caso, caberia em tese, entre outras medidas, até mesmo a suspensão da pena, o *sursis* propriamente dito, conforme o art. 77 do Código Penal).¹⁵ A suspensão condicional do processo aplica-se a crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano e, como regra, prevê condições mais brandas ao acusado se comparadas às previstas para o acordo de não persecução penal. Note-se que o art. 89 da Lei nº 9.099/1995, em seu § 1º, nem mesmo prevê medidas equiparáveis às nominadas penas restritivas de direito (penas alternativas ou sanções não privativas de liberdade) elencadas no art. 43 do Código Penal.

Já o regramento legal do ANPP prescreve como condições a serem entabuladas cumulativa e alternativamente: a reparação do dano, a renúncia a instrumentos, produto ou proveito do crime, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e a prestação pecuniária. O rol de crimes para os quais é cabível o ANPP é muito mais amplo – pena mínima inferior a quatro anos – e, ao mesmo tempo que inclui crimes mais graves, possibilita a fixação de condições mais graves, como visto. O ANPP também tem como requisito a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal. O quadro normativo, portanto, é sensivelmente diverso da suspensão condicional do processo. O marco limite para a realização do acordo não precisa ser o mesmo.

Nesse entendimento, portanto – e com o qual não concordamos! –, caberia ANPP mesmo após a sentença, quando o processo estiver em grau recursal. E caberia ANPP, em tese, em qualquer grau recursal, quando pendentes de julgamento recursos ordinários perante Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais ou recursos extraordinários (REsp e RE) perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. O limite seria apenas o trânsito em julgado. Obviamente, quanto mais avançado for o estágio processual, ainda mais remota será a possibilidade de que convirjam o interesse do Ministério Público e o do réu, conforme exposto.

Sucedem que, mesmo nessa hipótese que admite o acordo em processos inclusive em grau recursal, deve existir preclusão, e a parte deve se manifestar sobre essa possibilida-

¹⁵ Código Penal: Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: [...].

de na primeira oportunidade. Não havendo proposta nem requerimento da parte nesse sentido, presume-se não haver interesse do MP nem do réu, e o processo deve prosseguir normalmente, do mesmo modo que ocorreria em relação a um processo ainda sem sentença.

Admitido o cabimento do ANPP em grau recursal, é de se indagar ainda: a quem cabe a proposta? A quem cabe sua homologação? José Jairo Gomes e Danielle Torres Teixeira, que defendem o cabimento do ANPP mesmo em grau recursal, argumentam que o processo deve ser devolvido ao primeiro grau de jurisdição e o acordo deve ser firmado pelo membro do Ministério Público com atuação em primeira instância.¹⁶ Oferecida a proposta, caberia ao juízo de primeiro grau homologá-lo.

Nessa linha, em casos já sentenciados e que aguardavam o julgamento de recursos, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem determinado a conversão em diligência e remetido os autos ao primeiro grau de jurisdição para que promotores de justiça avaliem a possibilidade do ANPP. O mesmo foi feito pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.¹⁷

Tal entendimento é duplamente equivocado. Além de não caber ANPP em grau recursal – só até a sentença, consoante defendemos –, não toca ao órgão do MP em primeira instância a atribuição para firmá-lo, nem tem o juiz de primeiro grau a competência para homologá-lo. Sentenciando o processo, o juízo de primeiro grau exerce e exaure, em nome do Estado, seu poder-dever. Nesse momento, encerra sua jurisdição. Se houver recurso, o Estado continua a ter o poder-dever de dizer o direito, até o provimento definitivo, mas esse poder-dever passa a ser exercido por outros agentes políticos – os membros do tribunal. São essas as suas competências, são essas as suas medidas de jurisdição. Com a prolação da sentença e a interposição do recurso, o juízo de primeiro grau não tem mais competência sobre o caso, que passa a recair inteiramente sobre o tribunal a que se dirige a irresignação das partes. A competência do tribunal abrange tanto o julgamento do recurso quanto a decisão sobre quaisquer outros incidentes – abarcando, por certo, também o ANPP (se admitida a possibilidade). O mesmo raciocínio vale para o Ministério Público: o promotor natural para um processo já remetido ao tribunal para julgamento de um recurso é o procurador de Justiça ou o procurador regional da República

16 GOMES, José Jairo; TEIXEIRA, Danielle Torres. **Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325403/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-sua-aplicacao-a-processos-em-curso>. Acesso em: 21 maio 2020.

17 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Criminal nº 1500626-69.2018.8.26.0080**. Relator: Heitor Donizete de Oliveira, 14 maio 2020; TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 5001103-25.2017.4.04.7109**. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 22 maio 2020.

que oficia perante esse Tribunal.¹⁸ A única possibilidade de se devolver a competência ao primeiro grau de jurisdição seria o tribunal desconstituir o provimento jurisdicional anterior, declarando nula a sentença. Não é o caso, simplesmente porque o ANPP não é causa de nulidade da sentença.

Se acolhido, as repercussões práticas desse equivocado entendimento seriam graves: caso coubesse o ANPP em grau recursal e a competência para avaliá-lo fosse do primeiro grau, todos os processos pendentes de julgamento de recursos, em todos os tribunais com competência criminal no Brasil, deveriam ser remetidos aos juízes e promotores de Justiça país afora. Isso poderia até acarretar um momentâneo “desafogamento” dos tribunais, mas abarrotaria os escaninhos do primeiro grau. E, sendo remotíssima a possibilidade de acordo (como já expusemos), o incidente seria pior que inútil: contribuiria para a demora nos julgamentos e para a prescrição de uma pletora de casos.

Enfim, caso se entenda que cabe o ANPP mesmo para processos já em grau recursal, deve o membro do Ministério Público com atuação perante o tribunal em que pende de julgamento o recurso avaliar essa possibilidade e, se for o caso, propor diretamente o acordo. E que o faça na primeira oportunidade, sob pena de preclusão. É seu ônus e não há nenhum sentido em delegá-lo a membros do MP com ofício em primeiro grau de jurisdição.

5 CONCLUSÕES

Nestas breves linhas, esperamos ter contribuído para a reflexão sobre algumas questões relevantes e ainda não sedimentadas pela doutrina e pela jurisprudência a respeito dos acordos de não persecução penal.

Para casos novos, posteriores à Lei nº 13.964/2019, o ANPP deve ser analisado e eventualmente proposto antes do oferecimento da denúncia. Para processos já iniciados, caso a possibilidade do ANPP ainda não tenha sido analisada, cabe às partes se pronunciar na primeira oportunidade, sob pena de preclusão. Por ser um instituto de natureza híbrida, de direito processual penal e de direito penal material (benéfica ao investigado ou réu), a retroatividade do ANPP deve alcançar quaisquer crimes, tenham

18 Idêntico raciocínio vale para STJ, STF, TREs e TSE, bem como para membros do Ministério Público com atuação perante esses tribunais.

eles sido praticados antes ou após o início da vigência da Lei nº 13.964/2019. Entretanto, prolatada a sentença, não será mais possível cogitar do ANPP.

Por outro lado, mesmo que admitido o ANPP para processos em grau recursal, a atribuição para avaliar seu cabimento seria do membro do Ministério Público com atuação perante o tribunal em que tramita o processo, e a competência para homologá-lo seria desse mesmo tribunal. Não há fundamento legal para que essa atribuição e essa competência, mesmo que aceita a (equivocada) hipótese do ANPP em grau recursal, sejam delegadas ao primeiro grau de jurisdição.

Referências

ARAS, Vladimir. O Acordo de Não Persecução Penal após a Lei 13.964/2019. In: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, PAULO Henrique; PARDAL, Rodrigo (org.). **Lei Anticrime Comentada**. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020#_ftn4. Acesso em: 22 maio 2020.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugenio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: Como negociar acordos sem fazer concessões. São Paulo: Sextante, 2018. (Edição Kindle).

Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. **Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019**. Disponível em: http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_anticrime_GNCCRIM_CNPG.pdf. Acesso em: 21 maio 2020.

GOMES, José Jairo; TEIXEIRA, Danielle Torres. **Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325403/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-sua-aplicacao-a-processos-em-curso>. Acesso em: 21 maio 2020.

LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 21 maio 2020.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoes-curso>. Acesso em: 21 maio 2020.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Retroatividade da lei anticrime**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 26 maio 2020.

17 A CONFISSÃO DO CONCURSO DE AGENTES NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Monique Cheker¹

Resumo: O artigo busca analisar aspectos do requisito da “confissão” para a celebração do acordo de não persecução penal. Ademais, demonstrar a possibilidade de o Ministério Público exigir a confissão formal e circunstanciada de toda a infração penal, não só dos elementos fáticos que preenchem o tipo penal principal, mas também daqueles atinentes ao concurso de agentes, desde que estritamente relacionados ao beneficiário do acordo, sem que isso seja confundido com os meios de prova dos denominados acordos de colaboração premiada, previstos na Lei nº 12.850/2013.

Palavras-chave: Projeto Anticrime. Lei nº 13.964/2019. Acordo de não persecução penal. Confissão integral. Concurso de pessoas. Concurso de agentes. Acordo de colaboração premiada.

Abstract: *The article seeks to analyze aspects of the “confession” requirement for the signing of the Penal Non-Persecution Agreement. Furthermore, demonstrate the possibility that the Public Prosecutor’s Office requires the formal and detailed confession of the whole criminal offense, not only the factual aspects that fulfill the main criminal type, but also those related to the aiding and abetting, as long as they are strictly related to the beneficiary of the agreement, without this being confused with the means of proof of the so-called award-winning collaboration agreement, provided for in Law No. 12.850, of August 2, 2013.*

Keywords: *Anticrime Project. Law No. 13.964/2019. Penal Non-Persecution Agreement. Full confession. Aiding and abetting. Plea Bargain Agreement.*

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominada “Pacote Anticrime”, entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, após o prazo de 30 dias a partir da sua publicação oficial, que ocorreu naquela mesma data.

A publicação deu-se após o presidente da República vetar, ao todo, 25 dispositivos do Projeto de Lei nº 6.341/2019.

¹ Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e procuradora da República em Petrópolis/RJ.

No conjunto de alterações legislativas realizadas, foi introduzido o art. 28-A no Código de Processo Penal (CPP) e prevista a possibilidade de o Ministério Público (MP) propor Acordos de Não Persecução Penal (ANPP), desde que haja elementos suficientes para a propositura de denúncia e o investigado tenha “confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos”.

Abordar qual a extensão da confissão exigida pelo novo art. 28-A, do CPP, a possibilidade de o MP impor como condição que o ANPP abranja, além dos fatos principais, os relativos à participação ou coautoria do beneficiário do acordo, bem como eventuais diferenciações para o acordo de colaboração premiada é o objetivo do presente artigo.

2 BREVE HISTÓRICO DA BARGANHA EM ACORDOS CELEBRADOS PELO MP

Nos Estados Unidos, a barganha tornou-se um método dominante de resolução de casos criminais no final do século XIX e início do século XX. Diversas comissões de inquérito demonstraram, na década de 1920, que as barganhas haviam se tornado comuns. Nas décadas seguintes aos anos 20, os tribunais criminais americanos tornaram-se ainda mais dependentes dos acordos criminais.

Segundo Albert Alschuler, ainda em 1958 parecia possível que a Suprema Corte dos Estados Unidos pudesse considerar a prática ilegal, contudo a atuação do Departamento de Justiça fez com que a discussão fosse postergada.² Até que, em 4 de maio de 1970, em *Brady v. United States*, a Suprema Corte decidiu que uma alegação de culpa não é inválida meramente porque foi prestada para evitar a possibilidade da pena de morte, e considerou que a alegação do peticionário de culpado cumpriu o padrão de voluntariedade, pois fora feito “por alguém plenamente consciente das consequências diretas” da declaração.³

A Carta de Direitos, de 1791, conhecida como *Bill of Rights*, determina em sua 6ª emenda: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and

2 ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. *Columbia Law Review*, v. 1, n. 1, p. 1-43, 1979. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu>. Acesso em: 1º ago. 2019.

3 Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/>. Acesso em: 1 ago. 2019.

public trial by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed [...]”.⁴

Apesar da previsão do julgamento por um tribunal popular (*jury trial*), os acordos em torno da *plea* (declaração de culpado, não culpado ou *nolo contendere*)⁵ tornam o julgamento (*trial*) nos Estados Unidos uma exceção. Segundo as estatísticas federais de 2016 (*Bureau of Justice Statistics*), de um total de 76.639 pessoas acusadas de crime,⁶ 89% foram por *guilty plea* e 2% por meio de *bench* ou *jury trial*.⁷ Apesar de os percentuais de *guilty plea* não abarcarem, necessariamente, todos os casos de acordo com o Ministério Público, na prática, as declarações de culpa são motivadas por estes.

Um relatório do Departamento de Justiça dos Estados Unidos de 2011 caracterizou o *plea bargaining* como uma definição característica do sistema de justiça criminal Federal,⁸ senão a definição característica de tal sistema.

Na Alemanha, em 1979, ganhou destaque um artigo escrito por John H. Langbein, no qual, após tecer duras críticas ao sistema de barganha norte-americano e apontar, em sua opinião, diversas deficiências morais, jurídicas e práticas àquele procedimento, tece elogios ao sistema germânico, o qual classificou como uma “terra sem negociações de barganha”.⁹

Contudo, é pacífica a compreensão internacional de que os acordos informais (*Vergleich*) sobre penas na Alemanha ocorrem, pelo menos mais abertamente, desde a década de 1990, no entanto, um estudo de 1986 descobriu que a negociação de confissão ocorreu quase exclusivamente em casos de colarinho branco e drogas e, mesmo antes

4 Tradução livre: “Em todos os processos criminais, o acusado gozará do direito a um julgamento rápido e público por um júri imparcial do estado e distrito em que o crime tenha sido cometido...”.

5 Declaração em que o imputado, não obstante aceitar a realização do acordo, não confessa a autoria do delito. É uma declaração de não contestação dos fatos apresentados pelo Ministério Público.

6 Do total, 67.996 acusações foram por crimes de maior potencial ofensivo (*felony*) e 8.643 por crimes de menor potencial ofensivo (*misdemeanor*).

7 Juiz togado ou júri. Disponível em: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs1516.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2019. No Oxford Dictionary of Law, *bench* significa “Literally, the seat of a judge in court. The bench is usually in a elevated position at one side of the court room facing the seats of counsel and solicitors”. MARTIN, Elizabeth A. **Oxford Dictionary of Law**. 7. ed. New York: Oxford University, 2009, p. 58.

8 BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. **Plea and Charge Bargaining**: Research Summary. Arlington: BJA, 2011. Disponível em: <https://www.bja.gov>. Acesso em: 1 ago. 2019.

9 LANGBEIN, John H. **Land without Plea Bargaining**: How the Germans Do It. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/534/. Acesso em: 1 ago. 2019.

da mudança legislativa de 2009, já eram aplicados aos crimes de violência sexual, crime organizado, corrupção, com menos incidência nos casos de homicídio.¹⁰

Em 1982, um advogado criminal, sob o pseudônimo “Detlef Deal”, publicou um artigo na Alemanha descrevendo em detalhes a prática comum de negociações informais em casos criminais de larga escala.¹¹ Ou seja: na década de 1980, definitivamente, a Alemanha não era uma “terra sem negociações de barganha”, havendo um sentimento comum dos advogados, nos dias atuais, de que as Cortes responsáveis por julgar crimes financeiros não seriam capazes de lidar com a inundação de casos de grande escala se não houvesse tais acordos.¹²

No Brasil, o PL nº 882/2019, que integrou o Pacto do Ministério da Justiça denominado Anticrime, previa a possibilidade de dois tipos de acordos: o acordo de não persecução penal e o acordo sobre a sentença.

Segundo a exposição de motivos apresentada pelo Ministério da Justiça, “a tendência ao acordo, seja lá qual o nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais”.¹³ Toda a primeira parte desta breve exposição vai nessa linha: diversos países, pelo menos desde a década de 1980, aceitam acordos sobre a sentença.

Ao final, a Comissão indicada para analisar o PL nº 6.341/2019, que tramitou paralelamente ao PL nº 882/2019, rejeitou a inclusão do art. 395-A no CPP brasileiro, que tratava do acordo sobre a sentença, mantendo, apenas, o acordo de não persecução penal, no art. 28-A.

10 TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View. **American Journal of Comparative Law**, v. 94, 2006, p. 519. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871979. Acesso em: 1 ago. 2019..

11 RAUXLOH, Regina E. Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle? **Fordham International Law Journal**, v. 34, Issue 2, Article 5, 2011. p. 300.

12 *Idem*.

13 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codeor=1712111&filename=Tramitacao-PL+882/2019. Acesso em: 1 ago. 2019.

3 A CONFISSÃO INTEGRAL E CIRCUNSTANCIADA COMO REQUISITO DO ANPP

A exigência da confissão para a realização de acordos com o MP, de uma forma geral, ocorre em diversos outros ordenamentos jurídicos, como o *Jucio Abreviado*, na Argentina, por meio da Lei Federal nº 24.825 (B.O. 18/6/97), que estabelece a possibilidade de o *Parquet*, diante da confissão do imputado sobre a existência do fato e da necessária descrição de sua participação, fazer pedido de aplicação de pena específica.

Também no ordenamento jurídico alemão, a confissão do réu é parte obrigatória de qualquer negociação, mas o juiz deve fiscalizar a sua coerência, bem como a harmonia com as provas existentes (§ 244 Abs 2 do Código de Processo Penal – *Strafprozeßordnung* – StPO).

Já o Código de Processo Penal Italiano, em seus arts. 444 *et seq.*, possui um procedimento especial de aplicação da pena a pedido das partes (*L'applicazione della pena su richiesta delle parti*) chamado *patteggiamento*,¹⁴ que não importa propriamente em confissão de responsabilidade penal, mas sim em uma renúncia à presunção de inocência. A diferença é importante para efeito de eventual responsabilidade cível pela prática criminosa.

O CPP Português, em seu art. 344, dispõe sobre os efeitos da “confissão integral”, quais sejam: (a) renúncia à produção da prova relativa aos fatos imputados e consequente consideração destes como provados; (b) passagem de imediato às alegações orais e, se não houver motivos para absolver o réu por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e (c) redução da taxa judiciária pela metade.

A própria legislação portuguesa excetua os efeitos previstos acima se “Houver coarguidos e não se verificar a confissão integral, sem reservas e coerente de todos eles”.

O ANPP, previsto no art. 28-A do CPP, trata de um acordo em fase anterior à denúncia. Não se trata, assim, como ocorre nos exemplos citados acima, de acordo sobre a sentença (*plea bargaining*).

¹⁴ *Patteggiare* significa “discutir pacto; ajustar pacto; pactear, pactar, transigir, ajustar, convencionar, pactuar.” SPINELLI, Vincenzo; CASASANTA, Mario. **Dizionario Completo Italiano-Portoghese (Brasiliano) e Portoghese (Brasiliano)-Italiano**. Milano: Ulrico Hoepli Editore S.p.A., 1983. p. 518.

Nos EUA, o chamado acordo de não persecução penal – *non-prosecution agreement* (NPA) – é utilizado em casos de criminalidade econômico-financeira,¹⁵ entre uma agência do governo dos EUA – como o Departamento de Justiça (DOJ) ou a Comissão de Valores Mobiliários (*Securities and Exchange Commission* – SEC) – e uma pessoa jurídica ou física¹⁶ que enfrenta uma investigação criminal ou civil, e independe de homologação judicial. Semelhante ao NPA, há o acordo de persecução diferida ou acordo de suspensão da persecução – *deferred prosecution agreements* (DPA) – no qual um promotor aceita retirar a acusação já feita em troca de o réu concordar em cumprir certos requisitos.¹⁷

Sob um NPA, a agência se abstém de apresentar acusações para permitir que a empresa demonstre sua boa conduta. Em troca, os NPAs, semelhantes aos DPAs, geralmente exigem que a pessoa jurídica ou o indivíduo concorde com pagamento de multa, renúncia a limitações presentes no estatuto, cooperação com o governo, admissão de fatos relevantes e ingresso em programas de *compliance* ou programa de integridade, inclusive com a admissão de uma monitoria externa.

Invocando possíveis consequências colaterais derivadas das infrações criminais corporativas, o DOJ estabeleceu diretrizes relativas ao julgamento de organizações empresariais e corporações e, expressamente, no *Manual dos Procuradores dos Estados Unidos* (USAM) do DOJ, permite considerar a não acusação ou o processo diferido.¹⁸

A par do que ocorre no direito norte-americano, em que há uma gama maior de poderes conferidos ao MP para negociar acordos,¹⁹ inclusive sobre parte dos fatos criminosos, e que importem em confissão ou não, a confissão prevista no art. 28-A, do CPP, a exemplo de outros sistemas jurídicos, tem que ser integral e circunstanciada.

15 ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ô; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). **Acordos de Não Persecução Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 303.

16 No Reino Unido, os NPAs são aplicados exclusivamente a pessoas jurídicas.

17 Decisões judiciais nos EUA adotam uma visão extremamente restrita do papel e da autoridade do juiz após a apresentação de um DPA, e o escrutínio judicial quanto ao mérito do acordo é inexistente. Nessa linha, vão os seguintes precedentes: *United States v. HSBC Bank USA, NA*, 863 F.3d 125 (2d Cir. 2017) e *United States v. Fokker Servs. B.V.*, 818 F.3d 733 (DC Cir. 2016).

18 Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em: 1 ago. 2019.

19 Denomina-se *fact bargaining* quando há barganha acerca dos fatos que envolvem o delito. Como exemplo, o MP apresenta uma acusação contra um indivíduo por tráfico de drogas por ter sido flagrado com mais de cinco quilos de cocaína. Por conta das diretrizes presentes no Guia de Sentença, cinco quilos da substância entorpecente acarretariam uma sentença envolvendo muitos anos de prisão. Assim, o acusado concorda em se declarar culpado pelos fatos criminosos em troca da estipulação da promotoria de que ele possuía menos de cinco quilos.

Isso significa que cabe ao investigado confessar todos os elementos da prática criminosa de forma detalhada e minuciosa. Não se trata, assim, de uma confissão genérica, mas sim de um reconhecimento da prática do ato criminoso em todas as suas circunstâncias, entre elas a atuação do beneficiário no concurso de agentes, conforme será exposto.

A confissão tem que ser integral, ou seja, não pode ser parcial ou sujeita a reservas. Não se aplica, assim, na fase do ANPP, o Enunciado nº 545 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) segundo o qual “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

Não há julgamento na fase de propositura e celebração do ANPP, muito menos instrução processual. A oportunidade do acordo é, justamente, para que o réu, voluntariamente, admita a prática criminosa e não tenha, contra si, uma ação judicial proposta. Caso não opte por celebrar o acordo, caberá ao juiz, após instrução processual, avaliar a extensão da confissão, bem como se terá jus ou não à atenuante genérica.

4 A POSSIBILIDADE DE EXIGIR A CONFISSÃO DO CONCURSO DE AGENTES NO ANPP

O Código Penal, em seu art. 29, dispõe que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

A conduta do autor, que é considerado aquele que pratica o núcleo do tipo penal, ou o que tem o domínio final do fato, e do partícipe, que é quem contribui para a prática criminosa sem ser considerado autor, deve ser narrada na peça acusatória, sob pena de inépcia e de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório (Constituição Federal, art. 5º, LV).

Então, não basta que o MP afirme que “fulano” ou “sicrano” são autores ou partícipes do crime. Devem ser descritos fatos e circunstâncias que indiquem se a pessoa está na condição de autor ou partícipe, bem como a atuação dela no caso de haver outros autores ou partícipes. A narrativa detalhada na denúncia – não só do fato principal, mas também de todos os elementos que indiquem o concurso de pessoas – é essencial.

Diante do exposto, o MP deve buscar esclarecer na investigação o fato principal, bem como o grau e o nível de autoria ou participação do investigado, caso haja indícios e provas que o liguem a outras pessoas, mesmo que em relação a estas a investigação não esteja no mesmo patamar probatório.

Uma vez obtidos os elementos que justifiquem uma acusação pelo fato principal, bem como do vínculo que ligue o denunciado a outras pessoas, o MP, no momento da negociação para a celebração de um ANPP, pode e deve exigir a confissão da coautoria ou participação do beneficiário, ainda que outras pessoas não sejam, no mesmo momento, beneficiárias de algum acordo.

A confissão do concurso de agentes não se confunde com os meios de prova da conhecida colaboração premiada, regulamentada pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, conforme será abordado no próximo tópico.

5 AS DIFERENÇAS ENTRE A CONFISSÃO DO CONCURSO DE AGENTES E OS MEIOS DE PROVA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A Lei nº 12.850/2013 define, criminalmente, em que consiste organização criminosa, além de dispor sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal. O seu art. 3º prevê que “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada”.

O art. 3º-A da mesma lei declara a natureza jurídica da colaboração premiada, qual seja, “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

A confissão do concurso de agentes não é meio de obtenção de prova, mas apenas exigência para a celebração do ANPP; a confissão e tudo que a acompanha no acordo de colaboração premiada é amplo meio de obtenção de prova, inclusive em relação a pessoas que não façam parte do acordo celebrado, mas que integrem a organização criminosa.

O art. 4º da Lei nº 12.850/2013 é expresso em afirmar que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: “a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas”.

A única hipótese de imunidade (não propositura de denúncia) prevista na Lei nº 12.850/2013 consta do art. 4º, § 4º, e exige que o beneficiário não seja líder da organização criminosa e que seja o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

A confissão do concurso de agentes pressupõe a indicação de fatos relativos ao beneficiário do acordo, não necessariamente com a exigência de que haja identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa, embora isso possa ocorrer eventualmente para a celebração do ANPP. Se o beneficiário do acordo, dentro do contexto criminoso, escreveu alguma mensagem ou fez alguma intermediação relativa ao crime investigado pelo MP, isso deve ser objeto de confissão, de forma circunstanciada, sem que, contudo, haja obrigação de resultado, como ocorre com a colaboração premiada.

A confissão que pode ser exigida no concurso de agentes diz respeito, única e exclusivamente, à atuação do beneficiário, ou seja, aos fatos praticados por ele ou que tiveram sua influência direta. Não se trata, assim, de meio de obtenção de prova que possa levar, por si, à denúncia de outros envolvidos ou que assim o exija.

A confissão no concurso de agentes é elemento que se esgota por si, para a celebração do acordo, não obstante tenha de guardar os mesmos elementos de boa-fé, bem como veracidade perante os órgãos da Justiça, podendo o MP ajuizar a denúncia caso seja comprovado que o beneficiário mentiu para a obtenção do benefício. Preenchidos os requisitos para a celebração do ANPP, o acordo constitui uma expectativa de direito do investigado que, na ausência de propositura por parte do promotor de Justiça ou procurador da República, pode requerer manifestação do órgão superior da respectiva instituição, conforme prevê o art. 28-A, § 14, do CPP, que terá a palavra final.

O acordo de colaboração premiada, ao contrário, “pressupõe utilidade e interesse públicos”, conforme expressamente declara a lei. Assim, qualquer confissão em seu âmbito requer um compromisso maior do beneficiário, seja com a utilidade da investigação, seja com a obrigação de trato continuado de sempre se colocar à disposição das autori-

dades investigativas, no completo esclarecimento do fato criminoso e desmantelamento da organização criminosa.

A confissão necessária ao ANPP está restrita aos crimes sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o que não ocorre nos crimes abarcados pela colaboração premiada.

Referências

ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and Its History. **Columbia Law Review**, v. 1, n. 1, p. 1-43, 1979. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu>. Acesso em: 1º ago. 2019.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). **Acordos de Não Persecução Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BEALL, George. Principles of Plea Bargaining. **Loy. U. Chi. L. J.**, v. 175, n. 1, p. 175-192, 2015. Disponível em: <http://lawcommons.luc.edu/lucj/vol9/iss1/5>.

BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. **Plea and Charge Bargaining**: Research Summary. **Arlington: BJA**, 2011. Disponível em: <https://www.bja.gov>. Acesso em: 1 ago. 2019.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El Plea Bargaining, cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, ISSN 1695-0194, RECPC 20-06, 2018. Acesso em: 1 ago. 2019.

LANGBEIN, John H. **Land without Plea Bargaining**: How the Germans Do It. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/534/. Acesso em: 1 ago. 2019.

MARTIN, Elizabeth A. **Oxford Dictionary of Law**. 7. ed. New York: Oxford University, 2009.

MATOS, José Igreja (dir.). **Julgur nº 19 Janeiro-Abril**. ISSN 1646-6853, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NEUBAUER, David W; FRADELLA, Henry F. **America's Courts and the Criminal Justice System**. 3. ed. Boston: Cengage, 2017.

RAUXLOH, Regina E. Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle? **Fordham International Law Journal**, v. 34, Issue 2, Article 5, 2011.

SPINELLI, Vincenzo; CASASANTA, Mario. **Dizionario Completo Italiano-Portoghese (Brasiliano) e Portuguese (Brasiliano)-Italiano**. Milano: Ulrico Hoepli Editore S.p.A., 1983.

TONINI, Paolo M. **Lineamenti di diritto processuale penale**. Milano: A. Giuffrè, 2012.

TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View. **American Journal of Comparative Law**, v. 94, 2006, p. 519. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871979. Acesso em: 1 ago. 2019.

18 A PERSECUÇÃO PATRIMONIAL E O CONFISCO ALARGADO

Fernando Rocha de Andrade¹

Resumo: Trata-se de análise sobre a importância e a natureza jurídica do confisco alargado, introduzido em nosso ordenamento com a inserção do art. 91-A no Código Penal pela Lei nº 13.964/2019. O trabalho descreve como a justiça penal brasileira vem enfrentando o aspecto patrimonial das organizações criminosas e dos crimes de colarinho branco. A análise é feita no contexto mais amplo da persecução patrimonial, técnica indispensável ao enfrentamento desse tipo de criminalidade.

Palavras-chave: Persecução patrimonial. Organização criminosa e crimes de colarinho branco. Política de encarceramento. Confisco alargado. Lei nº 13.964/2019. Incompatibilidade dos rendimentos de criminosos com o patrimônio edificado. Necessidade de ferramentas de neutralização patrimonial do crime.

Abstract: *This is an analysis of the importance and legal nature of the extended confiscation introduced as art. 91-A of the Criminal Code by Law No. 13.964/2019. The work describes how the Brazilian Criminal Justice has been facing the patrimonial aspect of criminal organizations and white collar crimes. The analysis is conducted in the broader context of the asset recovery techniques needed to face this kind of criminality.*

Keywords: *Asset recovery. Criminal organization and white collar crimes. Incarceration policy. Extended confiscation. Law No. 13.964/2019. Incompatibility of criminal income as built heritage. Need for equity neutralization tools for crime.*

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime, resulta em parte do PL nº 882/2019, um pacote ambicioso que sofreu profunda alteração no Congresso Nacional. Inclui-se por exemplo, sem maiores discussões, um capítulo destinado a regulamentar um insólito e heterodoxo juiz de garantias,² além de mais um obstáculo ao decreto de prisão preventiva – que na prática beneficia *prioritariamente* autores de crimes de colarinho branco. Excluiu-se, por outro lado, a execução provisória da sentença penal con-

1 Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera e procurador da República, coordenador do Núcleo de Combate à Corrupção no Rio Grande do Norte.

2 Objeto de suspensão conferida em liminar do ministro Luiz Fux na ADI 6299 em 22 de janeiro de 2020.

denatória e impediu-se a ampliação das hipóteses do *plea bargaining*, que traria uma autêntica justiça criminal negociada para o país.

Destaca-se no texto aprovado, como uma das principais alterações que poderão efetivamente favorecer o combate às organizações criminosas e aos crimes de colarinho branco, o confisco alargado, também denominado confisco ampliado. Trata-se de medida penal com eficácia cível da sentença penal condenatória destinada a decretar a perda em favor da União ou de estado da Federação, a depender da competência jurisdicional, de patrimônio incompatível com atividades lícitas de acusados por crime cuja pena máxima, em tese, seja superior a seis anos de reclusão. Tal medida de persecução patrimonial vai ao encontro da necessidade de desarticular as organizações criminosas ou mesmo criminosos de colarinho branco³ a partir da neutralização de patrimônio auferido que se demonstre incompatível com atividades lícitas comprovadas.

A dinâmica moderna das organizações criminosas opera a partir de uma ampla movimentação financeira, que não apenas se destina a retroalimentar o empreendimento infracional, como também a enriquecer seus integrantes, constituindo clara ofensa aos princípios que regem a livre concorrência. Com efeito, as diversas tipologias de branqueamento de ativos decorrentes do crime organizado e de colarinho branco, sendo introduzidos em ambiente concorrencial relevante, têm o efeito deletério de romper a competitividade isonômica exigida pelo livre mercado.

Impossível garantir liberdade econômica em sítio concorrencial no qual ativos de ilícitos criminosos são injetados. A busca de lucro fácil, aliada à ausência de risco de punição eficiente, serve como terreno fértil para a constituição e a ampliação das organizações criminosas. O sopesamento dos riscos no empreendimento infracional com os lucros é essencial para fundamentar a opção criminosa. Evidentemente que, quanto menor o risco de punição e maior o prognóstico de lucro, mais intenso será o estímulo à prática delituosa.

É pacífico o entendimento de que políticas de combate ao crime devem incluir instrumentos tanto preventivos quanto repressivos, sendo que a repressão efetiva cria, no plano preventivo, uma perspectiva de certeza, proporcionalidade e celeridade da punição pelo mal causado.⁴ Contudo, nos crimes de colarinho branco e em organizações cri-

³ Terminologia cunhada pelo sociólogo americano Edwin H. Sutherland em 1939, no discurso *The White Collar Criminal*, proferido à Sociedade Americana de Sociologia. Em 1949 o autor lançou sua obra *White Collar Crime*, traduzida para o português por Clécio Lemos, na obra crime de Colarinho Branco, versão sem cortes, da Editora Revan.

⁴ SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. **Criminologia**. Teoria e Prática. 6. ed. Niterói: Editora Impetus, 2019.

minosas, a ameaça ou mesmo a execução de penas privativas de liberdade, *tout court*, não são suficientes para punir, inibir ou desestimular seu cometimento. Na realidade, a experiência vem revelando que a prisão de integrantes das grandes organizações criminosas não tem sido suficiente para neutralizar suas atividades, nem mesmo o seu crescimento, especialmente e principalmente em razão da fungibilidade de seus membros e da ausência em nosso sistema de ferramentas capazes de enfrentar o aspecto financeiro dessas corporações.

Por longo tempo, a política criminal brasileira deixou em segundo plano o cariz financeiro-patrimonial do fenômeno criminológico, focando exclusivamente na perspectiva do encarceramento do criminoso. Não é por acaso que nos últimos anos pulularam organizações e facções criminosas em todos os rincões do país, revelando as estatísticas um crescimento exponencial do encarceramento, e ainda assim a criminalidade se revela cada vez mais organizada, forte e onipresente.

É evidente que o combate ao crime organizado e aos crimes de colarinho branco depende essencialmente do enfrentamento de seu espectro financeiro. Sua desestabilização exige mais do que a ameaça ou a concreção de penas privativas de liberdade, sendo necessária a implementação de medidas efetivas de sequestro, congelamento e recuperação dos ativos auferidos a partir da prática delituosa.

2 PERSECUÇÃO PATRIMONIAL E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS HAVIDOS DO CRIME

A persecução patrimonial no Brasil ainda é muito tímida. Considere-se, por exemplo, que somente a partir da Resolução nº 181/2017 do CNMP regulamentou-se um procedimento específico no âmbito do Ministério Público para apurar a repercussão patrimonial do delito. É bem verdade que o Código de Processo Penal prevê medidas cautelares reais, como sequestro, arresto e hipoteca legal, nos arts. 125 e 144 do CPP, para assegurar: a) a reparação do dano à vítima; b) o pagamento de eventual multa e custas processuais; c) a perda do produto do crime; d) a perda dos instrumentos para sua prática; e) a perda de qualquer bem e valor que constitua proveito auferido pelo agente com a sua consumação.

O Código Penal Brasileiro, com a reforma da parte geral de 1984 e a alteração pela Lei nº 12.694/2012, prevê em seu art. 91 os seguintes instrumentos de tutela de recupe-

ração de ativos decorrentes da prática do crime, como consequência da sentença penal condenatória:

Art. 91. São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

I – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Como visto, o efeito patrimonial da sentença penal condenatória decorrente do crime previsto no dispositivo acima transcrito pretende garantir: a) a reparação do dano à vítima;⁵ b) a perda dos instrumentos do crime cujo uso em si constitua um fato ilícito; e c) a perda do produto do crime ou valor auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Por sua vez, a Lei nº 12.694/2012, que alterou prioritariamente o sistema de lavagem de dinheiro – Lei nº 9.613/1998 –, incluindo o § 1º do art. 91 do CP, abriu a possibilidade de o magistrado decretar a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime desde que tais ativos não sejam encontrados ou se localizem fora do país. É importante ainda destacar o Capítulo IV da Lei nº 11.343/2006, que dispõe sobre apreensão,

⁵ A Lei nº 11.719/2008, de forma coerente com art. 91, I, do Código Penal, ao alterar a redação do art. 387 do CPP, definiu que pertence ao juiz na sentença penal condenatória o dever de fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela vítima.

arrecadação e destinação de bens de acusados de tráfico de entorpecente, admitindo, inclusive, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e desde que comprovado o interesse público, a utilização pelos órgãos de Polícia Judiciária, Militar e Rodoviária de veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte e dos maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes de tráfico.⁶

Por fim, destaca-se ainda a relevante disposição da Lei nº 12.694/2012, que alterou a Lei nº 9.613/1998, a qual, além de aprimorar as medidas constritivas cautelares do CPP, prevê a possibilidade de alienação antecipada de bens ou produtos dos crimes de lavagem e dos correspondentes delitos antecedentes,⁷ ainda que titularizados em nome de interpostas pessoas, bem como a figura do administrador de bens responsável pela gestão do patrimônio constrito.⁸

3 REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DO CONFISCO ALARGADO

A Lei nº 13.694/2019, em vigor desde 23 de janeiro de 2020, cujo projeto restou desistado, como antes referido, pelo parlamento, inaugurou ainda assim o confisco alargado em nosso sistema, incluindo o art. 91-A no Código Penal com a seguinte redação:

Art. 91-A. A Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

6 Art. 62. Comprovado o interesse público na utilização de quaisquer dos bens de que trata o art. 61, os órgãos de polícia judiciária, militar e rodoviária poderão deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público e garantida a prévia avaliação dos respectivos bens. [...] Art. 63. Ao proferir a sentença, o juiz decidirá sobre: I – o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias; e II – o levantamento dos valores depositados em conta remunerada e a liberação dos bens utilizados nos termos do art. 62.

7 Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. § 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

8 Art. 5º Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso.

Conforme o arquétipo legal, o confisco alargado é um efeito da sentença penal condenatória, não automático, consistente na decretação expressa de perda em favor da União ou do Estado, a depender da competência jurisdicional, de bens que se mostrem incompatíveis com o rendimento lícito de autor de crime, cuja pena máxima hipoteticamente prevista seja superior a seis anos de reclusão. O objetivo da norma é ampliar as hipóteses de perdimento de bens, em favor da União ou de Estado, para abarcar patrimônio de autor de crime grave com repercussão econômica, cujo patrimônio edificado se revele provadamente incoerente com seus rendimentos lícitos.

A busca por tornar o crime desinteressante, inibindo sua prática ou reiteração é o alvo primordial do novo instituto, atingindo o patrimônio daquele incapaz de revelar sua origem ou constituição lícita, contra si pendendo condenação por crime cuja pena seja superior a seis anos de reclusão. Portanto, são requisitos para decretação do confisco alargado na sentença penal condenatória com trânsito em julgado: a) que o réu tenha praticado crime cuja pena máxima prevista hipoteticamente seja superior a seis anos de reclusão; b) que haja prova acima de dúvida razoável de incompatibilidade do patrimônio do autor do fato ou de organização criminosa, ainda que por interposta pessoa, com seus rendimentos lícitos; c) que haja pedido expresso do Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia, nela demonstrando a incompatibilidade entre os rendimentos lícitos e o patrimônio identificado do autor do fato.

Diversa da proposta contida nas denominadas 10 Medidas de Combate à Corrupção,⁹ que previa um rol taxativo de tipos penais cuja prática ensejaria o confisco alargado, a Lei nº 13.694/2019 considerou como suficiente o cometimento de crime com pena máxima de reclusão superior a seis anos. A norma não deixa dúvida de que o crime pelo qual se pode decretar o confisco ampliado é todo aquele que preveja, em abstrato, pena máxima superior a seis anos de reclusão. Assim, ainda que a pena em concreto aplicada seja inferior ou igual a seis anos, desde que o tipo criminal, com suas qualificadoras e causas de aumento, preveja pena superior a seis anos, é possível decretar o confisco alargado. Irrelevante, portanto, para esse efeito, a pena em concreto.

9 Art. 91-A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas: I – tráfico de drogas, nos termos dos arts. 33 a 37 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006; II – comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo; III – tráfico de influência; IV – corrupção ativa e passiva; V – previstos nos incisos I e II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; VI – peculato, em suas modalidades dolosas; VII – inserção de dados falsos em sistema de informações; VIII – concussão; IX – excesso de exação qualificado pela apropriação; X – facilitação de contrabando ou descaminho; XI – enriquecimento ilícito; XII – lavagem de dinheiro; XIII – associação criminosa; XIV – organização criminosa; XV – estelionato em prejuízo do Erário ou de entes de previdência; XVI – contrabando e descaminho, receptação, lenocínio e tráfico de pessoas para fim de prostituição, e moeda falsa, quando o crime for praticado de forma organizada.

Por outro lado, deve ser levada em consideração a exasperação penal (em crime continuado ou concurso formal próprio) ou a soma das penas previstas hipoteticamente (em concurso material) nos casos de concursos de crime, ainda que a dosimetria da pena em concreto não supere os seis anos. Como se trata de norma penal, sua interpretação deve ser restritiva, razão pela qual se a soma em tese dos tipos penais superar seis anos, mas um dos crimes prever pena de detenção, não será possível a aplicação do instituto. É fundamental, portanto, que a soma ou a exasperação superior a seis anos decorra exclusivamente de tipos penais com pena hipotética de reclusão.

Evidente que, se só com os tipos penais punidos com reclusão já houver a superação, em tese, da pena de seis anos, eventual crime conexo punido com detenção não impedirá esse efeito específico da condenação. Em suma, para o decreto do confisco alargado como efeito da sentença penal condenatória é essencial que o fato criminoso preveja, hipoteticamente, pena de reclusão superior a seis anos, devendo ser levadas em consideração as qualificadoras, as causas de aumento e os eventuais concursos de crime.

4 ÔNUS DA PROVA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O confisco deve incidir inteiramente sobre a diferença entre o valor total do patrimônio pertencente ao autor e aquele cuja licitude reste demonstrada. O ônus da prova dessa incoerência incumbe ao Ministério Público, que deverá produzir evidências acima da dúvida razoável de que o autor do fato criminoso edificou patrimônio que não se coaduna com seus rendimentos lícitos. Não se trata, tecnicamente, de inversão da carga probatória, muito menos de ofensa à presunção de inocência, exatamente porque a incumbência de provar essa incompatibilidade é do Ministério Público, e não da defesa. A mesma técnica de distribuição do ônus que impõe à defesa trazer elementos que revelem fatos excludentes da ilicitude, da culpabilidade do crime ou álbi é utilizada no art. 91-A, § 2º, do CP:¹⁰

Nucci, tratando da distribuição do ônus da prova, seguindo o mesmo raciocínio, assim se manifesta:

Destaca-se, desde logo, haver solução para o conflito aparente entre o ônus da prova e a presunção de inocência do réu. Este é considerado inocente

10 § 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

até prova em contrário, resumida por sentença penal condenatória, com trânsito em julgado. Portanto, cabe à acusação, ao ingressar com a ação penal, o ônus da prova, buscando demonstrar ser o acusado culpado do crime que lhe é imputado. Ao réu, se pretender apenas negar a imputação, resta permanecer inerte, pois nenhum ônus lhe cabe. Seu estado de inocência prevalece. Entretanto, se a estratégia de defesa tiver por meta alegar fato diferenciado daqueles constantes da denúncia ou queixa, chama a si o ônus da prova. É o que, naturalmente, ocorre com a sustentação do alibi (dizer que estava em lugar diverso daquele onde aconteceu o crime). Buscará o acusado, por interesse seu, demonstrar ao juiz a autenticidade da sua informação. Cabe-lhe o encargo, a responsabilidade. Não demonstrado o alibi, permanece o réu na sua condição de inocente, mas, provavelmente, a acusação conseguirá avançar, ainda mais, na sua linha de demonstração de que ele é culpado. [...] O mesmo critério deve ser adotado quando o acusado invoca alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade. A afirmação de ter agido, por exemplo, em estado de necessidade, ao cometer o furto do qual é acusado na denúncia, faz nascer para o réu, de forma lógica e natural, o ônus da prova, vale dizer, o encargo de demonstrar ao juiz que ele subtraiu o bem, mas sua situação enquadrava-se, exatamente, no disposto pelo art. 24 do CP. Se o réu não demonstrar o alegado, não significa que sofra a sanção de ser considerado culpado. Afinal, não é essa a sanção processual direta da sua falha probatória. Porém, não demonstrado o fato alegado (estado de necessidade), permitirá o avanço da acusação e, com isso, poderá ser condenado pela prática de furto, porque o ônus do órgão acusatório desenvolveu-se satisfatoriamente, sem a contraprestação do ônus da defesa em evidenciar causa impeditiva (excludente de ilicitude).¹¹

Dessa forma, seguindo a técnica de distribuição da carga probatória contida no próprio Código de Processo Penal, que jamais teve sua constitucionalidade contestada, incumbe à acusação fazer prova consistente de que o autor do fato gravemente criminoso – considerado como tal aquele com pena máxima hipotética superior a seis anos de reclusão –, detém patrimônio a descoberto, que se erigiu sem lastro econômico lícito.

É sobre esse patrimônio a descoberto que o confisco alagado incide como efeito cível da sentença penal condenatória. Caso o imputado tenha interesse em demonstrar inexistir a incompatibilidade provada pela acusação, o ônus mínimo de gerar a dúvida

11 NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 34-35.

razoável que lhe favorece é de sua defesa, e não da acusação, evidentemente. A inércia processual da defesa, nesse caso, não atenta contra a inocência que lhe é presumida constitucionalmente. Apenas tem como efeito próprio, de quem não se desincumbe de seu ônus, de conferir vantagem à acusação na tese por ela defendida e provada. No mesmo sentido, é a assertiva de Malatesta, nos seguintes termos:

Mas o princípio ontológico coloca o ônus da prova a cargo da acusação, quando considera as duas asserções contrárias, do acusador e do acusado, antes da produção das provas. Mas, desde o momento em que o acusador reuniu as suas provas para sustentar sua asserção, se o acusado, em contradição à asserção do acusador, emite uma simples asserção contrária, não faz mais que contrapor uma asserção não provada a uma provada e como esta tem direito de ser tomada como verdadeira de preferência a não provada, sendo a presunção de verdade, neste segundo momento, a favor do acusador, a obrigação da prova incumbe ao acusado.¹²

Importa ainda acrescentar que constitui obrigação acessória de todo contribuinte informar à Receita Federal sua evolução patrimonial por ocasião de sua declaração anual de imposto de renda. Dessa forma, o acusado de deter patrimônio incompatível com seus rendimentos tem a seu favor ampla disponibilidade probatória de demonstrar em juízo a origem legal dessa evolução patrimonial. Trata-se de comportamento ordinário do cidadão, sendo sua ocultação fato de natureza incomum e não esperada pelo Estado.

A descoberta de ativos não declarados de quem tem contra si prova de prática de crime grave, com repercussão econômica, corrobora a tese da ilicitude de sua auferição. Ora, se o acusado de evolução patrimonial incoerente com seus rendimentos, contra quem pendem evidências de prática de crime grave com repercussão econômica, deveria, por dever legal, ter a seu dispor provas da origem lícita de seu patrimônio, mas não as oferece, está claramente deixando de se desincumbir de seu ônus processual probatório.

Assim sendo, por obedecer a distribuição ordinária do ônus da prova prevista em nosso sistema processual penal, o confisco alargado, na forma como foi regulamentado pela Lei nº 13.694/2019, não atenta contra a presunção de inocência, nem menoscaba os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

12 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Servanda Editora, 2013, p. 164.

5 PATRIMÔNIO A DESCOBERTO

Conforme acima delineado, para a incidência da constrição que ora se examina é essencial que haja patrimônio a descoberto, considerado como tal aquele cuja licitude se revele contrastada pela incompatibilidade da renda de seu titular. Somente sobre esses ativos é que o juízo pode decretar a perda. A lei penal deixa clara essa exigência no art. 91-A, § 4º, do CP.¹³ Para efeito de aquilatar essa diferença de ativos, somente deve ser levado em consideração o patrimônio cuja titularidade tenha se dado a partir da data da prática da infração penal, ainda que tal domínio se opere de forma direta ou indireta. Assim, os bens transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, tratando-se de prática flagrantemente fraudulenta, são computados para fins do confisco, desde que, evidentemente, tais atos tenham se dado a partir da prática do crime grave.¹⁴ Obviamente que tais ativos havidos antes do crime podem ser constritos para garantir a reparação dos danos a vítimas, na forma do art. 91, I, do CP.

Por fim, a lei ainda previu em reforço ao disposto contido no art. 91, II, “a”, do CP, a perda em favor da União ou de Estado dos instrumentos do crime das organizações criminosas e de milícias. Essa hipótese prevista no § 5º do art. 91-A,¹⁵ não se confunde com o confisco alargado, pois ao contrário daquele incide especificamente sobre os instrumentos do crime nos casos de organização criminosa ou milícia, não sendo necessário, para tanto, prova de que sua posse ponha “em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes”.

6 CONCLUSÃO

O confisco alargado, introduzido pela Lei nº 13.694/2019, é uma importante ferramenta de enfrentamento ao crime organizado e de colarinho branco, especialmente porque aborda o aspecto patrimonial dessa criminalidade complexa, deixado em segundo plano no Brasil por longo tempo. Os instrumentos de recuperação de ativos resultantes do

13 § 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

14 § 1º Para efeito da perda prevista no *caput* deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: [...] II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

15 § 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

crime no país se revelaram insuficientes para neutralizar as grandes corporações criminosas e barrar o estímulo às suas práticas delitivas.

A meta cultural dos agentes criminosos de obter lucro fácil com reduzido risco no empreendimento criminoso criou um ambiente propício para o aprimoramento da prática criminosa, enquanto as leis se voltaram prioritariamente para a política de encarceramento, subestimando os matizes patrimoniais dos delitos. A fungibilidade dos integrantes dos conglomerados infracionais, aliada à ausência de medidas capazes de neutralizar o fluxo patrimonial decorrente dos crimes, tornou nossa política criminal manifestamente ineficiente.

Sob as estatísticas, o encarceramento aumentou exponencialmente, e a despeito disso as facções se fortaleceram e se ampliaram cada vez mais em todo o país. Empresários e agentes públicos, conforme atestaram diversas operações país afora, lucraram absurdamente com o crime à custa da Administração Pública. O reverso patrimonial, portanto, associado à ameaça e à concreção de penas privativas de liberdade, é fundamental para desestimular o crime.

O confisco alargado veio em boa hora, consistindo no efeito da sentença penal condenatória transitada em julgado, não automático e decorrente de decretação expressa de perda em favor da União ou de Estado, a depender da competência jurisdicional, de bens que se mostrem incompatíveis com o rendimento lícito de autor de crime, cuja pena máxima hipoteticamente prevista seja superior a seis anos de reclusão.

A busca por tornar o crime desinteressante, inibindo sua prática ou reiteração, é o alvo primordial do novo instituto, atingindo o patrimônio daquele incapaz de revelar sua origem ou constituição lícita, contra si pendendo condenação por crime cuja pena seja superior a seis anos de reclusão.

São requisitos para a decretação do confisco alargado uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado que reconheça: a) que o réu tenha praticado crime cuja pena máxima prevista hipoteticamente seja superior a seis anos de reclusão; b) que haja prova acima de dúvida razoável da incompatibilidade do patrimônio do autor do fato ou de organização criminosa, ainda que por interposta pessoa, com seus rendimentos lícitos; c) que haja pedido expresso do Ministério Público por ocasião do oferecimento da denúncia, nela demonstrando a incompatibilidade entre os rendimentos lícitos e o patrimônio identificado do autor do fato.

O confisco deve incidir sobre a diferença entre o valor total do patrimônio pertencente ao autor e aquele cuja licitude reste demonstrada. O ônus da prova dessa incoerência incumbe à acusação, que deverá produzir evidências acima de dúvida razoável de que o autor do fato criminoso edificou patrimônio que não se coaduna com seus rendimentos lícitos.

Não se trata, evidentemente, de inversão da carga probatória, muito menos de ofensa à presunção de inocência, exatamente porque a incumbência de provar essa incompatibilidade é do Ministério Público, e não da defesa. Caso o acusado tenha interesse em demonstrar que inexistente a incompatibilidade provada pela acusação, o ônus mínimo de gerar a dúvida razoável que lhe favorece é da defesa e não da acusação, evidentemente.

A inércia processual da defesa, nesse caso, não atenta contra a inocência que lhe é presumida constitucionalmente, apenas tem como efeito próprio, de quem não se desincumbe de seu ônus, de conferir vantagem à acusação na tese por ela defendida e provada. Para a incidência da constrição, enfim, é essencial que se demonstre a existência de patrimônio a descoberto, considerado como tal aquele cuja licitude se revele contrastada pela incompatibilidade da renda declarada de seu titular.

Referências

LEMOS, Clécio. **Crime de Colarinho Branco**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Servanda Editora, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. **Criminologia**: teoria e prática. 6. ed. Niterói: Editora Impetus, 2019.

19 CONFISCO ALARGADO: APORTES DE DIREITO COMPARADO

Roberto D'Oliveira Vieira¹

Resumo: Este artigo analisa a proposta de confisco alargado aprovada no Congresso Nacional. O estudo apresenta a estrutura do art. 91-A do Código Penal e aborda a evolução do instituto no Direito Comparado, desde as Convenções de Mérida, Palermo e das Nações Unidas contra o Tráfico de Entorpecentes até a consolidação com a Diretiva 2014/42/UE. Portugal foi selecionado como parâmetro para a proposta legislativa em razão da aproximação do conteúdo em discussão no Congresso. A conclusão, na ótica do estudo, indica o desenvolvimento insuficiente de temas importantes que precisam de maior reflexão para alcançar um regime eficiente de confisco de ativos.

Palavras-chave: Confisco alargado. Crimes de colarinho branco. Crime organizado. Produto do crime. Medidas criminais.

Abstract: *This article analyzes the legislative proposal approved in Congress. The study presents the structure of the article 91 of the Penal Code and convers the evolution of the institute in comparative law from de Merida and Palermo Conventions and the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances to the final consolidation with Directive 2014/42/EU. Portugal was selected as parameter for analyzes the draft because of the similarity. The conclusion, in the view of the study, indicates some imperfect approach about important themes which need to be better worked to achieve an effective regime of confiscation of the proceeds of crime.*

Keywords: *Extended confiscation. White collar crimes. Organized crime. Proceeds of crime. Criminal measures.*

1 INTRODUÇÃO

O regime jurídico do confisco no Brasil esteve sempre atrelado ao produto ou ao instrumento do crime, conforme redação do art. 91, inciso II, alínea b, do Código Penal. Em 2012, o legislador ordinário acrescentou ao parágrafo primeiro do referido artigo a possibilidade de confisco de bens de valor equivalente ao produto ou ao proveito do crime quando não os forem encontrados. Em 2019, o Congresso Nacional aprovou e o presidente da República sancionou a Lei nº 13.964/2019, a qual estende a possibilidade de

¹ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília e procurador da República em Vitória da Conquista/BA.

confisco, alcançando bens não relacionados diretamente ao crime em relação ao qual o agente foi condenado, entre outras medidas. No Direito Comparado o novo instrumento é denominado confisco alargado.

O objetivo deste artigo é compreender a evolução desta última espécie de confisco e identificar por meio do cotejo com legislações estrangeiras possíveis omissões ou pontos que podem ser explorados e desenvolvidos na nova redação conferida ao art. 91-A do Código Penal. O surgimento e a evolução do confisco podem ser explicados por diversos fatores, analisados seja sob a ótica da análise econômica do direito, seja a partir do enfoque jurídico (BOWLES *et al.*, 2000). O estudo passa por tal discussão e concentra-se no cotejo de legislações já estabelecidas. Em um primeiro item, as características gerais do novo instituto serão apresentadas. Em seguida, tratados e atos do quadro normativo do bloco europeu serão analisados. No segundo item, o confisco alargado vigente em Portugal será estudado, extraindo-se as principais características, em especial aspectos relativos ao *standard* probatório, à inversão do ônus da prova e à violação ao direito ao silêncio. O último item analisará o instituto introduzido pelo art. 91-A do Código Penal e apresentará as principais semelhanças e omissões encontradas.

2 O CONFISCO NO CÓDIGO PENAL

Atualmente, o confisco penal no Brasil pode ser dividido em três modalidades. A primeira, considerada clássica, é aquela que recai sobre os instrumentos ou proveito do crime. Exemplo simples é aquela situação em que o réu utiliza arma, para a qual não possui o registro, na prática de furto. Nesse caso, o bem será confiscado e revertido em proveito da União.

O proveito do crime é o resultado que o criminoso obteve com a ação delitiva, direta ou indiretamente, após sucessiva especificação. É o exemplo da corrupção em que o agente público que participou da ação terá a vantagem econômica revertida em favor do erário.

A segunda espécie de confisco foi introduzida pela Lei nº 12.694 e é denominada “confisco por equivalência”, pois a perda de bens atingirá não o resultado do crime decorrente diretamente da atividade criminosa, mas bens que proporcionalmente apresentem o mesmo valor auferido pelo agente criminoso.

A terceira espécie, inserida pela Lei nº 13.964/2019, abarca não somente o produto ou proveito diretamente relacionado ao crime – confisco clássico – ou apenas o patrimônio equivalente do réu – confisco por equivalência –, mas também a diferença entre “o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas”, conforme redação do art. 91-A do Código Penal. Ainda que a nomenclatura não seja objeto de consenso, a qualificação de “confisco alargado” guarda identidade com os termos em inglês (*extended powers of confiscation*), italiano (*poteri estesi di confisca*) e francês (*pouvoirs de confiscation élargis*), já referendados em atos da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2005), e é similar ao utilizado em Portugal (perda alargada).

O art. 91-A foi incluído com a seguinte redação:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para os efeitos da perda prevista no *caput* deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I – de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente;

II – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência de incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

A diferença quanto às duas espécies de confiscos existentes anteriormente é marcante. Em relação ao confisco clássico, a nova medida constritiva não exige relação com o produto auferido da atividade criminosa. Por sua vez, embora o confisco por equivalência e o confisco alargado tenham em comum a ausência de relação direta entre os bens confiscados e a conduta imputada no processo criminal, o primeiro tem por limite exatamente o resultado positivo alcançado com a atividade criminosa, restrição não existente no segundo.

Mostra-se necessário registrar que o confisco alargado no Brasil foi inserido no ordenamento primeiramente em 17 de outubro de 2019 pela Lei nº 13.886, que alterou a Lei nº 11.343/2006. A incorporação pela inserção do art. 63-F apresenta redação básica similar ao *caput* do art. 91-A do Código Penal, mas falha ao limitar a perda para a prova de indicação de “conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa” e, de qualquer modo, incide apenas sobre os crimes tipificados pela Lei nº 11.343/2006. Assim, esta análise tratará exclusivamente do art. 91-A do Código Penal.

O confisco alargado tem por premissas (I) a condenação da pessoa a um crime com pena máxima superior a 6 anos; (II) a propriedade de patrimônio incompatível com a renda declarada; e (III) a presunção de que tais bens foram adquiridos ilicitamente em decorrência de atividade criminosa anterior. Em sucinta explanação, a prática de um crime com pena máxima superior a 6 anos permite ao Ministério Público a formulação de imputação de incompatibilidade patrimonial do réu, inferindo-se a origem ilícita dos bens e o preenchimento do pressuposto de fato do confisco. Em seguida, o réu terá a oportunidade de demonstrar a origem lícita do bem, afastando a possibilidade de perda.

Nos estreitos limites da finalidade deste artigo, esta é a apresentação do novo instituto. Veremos a seguir que a instituição do confisco alargado no Brasil segue movimento internacional direcionado ao combate a certas práticas delitivas por meio da constrição patrimonial.

3 MODELOS ESTRANGEIROS DE CONFISCO

3.1 Quatro gerações do confisco

Identificam-se ao menos quatro gerações de confisco nas legislações nacionais na Europa (BOUCHT, 2019). A primeira geração implica a perda de instrumentos e bens vinculados ao crime. O Brasil já dispunha dessa modalidade no art. 91, inciso II, do Código Penal, assim como a maioria dos países europeus, entendida como uma “forma intuitiva de confisco”.

A segunda geração de confisco (BOUCHT, 2019) envolve a perda por meio da presunção da origem ilícita dos bens, dispensando-se a vinculação com a infração imputada no processo penal (ESSADO, 2015, p. 150). Alemanha, Reino Unido, Portugal e Espanha adotam tal sistema, que consiste na presunção de ilicitude do patrimônio de pessoa condenada por determinados crimes (p. 151). Os primeiros países europeus a adotarem tal modalidade foram o Reino Unido em 1986 e a Noruega em 1998 (BOUCHT, 2019). Com exceção da Alemanha, os outros países observam um recorte temporal para limitar os bens que podem ser confiscados (CORREIA, 2012, posição 682). A presunção da origem ilícita do bem está assentada no raciocínio de que “o confiscado cometeu outros ilícitos, para além daquele pelo qual foi condenado, dos quais resultou aquele patrimônio injustificado ou incongruente com os seus rendimentos ilícitos” (posição 689). A condenação e a ausência de explicação para o patrimônio permitem a suposição da prática de outros crimes, de onde os bens foram derivados. O confisco alargado é classificado dentro dessa geração.

A terceira geração de confisco inclui perda dissociada de condenação penal, conhecida mais pelo acrônimo NCB, derivado do termo em inglês *non conviction based confiscation*. Ao contrário das outras três tipologias indicadas, (I) o confisco é voltado contra a propriedade em si e não discute a responsabilidade civil ou criminal do proprietário, sendo, por isso, um procedimento *in rem*; (II) ele prescinde de ação penal ou condenação penal e segue o rito civil. O Reino Unido e a Itália exibem instrumentos dessa geração (BOUCHT, 2019).

A quarta e última geração abrange instrumentos que combatem o enriquecimento ilícito, também conhecidos pelo acrônimo UWO, derivado da expressão *unexplained wealth mechanisms*. Eles se caracterizam por medidas *in personam* em razão da convicção sobre a perda ser decretada a partir da avaliação patrimonial do réu. Podem ma-

terializar-se em procedimentos civis, como no Reino Unido, ou em tipos criminais específicos (BOUCHT, 2019).

A descrição geral dos modelos de confisco serve para evitar a comparação com modelos díspares ou desconexos. A análise relativa ao confisco alargado desenvolve-se em relação ao segundo modelo indicado acima, motivo pelo qual todas as referências e citações são originadas de reflexões sobre esse parâmetro de estudo.

3.2 Tratados e Decisões-Quadro da União Europeia

Os contornos do confisco alargado foram sendo definidos por influência da eficácia de tal instituto nos Estados Unidos e no Reino Unido e, principalmente, pelo poder persuasório de tratados e atos de organizações internacionais.

As primeiras linhas direcionadas ao confisco alargado são reconhecidas na bibliografia especializada nos seguintes tratados: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 14 de dezembro de 2005, denominada Convenção de Mérida, no art. 31, nº 8; da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 29 de setembro de 2003, denominada Convenção de Palermo, no art. 12, nº 7; e Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 20 de dezembro de 1988, no art. 5º, nº 7. Os dispositivos das três Convenções possuem redações semelhantes, embora a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Entorpecentes seja mais incisiva e direta quanto à presunção da origem criminosa do bem.

Em 1990, o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro (Gafi) expediu quarenta recomendações aos países-membros, revisadas nos anos seguintes. A terceira delas os orienta a adotarem medidas de confisco sem a necessidade de condenação criminal “ou que requeiram que o ofensor demonstre a origem lícita da propriedade vinculada ao confisco, na extensão permitida no direito doméstico” (GAFI, *[S./d.]*). A recomendação foi reforçada pelo grupo dos oito países mais desenvolvidos (G-8 COUNTRIES, *[S./d.]*) e pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, tendo este último conclamado todos os países a implementarem as orientações do Gafi (ONU, 2005).

Outras convenções restritas à Europa também preveem o instituto, como a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime do Conselho da Europa, concluída em 8 de novembro de 1990, no art. 2º (1); e a Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, concluída em 16 de maio de 2005, no art. 3º (4).

Em nenhum desses acordos internacionais os elementos que identificam o confisco alargado são indicados em sua integralidade. As citações à presunção de ilicitude, à inversão do ônus da prova e à possibilidade de alcançar outros bens que não apenas os identificados diretamente como produto do crime representam movimento embrionário do instituto que posteriormente foi consolidado e espreado a outros países.

Ao lado da previsão mais genérica da possibilidade de perda de bens, a União Europeia passou a estimular e a instar os Estados do bloco a adotarem medidas mais concretas de confisco alargado. De 2005 a 2014, duas decisões-quadro e uma diretiva especificaram o rol de crimes e regramentos mínimos que cada legislação deve adotar.

Em 24 de fevereiro de 2005, o Conselho da União Europeia editou a Decisão-Quadro 2005/212/JAI determinando no art. 5º (2) que os Estados-membros do bloco tomassem as medidas necessárias para permitir a perda de bens em três hipóteses alternativas: (I) quando um tribunal nacional estiver persuadido de que os bens foram adquiridos “a partir das atividades criminosas da pessoa condenada durante um período anterior à condenação”; (II) quando um tribunal nacional estiver persuadido de que os bens foram adquiridos a partir de “atividades semelhantes” do condenado em período anterior à sentença; (III) ou quando o valor dos bens for desproporcional ao rendimento lícito e um tribunal nacional estiver persuadido de que eles foram adquiridos a partir da atividade criminosa do condenado.

Os poderes alargados atingem os seguintes crimes: terrorismo, organização criminosa com atuação na contrafação de moeda, lavagem de dinheiro, tráfico de seres humanos, trânsito e residência irregulares, exploração sexual de crianças e pornografia infantil, tráfico de drogas. Exige-se ainda que a conduta criminosa seja de natureza a gerar proventos financeiros.

Em 26 de outubro de 2006, o Conselho da União Europeia editou a Decisão-Quadro 2006/783/JAI. A alteração de relevância ao presente estudo ocorreu na extensão das condutas criminosas atingidas, passando os poderes alargados da perda a atingir também as seguintes condutas delitivas: participação em organização criminosa, terrorismo, tráfico de seres humanos, exploração sexual de crianças e pornografia infantil, tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, munições e explosivos, corrupção, fraude, branqueamento dos produtos do crime, contrafacção de moeda, cibercriminalidade, crimes contra o ambiente, facilitação de entrada e residência não autorizadas, homicídio voluntário, ofensas corporais graves, tráfico de órgãos e tecidos humanos, rapto, sequestro e tomada de reféns, racismo, xenofobia, roubo organizado ou à mão armada, tráfico de bens culturais, burla, extorsão de proteção, contrafacção e piratagem de produtos, falsificação de documentos administrativos, falsificação de meios de pagamento, tráfico de substâncias hormonais, tráfico de materiais nucleares e radioativos, tráfico de veículos furtados, violação, fogo posto, crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, desvio de avião ou de navio e sabotagem. Exige-se ainda como pressuposto que tais crimes sejam apenados com pena privativa de liberdade não inferior a três anos, dispensando-se a dupla incriminação (UNIÃO EUROPEIA, 2006, art. 6º).

Em 20 de novembro de 2008, a Comissão da União Europeia expediu comunicado ao Parlamento e ao Conselho do bloco sob o título “Produtos do Crime: garantindo que ‘o crime não compensa’”, recomendando ao final que os países do bloco sejam instados a adotarem confisco obrigatório para os casos em que “a condenação é relacionada a crimes graves”.

Em 25 de outubro de 2011, o Parlamento Europeu editou Resolução direcionada ao combate à criminalidade organizada. Utilizando expressões contundentes, como “ação firme de combate ao problema” e “testa-de-ferro”, exortou a Comissão da União Europeia a propor a elaboração de normas com as seguintes características: utilizar, de forma eficaz, instrumentos como o confisco alargado; tornar menos rigorosas as disposições em matéria de ônus da prova, após a condenação do infrator por um crime grave (incluindo os relacionados com a criminalidade organizada), relativamente à origem dos bens por estes detidos; incentivar a introdução nos ordenamentos jurídicos nacionais de instrumentos que prevejam a possibilidade de, na legislação penal, civil ou fiscal, conforme o caso, tornar menos rigorosas as disposições em matéria de ônus da prova no que se refere à origem dos bens que se encontrem na posse de uma pessoa acusada de um crime relacionado com a criminalidade organizada.

Em 3 de abril de 2014, o Parlamento e o Conselho europeus editaram a Diretiva 2014/42/UE. A partir da premissa de que os regimes de perda alargada e reconhecimento mútuo não apresentavam o resultado esperado e que tal circunstância decorria de diferença entre os sistemas normativos dos Estados-membros, o ato normativo esclarece que o conceito de “perda alargada” aplicado na organização criminosa alcança os bens associados direta ou indiretamente ao crime imputado, mas também “de bens que o tribunal apure serem produto de outros crimes”. Essa abordagem corresponde à noção de perda alargada” (considerando nº 19) e restringe as hipóteses elencadas na Decisão-Quadro 2005/212/JAI. O considerando nº 21 determina que a conclusão a respeito da vinculação de um bem com um comportamento criminoso poderá ser atingida quando for razoável presumir que:

[É] bastante mais provável [...] que os bens em causa tenham sido obtidos por via de um comportamento criminoso do que de outras atividades [...] O facto de os bens da pessoa serem desproporcionados em relação aos seus rendimentos legítimos poderá ser um dos elementos que levam o tribunal a concluir que os bens provêm de comportamento criminoso.

A Diretiva estabelece ainda rol de infrações penais sujeitas à medida, sendo elas as seguintes: corrupção, organização criminosa, pornografia infantil e interferência ilegal em sistema de dados. Considerou a possibilidade de os Estados estenderem a aplicação do instituto a outras infrações penais, cuja pena máxima não seja inferior a quatro anos, estimulando a que o legislador nacional adote um rol aberto de crimes sujeitos à perda alargada. De todos os atos normativos, esse é o que mais se aproxima do modelo de perda alargada baseada na presunção de ilicitude do bem (CORREIA, 2012).

O delineamento normativo foi acompanhado pela adoção de medidas efetivas de investigação patrimonial. Em 6 de dezembro de 2007, o Conselho determinou a todos os Estados a criação de órgão especializado na recuperação de bens “para efeito de facilitar a detecção e identificação dos produtos e outros bens susceptíveis de serem objeto de uma ordem de congelamento, apreensão ou perda” (UNIÃO EUROPEIA, 2007). O ato estimulou ainda a adesão à Rede Camden Inter-serviços de Recuperação de Bens (Carin), criada por Áustria, Bélgica, Alemanha, Irlanda, Países Baixos e Reino Unido (considerando nº 5), destinada a reunir redes de contato de especialistas em identificar e confiscar bens.

A reunião dos tratados e atos normativos referidos acima são a base legal do confisco alargado no Direito Internacional e no Continente Europeu. Ao longo dos anos, o

instituto foi detalhado para fazer constar o rol mínimo de crimes e métodos de *standard* probatório, além da previsão de agências especializadas na investigação patrimonial.

Conforme foi visto, muitos países adotaram e introduziram o instituto nos respectivos ordenamentos nacionais. O artigo concentrará o estudo apenas em Portugal, em razão da proximidade com o Brasil e da identidade da redação inserida no Código Penal com a legislação portuguesa.

4 A PERDA ALARGADA EM PORTUGAL

O confisco alargado foi implantado em Portugal pela Lei nº 5/2002, a qual determinou a presunção legal de que “a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito” constitui “vantagem da actividade criminosa” a que o réu foi condenado (art. 7º). A hipótese é restrita ao cometimento de tráfico de drogas, terrorismo, tráfico de armas, corrupção passiva, peculato, lavagem de dinheiro, associação criminosa, contrabando, lenocínio e tráfico de menores e falsificação de moedas (art. 1º). Há assim três requisitos: condenação por um dos crimes do catálogo, existência de patrimônio e que ele seja incompatível com a renda declarada. A conjugação desses requisitos determina a presunção de que a diferença de valor é resultado de atividade criminosa.

O conceito de patrimônio é definido em três situações: bens que estejam na titularidade do réu, ou em relação ao qual ele tenha o domínio e o benefício à época da constituição como arguido – posição correspondente ao réu em nosso ordenamento – ou posteriormente; bens transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; e bens recebidos pelo réu nos cinco anos anteriores à constituição como arguido. O conceito de patrimônio é econômico, incluindo “tudo aquilo que materialmente possa ser imputado ao condenado, mesmo que, do ponto de vista formal, não lhe pertença” (CORREIA, 2012, posição 2256).

Correia (2012) indica que parcela da doutrina defende um quarto requisito, a demonstração de existência de carreira criminosa anterior, elemento que, segundo o autor, tornaria sem sentido a previsão do novo instrumento, pois o método presuntivo do legislador foi concebido a partir da dificuldade probatória quanto a essa demonstração.

A perda de bens é determinada no mesmo processo penal principal, conforme previsto nos arts. 8º e 12, disciplinando ainda questões processuais específicas:

Artigo 8º

Promoção da perda de bens

1 – O Ministério Público liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado.

2 – Se não for possível a liquidação no momento da acusação, ela pode ainda ser efectuada até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos.

3 – Efectuada a liquidação, pode esta ser alterada dentro do prazo previsto no número anterior se houver conhecimento superveniente da inexactidão do valor antes determinado.

4 – Recebida a liquidação, ou a respectiva alteração, no tribunal, é imediatamente notificada ao arguido e ao seu defensor.

[...]

Art. 12º

Declaração de perda

1 – Na sentença condenatória, o tribunal declara o valor que deve ser perdido a favor do Estado, nos termos do artigo 7º.

A simultaneidade entre o processo penal e o confisco é destacada por Caeiro (2012, posição 3.927) que ressalta que “o confisco é, entre nós, exclusivamente decretado e executado no <processo principal>, não podendo ser relegado para outros meios (v.g. civis ou administrativos)”.

O Ministério Público realiza a “liquidação do património incongruente” (PORTUGAL, 2014) e requer a aplicação do confisco alargado no mesmo processo principal até 30

dias antes da primeira audiência de julgamento. Caso o faça na denúncia, a defesa deverá ser apresentada na própria contestação, designando-se o prazo de 20 dias para a apresentação em momento posterior (art. 9º (4)). O mérito deverá versar sobre a origem lícita do patrimônio, a aquisição de bens fora do período quinquenal ou aquisição de bens com renda obtida fora do período quinquenal, como pode ser extraído no nº 3 do art. 9º.

A natureza do confisco alargado também é debatida em Portugal. Embora Correa (2006, p. 97) sustente que o instrumento representa uma espécie de pena, Essado (2015, p. 12) relata que os posicionamentos divergem entre natureza penal, administrativa e cível. Os defensores da primeira posição extraem fundamento pela origem do procedimento em que ele é aplicado, motivo pelo qual seria uma espécie de pena semelhante à medida de segurança (CORREIA, 2012, posição 2096). A segunda e a terceira são sustentadas pelo argumento de que o confisco alargado não possui relação com elementos típicos do Código Penal, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, motivo pelo qual a medida não seria penal.

A norma foi objeto de críticas na doutrina portuguesa. O instituto violaria o princípio da presunção de inocência e o direito ao silêncio do acusado, ao inverter o ônus da prova e determinar a presunção de que os bens sujeitos a confisco teriam origem criminosa.

Apesar das críticas, a jurisprudência vem reconhecendo a validade da norma. Em 11 de fevereiro de 2015, o Tribunal Constitucional de Portugal refutou a alegação de inconstitucionalidade do n. 1º do art. 7º da Lei nº 05/2002 sob o fundamento de que a presunção ali estabelecida é relativa. Em 12 de agosto de 2015, o Tribunal Constitucional voltou a analisar o tema (Acórdão nº 392/2015) e afastou a alegação de inconstitucionalidade por violação à presunção de inocência e direito ao silêncio com os seguintes fundamentos: o confisco alargado está previsto em Tratados aderidos por Portugal; a presunção contida no art. 7º (1) da Lei nº 05/2002 apenas se opera após a condenação da conduta imputada e é passível de prova em contrário; a presunção não viola a presunção de inocência, pois o confisco não trata de juízo de censura ou culpabilidade uma vez que “o que está em causa neste procedimento, repete-se, não é já apurar qualquer responsabilidade de uma atividade criminosa”. Acrescentou ainda o Tribunal Constitucional:

[...] a ilisão da presunção será efetuada através da demonstração de factos que são do seu conhecimento pessoal, sendo ele que se encontra em melhores condições para investigar, explicar e provar a concreta proveniência do património ameaçado. As presunções legais surgem exatamente

para responder a essas situações em que a prova direta pode resultar particularmente gravosa ou difícil para uma das partes, causando, ao mesmo tempo, o mínimo prejuízo possível à outra parte, dentro dos limites do justo e do adequado, enquanto a tutela da parte “prejudicada” pela presunção obtém-se pela exigência fundamentada e não arbitrária de um nexó lógico entre o facto indiciário e o facto presumido, o qual deve assentar em regras de experiência e num juízo de probabilidade qualificada. Percebe-se, como conclusão, que o confisco alargado em Portugal é aplicado no próprio processo penal a partir da conjugação de três requisitos: prática de alguns dos crimes definidos no catálogo; existência de património; e incompatibilidade com a renda declarada ou conhecida. A imputação patrimonial para a perda alargada deve ser realizada pelo Ministério Público quando da apresentação da denúncia ou até 30 dias antes da audiência. De modo expresso, a legislação refere-se à presunção como método de raciocínio para subsidiar o confisco. O réu, por sua vez, tomará conhecimento do pedido do Ministério Público e poderá utilizar as objeções de que o bem estava em sua posse há mais de cinco anos, resulta de atividade lícita desenvolvida no período de cinco anos ou foi adquirido por meio de património obtido antes do quinquênio.

No campo da execução da medida legislativa, a Lei nº 45/2011 criou o Gabinete de Recuperação de Activos (GRA) vinculado à Polícia Judiciária e destinado a localizar e apreender bens sujeitos a futuro perdimento e gerar dados estatísticos (art. 3º).

5 O ART. 91-A DO CÓDIGO PENAL

A sucinta descrição do quadro internacional permite analisar o art. 91-A do Código Penal e identificar alguns pontos relevantes do instituto.

5.1 Requisitos do Confisco Alargado

O confisco alargado exige que o Ministério Público apresente três requisitos: (I) prática de crime a que a lei preveja pena mínima superior a 6 anos de reclusão; (II) existência de património e incompatibilidade entre o património encontrado; e (III) a renda conhecida.

Catálogo aberto de crimes. O art. 91-A propõe a perda na hipótese de “condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão”. O legislador brasileiro optou pela adoção de um rol aberto de crimes ao prever apenas a pena máxima abstrata do delito como requisito inicial da aplicação do confisco alargado. Optou-se por não elencar taxativamente todos os crimes que atrairiam o instituto, escolha que melhor se ajusta à natureza mutável da política criminal, que a todo momento é desafiada com a inserção de um novo comportamento que se quer ver tipificado. O modelo escolhido está aliado à boa prática sugerida pela Diretiva 2014/42/UE para a seleção de condutas a partir da pena máxima.

Em verdade, o modelo é até mais conservador do que o padrão normativo vigente na União Europeia. Como apresentado, a Diretiva aventou a possibilidade de os Estados estenderem o confisco alargado para condutas reprimidas com pena máxima igual ou superior a quatro anos, enquanto o instituto brasileiro optou pela pena máxima a partir de 6 anos. A escolha do legislador deixa de fora, por exemplo, o crime de estelionato (art. 171 do Código Penal), que prevê pena máxima de 5 anos, conduta que, em geral, apresenta baixa lesividade mas consome boa parte da atuação criminal do Ministério Público Federal e da Justiça Federal, ao lado do crime de contrabando (MOHALLEM; RAGAZZO, 2017) alcançando 18% de todas as manifestações criminais do MPF em 2016 (BRASIL, 2017).

É interessante ressaltar que o art. 91-A do Código Penal adota como referência a pena em abstrato; a pena em concreto não influencia a utilização do instituto. O confisco alargado será aplicado se a pena em abstrato for alcançada pela soma, no caso de concurso material, ou da exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado. O critério restritivo de interpretação vigente para o Direito Penal não é adequado para suprir a lacuna do texto legal, a despeito de posicionamento contrário (ANDRADE, 2019, p. 37).

A abordagem do instituto pela doutrina, pela jurisprudência e pelas instituições apresentará novos aportes para avaliar se o critério do rol aberto de crimes é suficiente para o fim a que ele se destina. O uso do princípio da proporcionalidade no papel de “controle de sintonia fina” (MENDES, 2001, p. 258) indicará eventual abuso normativo da seleção ou insuficiência no critério adotado.

O Direito Comparado continuará representando para essa tarefa um papel importante. Ao lado da aplicação automática em razão das práticas do crime do catálogo, o Reino Unido adota o referencial monetário de £ 5.000,00 como resultado esperado da

ação criminosa para permitir a aplicação do confisco alargado. Acionado o critério monetário e preenchidas outras condições – que permitem qualificar o acusado em um “modo de vida criminoso” –, o patrimônio do condenado será alcançado pelo instituto, a despeito de o crime praticado não ter sido previsto taxativamente no catálogo (REINO UNIDO, 2002, s. 6(4)). O referencial monetário poderia servir como requisito cumulativo ou alternativo ao rol aberto de crimes, a depender da aplicação proporcional do instituto na realidade brasileira e da necessidade de ajuste ao princípio da proibição da proteção deficiente ou ao princípio da proporcionalidade.

Também vem da legislação estrangeira um exemplo de outro controle, desta vez *a posteriori* mediante o uso de conceitos indeterminados pelo Poder Judiciário. O parágrafo 18 da Diretiva 2014/42/UE, por exemplo, refere-se à possibilidade de, em circunstâncias excepcionais, a perda não ser aplicada “desde que [...] tal acarrete dificuldades indevidas para a pessoa em causa”. Alerta o mesmo parágrafo que essa hipótese deve ser de utilizada de modo muito restrito, apenas quando o confisco coloque a pessoa “numa situação em que lhe seja muito difícil sobreviver”. Em 2017, o Código Penal português foi alterado para permitir que o tribunal deixe de aplicar o confisco de valor quando a situação se mostrar “injusta ou demasiado severa” em referência à situação socioeconômica do condenado (PORTUGAL, 1995). A despeito de não existir dispositivo semelhante para a perda alargada, defendem Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues certa dose de liberdade na aplicação do instituto, notadamente para evitar a presunção de situações irrazoáveis, improváveis ou inverossímeis (RIGOR RODRIGUES; REIS RODRIGUES, [S./d.], p. 243).

Por fim, a discussão a respeito da incidência de regras de hermenêutica penais é vinculada, na verdade, a outra ainda mais rica e complexa direcionada a responder se o instituto apresenta natureza penal, administrativa ou civil. A finalidade de sucinta apresentação do instituto não comporta expor todos os argumentos que envolvem o tema, mas a estrutura do instituto leva a que seja reconhecida sua natureza civil no Direito Comparado em razão dos seguintes argumentos: a perda não representa sanção penal e não está elencada no art. 33 do Código Penal; a perda representa mera vedação de enriquecimento ilícito, retirando do réu os bens ou valores que ingressaram de forma ilícita em seu patrimônio; a eventual sincronia da perda com a condenação penal pelo crime é uma mera correlação entre os dois institutos, como a obrigação de indenizar o dano (art. 91, inciso II, Código Penal c/c art. 387, inciso IV, Código de Processo Penal). Ademais, quem defende a natureza penal do confisco terá dificuldade em explicar a ineficácia do princípio da intranscendência da pena quanto ao confisco clássico e da prescrição de pretensão executória. Em Portugal, o posicionamento pela natureza civil do

instituto é compartilhado por parcela relevante da doutrina e exhibe decisões favoráveis do Tribunal Constitucional na jurisprudência (VIEIRA, 2019, p. 97). Na doutrina brasileira, os argumentos em favor da natureza civil do confisco clássico são defendidos por autores como Aníbal Bruno,² Luiz Regis Prado,³ Bitencourt,⁴ Tiago Cintra Essado (2015, p. 12) e Sérgio Moro (2010, p. 170).

Patrimônio e incompatibilidade com a renda. O art. 91-A do Código Penal prevê, como requisito para aplicação do instituto, que a acusação demonstre os bens que compõem o patrimônio do condenado e indique a incompatibilidade do patrimônio com a renda declarada.

O conceito de patrimônio é amplo, baseado no critério econômico, similar ao inserido na Lei nº 5/2002 em Portugal. O primeiro critério definidor do patrimônio previsto no inciso I do § 1º do art. 91-A diz respeito a todos os bens em domínio do condenado à época do crime ou recebidos posteriormente.

O segundo critério definidor também está no inciso I do § 1º do art. 91-A do Código Penal. É a hipótese em que o bem pertence formalmente a terceiro, mas é administrado ou usufruído pelo condenado que se comporta como se proprietário fosse. O parâmetro de análise é o mesmo utilizado na lei portuguesa, até mesmo os termos domínio e benefício.

O terceiro critério incorpora os bens que foram transferidos gratuitamente ou com uma contraprestação irrisória a terceiro a partir da atividade criminal. A alteração legislativa não definiu o que deve ser considerado como contraprestação irrisória. À falta de um parâmetro equivalente, pode-se estabelecer, como tal, a alienação inferior a 50% do valor real do bem, em analogia à norma do parágrafo único do art. 891 do Código de Processo Civil.

Em todos esses critérios utilizou-se como período depurador a data do crime. Aqui duas observações. A data da infração penal ou da atividade criminal é a data de início da ação criminosa a que ele foi condenado, ainda que em outro momento tenha ocorrido o

2 “No grupo dos efeitos indiretos, fora da área penal, que decorrem da sentença condenatória, está incluído também, no nosso Direito, o confisco dos instrumentos ou produtos no crime, que nesse dispositivo não é pena nem medida de segurança, mas efeito da condenação”. (BRUNO, 1984, p. 249-250).

3 “As consequências secundárias extrapenais que advêm da condenação que alcançam âmbitos vários, a saber: cível (obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; confisco e incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela – arts. 91, I, II; 92, II, CP) [...]”. (PRADO, 2010, p. 630).

4 “O confisco, na nossa legislação atual, não é pena, mas simples efeito da condenação, e limita-se aos instrumentos ou produtos do crime”. (BITENCOURT, 2010, p. 769).

resultado (art. 4º do Código Penal). O lapso de tempo desde o início da conduta criminosa até a denúncia ou seu aditamento é denominado de período depurador, quando então todo o patrimônio do condenado nesse período de tempo é colocado sob apuração e confrontado com eventual renda.

As situações descritas no § 1º do art. 91-A são semelhantes às encontradas em Portugal. Viu-se que, no país lusitano, entende-se como patrimônio todos os bens no domínio do réu ao tempo em que foi considerado suspeito ou os bens transferidos ou ingressados em seu patrimônio nos cinco anos anteriores à data em que foi constituído como suspeito. O ponto de diferença é que o art. 91-A é mais rigoroso, ao considerar como marco temporal a data de início da conduta criminosa. Essa data serve para a fixação do período depurador de cinco anos. Assim, enquanto o período quinquenal retroage com base na data da constituição do investigado como suspeito em Portugal, no Brasil, o período retroage à data do crime.

Não se exige que os bens tenham ingressado após a data do crime, apesar de posição doutrinária em contrário (ANDRADE, 2019, p. 38). Tal requisito, se existisse, esvaziaria a eficácia do confisco alargado e iria de encontro ao surgimento e à evolução do instituto no Direito Comparado, além de provocar uma inevitável fusão com o confisco clássico, na modalidade de produto do crime. A aquisição de determinado bem antes do período depurador apenas serve para aumentar o ônus probatório da acusação, que deverá comprovar alguma contaminação na entrada do bem no patrimônio. A defesa de tal argumento é motivada pela compreensão da natureza penal do instituto, o que não se mostra a mais adequada, conforme indicado acima e exposto em *Confisco Alargado de Bens: análise de direito comparado* (VIEIRA, 2019, p. 97).

Dificuldade pode existir na hipótese em que o patrimônio deva ser calculado unicamente pela movimentação de ativos pelo condenado. De acordo com o procurador da República Tiago Misael de Jesus Martins, citando o *Internal Revenue Code* utilizado como referência nos Estados Unidos, quatro métodos se destacam na literatura internacional para a identificação patrimonial. O primeiro é o método do pagamento específico utilizado para “rastrear um pagamento ou um conjunto de pagamentos determinados de um alvo ou para um alvo”. O segundo é o método do patrimônio líquido, ou *net worth method*, que toma como referência um patrimônio base em determinado ano e, após cada exercício, é adicionado determinado montante de valor líquido de despesas, permitindo-se ao final a indicação do patrimônio líquido total. O terceiro método é o de despesas, por meio do qual o órgão de apuração identifica as despesas efetivas do investigado e as coteja com a renda, permitindo apontar o montante incompatível com seus rendimentos

lícitos. O quarto e último método é o de análise de depósitos bancários, ou *bank deposit method*, que busca aferir o montante circulante na conta bancária do investigado, ainda que ele não apresente variação patrimonial ou não realize despesas incompatíveis com sua renda (MARTINS, 2016, p. 54-60).

Vinculação entre os bens e o crime a que o réu foi condenado. O art. 91-A do Código Penal indica que será decretada a perda “como produto ou proveito do crime”, sugerindo para o leitor desatento algum grau de vinculação entre os bens que foram encontrados no patrimônio e prática do crime. Tal interpretação, contudo, geraria um resultado um tanto quanto inibidor da nova modalidade de confisco, pois se a acusação deve demonstrar a relação com o crime e enquadrar como seu produto ou proveito não se mostraria necessária a intervenção legislativa para criação de uma nova espécie de perda patrimonial. O confisco clássico e o confisco equivalente, além do crime de lavagem de ativos, bastariam para que o Estado decretasse a perda de bens.

A interpretação que mais se ajusta à expressão “como produto ou proveito do crime” é que o legislador a utilizou para (I) equiparar a nova modalidade confiscatória com o regime processual da perda de bens já vigente em nosso ordenamento; e (II) ratificar o raciocínio presuntivo de que os bens teriam origem em outras condutas ilícitas do condenado. Trata-se do mesmo método de estrutura de redação utilizado, por exemplo, em Portugal, onde o legislador estipulou que os bens e valores encontrados nas três condições definidas acima são presumidamente decorrentes de “vantagem de atividade criminosa”.

Nota-se, ainda, que o legislador brasileiro utilizou a preposição “de” mais o artigo definido ao se referir ao “produto ou proveito **do** crime”. Curiosamente, é a mesma atecnia retificada pelo legislador português. Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues explicam que a redação original do *caput* do art. 7º da Lei nº 5/2002 de Portugal estabelecia a presunção de que o patrimônio a descoberto era resultado “**da** atividade criminosa” (RIGOR RODRIGUES; REIS RODRIGUES, [S./d.], p. 243). Em 6 de fevereiro de 2002, a Declaração de Retificação nº 5/2002 alterou a redação do *caput* para estabelecer que o patrimônio presumia-se ser resultado “**de** actividade criminosa” (PORTUGAL, 2002). Idêntica solução deveria ser adotada pelo Congresso Nacional para retificar a expressão “produto ou proveito do crime” para “produto ou proveito de crime”, repelindo, de vez, argumentos que possam inibir a eficácia do novo instituto.

5.2 Regime processual do confisco alargado

Imputação patrimonial. A imputação patrimonial é o pedido de confisco de determinado bem ou valor na peça inicial da acusação ou no aditamento (ESSADO, 2015, p. 86). No confisco clássico, a vinculação de determinado bem ou valor com o crime a título de produto, proveito ou instrumento do crime era demonstrada na denúncia. A exigência é cumprida por vezes implicitamente pelo órgão acusador ao narrar os fatos e o envolvimento de tais bens com eles. O confisco alargado exigirá mais esforço do Ministério Público do que o despendido no confisco clássico, pois a peça acusatória exigirá a demonstração dos três requisitos exigidos no art. 91-A do Código Penal: condenação por crime com pena máxima superior a 6 anos, existência de patrimônio e desconformidade deste com a renda, acompanhados da indicação dos bens que serviram de suporte à desconformidade e ao valor representativo do montante a descoberto.

A eficácia da constrição demandará a existência prévia de investigação patrimonial, regulada em especial pela Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. À exceção de alguns crimes em que o domínio de certos bens se confunde com a materialidade delitiva, como o crime de lavagem de dinheiro, a demonstração dos requisitos do confisco alargado exigirá do titular do inquérito a abertura de investigação própria destinada exclusivamente ao accertamento patrimonial do investigado.

Não apenas isso. Mostra-se imprescindível que a investigação patrimonial caminhe *pari passu* com a investigação criminal relativa à materialidade e à autoria. A sincronia entre as investigações atende a recomendações do Gafi (2012, p. 10) e é reforçada por boas práticas observadas em outros países (ASIAN-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION, 2014, p. 23), além de pesquisa empírica no Reino Unido sobre o tema que indica a prevalência das constrições patrimoniais antes da condenação (REINO UNIDO, 2000, p. 53).

O momento adequado de apresentar a imputação patrimonial é na denúncia. A descoberta de novos bens ou valores em domínio do réu poderá fundamentar o aditamento da imputação patrimonial. De modo a não tolher o direito de defesa ou não turbar o andamento processual, utiliza-se como referência para o termo final do aditamento da imputação patrimonial o mesmo termo utilizado para a inclusão de novos fatos criminosos ou de coautor. Assim, o Ministério Público terá até o encerramento da fase postulatória, isto é, até o oferecimento da resposta (BADARÓ, 2015, p. 198), para apresentar eventual aditamento da imputação patrimonial.

Defesa. Apresentada a imputação patrimonial, constitui ônus da defesa refutar a imputação patrimonial. Como não se trata de instituto de direito material penal, o confisco alargado exige da defesa um esforço argumentativo e probatório maior do que na resposta oferecida à imputação do crime.

O art. 91-A do Código Penal erige como argumentos de defesa a possibilidade de o réu alegar a origem lícita dos bens e valores que foram utilizados como referência para a demonstração da incompatibilidade patrimonial ou mesmo a própria inexistência de incompatibilidade entre os bens e valores quando em cotejo com sua renda lícita. Mas os argumentos não se limitam a esses dois. A defesa poderá ainda alegar que os bens foram adquiridos fora do período depurador – que é a data da atividade criminal –, transferindo o ônus para a acusação, que deverá indicar algum vício de ilicitude na aquisição desses bens.

É curioso notar que o terceiro argumento passível de ser utilizado pela defesa não foi inserido no Código Penal, a despeito da inferência lógica de sua possibilidade em razão de o próprio art. 91-A utilizar o período depurador como referência. A título de Direito Comparado, como referido acima, a Lei nº 5/2002 em Portugal refere-se expressamente a bens que estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido.

Sentença condenatória e o capítulo de confisco. A sentença condenatória por crime com pena máxima superior a 6 anos de reclusão e a demonstração dos outros dois requisitos pela acusação permitirão ao juiz “declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada” (art. 91-A, § 4º, Código Penal). Cabem neste tópico duas observações.

A primeira observação é a respeito da atecnia do legislador brasileiro. A sentença que acolhe o pedido inicial do Ministério Público determina um valor a ser pago pelo arguido, que corresponde à diferença entre o patrimônio total do condenado e o patrimônio que possui algum lastro econômico. Ao contrário do que se possa inferir pela nomenclatura, a ordem não permite a transferência da propriedade de imediato, como ocorre no confisco tratado no Código Penal, pois não se está a tratar de produto ou instrumento de crime. Apura-se o patrimônio total e em quanto, desse total, há desconformidade ou se encontra descoberto, sendo esse o valor que será objeto da condenação. Daí por que

já se pontuou que o uso do termo “confisco” ou “perda” para o confisco alargado é inapropriado.⁵

O legislador português demonstrou mais afinidade com o instituto ao reconhecer no § 1º do art. 12 que “o tribunal declara o valor que deve ser perdido”. Os parágrafos seguintes do art. 12 disciplinam o pagamento do valor fixado: caso não tenha sido oferecida caução, o réu goza de prazo de 10 dias para pagar a condenação; caso o réu não pague no prazo fixado, os bens eventualmente arrestados serão perdidos em favor do Estado; por fim, se não existir bem arrestado, o Ministério Público instaura execução para cobrança da condenação.

A interpretação mais adequada do instituto é reconhecer que a sentença condenatória determina o pagamento do valor a descoberto no prazo de 15 dias, conforme regra vigente no art. 523 do Código de Processo Civil. Não ocorrendo o pagamento voluntário é que poderão ser confiscados todos os bens do réu, inclusive aqueles integrantes do seu patrimônio lícito, como ocorre, por exemplo, no Reino Unido (REINO UNIDO, 2015, posição 3215).

A segunda observação é a respeito do critério de decisão suficiente para avaliar a existência dos requisitos do confisco alargado. Nas palavras de Danilo Knjnik, os critérios de decisão são “pautas objetivas, sujeitas ao controle e à discussão das partes, na constatação de fatos, e auxiliam na evitação do erro ou do arbítrio” (2007, p. 18). Há diversos critérios legais estudados na doutrina,⁶ mas três deles merecem ser destacados em razão do uso mais corrente no país: os *standards* da preponderância de evidências, de uma prova clara e convincente e da prova além da dúvida razoável. A prova além da dúvida razoável é exigida nos processos de natureza penal; no campo cível, a preponderância de provas representa o critério para processos essencialmente patrimoniais. Reserva-se o critério de prova clara e convincente apenas para demandas nas quais estejam em discussão valores especiais, mas que não chegam a alcançar a esfera penal (GARNER, 2014, p. 1.457).

5 A avaliação foi realizada originalmente no trecho do voto do Lorde Hobhouse de Woodborough, no caso *In Re Norris*, na Inglaterra [2001] UKHL 34, [2001] 1 WLR 1388, em referência ao instituto similar do país, que afirmou que “seção 1 a 5 apresenta o processo do que o Ato trata de “ordens de confisco” (s. 1(8)(a)). Contudo, o termo é inapropriado. As ordens são determinações de pagamento para o réu condenado por tráfico de drogas para pagar somas de dinheiro para o Estado”. Trad. livre de: *Sections 1 to 5 deal with the making of what the Act calls ‘confiscations orders’ (s. 1(8)(1)). However, this is a misnomer. The orders are financial orders ordering a defendant convicted of a drug trafficking offence to pay sums of money to the State.* UNITED KINGDOM. **In Re Norris**. 2001. Disponível em: publications.parliament.uk. Acesso em: 11 fev. 2019.

6 Danilo Knjnik cita a prova além da dúvida razoável e da preponderância de evidências, bem como as *special rules*, a mínima atividade probatória, o modelo das dúvidas positivo-concretas, a doutrina do absurdo e da arbitrariedade, a congruência narrativa, o *défaut de motifs*, os modelos matemático-probabilísticos (2001, p. 15-51).

Embora o ordenamento nacional não se refira, expressamente, a nenhum deles, não é raro encontrar na jurisprudência referência aos citados parâmetros. À guisa de exemplo, o parâmetro da prova além da dúvida razoável foi utilizado nos votos dos ministros Luiz Fux, Celso de Mello, Rosa Weber e Gilmar Mendes no julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Penal não elegeu um critério de decisão para a perda de bens, tampouco o fez o novo art. 91-A do Código Penal. Observa-se, porém, que o capítulo da sentença relativo ao confisco trata exclusivamente de efeitos patrimoniais da conduta, não se discutindo a culpabilidade do condenado ou a imposição de qualquer sanção penal típica. Dessa forma, o critério da preponderância de provas surge como opção adequada ao novo instituto. Tiago Cintra Essado também sustenta que o parâmetro de decisão deve ser cível, e não penal, mostrando-se salutar a adoção expressa do critério da preponderância de evidências (2015):⁷

Conforme já mencionado, a natureza do procedimento probatório projetado para a perda alargada é unicamente patrimonial. Não será possível qualquer discussão de aspectos de culpabilidade e nem mesmo o uso posterior, por exemplo, em sede recursal, de elementos probatórios obtidos nesse procedimento em prejuízo do imputado.

[...]

Após a condenação penal e para a hipótese do advento do procedimento patrimonial, o bem jurídico em jogo será unicamente a propriedade.

[...]

O critério da dúvida razoável previsto para o juízo de culpabilidade não serve para o juízo da perda de bens. Também não é o caso de se adotar o critério intermediário, próprio para processos civis distintos dos tradicionais, como o que discute possível prática de improbidade administrativa, da prova clara e convincente. Por coerência sistêmica, o critério entendido como adequado para a perda alargada é o da preponderância de provas. (ESSADO, 2015, p. 278)

⁷ O posicionamento é compartilhado por Solon Cícero Linhares (2016, p. 169) e Cláudio Macedo Souza e Luiz Eduardo Dias Cardoso (2016, p. 251).

A referência ao critério de preponderância das evidências se adapta melhor à natureza do instituto, atendendo, ainda, às boas práticas internacionais que recomendam a redução da exigência do *standard* probatório (STEPHENSON, 2011, p. 7).

Em continuação, também não há previsão expressa, mas o raciocínio presuntivo é inerente à aplicação do confisco alargado. O pressuposto de que a prática de determinados delitos graves demanda especialização criminosa obtida somente após a vida delinquente e a ausência de justificativa para o patrimônio encontrado configuram a base de apoio da atração da perda dos bens. Longe de representar violação arbitrária à esfera patrimonial do réu, o método do legislador é espalhado na legislação penal. De todos os exemplos possíveis, o art. 42 da Lei nº 9.430/1996 é o melhor deles. Em presunção *juris tantum*, a referida norma reconhece que configura omissão de receita “os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular [...] não comprove [...] a origem dos recursos utilizados nessas operações”. Cuida-se, portanto, de presunção relativa assumida a partir de prova indireta, frise-se, para a imputação de conduta penal relevante, não se apresentando adequada a crítica em relação a sua utilização para medida ainda menos invasiva.

A expressa disposição a respeito da prova indireta para a decisão confirmatória do confisco não representaria inovação no sistema jurídico brasileiro. O art. 60, § 1º, da Lei nº 11.343/2006 e o art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/1998 já dispõem de tal estrutura, embora parte da doutrina sustente tal previsão como inversão do ônus da prova (BONFIM *et al.*, 2005).

A necessidade de clareza disposta em relação às duas observações realizadas — *standard* probatório e raciocínio probatório — é reforçada por pesquisa empírica realizada em 2009. Apesar da redação do art. 60, § 1º, da Lei nº 11.343/2006 e do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.613/1998 permitirem a prova indireta para a comprovação da origem lícita do bem para o acusado, 41% dos juízes com competência criminal continuam a exigir carga probatória mais pesada da acusação (BRASIL, 2010, p. 21). Do mesmo modo, apesar de o Código de Processo Penal não exigir o *periculum in mora* para a adoção de medidas assecuratórias patrimoniais, 68% dos magistrados o fazem (BRASIL, 2010, p. 20). A resistência cultural, mesmo *contra legem*, impõe a necessidade de efetiva compreensão do instituto e da estrutura que o cerca, de modo que a finalidade a ser alcançada pela nova medida legislativa não possa ser soterrada pela prática hermenêutica sedimentada anteriormente.

Lacunas. Em arremate a este breve artigo, cumpre registrar que a introdução do confisco alargado apresentou importantes lacunas. Uma delas, e talvez a principal, é a respeito da eficácia imediata do confisco alargado e a resposta às seguintes perguntas: a regra do art. 91-A do Código Penal pode ser aplicada para os processos penais em curso? Ela incide sobre os crimes praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 13.963/2019? Mais uma vez, o posicionamento pela eficácia imediata ou não do art. 91-A dependerá da filiação ao posicionamento pela natureza civil ou penal do instituto. A incompatibilidade será patente para aqueles que vislumbram o instituto no campo penal.

Outra lacuna importante toca o uso de cautelares para garantir o pagamento do valor declarado como incompatível no confisco alargado. O sequestro previsto no art. 125 do Código de Processo Penal exige a demonstração de que os bens foram “adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração”, vínculo incompatível com o confisco alargado, pois a contaminação dos bens pelo crime atrai o confisco clássico; a especialização de hipoteca legal, por sua vez, exige “certeza da infração e indícios suficientes da autoria” (art. 134 do Código de Processo Penal). Na legislação especial, o sequestro previsto no art. 3º do Decreto-Lei nº 3.240/1941 exige apenas “indícios veementes de responsabilidade”, enquanto na disciplina civil vislumbram-se mais outras tantas possibilidades de cautelares. Trata-se de importante lacuna que somente o amadurecimento da aplicação do instituto conseguirá apresentar a melhor solução.

O legislador não se preocupou em estabelecer um prazo específico para prescrição do cumprimento da sentença que condena o réu ao pagamento do valor correspondente ao patrimônio a descoberto. No Brasil, os efeitos secundários da sentença penal condenatória — incluindo o confisco — não são alcançados pela prescrição da pretensão executória (PRADO, 2010, p. 679), o que indica que o confisco alargado seguiria a mesma orientação. Por outro lado, a natureza civil do instituto e a obrigação pecuniária em favor do Estado são argumentos relevantes em favor da aplicação do prazo quinquenal vigente para a cobrança das dívidas estatais.

Por fim, o legislador brasileiro tampouco se preocupou com a especialização dos órgãos públicos para a investigação patrimonial e da criação de base de dados para análise de eficácia da medida. Confia-se por demais na supremacia da legislação, olvidando-se que a sua aplicação exige a alteração de comportamentos já sedimentados nos tradicionais métodos de investigação. O Ministério Público e a Polícia miram, sobretudo, a reunião de elementos probatórios voltados à materialidade e autoria; os indícios de desconformidade patrimonial surgem ao acaso e como consequência da demonstração do fato típico. Essa é a abordagem tradicional do Direito Penal, embora tenha se mostra-

do ineficiente na repressão aos crimes essencialmente lucrativos (RUI, 2011). Alia-se a tal circunstância a reconhecida complexidade da investigação patrimonial (GRAY; BRUN, 2011). A inovação legislativa pode servir de ponto de partida para o surgimento de um novo padrão comportamental direcionado à investigação patrimonial (AGUIAR, 2016).

Do mesmo modo, enquanto a Diretiva 2014/42/UE prevê a necessidade de que cada Estado recolha dados estatísticos acerca do número de decisões de perda e valor dos bens recuperados (art. 11) e que Comissão da União Europeia apresente até 2018 relatório de avaliação do impacto do direito nacional (art. 13), o art. 91-A do Código Penal nada aborda a respeito do tema.

Como proposta de aperfeiçoamento, a previsão de órgão especializado, no Ministério Público ou na Polícia, e a apresentação de dados estatísticos são medidas que podem ser tomadas pelo legislador para alcançar o fim proposto pelo novo instrumento. As alterações poderiam ser colocadas sob o encargo da Procuradoria-Geral da República, do Conselho Nacional de Justiça (órgão que já coordena o Sistema Nacional de Bens Apreendidos), ou do Ministério da Justiça.

6 CONCLUSÃO

A Lei nº 13.964/2019 apresenta uma nova abordagem da criminalidade econômica, mais estratégica e racional, voltada ao desmantelamento patrimonial de organizações criminosas. O novo art. 91-A do Código Penal possibilita o confisco do patrimônio a descoberto do réu, independentemente do vínculo com o crime a que foi condenado. Não é a primeira norma a tratar do confisco alargado, mas a única a abordar o instituto tal como delineado e desenvolvido no Direito Comparado.

O confisco alargado é apoiado em movimento internacional direcionado a esse fim. Tratados internacionais e a União Europeia já preveem medidas semelhantes, consolidadas atualmente na Diretiva 2014/42/UE que define um regime mínimo comum no bloco europeu, embora com certas diferenças passíveis de serem estudadas para que se busque uma aplicação mais eficiente da norma. A experiência de outros países e, em especial, de Portugal, poderá auxiliar a compreensão do instituto para sua aplicação eficiente também no Brasil.

O art. 91-A do Código Penal elencou como requisitos para o confisco alargado a prática de crime a que lei preveja pena mínima superior a 6 anos de reclusão, existência de patrimônio e incompatibilidade entre o patrimônio encontrado e a renda conhecida.

Em que pese a evolução no tema, a Lei nº 13.964/2019 não avançou em temas importantes ou polêmicos que deverão ser devidamente enfrentados pelos interessados no assunto. O modo de cálculo do patrimônio, a necessidade de comprovação da vinculação dos bens com eventual atividade anterior criminosa, a ausência de referência à especialização das funções de investigação patrimonial, o *standard* probatório utilizado para convencimento da comprovação dos requisitos do art. 91-A do Código Penal, a eficácia imediata do instituto, o regime processual das cautelares e o prazo específico para prescrição são apenas exemplos de temas que não foram tratados pelos legislador, mas que reclamarão a atenção de todos os profissionais e estudiosos que lidam com esse objeto.

Referências

- AGUIAR, Júlio César de. **Sobre o Conceito Analítico-Comportamental de Norma Jurídico**. 2016. (no prelo).
- ANDRADE, Fernando Rocha de Andrade. Confisco Alargado. **Revista Semestral da Procuradoria da República no Rio Grande do Norte**, ano 1, v. 1, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://online.fliphtml5.com/ujhej/zmjj/#p=4>. Acesso em: 29 jan. 2020.
- BADARO, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOWLES, Roger; FAURE, Michael; GAROUPA, Nuno. Forfeiture of Illegal Gain: An Economic Perspective. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 25, n. 2, p. 275-295, 2000.
- BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOUCHT, Johan. Asset Confiscation in Europe — past, present, and future challenges. **Journal of Financial Crime**, v. 26, n. 2, p. 526-548, 2019.
- BRASIL. Ministério Público Federal. [e-mail robertovieira@mpf.mp.br]. **Dados da Comissão de BIs**. 11 out. 2017.
- BRASIL. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. **Medidas Assecuratórias no Processo Penal. Nº 25/2010**. Brasília: SAL, 2010. (Série Pensando o Direito, n. 25). Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/25pensando_direito.pdf. Acesso em: 6 jun. 2016.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. (parte geral, tomo 3).

CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, n. 100, p. 453-501, jan./fev. 2013.

CORREIA, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2012. (Versão Kindle).

ESSADO, Tiago Cintra. **A Perda de Bens e o Novo Paradigma para o Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GARNER, Bryan. **Black's Law Dictionary**. 10. ed. St Paul: West Group, 2014.

G-8 COUNTRIES. **Best Practices Principles on Tracing, Freezing and Confiscation of Assets**. Disponível em: https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/Web_ressources/G8_BPTracing.pdf. Acesso em: 28 maio 2016.

GRAY, Larissa; BRUN, Jean Pierre. **Asset Recovery Handbook**: a guide for practitioners. World Bank Publications, 2011.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO – GAFI. **Recomendação nº 30**. Disponível em: www.fatf-gafi.org. Acesso em: 10 out. 2017.

KNIJNIK, Danilo. Os *Standards* do Convencimento Judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-51, 2001.

_____. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributários**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2007.

LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de Bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Tiago Misael de Jesus. **Investigação financeira**: coleta, análise e uso de dados. 2016. (no prelo).

MOHALLEM, Michael F.; RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. (coord.). **Diagnóstico institucional**: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. **Resolução nº 1617**, de 29 de julho de 2005. Nova Iorque: ONU, 2005.

PORTUGAL. **Código Penal**. Lisboa, 15 de março de 1995. Disponível em: <https://www.parlamento.pt>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. **Lei nº 05, de 11 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. **Lei nº 45, de 24 de junho de 2011**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1360&tabela=leis.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 392/2015**. Julgamento em 12 de agosto de 2015. Acesso em: 20 jun. 2016.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. **Processo nº 1653/12.2 JAPRT-A.PI**. Julgamento em 11 de junho de 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REES QC, Edward *et al.* **Blackstone's Guide to the Proceeds of Crime Act 2002**. 5. ed. Estados Unidos: Oxford University Press. 2015. (Versão Kindle).

REINO UNIDO. **Drug Trafficking Act**. 1994. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/37/contents>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. **Proceeds of Crime Act**. 2002. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. **Recovering the Proceeds of a Crime**: a performance and innovation unit report. June, 2000.

RIGOR RODRIGUES, Hélio; REIS RODRIGUES, Carlos A. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**: viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, [S./d.].

RUI, Jon Petter. The Civil Asset Forfeiture Approach to Organised Crime. **The European Criminal Law Association' Forum**, n. 4, 2011.

SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia processual penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 118, p. 233-271, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. **Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo**. 16 maio 2005.

_____. **Decisão 2007/845/JHA**. 6 dez. 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. **Decisão-Quadro 2006/783/JAI**. 26 out. 2006.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. **Diretiva 2014/42/UE**. 3 abr. 2014.

VIEIRA, Roberto D'Oliveira. **Confisco Alargado de Bens**: análise de direito comparado. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

20 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Rafael Schwez Kurkowski¹

Resumo: Este artigo visa ao estudo da novel execução provisória da pena, no Tribunal do Júri, positivada pela Lei nº 13.964/2019, especialmente no art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal. Mediante revisão bibliográfica e análise documental, o trabalho examina a sua natureza jurídica, os seus requisitos e limites, a sua retroatividade e a sua constitucionalidade. Ao final, propõe a interpretação conforme a Constituição Federal, com redução de texto para eliminar o limite da pena de quinze anos de reclusão, a partir do qual deve ser determinada a execução provisória da pena como a única forma de salvar o art. 492 da pecha de inconstitucionalidade diante da manifesta afronta à soberania dos veredictos.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Execução provisória da pena. Soberania dos veredictos. Constitucionalidade. Interpretação conforme a Constituição.

Abstract: *This paper aims to study the provisional execution of the sentence of imprisonment in the jury established by the Act No. 13.964/2019, specially on the article 492, I, “e”, of the Penal Procedure Code. Through bibliographic review and documental analysis, this work examines its juridic nature, conditions, limits, retroactivity and constitutionality. In the end, it proposes the interpretation according to the Federal Constitution with text reduction to eliminate the limit of fifteen years of prison from which the provisional execution must be determined, as the only way to save article 492 from its unconstitutionality deriving the manifest affront against the verdicts sovereignty.*

Keywords: *Jury. Provisional execution of the sentence of imprisonment. Verdicts sovereignty. Constitutionality. Interpretation according to the Constitution.*

1 Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Sergipe e coordenador disciplinar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Registra-se especial agradecimento aos promotores de Justiça Manoel Veridiano Fukuara Rebello Pinho (MPMS) e Saulo Jerônimo Leite Barbosa de Almeida (MPMA) pelas valiosas reflexões sobre o tema ora escrito e pela revisão do presente trabalho.

1 INTRODUÇÃO

Na vigência da atual Constituição Federal (CF), a execução provisória da pena criminal, após o encerramento das instâncias ordinárias, ou seja, depois do julgamento dos recursos de apelação ou embargos infringentes e de nulidade, predominou por largo tempo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).²

Tamanha era a uniformidade desse entendimento que foram editados, em 2003, os verbetes nºs 716 e 717 da Súmula do STF, disciplinando a execução provisória da pena para admitir a progressão de regime mesmo antes do trânsito em julgado da condenação.

Tal quadro perdurou até 2009, quando, no Habeas Corpus (HC) nº 84.078/MG, o STF, por maioria, contrariando a jurisprudência até então dominante, decidiu no sentido da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, sob dois principais argumentos: a presunção de não culpabilidade exigiria, à exceção da prisão cautelar, o trânsito em julgado da sentença condenatória; e a ampla defesa incidiria, sem qualquer tipo de gradação, durante todas as fases do processo penal.

Esse novo entendimento perdurou até o ano de 2016, quando o STF, por intermédio do HC nº 126/292/SP, do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 964.246RG/SP e do indeferimento da medida cautelar postulada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) nºs 43 e 44, restabeleceu a execução provisória da pena, reconhecendo a sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência prevista na CF.³

Desde então, o assunto tem provocado intensas discussões, com posicionamentos favoráveis e contrários.

Na linha da jurisprudência resgatada em 2016, a 1ª Turma do STF pacificou o cabimento da execução provisória da pena, no Tribunal do Júri: havendo condenação, no plenário do júri, a pena imposta deve ser executada imediatamente, não obstante se

2 Citam-se os seguintes exemplos: HC nº 67707/RS, sob relatoria do ministro Celso de Mello, julgado em 1989; HC nºs. 67857/SP, 67841/SC e 68037/RJ, todos sob a relatoria do ministro Aldir Passarinho, julgados em 1990; HC nº 68726/DF, sob a relatoria do ministro Néri da Silveira, julgado em 1991; HC nº 68521/SP e Recurso Extraordinário nº 133489/SP, ambos sob a relatoria do ministro Paulo Brossard, julgados em 1991; HC nº 69263/SP, sob a relatoria do ministro Néri da Silveira, julgado em 1992; HC nº 72366/SP, sob a relatoria do ministro Néri da Silveira, julgado em 1995; HC nº 74983/RS, sob a relatoria do ministro Carlos Velloso, julgado em 1997; HC nº 79814/SP, sob a relatoria do ministro Nelson Jobim, julgado em 2000. Para uma análise circunstanciada desses julgados, conferir KURKOWSKI; SUXBERGER, 2016.

3 Em outros lugares, já se argumentou que a execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, respeita os direitos fundamentais do réu (KURKOWSKI; PIEDADE, 2017; KURKOWSKI, 2017b).

garanta ao réu o direito de interpor a apelação e os demais recursos cabíveis, mas não em liberdade. O aresto precursor foi o HC nº 118.770/SP, que fixou a seguinte tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”.⁴

A corrente favorável à execução provisória da pena no Tribunal do Júri estriba-se na soberania dos veredictos. Em outro lugar (KURKOWSKI, 2019a), já se argumentou que a soberania dos veredictos deriva da soberania popular decorrente de o Tribunal do Júri ser um instrumento de democracia participativa ao permitir a administração do Poder Judiciário diretamente pelo cidadão, sem intermediários. Para imprimir efetividade a essa soberania, além de a decisão dos jurados não poder ser substituída, no mérito, pela decisão dos juízes técnicos, ela deve ser cumprida de imediato, principalmente porque a definição da culpa do réu ocorre pelos jurados, durante o plenário do júri. Sustentou-se igualmente o respeito dos direitos fundamentais do réu pela execução provisória da pena no Tribunal do Júri.

Eis que, no final de 2019, foi aprovada a Lei nº 13.964/2019, a qual, alterando o Código de Processo Penal (CPP), além de não contemplar a execução provisória da pena, vedou expressamente a utilização da prisão preventiva “com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena” (art. 313, § 2º, do CPP). Excepcionalmente, no tocante ao Tribunal do Júri, ela permitiu a execução provisória da pena, mas apenas se esta for igual ou superior a quinze anos de reclusão (art. 492, I, “e”, do CPP).

De toda sorte, a controvérsia sobre a execução provisória da pena, no rito específico dos crimes dolosos contra a vida, não se arrefeceu, pois, além de a aprovação da Lei nº 13.964/2019 ser recente, exigindo tempo para ser sedimentada, essa matéria é objeto do Recurso Extraordinário (RE) nº 1.235.340/SC, o qual, sob a relatoria do ministro Barroso, ainda não foi julgado. Daí exsurge o interesse do presente trabalho, à vista, sobretudo, da baixa atenção dispensada ao tema pela academia científica.⁵

4 Seguiram-se então outras decisões colegiadas, da 1ª Turma do STF, no mesmo sentido: HC nº 139612/MG, HC nº 140449/RJ e RCL nº 27011/SP. Não se desconhecem, no âmbito da 2ª Turma do STF, decisões monocráticas as quais entenderam pela impossibilidade da execução provisória da pena, no âmbito do júri: HC nº 174759 MC/CE e HC nº 176.229 MC/MG.

5 Muito se tem debatido sobre a execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias. Contudo, há poucos escritos científicos sobre a execução provisória da pena no júri, que tem uma nota distintiva que norteia toda uma reflexão própria e um pensamento diferenciado: a soberania dos veredictos. Já se escreveu a favor dessa medida em outro lugar (KURKOWSKI, 2019a; KURKOWSKI, 2019b).

Mediante revisão bibliográfica e análise documental, principalmente da legislação e jurisprudência pátrias, este artigo estudará o funcionamento da novel execução provisória da pena, no Tribunal do Júri, tal qual positivada pela Lei nº 13.964/2019. Para tanto, analisará a sua natureza jurídica, os seus requisitos e limites, a sua retroatividade e a sua constitucionalidade, propondo, ao final, a interpretação conforme a Constituição com redução de texto para eliminar o limite da pena de quinze anos de reclusão, única forma de salvar o art. 492, I, “e”, e §§ 3º e 5º, II, do CPP, da pecha de inconstitucionalidade diante da manifesta afronta à soberania dos veredictos.

2 A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Antes da conceituação positiva, convém vincar: a execução provisória da pena não tem natureza jurídica de prisão cautelar, conclusão haurida da jurisprudência⁶ e da doutrina.⁷

Com efeito, a execução provisória cuida do cumprimento antecipado da pena objeto da sentença condenatória recorrível. A eventual reforma da sentença constitui uma condição resolutiva para a execução provisória.

Sinteticamente, a prisão que não deriva do juízo de reconhecimento da culpabilidade tem natureza cautelar, ao passo que a prisão que deriva do reconhecimento da culpa é prisão-pena. “A prisão de um condenado (prisão-pena), quando esgotadas as instâncias judiciais de fato, decorre da própria pena aplicada, e não por qualquer outro motivo cautelar, como no caso da prisão preventiva ou temporária” (FERNANDES; PINHO; ALMEIDA, 2019, p. 9).

A prisão que decorre da sentença condenatória recorrível é prisão definitiva, já que envolve o cumprimento da pena propriamente considerada. Para Tornaghi (1978, p. 167),

6 O STJ, no Agravo Regimental no HC nº 422.460/SP, da relatoria do ministro Sebastião Reis, julgado em 12/2/2019, foi taxativo nesse sentido: “A execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e deve ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, enquanto aquela decorre de condenação confirmada em segundo grau de jurisdição e ainda pendente de trânsito em julgado. Com o esgotamento das instâncias ordinárias, o paciente encontra-se, agora, em execução provisória de sua pena, estando superada a discussão acerca da custódia cautelar anteriormente imposta (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC nº 442.630/GO. 5. Turma. Relator: Min. Ribeiro Dantas. **Diário de Justiça Eletrônico**, 18 dez. 2018)”.

7 Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto de Amorim anotam que a execução provisória da pena constitui tutela satisfativa, ainda que sujeita a eventual modificação. Não se trata de tutela cautelar, porque ela não apresenta nenhuma das suas características típicas: acessoriedade, preventividade, instrumentalidade e caráter *rebus sic stantibus* (JARDIM; AMORIM, 2016, p. 434-435).

toda prisão que não reflete o cumprimento de pena é provisória. São provisórias, portanto: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão civil. Já a prisão como pena imposta em sentença recorrível é definitiva, não obstante sujeita a condição resolutiva, que é a reforma da sentença. A circunstância de a decisão da instância superior funcionar como condição resolutiva atesta que a prisão não era provisória. “Definitivo, na linguagem do Código, como, aliás, na linguagem do processo penal ou civil, não significa final, irrecorrível, imutável, passado em julgado. Tanto assim que a lei concede apelação das decisões definitivas, isto é, não interlocutórias”, como as previstas no art. 593, II, do CPP (TORNAGHI, 1978, p. 167).

Nessa mesma linha, Fernando Barbagalo (2015, p. 68) sustenta que, uma vez julgado o recurso, os efeitos da sentença recorrida deixam de existir e são substituídos pelo comando do acórdão. Quando a instância superior julga, ela não é provocada para cancelar a decisão recorrida, mas para reexaminar a matéria já decidida pelo juízo inferior. Por isso, a nova decisão substitui a anterior, a qual deixa de produzir efeitos.

Dessa forma, a execução provisória da pena atina ao cumprimento antecipado da pena, embora provisório, pois sujeito a uma condição resolutiva, que é a reforma da condenação decorrente do provimento do recurso interposto contra ela.

3 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI SEGUNDO A LEI Nº 13.964/2019

A Lei nº 13.964/2019 decorreu do Projeto de Lei nº 10.372/2018, ao qual foram anexados o Projeto de Lei nº 10.373/2018 e o Projeto de Lei nº 882/2019.

O Projeto de Lei nº 882/2019,⁸ originalmente, previu medidas para aumentar a efetividade do júri. Entre elas, conferiu nova redação ao art. 492, I, “e”, e §§ 3º ao 6º, do CPP, para estabelecer, fundamentalmente, a execução provisória da pena privativa de liberdade a que o réu for condenado, no plenário do júri, independentemente do seu *quantum*.

No dia 4/12/2019, a despeito do parecer favorável a essa nova redação do art. 492 do CPP pelo grupo de trabalho constituído para analisar os três referidos projetos de lei

8 Para um estudo completo das medidas para aumentar a efetividade do júri apresentadas originalmente pelo Projeto de Lei nº 882/2019, conferir: KURKOWSKI, 2019c.

(GT Penal), o deputado relator de Plenário alterou a redação original do Projeto de Lei nº 882/2019, passando a admitir a execução provisória da pena no Tribunal do Júri apenas na hipótese de a condenação ser igual ou superior a quinze anos de reclusão.

Essa última redação do art. 492 do CPP foi aprovada e, diante da ausência de veto pelo presidente da República, convolou-se na Lei nº 13.964/2019. No histórico da tramitação do projeto, não consta justificativa escrita para essa alteração que limitou a partir de quinze anos de reclusão a execução provisória da pena no Tribunal do Júri. Tampouco, no dia da sessão da aprovação, foi apresentada justificativa verbal.

Para facilitar a compreensão, apresenta-se quadro comparativo entre a redação original e aquela que foi aprovada.

Redação original do Projeto nº 882/2019	Redação aprovada
Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008) I – no caso de condenação: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)	Redação mantida.
e) determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;	e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão , determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;
§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão substancial cuja resolução pelo Tribunal de Apelação possa plausivelmente levar à revisão da condenação.	§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.
§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri não terá efeito suspensivo.	§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

Redação original do Projeto nº 882/2019	Redação aprovada
§ 5º Excepcionalmente, poderá o Tribunal de Apelação atribuir efeito suspensivo à apelação, quando verificado cumulativamente que o recurso: I – não tem propósito meramente protelatório; e II – levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.	§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso: I – não tem propósito meramente protelatório; e II – levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.
§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator da apelação no Tribunal, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.	§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

O art. 492, I, “e”, primeira parte, do CPP, nos termos da redação conferida pela Lei nº 13.964/2019, dispõe que o juízo “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva”. Essa previsão é ociosa porque diz o óbvio: se presentes os requisitos da prisão preventiva, o juízo deve decretar a prisão do réu. Aliás, é a inteligência que decorre do regramento da prisão preventiva, no CPP, especialmente no seu art. 312.

Conforme o art. 492, I, “e”, segunda parte, do CPP, se o réu for condenado a uma pena igual ou superior a quinze anos de reclusão, a regra será o juiz decretar a execução provisória da pena. Como não se trata de prisão cautelar, mas de simples cumprimento provisório de pena, é desnecessária a presença dos requisitos do art. 312 do CPP; a decretação da segregação é automática, importa exclusivamente a quantidade da pena objeto da condenação.

Não tendo sido estabelecida qualquer diferença na lei, o *quantum* de quinze anos pode decorrer de um crime apenas ou de crimes praticados em concurso formal e/ou material, desde que apenados com reclusão. Por exemplo: no concurso entre homicídio e ocultação de cadáver, o qual é apenado também com reclusão, se a pena final for igual ou superior a quinze anos, tem lugar a execução provisória da pena; diferentemente, no concurso entre homicídio e vilipêndio a cadáver, a execução provisória será possível apenas se a condenação pelo homicídio for igual ou superior a quinze anos, não impor-

tando o concurso com o crime de vilipêndio de cadáver, porque a pena prevista para este, por ser de detenção, não pode ser somada à pena de reclusão do homicídio.

Nos termos da parte final do art. 492, I, “e”, do CPP, a prisão, por se tratar do cumprimento provisório de pena, subsiste mesmo que, após a apelação, sejam interpostos outros recursos contra a condenação, a exemplo dos recursos extraordinário e especial. Todavia, observado o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), embora não haja um prazo legalmente estabelecido para o julgamento dos recursos interpostos contra a condenação do réu, se esses julgamentos não ocorrerem dentro de um lapso razoável, o qual dependerá sempre da complexidade do caso concreto, a prisão derivada da execução provisória da pena deverá ser relaxada diante da sua ilegalidade. Do contrário, os tribunais ficariam na cômoda posição de protelar o julgamento do recurso até o cumprimento integral da pena.

Nessa linha, não obstante os recursos, no Tribunal do Júri, em função da soberania dos veredictos, não possam conduzir à absolvição do réu, podem ensejar a nulidade do processo e até mesmo a prescrição, o que resulta em benefício ao réu. Por essa razão, é dever do Poder Judiciário, malgrado ter iniciado a execução antecipada da pena, proceder ao julgamento dos recursos interpostos em favor da defesa em um tempo razoável.

Para complementar o cabimento da execução provisória, nas condenações iguais ou superiores a quinze anos de reclusão, o art. 492, § 4º, do CPP prevê que a apelação será desprovida de efeito suspensivo.

Nenhum direito é absoluto. Mesmo a soberania dos veredictos, que justifica a execução provisória da pena no Tribunal do Júri, não constitui um poder ilimitado dos jurados. Nesse sentido, o art. 492, §§ 3º e 5º, ambos do CPP, permite que o Poder Judiciário deixe, excepcionalmente, de determinar a execução provisória da pena. Sempre “excepcionalmente”, pois a regra consiste na execução provisória da pena. Tal excepcionalidade acentua a exigência do ônus argumentativo do Judiciário para não determinar a execução provisória da pena, pois essa medida é decorrência automática da lei.

Segundo o art. 492, § 3º, do CPP, o juiz presidente poderá, de ofício, ou seja, espontaneamente, sem qualquer pedido para tanto, deixar de determinar a execução provisória da pena “se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação”. Questão substancial cuida de um conceito indeterminado que expressa a ideia de uma questão séria, fundada, que apresente reais e plausíveis chances de beneficiar o réu. Apresenta-se o

seguinte exemplo de questão substancial: em plenário, são produzidas provas que afastam, por completo, os indícios antes suficientes de autoria; em razão disso, o Ministério Público e a defesa postulam aos jurados a absolvição do réu; não obstante, o conselho de sentença condena-o; nessa hipótese, cabe ao juízo sentenciante deixar de determinar a execução provisória da pena diante da significativa probabilidade de o tribunal dar provimento à apelação interposta tanto pelo Ministério Público quanto pela defesa, com base no art. 593, III, “d”, do CPP, para anular o julgamento. Esse mesmo exemplo não tem serventia para a segunda apelação interposta com base no art. 593, III, “d”, do CPP, porque ela sequer pode ser conhecida, conforme o art. 593, § 3º, parte final, do CPP.⁹

Revisão da condenação deve ser interpretada como qualquer benefício que o réu possa receber, à exceção da absolvição, pois esta não pode ser obtida diretamente, no Tribunal do Júri, por intermédio do recurso, já que a condenação ou absolvição do réu é decisão de competência exclusiva dos jurados, o juiz natural da causa. O máximo em que o provimento da apelação interposta contra a sentença pode resultar consiste na nulidade do julgamento, o qual deverá ser repetido por outro conselho de sentença, ou na decretação da extinção da punibilidade do réu. Assim, a revisão da condenação atina ao reconhecimento manifesto de alguma nulidade ocorrida após a pronúncia ou, por exemplo, ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. É pouco provável que a prognose de benefício ao réu provenha da plausível redução de pena que ele obtenha quando do julgamento da sua apelação, de forma que a sua pena fique abaixo de quinze anos, porque o juiz sentenciante, ao dosar a pena privativa de liberdade, entende que o *quantum* obtido é o definitivo. Dessa forma, soaria, no mínimo, estranho o juiz sentenciante prospectar que o tribunal diminuirá a pena por aquele arbitrada.

Convém diferenciar-se a absolvição (art. 386 do CPP) da extinção da punibilidade (art. 107 do CP). Embora esses institutos sejam similares, pois, de ponto de vista prático para o réu, a consequência é que não haverá imposição de pena, há diferença ontológica entre esses institutos.¹⁰ Enquanto a absolvição implica decisão do mérito e se relaciona, prioritariamente, a questões de fato, a extinção da punibilidade implica, apenas, resolução do mérito e se relaciona a questões de direito. José Frederico Marques (1997, p. 146) é percuciente no ponto: a decisão de extinção da punibilidade, “embora de mérito, não

9 A previsão do art. 593, § 3º, *in fine*, do CPP (descabimento da segunda apelação interposta sob o fundamento de a decisão dos jurados ser manifestamente contrária à prova dos autos), revela que os jurados decidem de forma soberana até mesmo contra a lei e por motivos extrajurídicos. É uma decisão que, assemelhada ao *jury nullification* estadunidense, traduz muito mais um ato político do que jurídico (KURKOWSKI, 2019a, p. 160 *et seq.*).

10 Pacelli (2009, p. 605) é enfático, neste ponto: “a decisão acerca da extinção da punibilidade nada tem a ver com absolvição, rigorosamente falando, ainda que os efeitos de ambas sejam aproximados”.

se enquadra naquelas denominadas absolvição, porque se trata de matéria preliminar sobre a existência do *jus puniendi*, e não sobre a improcedência da pretensão punitiva".

Já pelo art. 492, § 5º, do CPP, o desembargador relator da apelação interposta contra a sentença do Tribunal do Júri poderá, também de forma excepcional, conferir efeito suspensivo ao recurso, com a finalidade de não permitir a execução provisória da pena, quando verificar, cumulativamente, que: a) a apelação não é meramente protelatória; e b) quando a apelação levantar questão substancial (ver comentários acima) que possa beneficiar o réu, levando à anulação da sentença, à realização de um novo julgamento, à redução da pena privativa de liberdade a um patamar inferior a quinze anos de reclusão. Essa questão substancial deve ser evidente e manifesta, pois o relator apenas pode atribuir efeito suspensivo à apelação de forma excepcional.

O art. 492, § 5º, do CPP, também diz que a questão substancial que justifica a atribuição do efeito suspensivo à apelação é aquela que pode resultar na absolvição do réu. Aqui, impõe-se atenção redobrada para a interpretação adequada desse dispositivo legal a fim de salvá-lo da pecha de inconstitucionalidade. A absolvição aqui referida deve ser contextualizada com a apelação prevista no art. 593 do CPP, cuja interpretação evidencia que a absolvição, pelos juízes togados, não pode ocorrer em sede de crime doloso contra a vida julgado pelo Tribunal do Júri. Se houver absolvição pelo juiz-presidente, no procedimento do Tribunal do Júri, de crime não doloso contra a vida que tenha sido desclassificado, ou seja, que não tenha sido julgado no mérito (absolvição ou condenação) pelos jurados, pode suceder a absolvição mediante o provimento da apelação.

Aprofunda-se. Quanto ao crime objeto de condenação pelos jurados (crime doloso contra a vida e crimes conexos), a apelação interposta contra a decisão do conselho de sentença não poderá implicar a absolvição do réu, diante da literalidade do inciso III e §§ 1º a 3º do art. 593 do CPP. Pela soberania dos veredictos, a absolvição ou a condenação do réu é uma decisão exclusiva do conselho de sentença. A soberania dos veredictos protege a capacidade decisória dos jurados ao impedir a reforma ou a substituição da sua decisão pela decisão dos juízes togados; apenas um novo conselho de sentença, na hipótese da rescisão (anulação) da decisão do conselho de sentença original, poderá absolver ou condenar o réu. Diversamente, é possível que o provimento da apelação conduza à absolvição do réu se ela for interposta contra a sentença condenatória por um crime não doloso contra a vida resultante da desclassificação pelo plenário; nesse caso, inexistirá soberania dos veredictos porque o conselho de sentença reconheceu a sua incompetência para julgar o crime não doloso contra a vida. O fundamento da apelação, nesse caso, será o art. 593, I, do CPP.

Nessa explicação, deve ser diferenciada a hipótese do crime não doloso contra a vida conexo ao crime doloso contra a vida, o qual foi julgado pelos jurados, seja mediante absolvição ou condenação. Nesse último caso, o veredicto dos jurados é igualmente soberano, por força da conexão entre os crimes (doloso e não doloso contra a vida). Mesmo quando o Tribunal do Júri absolve em relação ao crime doloso contra a vida, ele firma a sua competência para o crime não doloso contra a vida conexo, e a soberania da sua decisão também se estende para esse crime conexo. Aqui, a apelação interposta contra a sentença não poderá resultar na absolvição do réu, porque estará limitada pelo art. 593, III, e §§ 1º a 3º, do CPP.

Atente-se para este detalhe: a decisão do juiz presidente que deixa de determinar a execução provisória, com base no art. 492, § 3º, do CPP, ocorre na própria sentença condenatória, antes, portanto, da eventual interposição do recurso de apelação. Logo, se o juiz presidente determinar a execução provisória, ele não poderá atribuir efeito suspensivo à apelação que venha a ser interposta no interesse da defesa, posteriormente à sentença. Trata-se de preclusão *pro judicato*.

Diversamente, após a interposição da apelação, é o desembargador relator que deve ser provocado, pelo devido recurso, para poder atribuir o referido efeito suspensivo, estancando assim a execução provisória da pena determinada pelo juízo sentenciante. O relator não pode conceder, de ofício, o efeito suspensivo à apelação; o recorrente deve ter formulado pedido nesse sentido, segundo a literalidade do art. 492, § 6º, do CPP. Não vale o raciocínio ao “poder geral de cautela” do juiz que permite a ele, por exemplo, revogar a prisão preventiva, porque a execução provisória da pena cuida do cumprimento da própria pena, o que é indisponível, mesmo para o Judiciário.

Para formular o pedido de efeito suspensivo da apelação, o recorrente tem duas alternativas. Primeira: ele apresenta o pedido no próprio recurso de apelação, preferentemente no termo de interposição, o qual delimita a abrangência recursal, dado que a apelação, no Tribunal do Júri, é de fundamentação vinculada (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 99), já que a parte recorrente pode apenas invocar para a sua irresignação os motivos previstos nas alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do art. 593, III, do CPP. A peça das razões recursais, com efeito, destina-se apenas a fundamentar o recurso, e não para deduzir novos pedidos. Assim já decidiu, embora de forma não pacífica, o STJ:

Em razão das peculiaridades das quais são revestidas as decisões do Tribunal do Júri, o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal é restrito aos fundamentos da sua interposição, previstos nas alíneas do inciso III do

artigo 593 do Código de Processo Penal, isto é, os limites do exame a ser feito pela Corte Estadual são fixados no termo ou petição de interposição do reclamo, de tal sorte que nas razões do inconformismo somente constarão os fundamentos de fato e de direito vinculados aos incisos anteriormente indicados. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5. Turma. AgRg no HC 339.661/MG. Relator: Min. Jorge Mussi, 1 dez. 2015)

Como segunda alternativa para postular o efeito suspensivo à sua apelação, o recorrente pode formar um instrumento e apresentá-lo diretamente ao relator. Se ainda não houver relator designado ou prevento, decorrente do julgamento anterior do recurso em sentido estrito interposto contra a pronúncia, por exemplo, o desembargador para o qual for distribuído o pedido tornar-se-á prevento. O instrumento a ser formado pelo recorrente deve ser instruído com as seguintes cópias: da sentença condenatória, das razões da apelação, da prova da tempestividade da apelação, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

Na hipótese de o juiz presidente do Tribunal do Júri indeferir indevidamente a execução provisória, em se tratando de erro teratológico que cause inversão tumultuária do processo, caberá o oferecimento de correição parcial, inclusive com pedido liminar, perante o juízo de segundo grau. Apenas se deve observar que a correição parcial, regulamentada de forma própria em cada justiça estadual e na Justiça Federal, exige, geralmente, pedido de reconsideração ao juiz. Então, recomenda-se que, no próprio plenário, o membro do Ministério Público registre na ata de julgamento o seu pedido de reconsideração.

Observado que a correição parcial não tem natureza de recurso, o Ministério Público também poderá recorrer contra a sentença que deixou, indevidamente, de determinar a execução provisória da pena. O recurso cabível é o de apelação, com base no art. 593, “b” e “c”, do CPP, porque a decisão que omite indevidamente a determinação da execução provisória da pena é contrária à lei expressa e também representa erro no tocante à aplicação da pena.

Aborda-se, doravante, a interpretação sistemática que deve ser feita do art. 492, I, “e”, do CPP.

Na redação anterior do *caput* do art. 283 do CPP, conferida pela Lei nº 12.403/2011,¹¹ parte da doutrina¹² e da jurisprudência¹³ sustentava que a redação fechada daquele artigo impedia qualquer forma de execução provisória da pena, já que o dispositivo legal autorizava apenas: a) a prisão em flagrante delito; b) a prisão temporária; c) a prisão preventiva; e d) a prisão-pena decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

A atual redação do *caput* do art. 283 do CPP, conferida pela Lei nº 13.964/2019,¹⁴ foi alterada apenas esteticamente, pois prevê a prisão nas mesmas hipóteses: a) prisão em flagrante delito; b) prisão cautelar, gênero do qual são espécies e prisão temporária e a prisão preventiva; e c) prisão-pena decorrente de condenação criminal transitada em julgado.

Essas duas redações não contemplam, expressamente, o cumprimento antecipado da pena. Segundo uma interpretação literal do art. 283 do CPP, a execução provisória estaria, aparentemente, vedada. Todavia, essa interpretação é equivocada. A rigor, o art. 283 do CPP regulamenta as prisões que ele prevê, mas não impede outras prisões,¹⁵ sobretudo porque, para a Constituição Federal, basta, para a decretação da prisão, “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (art. 5º, LXI, da CF). E o comando do juízo exarado na sentença condenatória no sentido de prisão do réu decorrente da sua condenação, em sede de Tribunal do Júri, a uma pena igual ou superior a quinze anos de reclusão constitui uma ordem escrita e fundamentada derivada de uma autoridade judiciária competente.

Ademais, considerando a contemporaneidade da alteração da redação dos arts. 283 e 492, ambos do CPP, é certo que este artigo é especial em relação àquele. O elemento especializante – condenação igual ou superior a quinze anos de reclusão, no Tribunal do Júri – justifica que, nos estritos casos regulados por ele, prevaleça a norma especial em detrimento da geral.

11 Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

12 Na exposição de motivos do projeto de lei que resultou na Lei nº 12.403/2011, constou, em relação ao art. 283 do CPP: “Nessa linha, as principais alterações com a reforma projetada são: [...] d) impossibilidade de, antes da sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar”.

13 Foi o entendimento que prevaleceu no julgamento do mérito das ADCs 43 e 44, pelo STF.

14 “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

15 Esse argumento também foi empregado pelos ministros Barroso e Fux, quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ajuizadas quanto ao art. 283 do CPP, sob a redação da Lei nº 12.403/2011.

Por outro lado, crítica similar tece-se sobre os arts. 105 e 107, ambos da Lei de Execução Penal (LEP),¹⁶ cuja literalidade condicionaria a expedição da guia de execução (definitiva) ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹⁷ Afasta-se essa crítica, porque esses dispositivos legais não proíbem a expedição da “guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade”, a qual foi regulamentada pelos arts. 8º ao 11, todos da Resolução nº 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça. A propósito, essa guia provisória, que importa na execução provisória da pena, é necessária para que o réu goze dos benefícios a que os verbetes sumulares nºs. 716 e 717 da Súmula do STF fazem referência.

4 RETROATIVIDADE DA LEI Nº 13.964/2019

Apesar de o art. 492, I, “e”, do CPP, disciplinar hipótese de prisão-pena, ele não tem natureza material, propriamente considerada. Ele cuida do momento de eficácia da sentença condenatória, ponto que é de ordem pública, indisponível para qualquer um dos atores processuais. A rigor, o dispositivo em tela não cria, tampouco estabelece, pena, mas apenas versa sobre o momento do cumprimento da pena.

Diante desse seu caráter, o dispositivo legal em tela está sujeito ao *tempus regit actum*. Logo, toda a sentença condenatória proferida na sua vigência deverá observar a novel disposição. E as sentenças condenatórias que foram prolatadas anteriormente à vigência do art. 492, I, “e”, do CPP, também estão sujeitas à sua incidência. Para tanto, se o juízo recursal (TJ, TRF, STJ ou STF) não determinar de ofício a execução provisória, o Ministério Público deverá postular tal providência mediante simples petição ao juízo que estiver com o processo.

¹⁶ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

¹⁷ Na jurisprudência, ver o HC nº 84078/MG, especialmente o voto do ministro relator Eros Grau. Na doutrina, por todos, ver DAVID; BONATO, 2018, p. 1159.

5 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI À CONDENAÇÃO IGUAL OU SUPERIOR A QUINZE ANOS DE RECLUSÃO

A soberania dos veredictos independe do montante da pena privativa de liberdade a que o réu foi condenado. O respeito à decisão soberana dos jurados decorre de eles serem os juízes naturais dos crimes dolosos contra a vida, ou seja, os únicos responsáveis pela decisão final, a qual nunca poderá ser reformada (substituída), mas, no máximo, rescindida (anulada), pelos juízes técnicos. Assim, a vontade dos jurados deve ser cumprida imediatamente à sua exteriorização, não importando, em absoluto, a quantidade da pena. Do contrário, qual o sentido em se afirmar que uma decisão é soberana se ela não é passível de pronto cumprimento?

Quando os jurados condenam o réu, eles definem a culpabilidade. Esse reconhecimento não pode ser modificado no mérito, mas apenas anulado, pelo juízo *ad quem*. Ocorre, nesse contexto, o trânsito em julgado do capítulo da culpa da sentença condenatória.¹⁸ O *quantum* da pena objeto da condenação não exerce qualquer influência, nesse ponto.

Sob a prevenção geral positiva, desenvolvida pelo funcionalismo sistêmico, cujo expoente é Günther Jakobs,¹⁹ a execução da pena é necessária para o Estado lograr comunicar aos cidadãos fiéis ao Direito que a norma questionada pelo criminoso continua vigente. A execução provisória é imperiosa, nesse contexto, porque, se ela tardar, aumentarão sensivelmente as chances de falha na transmissão da mensagem que o transmissor (Estado) deve repassar ao receptor (cidadãos fiéis ao Direito). A propósito, há comprovação empírica de que o mero passar do tempo, por si só, implica uma chance maior de absolvição, já na primeira sessão de julgamento do Tribunal do Júri, quando esta ocorre temporalmente distante do fato: quando o tempo transcorrido entre a distribuição do processo e a realização da primeira sessão do Tribunal do Júri ultrapassa oito anos, aumenta consideravelmente a probabilidade de absolvição do réu (STEMLER; SOARES; SADEK, 2017). Essa absolvição pelo mero transcorrer do tempo evidencia uma falha na transmissão da mensagem sobre a vigência do Direito. Logo, o montante da pena também é indiferente, nesse tópico.

18 Em outros lugares, já se aprofundou o exame sobre o trânsito em julgado do capítulo da culpa da sentença condenatória: KURKOWSKI, 2019a; KURKOWSKI, 2017b.

19 Na seguinte obra, Jakobs (1996) sedimenta a sua teoria funcionalista.

No plano prático, a prevalecer o limite de quinze anos de reclusão, haverá uma tendência de se renegar o fato criminoso a um segundo plano e centrar o debate sobre um dado periférico – circunstâncias relacionadas ao montante da pena – nas hipóteses de condenação. Inevitavelmente, o réu será prejudicado por essa forma de agir. Por exemplo, na hipótese de homicídio qualificado, dentro do limitado tempo de uma hora e trinta minutos reservados à defesa técnica, nos debates, ela tenderá a usar mais tempo do que no regime anterior, para afastar a qualificadora, de forma a obter uma pena inferior a quinze anos de reclusão, em detrimento da negativa da autoria, quando cumuláveis essas teses, tudo com a finalidade de o réu não sair do plenário preso, sob a execução provisória da pena.

Por outro lado, em função da ausência de razoabilidade, o limite de quinze anos de reclusão também não se sustenta. A razoabilidade cuida de uma relação entre critério e medida.

Sob a razoabilidade, a interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a elas, daí se falando em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (ÁVILA, 2004, p. 107). O critério deve guardar congruência e se fundamentar na natureza das coisas em relação à medida para então ser razoável.

Ante a acepção de congruência, Humberto Ávila (2004, p. 107) sustenta que a “razoabilidade exige uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada”. Ausente a congruência entre o critério e a medida adotada, aquele não é razoável.

Segundo Karl Larenz (1997, p. 594-595), a natureza das coisas consiste em um critério teleológico-objetivo de interpretação e se relaciona à “exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual e desigualmente aquilo que é desigual; ela exige ao legislador e, dado o caso, ao juiz que diferencie adequadamente”. Se, pela natureza das coisas, não houver razão para a diferenciação, o critério para estabelecer essa diferenciação não se mostra razoável.

Dessa sorte: o critério “pena de quinze anos de reclusão” tem pertinência à medida “execução provisória da pena”? A resposta é negativa: esse critério peca por não respeitar a natureza das coisas (Tribunal do Júri), tampouco por não ostentar congruência. A natureza do Tribunal do Júri, enquanto instrumento de democracia participativa que concretiza a soberania popular, exige o cumprimento imediato da decisão soberana do conselho de sentença. Logo, o estabelecimento de um critério – quinze anos de reclusão

– a partir do qual se cumpre provisoriamente a pena infringe a natureza das coisas, vale dizer: inexistente razoabilidade para diferenciar a execução provisória da pena, no rito dos crimes dolosos contra a vida, segundo o montante da própria pena objeto da condenação.

O critério de quinze anos de reclusão também não respeita a natureza hedionda do homicídio qualificado (art. 1º, I, da Lei nº 8.072/1990), independentemente da pena. Como a lei não contém palavras inúteis, deve ser extraída a máxima eficácia da Constituição quando ela determina, no seu art. 5º, XLIII, um tratamento penal material (prisão-pena) e processual penal (prisão processual) mais severo aos crimes hediondos e equiparados. Assim, no caso de homicídio qualificado, falta razoabilidade no critério que deixa de determinar a execução provisória da pena arbitrada em catorze anos e dez meses, mas determina essa medida para a pena de quinze anos e um mês, por exemplo.

Por consequência, diante da ausência de pertinência, o critério – quinze anos de reclusão – tampouco evidencia congruência em relação à medida – execução provisória da pena.

Não há, assim, qualquer razão para a adoção arbitrária do *discrimen* de quinze anos de reclusão, frisando-se a inexistência de qualquer justificativa escrita ou mesmo verbal para esse limite, durante a tramitação do projeto que resultou na Lei nº 13.964/2019.

Considerando a ausência de razoabilidade, a limitação à pena de quinze anos de reclusão tampouco se sustenta porque ofende o princípio da igualdade. Repisando a ausência de relevância do *quantum* da pena para fins da sua execução provisória, no contexto da soberania dos veredictos, exemplifica-se a ofensa à igualdade: dois réus são condenados por homicídio qualificado cometido em concurso de agentes; pela personalidade das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), um réu é condenado a catorze anos e seis meses de reclusão, enquanto o outro réu é condenado a quinze anos e seis meses de reclusão. O princípio da igualdade não tolera que, no contexto em que o montante da pena é indiferente para determinar o seu cumprimento provisório, ainda mais em se tratando de crime hediondo, o primeiro réu, que foi condenado pelo mesmo crime praticado pelo segundo réu, não tenha a execução provisória da pena determinada. Reforça-se: não obstante a pena tenha sido diferente, a isonomia é aviltada porque a execução provisória da pena está justificada nas duas situações.

Diante dessas ponderações, sustenta-se, em leitura própria, a utilização técnica da interpretação conforme a Constituição com redução de texto para preservar o sentido

útil do art. 492, I, “e”, e §§ 4º e 5º, II, do CPP, com a consideração da inconstitucionalidade apenas do limite de quinze anos de reclusão.

Da interpretação constitucional participam “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco fechado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HABERLE, 2002, p. 13). Por força do regime democrático e do pluralismo, todos têm o direito de contribuir para a administração da coisa pública, inclusive do Poder Judiciário, constituindo uma verdadeira “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Por isso, consideram-se intérpretes todos aqueles que têm alguma relação com a norma sob interpretação, destacando-se que a ampliação do círculo de intérpretes contribui para a integração da realidade no processo de integração (HABERLE, 2002, p. 19-28, 30). Daí decorre a pertinência da apresentação da interpretação conforme ora realizada.

A interpretação conforme a Constituição tem lugar diante de normas polissêmicas, nas quais há um “espaço de decisão”, e guia-se pelos princípios da prevalência da Constituição e da conservação das normas (CANOTILHO, 2003, p. 1226-1227). Visando à preservação da norma no sistema jurídico, a interpretação pode ser decomposta nos seguintes elementos: 1) escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição; 2) essa interpretação deve buscar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura do seu texto; 3) ao se eleger uma linha interpretativa, excluem-se expressamente outra ou outras que se revelam contrastantes com a Constituição Federal (BARROSO, 2015, p. 403).

A interpretação conforme pode ocorrer inclusive com redução de texto. Também conhecida por declaração de inconstitucionalidade parcial com redução de texto, é possível, “em razão da redação do texto impugnado, declarar a inconstitucionalidade de determinada expressão, possibilitando, a partir dessa exclusão de texto, uma interpretação compatível com a Constituição Federal” (MORAES, 2006, p. 13). Exemplo foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin) 1127-8, pela qual o STF considerou inconstitucional apenas a expressão “ou desacato” do art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994,²⁰ ao decidir sobre a imunidade material dos advogados.

Há, contudo, um limite para a interpretação conforme a Constituição. Como pressupõe mais de um sentido possível emanado da norma questionada, ela não terá cabimen-

20 § 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

to quando, por ter a norma um sentido unívoco, o intérprete (o tribunal constitucional) a contrariar frontalmente, “em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador” (CANOTILHO, 2003, p. 1227). Quando o intérprete contraria o texto expresso da lei, o qual não permite qualquer interpretação em conformidade com a Constituição, ele atua como legislador positivo, pois cria um texto legal. A separação dos poderes veda essa conduta ao intérprete, que, caso se depare com essa situação, deve declarar a inconstitucionalidade da norma questionada (MORAES, 2006, p. 13).

É possível a aplicação da interpretação conforme a Constituição com redução de texto ao art. 492, I, “e”, e §§ 4º e 5º, II, do CPP, porque ela respeita os elementos e limites acima apresentados. A finalidade principal do dispositivo em questão foi positivar, em obediência à Constituição Federal, a execução provisória da pena no Tribunal do Júri. Esse é o objetivo principal da lei. A limitação do principal – execução provisória da pena no Tribunal do Júri – à pena igual ou superior a quinze anos de reclusão tem caráter de mero acessório, é medida secundária. É acessório inclusive porque, se declarada a inconstitucionalidade do texto legal, a execução provisória continuará permitida, frente ao texto da Constituição. Então, a norma tem mais de um sentido possível: a execução provisória da pena no Tribunal do Júri observa a Constituição tanto se a condenação for superior como se for inferior a quinze anos de reclusão. A escolha da interpretação que reconhece a validade da norma em questão, mesmo para condenações inferiores a quinze anos de reclusão, não é a que resulta mais evidente da leitura da norma em tela, mas mantém a harmonia com a Constituição, a qual, repisa-se, justifica – exige, na verdade, por respeito à soberania popular – a execução provisória no Tribunal do Júri independentemente do *quantum* da pena.

Também, porque o objetivo primeiro do legislador infraconstitucional – permitir a execução provisória da pena no Tribunal do Júri – não é contrariado pela interpretação conforme ora sugerida, conclui-se que o intérprete não atua como legislador positivo.

Como resultado, o dispositivo examinado deve ficar da seguinte forma, após a interpretação conforme a Constituição com redução de texto:

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação (a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão), determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri (a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão) não terá efeito suspensivo.

II – levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento (ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão).

Caso se discorde da interpretação conforme ora sugerida por reputá-la frontalmente contrária ao texto expresso da lei questionada, basta a declaração de inconstitucionalidade, pura e simples, do ato normativo. Reitera-se que, nessa hipótese, a execução provisória da pena no Tribunal do Júri, independentemente do montante da pena, decorre da própria Constituição Federal.

No mais, observa-se que a proibição da execução provisória da pena, após o encerramento das instâncias ordinárias, não repercute no Tribunal do Júri porque, além da especialidade do art. 492, I, “e”, do CPP, há o diferencial da soberania dos veredictos, que exige o cumprimento provisória da pena.

6 CONCLUSÃO

O legislador cumpriu a Constituição Federal, embora com atraso, mediante a edição da Lei nº 13.964/2019, que alterou o art. 492, I, “e”, do CPP, para prever a execução provisória da pena, no Tribunal do Júri. A Constituição, ao estabelecer a soberania dos veredictos e ao dispor sobre o Tribunal do Júri como um instrumento de democracia participativa que concretiza a soberania popular, exige, no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, o cumprimento imediato da pena.

Uma decisão soberana que não pode ser reformada pela justiça togada deve ser executada de pronto. Do contrário, a qualidade de soberana será apenas formal e vazia de conteúdo.

Contudo, o limite de quinze anos de reclusão, a partir do qual a pena pode ser executada provisoriamente, é inconstitucional. Essa limitação não constava, originalmente, do projeto que resultou na Lei nº 13.964/2019 e foi aprovada sem qualquer discussão entre os legisladores. Esse critério diferenciador não é razoável, pois não guarda congruên-

cia e não observa a natureza do Tribunal do Júri em relação ao cumprimento provisório da pena. Ademais, implica ofensa ao princípio da igualdade.

A execução provisória da pena – que é o principal – decorre diretamente da Constituição e até dispensa a sua positivação na legislação infraconstitucional. O limite da pena de quinze anos de reclusão – que é acessório – não se apresenta pertinente e, se for afastado, não contraria o objetivo primeiro do legislador que foi a positivação da execução provisória da pena. Dessa forma, tem cabimento a interpretação conforme a Constituição com redução de texto para afastar, do art. 492 do CPP, a limitação de quinze anos de reclusão.

De outra forma, caso se entenda pela inconstitucionalidade integral do art. 492 do CPP, a execução provisória da pena, em sede de Tribunal do Júri, continuará permitida, pois conta assento constitucional: a soberania dos veredictos.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015. Livro eletrônico.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 1143-1174, set./dez. 2018.

FERNANDES, Cleander César da Cunha; PINHO, Manoel Veridiano Fukuara Rebello; ALMEIDA, Saulo Jerônimo Leite Barbosa. A execução imediata da pena após o julgamento pelo tribunal do júri. In: SILVA, Rodrigo Monteiro da (org.). **Tribunal do júri**: o MP em defesa da Justiça. Salvador: Juspodivm, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Madri: Civitas, 1996.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierro Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**, [S.l.], jul./set. 2017a. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccs/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 7 ago. 2017.

_____. A justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. **Revista Brasileira de Direito**, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 242-262, set./dez. 2017b. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/504>. Acesso em: 27 jan. 2018.

_____. **Execução Provisória da Pena no Júri**: Fundamentos Políticos e Jurídicos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019a.

_____. O cumprimento imediato da sentença condenatória justificado pelo caráter democrático do júri. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 21, n. 3, p. 267-315, set./dez. 2019b. Disponível em: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1890. Acesso em: 9 dez. 2019.

_____. Projeto de lei "anticrime" e as medidas para aumentar a efetividade do tribunal do júri. In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renne do Ó; CUNHA, Rogério Sanches (org.). **Projeto de Lei Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2019c.

KURKOWSKI, Rafael Schwez; PIEDADE, Antônio Sérgio Cordeiro. Justificação constitucional da execução provisória da pena privativa de liberdade na pendência dos recursos extraordinário e especial recebidos sem efeito suspensivo. **Revista Duc in Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 9, n. 18, p. 121-163, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/609/521>. Acesso em: 27 jan. 2018.

KURKOWSKI, Rafael Schwez; SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública. **E-civitas Revista científica do curso de direito do UNIBH**, Belo Horizonte, v. IX, n. 2, p. 1-38, dez. 2016. Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1994>. Acesso em: 7 mar. 17.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STEMLER, Igor Tadeu Silva Viana; SOARES, Gabriela Moreira de Azevedo; SADEK, Maria Tereza Aina. Tribunal do Júri: condenações e absolvições. **Revista CNJ**, Brasília, v. 2, p. 12-23, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/29cb341405668f2446c4d1650bc39e5f.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3.

