

Ano 11 | N. 26
JAN/JUN 2020

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

CECADEP

CENTRO DE ESTUDOS DE CARACTERIZAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ANO 11 | N.26 | 2020.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Porto Alegre/RS

2020

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Arte da Capa

Thiago Silveira de Oliveira – ASCOM DPE/RS

Diagramação

Thiago Silveira de Oliveira – ASCOM DPE/RS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [*online*] /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 26 (jan./jun.
2020). – Porto Alegre: DPE, 2014–

Semestral.

Quadrimestral, até o ano 10 (set./dez. 2019)

Modo de acesso: <http://www.defensoria.rs.def.br/revista-da-defensoria>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito. I. Rio Grande do Sul (Estado). II. Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Antonio Flávio de Oliveira

CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Cristiano Vieira Heerdt

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Rafaela Consalter

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Alexandre Brandão Rodrigues

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Melissa Torres Silveira

**CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO DA
DEFENSORIA PÚBLICA – CECADep**

Samara Wilhelm Heerdt

COMISSÃO EDITORIAL

EDITORA-CHEFE

Mariana Py Muniz

ASSESSORAS DA EDITORA-CHEFE

Andréia Alves Rocha

Lizana Dallazen

Samara Wilhelm Heerdt

ESTAGIÁRIA DA REVISTA

Morgana dos Santos Becker

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO DA REVISTA

Alexandre Brandão Rodrigues

Alisson de Lara Romani

Ana Maria Marchesan

Angelita Maria Maders

Andrey Régis de Melo

Augusto Jobim do Amaral

Christiane Russomano Freire

Clara Moura Masiero

Daniel Kessler de Oliveira

Denise Luz

Fábio Vieira Heerd

Francis Moraes de Almeida

Giovana Buonicore

João Batista Oliveira de Moura

Jorge Luís Terra da Silva

Juliano Viali dos Santos

Leonardo Sagrillo Santiago

Luciano Brasil

Mônica Medeiros Kother Macedo

Paulo César Carbonari

Rivana Barreto Ricarte de Oliveira

Rodrigo dos Santos Ribeiro

Sandra Beatriz Morais da Silveira

Vanessa Chiari Gonçalves

Veyzon Campos Muniz

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico

CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS

Tel. 51 3211-2233

<http://www.defensoria.rs.def.br/revista-da-defensoria>

PACOTE ANTICRIME – O QUE MUDOU?

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	12
BREVE ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME), DO PONTO DE VISTA INTERNO E EXTERNO DO SISTEMA JURÍDICO, À LUZ DAS TEORIAS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO <i>Alexandre Brandão Rodrigues e Antônio Flávio de Oliveira.....</i>	15
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL <i>Alexandre Wunderlich, Camile Eltz de Lima, Antonio Martins-Costa e Marcelo Buttelli Ramos.....</i>	42
CONFISSÃO COMO (DES)ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL <i>Aline Correa Lovatto e Daniel Correa Lovatto.....</i>	65
PRISÃO PREVENTIVA E LEI ANTICRIME: AS (FALSAS) EXPECTATIVAS SOBRE AS REFORMAS LEGISLATIVAS EM FACE DA LINGUAGEM DE PODER DAS DECISÕES JUDICIAIS <i>Ana Carolina Mezzalira.....</i>	85
O LIVRAMENTO CONDICIONAL E A NOVA PREVISÃO DO ART. 83,III, “b”, DO CÓDIGO PENAL (PACOTE ANTICRIME- LEI 13.964/19) <i>Ana Paula Dal Igna.....</i>	104
SOCIEDADE DO RISCO E DIREITO PENAL <i>André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade.....</i>	115
A PRISÃO PREVENTIVA E AS (NEM TÃO) NOVAS CONTROVÉRSIAS NA LEI Nº 13.964/2019 <i>Augusto Jobim do Amaral e Felipe Lazzari da Silveira.....</i>	141
A “ESTRUTURA ACUSATÓRIA” ATACADA PELO MSI – MOVIMENTO SABOTAGEM INQUISITÓRIA (CPP, ART. 3º-A, LEI 13.964) E A RESISTÊNCIA ACUSATÓRIA <i>Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa.....</i>	163
O TEMPO E A PENA DE PRISÃO: (MAIOR) RETALIAÇÃO NO PACOTE ANTICRIME? <i>Betina Henke Krause Saraiva.....</i>	179
O NOVO RDD À LUZ DO PACOTE ANTICRIME: RECRUDESCIMENTO PENAL, ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS E VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS <i>Bruna Melgarejo Rosa e Mariana Engers Arguello.....</i>	195
OS IMPACTOS DO PACOTE ANTICRIME (LEI 13.964/19) NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL <i>Bruna Oliveira Krauser, Fernanda Engelmann e Ester Eliana Hauser.....</i>	218

O PACOTE ANTICRIME E SEUS REFLEXOS NA EXECUÇÃO PENAL – ALTERAÇÕES E INCONSTITUCIONALIDADES DO NOVO SISTEMA DE PROGRESSÕES DE REGIME <i>Bruno César Canola e Flávio Aurélio Wandeck Filho.....</i>	<i>240</i>
O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA POLÍTICO-CRIMINAL DE DESPENALIZAÇÃO DOS CRIMES DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO <i>Carlo Velho Masi.....</i>	<i>264</i>
COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA A PARTIR DA LEI 13.964/19 <i>Cezar Roberto Bitencourt.....</i>	<i>294</i>
LEGALIDADE PROCESSUAL E A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM PROCESSOS EM CURSO <i>Daniela Dora Eilberg e Laura Gigante Albuquerque.....</i>	<i>313</i>
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, PRIMEIRAS LEITURAS: PANORAMA, DIFICULDADES E ENFRENTAMENTO <i>Felipe Cardoso Moreira de Oliveira e Rafael Braude Canterji.....</i>	<i>331</i>
LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E OS DESAFIOS À SUA EFETIVIDADE <i>Fernanda Marinela.....</i>	<i>353</i>
OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO E O COMPORTAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA ASSISTÊNCIA JURÍDICA <i>Franklyn Roger Alves Silva.....</i>	<i>367</i>
A NOVA FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS E SUA INTERPRETAÇÃO PARA A CONTRIBUIÇÃO DO MODELO ACUSATÓRIO <i>Franklyn Roger Alves Silva e Rodrigo Baptista Pacheco.....</i>	<i>424</i>
A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA NECESSÁRIA CLIVAGEM CONSTITUCIONAL <i>Gabriel Saad Travassos do Carmo e Roberta Eifler Barbosa.....</i>	<i>448</i>
O PACOTE ANTICRIME E O CONTEXTO BRASILEIRO – AMPLIAÇÃO DO BANCO DE DADOS GENÉTICOS E OUTRAS INTERVENÇÕES TECNOLÓGICAS <i>Gisele Mariane Alves Costa e Raissa Lustosa Coelho Ramos.....</i>	<i>466</i>
OBSERVAÇÕES SOBRE O PROCESSO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E A DEFENSORIA PÚBLICA <i>Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.....</i>	<i>486</i>
POR UM JUIZ DE GARANTIAS <i>Jader Marques.....</i>	<i>502</i>

O SISTEMA ACUSATÓRIO NA LEI 13.964/2019

José Antonio Paganella Boschi.....516

PACOTE ANTICRIME: ESTRUTURA ACUSATÓRIA VERSUS GOVERNAMENTABILIDADE INQUISITIVA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Juliano de Oliveira Leonel.....535

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL — SUA ORIGEM E A OPERACIONALIZAÇÃO PELAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

Lara Maria Willemer Würzius e Tarcisio Passos Junior.....551

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA LEI ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019): ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS

Laura Gigante Albuquerque e Júlia Tormen Fusinato.....570

O PAPEL DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Lenio Luiz Streck.....595

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONFISSÃO COMO PRESSUPOSTO PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (Lei Nº13.964/19)

Lúcio Santoro de Constantino.....620

VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar.....640

EDITORIAL

A Defensoria Pública tem cada vez mais se firmado como instituição essencial à promoção da justiça e dos direitos humanos em todo o âmbito nacional. Desde a sua criação no ano de 1994, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul vem se destacando pela excelência do trabalho desenvolvido junto à população mais vulnerável, atingindo o patamar de instituição pública da confiança dos gaúchos e das gaúchas.

Durante este caminho de afirmação institucional, o processo de capacitação permanente de seus agentes, que passa tanto pelo aperfeiçoamento do conhecimento jurídico a partir da formação interna, bem como pelo intercâmbio de conhecimentos com a sociedade civil, tem se mostrado de valor ímpar para a proposição de políticas públicas e para a análise crítica de temas jurídicos e sociais.

Desde 2010, a revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul tem se mostrado importante instrumento de intercâmbio e de aprimoramento do conhecimento jurídico, evidenciando verdadeiro elo necessário entre o agir institucional e a produção científica da academia.

Neste ano, a partir dessas premissas e buscando aproximar ainda mais a comunidade acadêmica e científica da instituição, como forma de racionalizar e dirigir o conhecimento para o melhor agir institucional, o CECADep – Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul promoveu um estudo dirigido para a reformulação do ato normativo que regulamenta a revista, atualizando suas diretrizes, a fim de conduzi-la a um processo de indexação e aumento da nota Qualis.

Assim, a partir da nova normativa administrativa, a revista contará com inédita estrutura editorial, passando a ser composta pela Editora Chefe, Comissão Editorial e Conselho Científico e Editorial, aumentando o número de pareceristas com titulação de mestrado e/ou doutorado, atentando para a exogenia necessária.

O sistema de avaliação dos trabalhos também passará por mudanças, dando-se por pares, em *double blind review*. Além disso, a revista passará a contar com plataforma digital específica como forma de dar maior visibilidade ao periódico, bem como dinamizar os trabalhos da Comissão Editorial e Pareceristas, o que atentará para maior agilidade e complexidade do processo de avaliação.

Com este paradigma, lançamos esta edição especial que trata da Lei Anticrime, contando com artigos de renomados juristas convidados e também artigos que foram submetidos à avaliação do atual Conselho Editorial. A Lei Anticrime ainda necessita de uma análise acurada e profunda, na medida em que opera na alteração de diversos dispositivos legais e de inúmeras legislações, com impacto determinante, portanto, na estrutura do sistema de justiça e prisional.

Agradecemos desde já a todos e a todas que contribuíram e contribuem com a nossa revista e esperamos que ela atinja cada vez mais um patamar de qualidade e de excelência, com o intuito não apenas de atrair a comunidade acadêmica e jurídica à publicação, mas, sobretudo, de cumprimento do seu papel que é o de fornecer substrato e subsídio informacional e técnico a sociedade como um todo.

Tenhamos uma ótima leitura!

Mariana Py Muniz

Samara Wilhelm Heerd

BREVE ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME), DO PONTO DE VISTA INTERNO E EXTERNO DO SISTEMA JURÍDICO, À LUZ DAS TEORIAS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

BRIEF CRITICAL ANALYSIS OF LAW 13.964/2019 (ANTI-CRIME PACKAGE), FROM THE INTERNAL AND EXTERNAL POINT OF VIEW OF THE LEGAL SYSTEM, IN THE LIGHT OF THE THEORIES OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

Alexandre Brandão Rodrigues¹

Antônio Flávio de Oliveira²

RESUMO

Realizou-se uma breve digressão histórico-filosófica das três principais concepções de direito e avaliar como funciona o problema do decisionismo judicial e do controle material da produção legislativa nestas concepções. E frente a essa análise foi feita uma crítica à Lei 13.964/2019. O método utilizado foi o da filosofia da história e o dedutivo. O resultado obtido foi que com o Constitucionalismo Contemporâneo o sistema jurídico deve ser visto como um sistema de regras, princípios, políticas e procedimentos. Quanto ao “Pacote Anticrime”, verificou-se que vários dispositivos da lei sofrem com vício de inconstitucionalidade que devem ser declarados ou, no mínimo, ser dada uma interpretação conforme a Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo contemporâneo. Garantismo jurídico.

Teoria e filosofia do direito.

ABSTRACT

A brief historical-philosophical digression of the three main conceptions of law was carried out to measure how the problem of judicial decisionism and the material control of the legislative production in these conceptions works. In light of this analysis, a criticism of Law 13.964/2019 was made. The method used was the philosophy of history and the deductive reasoning. The result obtained was that with Contemporary Constitutionalism the legal system must be seen as a system of rules, principles, policies and procedures. As for the “Anti-Crime Package”, it was found that several provisions of the law suffer from an unconstitutionality defect that must be declared or, at least, given an interpretation according to the Constitution.

¹ Bacharel em Ciências Militares pela Academia de Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Sul (1994). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (1999). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIJUÍ (2008). Mestrando do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Diretor-presidente da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do RS (Fesdep). Subdefensor Público-Geral para Assuntos Jurídicos.

² Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Caxias do Sul (1996). Subdefensor Público-Geral do Estado para Assuntos Administrativos (2017-2020). Defensor Público-Geral do Estado.

KEYWORDS: Constitutionalism contemporary. Legal guarantee. Theory and philosophy of law.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Metafísica e a norma jurídica no jusnaturalismo. 3 O positivismo jurídico – a ilusão de neutralidade, a abertura para a discricionariedade judicial e a ausência de análise da validade material da norma. 4 O constitucionalismo contemporâneo e o papel dos direitos fundamentais, os princípios como categoria normativa apta a afastar a discricionariedade judicial e a fazer um controle material da produção legislativa. 5 Uma breve análise crítica dos fundamentos filosóficos e jurídicos da lei 13.964/2019, “o pacote anticrime”. 6 Conclusões. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, foi proposta como um dos principais instrumentos do atual governo e, principalmente, do então Ministro da Justiça e segurança Pública, Sérgio Moro, para o combate à corrupção e para garantia da ordem e da segurança pública. Na Mensagem 50 ao PL 882³, que veio a se tornar na referida lei, o então ministro ressalta que o objetivo da lei é estabelecer medidas contra a corrupção, crime organizado e crimes graves praticados contra pessoa.

O PL 882 foi muito modificado no Congresso, recendo muitas emendas e, em muitos pontos, alterado substancialmente, inclusive com a criação de institutos processuais inéditos, como é o caso do Juiz de Garantias. O que, de certa forma, tornou a referida lei, processualmente falando, um avanço em termos de garantias processuais. O que não se pode dizer das disposições materiais.

Desde já, ressalta-se, que não se pretende neste estudo analisar a leis, os seus avanços e retrocessos, mas sim analisá-la no âmbito da Teoria e da Filosofia do Direito. O discurso apresentado pelo governo, em especial pelo Ministério da Justiça, teve um apelo fortemente moralista, como se o projeto de lei do “Pacote Anticrime” tivesse o condão de restabelecer a moralidade pública tão vilipendiada por atos de corrupção pública e privada e pela criminalidade organizada e violenta. Para isso, propõe medidas que interferem gravemente na esfera de liberdade de cidadãos que, por ventura, venham a responder ou sejam condenados por

³ Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=55975F56EF9F99F687C718BDAD453663.proposicoesWebExterno2?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL+882/2019

determinados crimes.

Diante disso, pretende-se, portanto, primeiramente, fazer uma breve digressão histórico-filosófica das três principais concepções de direito, para poder entender o papel que a moral e que a metafísica exerce nessas concepções e, assim, avaliar como podem influenciar no decisionismo judicial (por meio da discricionariedade e até do arbítrio), bem como no controle material da produção legislativa. Para essa análise utilizar-se-á o método da filosofia da história. Diante dessa análise, entender as razões utilizadas na gênese do PL 882 que venho se transformar na Lei 13.964/2019. E assim, fazer uma crítica à lei com base na filosofia do direito, ou seja, do ponto de vista externo ao ordenamento jurídico, bem como uma crítica quanto a validade material da lei, do ponto de vista interno ao ordenamento jurídico. Para tanto o método utilizado será o dedutivo, portanto, aplicar-se-á, como ensina Lakatos (2003, p. 94), “a chamada ‘afirmação do antecedente’ (modus ponens) e a denominada ‘negação do consequente’ (modus tollens)”.

Assim, o problema que se apresenta pode se dividido em dois: quais são as principais concepções do direito e como se dá a influência da moral nessas concepções de modo a propiciar um controle da discricionariedade judicial e do controle da validade material da produção legislativa? E, diante do Constitucionalismo Contemporâneo, é possível fazer a crítica do ponto de vista externo, com base dos valores externos ao sistema jurídico e do ponto de vista interno, da validade da lei com base nas categorias jurídicas, regras e princípios?

Há que ser salientado que não se pretende fazer uma análise exaustiva da referida lei, muito pelo contrário, pretende-se, simplesmente, fazer um indicativo dos problemas, axiológicos e de validade, que poderão ser enfrentados pelos operadores do direito.

2 A METAFÍSICA E A NORMA JURÍDICA NO JUSNATURALISMO

O presente estudo tem que iniciar pelo Jusnaturalismo, pois trata-se da primeira concepção de direito. Em termos gerais⁴, caracteriza-se por ser uma

⁴ Em termo gerais, porque diante da grande diversidade de teorias jusnaturalistas, é quase impossível apontar características gerais que englobem todas as teóricas.

concepção do direito em que há duas ordens jurídicas, uma natural (metafísica⁵) e outra legal (positiva). Nessa concepção do direito, o direito positivo está ligado, ontologicamente, à moral (justiça) e esses valores buscados pelo jusnaturalismo tem um cunho metafísico, ou seja, transcendem ao sensível e tem caráter generalista, próprios das causas primeiras (*a priori*). É importante ressaltar que para o jusnaturalismo, o ser do direito (ontologia) está intimamente ligado ao seu valor (axiologia). De modo que o direito posto, se não for justo, não é direito. E isso influencia diretamente a epistemologia do jusnaturalismo, pois a forma de se conhecer o direito deve estar de acordo com as concepções morais (de justiça). O que favorece ao arbítrio, pois tais concepções são subjetivas e favorecem, invariavelmente, aquelas pessoas que detêm o poder. Em suma a moral está estritamente ligada ao conceito do direito. A primeira vez que a tensão entre o direito natural e o direito positivo foi retratada pela literatura foi por volta de 440 a. C., em *Antígona*, obra de Sófocles⁶.

O fundamento filosófico do Jusnaturalismo está na filosofia clássica, em especial de Sócrates e Platão que é, ao mesmo tempo, lógica e metafísica, pois remete ao “mundo das ideias”, que significa para Platão “modelos”. Entendia Platão (inspirado em Pitágoras) que há um lugar, que não está no tempo e no espaço, onde existem os modelos ideais de tudo o que existe. Acreditava na “existência de tais entidades estáveis ‘alhures’ – em um lugar separado do mundo apresentados pelos sentidos.” (FEREJOHN, 2011, p. 151). Como ressalta Habermas (1990, p. 40), essa epistemologia metafísica idealista se caracteriza pela tensão de duas formas de conhecimento: “A forma discursiva, apoiada na empiria, e o anammésico, voltado para a contemplação intelectual; de outro lado, da oposição paradoxal entre ideia e fenômeno, entre matéria e forma”.

Esse pensamento metafísico-ontológico do idealismo clássico repercutiu no

⁵ Pode-se dizer que metafísico é o estudo de questões que transcendem ao físico, ao sensível. O termo “Metafísica” surgiu, porque os livros de Aristóteles que tratam da “filosofia primeira” foram organizados depois dos livros de “física” pelos seus glossadores.

⁶ Nessa obra, a tragédia começa com a determinação de Antígona de enterrar o seu irmão, Polinice, de acordo com os preceitos religiosos vigentes na época. Tal determinação vai de encontro com a ordem do soberano, Creonte, que determinou que aqueles que houvessem atentado contra a cidade não poderiam ser enterrados e teriam o seu corpo comido pelas aves do céu e pelos cães da terra. Tal determinação de Creonte, além de desobedecer à lei natural, ofende ao morto e aos seus familiares, pois fará com que o espírito do morto não consiga fazer a devida transição para o mundo espiritual. Por isso, Antígona, contrariando a ordem de Creonte, enterra o seu irmão (SÓFOCLES, 2001).

direito. Tanto Platão, como Aristóteles, falam do termo “direito positivo”, mas ligado à ideia de justiça, ou seja, de justiça positiva, como as leis que regem a vida social. Esses filósofos entendiam que o direito natural está em toda parte e “[...] prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva”. (BOBBIO, 1995, p. 17). Já o direito positivo, como visto, refere-se à justiça que rege a sociedade. Trata-se de ações “[...] antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei”. (BOBBIO, 1995, p. 17).

No jusnaturalismo clássico o conhecimento do direito estava ligado à intuição. Contudo, não existe controle do que é “justo” e a definição e o critério de justiça ficavam totalmente ao arbítrio de quem detinha a autoridade. Na Idade Média, segundo Bobbio (1995, p. 19), a “[...] distinção entre direito natural e direito positivo se encontra em todos os escritos medievais”. Distinção essa defendida por Santo Tomás de Aquino, onde o direito divino, irradiado por Deus, passou a fazer a vez do direito natural. Segundo Santo Tomás de Aquino, se a lei contrariar o direito natural “[...] já não será lei, mas corrupção da lei”. (AQUINO, 2005, p. 576). Entende Santo Tomás de Aquino que a *lex humana* “[...] deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer.” (BOBBIO, 1995, p. 20).

No século XIV, surgiram várias forças que possibilitaram a eclosão de uma nova consciência na Humanidade⁷ e modificou totalmente a forma em que o Homem vê o mundo e a si próprio. O mundo se desencantou, as respostas não estavam mais em Deus, mas no interior de cada homem. Para o direito, não houve uma mudança tão significativa, pois o dualismo característico do jusnaturalismo ainda persistiu.

Na filosofia, o Racionalismo foi um marco, Descartes, fortemente influenciado pela certeza da lógica matemática, compara a sabedoria a uma árvore, na qual nas suas raízes estão a metafísica, no seu tronco está a física e os demais conhecimentos ligados ao sensível e, nos seus ramos e folhas estão os conhecimentos aplicados como a medicina, psicologia, moral. Por mais que a

⁷ Pode-se citar: a instabilidade da estrutura feudal com a ascensão da burguesia; o Renascimento italiano; a Reforma Protestante; e a surgimento da Ciência Moderna com as descobertas de Copérnico (RUSSELL, 2013). A Terra deixou de ser o centro do universo, mas, em compensação, o Homem assumiu um papel central no pensamento filosófico.

filosofia de Descartes seja calcada na razão e no método, as suas bases são sustentadas pela metafísica, visto que a busca dessa racionalidade é feita de forma subjetiva, no interior de cada indivíduo. (DESCARTES, 2000).

O método cartesiano influenciou e influencia a ciência e a filosofia até hoje, mas o racionalismo sofreu oposição de outra vertente do conhecimento científico e filosófico da Modernidade, o empirismo. David Hume foi o grande crítico do racionalismo, pois entendia que todo o conhecimento provém de duas fontes principais: das percepções direitas geradas pelos sentidos e das ideias pálidas dessas impressões. Então, ele nega a ideia racionalista das conexões entre as coisas, que possibilita o conhecimento delas, pois entende que tudo o que podemos conhecer são essas pálidas impressões dos sentidos. (HUME, 2000). Para o direito, Hume teve grande influência para o positivismo jurídico.

Mas a ponte entre o empirismo e o racionalismo foi erguida pelo pensador alemão Immanuel Kant, com a sua teoria do idealismo transcendental. Kant entendia que existem dois mundos, ou seja, duas categorias que, em conjunto, dão a possibilidade que se conheça o mundo sensível⁸: o mundo da experiência (empírico), que se conhece de forma *a posteriori*; e o mundo das coisas em si (racional), que independem da experiência, que se conhece de forma *a priori*. Kant não nega o conhecimento empírico (do mundo, relativo ao tempo e espaço), mas entende que ele sozinho não basta, é necessário para o conhecimento humano que seja feita a ligação com que sabemos de forma *a priori*⁹ (NODARI, 2009; RUSSELL, 2013).

Com Kant, o sujeito cognoscente toma assento no centro do conhecimento e, assim, se estabelece mais uma revolução da Modernidade: primeiro nas ciências com Copérnico; depois na filosofia, com Kant. Essa preocupação em relacionar a experiência com a racionalidade, ou seja, o conhecimento *a posteriori* com o *a priori*,

⁸ Kant entendia a lógica de forma completa, por isso que as categorias que possibilitam o conhecimento (a razão prática e a razão pura) se referem ao fenômeno (*fenomena*). Mas todo o fenômeno necessita de uma causa (de uma origem) e essa causa Kant chama de númeno (*noumena*), que trata-se da coisa em si, que é incognoscível. Não se pode conhecer a coisa em si, por isso que a filosofia de Kant não tratava do númeno, este serve, somente, para dar lógica ao seu sistema. “Por estar fora do espaço e do tempo, a coisa em si é uma peça do mobiliário metafísico que, apesar de uma certa epistemologia subjetiva, nos assegura a possibilidade de evitar o ceticismo e reconhece um campo de experiência que seja ao menos intersubjetivo. Kant é forçado a esta posição porque não admite a existência independente de espaço e tempo. Se removermos estes dois da lista de conhecimentos *a priori*, a coisa em si resulta supérflua.” (RUSSELL, 2013, p. 374).

⁹ Para saber mais: VEGAS, Juan Castillo. La intuición intelectual em Kant. In: Revista do Direito da UNISC: Santa Cruz do sul, n.38, p. 1787-201, julho/dezembro de 2012.

sempre foi uma das suas preocupações, visto que: “Os limites dos conceitos *a priori* são os do campo da experiência. Se formos além, nos envolveremos em metafísica e ‘dialética’ infrutíferas, o que, para Kant, carrega um significado depreciativo”. (RUSSELL, 2013, p. 374).

Bem, se funda em Descartes e Kant a base filosófica da Modernidade, o conhecimento era obtido de forma subjetiva, em uma relação entre sujeito-objeto, em que a razão subjetiva é determinante. Essa marca subjetiva do racionalismo idealista é o que Habermas (1990, p. 41) chama de filosofia da consciência, visto que a procura da razão em si mesmo:

A autoconsciência, ou é conduzida a uma posição fundamental, como fonte espontânea de realizações transcendentais, ou é elevada à categoria de absoluto, como espírito. As substancias ideais transformam-se nas determinações categoriais de uma razão produtora, de tal modo que agora, numa peculiar guinada reflexiva, tudo é referido ao uno da subjetividade produtora.

A busca da razão se dá interior do homem. Epistemologicamente, a filosófica da consciência teve como defeito ser excessivamente solipsista, ou seja, ser por demais subjetiva, pois o conhecimento *a priori* somente pode ser buscado no interior de cada pessoa, bem como a noção de dever e, conseqüentemente, a de moralidade.

Em que pese ter sido o jusnaturalismo, por milênios, a principal teoria jurídica; e, ainda hoje, existirem teóricos que defendam essa tese dualista, não pode se negar que, atualmente, essa concepção de direito conta com poucos adeptos. Por ser uma teoria apriorística, visto que se baseia na metafísica, pois remete a um conhecimento suprassensível, em que as suas razões se encontram dentro da mente do julgador (solipsista), essa racionalidade não pode fundamentar uma decisão judicial em um Estado Democrático de Direito, em que é determinante uma racionalidade pós-metafísica, exigindo-se o respeito a princípios de ordem democrática, como o da separação dos poderes e o da legalidade.

Portanto, uma concepção de direito que é subordinada à moral, sendo que essa é acessada pelo julgador de forma apriorística (metafísica), faz com que a decisão judicial seja mais do que discricionária, ela tangencia ou, até mesmo, entra nas raias do arbítrio. Tal concepção era tão subjetiva que chegou a fazer com que Luís XIV, rei absolutista francês declinar que “o Estado sou eu”. E era mesmo, não existia controle. Para resolver esse problema da certeza e da segurança jurídica, foi

teorizada uma nova concepção de direito, o positivismo jurídico, que visou dar a certeza e neutralidade para a ciência do direito, para tanto, tentou afastar a metafísica. Mas, com se verificará, além de não conseguir concretizar esses ideais, não conseguiu resolver o problema da discricionariedade judicial, ou seja, a falta de controle transferiu-se para a fase de produção legislativa e para as decisões judiciais dos casos difíceis.

3 O POSITIVISMO JURÍDICO – A ILUSÃO DE NEUTRALIDADE, A ABERTURA PARA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A AUSÊNCIA DE ANÁLISE DA VALIDADE MATERIAL DA NORMA

Após a Revolução Francesa, com o surgimento do Estado Liberal e da codificação, que trouxe consigo o princípio da legalidade, o jusnaturalismo perdeu força. O Estado foi visto como um mal necessário, por isso não podia intervir nas relações entre os cidadãos. Ferrajoli ressalta que essa positivação representou um grande progresso nos planos epistemológico, jurídico e político, visto que “a separação do direito positivo da moral e da política, de outro comporta a separação entre a ciência do direito e o próprio direito, que pela primeira vez se torna autônomo como ‘objeto’ ou ‘universo’ empírico relativamente independente da atividade dos juristas.” (FERRAJOLI, 2006, p. 802)

E na Filosofia, no final do século XIX, início do século XX, foi declarado que “Deus está morto”. (NIETZSCHE, 2011) Com esta sentença, Nietzsche pretendeu por fim a moralidade cristã que dominava no mundo acidental até então. Mas, conseguiu mais, conseguiu por em cheque a racionalidade metafísica que imperava na filosofia ocidental. (MARTON, 1990). Então, Nietzsche proporcionou uma transvaloração dos valores dominantes até então no pensamento filosófico ocidental. A partir de então, a forma do homem se conhecer e conhecer o mundo vai mudar radicalmente. Perde-se a essência, e se tem somente a existência. E os valores passam a ser “humanos, demasiado humanos”, e não mais perenes e absolutos dispostos em um mundo ideal.

Nesse momento, a filosofia de Kant e Hegel são questionadas e não se admite mais uma explicação psicológica das relações lógicas e conceituais, surge a filosofia analítica de Frege e Russell (entre outros), para dar um passo na guinada linguística. Em especial Frege, entende que há diferenças de pensamentos e de

suas representações. As representações são sempre atribuídas a um sujeito e identificadas no espaço e tempo, já os pensamentos ficam adstritos à consciência individual e são mais complexos que as representações. Quando o pensamento é verdadeiro, a sua representação constitui um fato. Assim, não é possível aprender sem a mediação de pensamentos e de suas representações, visto que os pensamentos só são acessíveis quando representados através de proposições. (HABERMAS, 2003).

Essas proposições são elementos da linguagem gramatical e, para se entender a estrutura do pensamento é necessário desse *medium* da linguagem. (HABERMAS, 2003) Nesse ponto, partindo da filosofia de Gottlob Frege e não desconsiderando a filosofia de Kant, Ludwig Wittgenstein (1999) muda essa perspectiva, e aproveitando-se da virada linguística, estabelece que os limites da linguagem é que definem os limites de mundo de cada pessoa. Então, para ele, toda a discussão filosófica até então travada se deu com base em erros fundamentais: porque tanto a linguagem quanto o mundo são formalmente estruturados e essas estruturas podem ser decompostas. A relação entre as estruturas do mundo e da linguagem é que traz o conhecimento, de forma com que a linguagem retrata o mundo, retratando-o de forma com que concorde com a realidade.

A filosofia de Wittgenstein influenciou, decisivamente, o movimento filosófico conhecido como Círculo de Viena, que se trata de uma escola de pensamento que teve como principal objetivo afastar da ciência qualquer aspecto valorativo, por meio, fundamentalmente, do rigor da linguagem, da objetividade do enunciado do discurso científico e pela repulsa e afastamento de todo o aspecto metafísico. Compunham o Círculo de Viena pensadores da envergadura de Otto Neurath, Karl Popper, Rudolf Carnap, entre outros. (LUZ, 2003; CADEMARTORI e ESTEVES, 2013)

Hans Kelsen participou de algumas reuniões do Círculo de Viena, foi influenciado por esse movimento filosófico, mas acabou se afastando devido à influência da filosofia idealista transcendental de Kant em seu pensamento. Mas a influência dessa perspectiva neopositivista do Círculo de Viena encontra-se presente em sua teoria, tanto é que o principal objetivo foi criar um método puro para o estudo da ciência do direito.

Com base nesse movimento filosófico que tinha horror a metafísica, surgiu o positivismo jurídico que tem como principal característica: ontologicamente, o direito é somente o direito positivo; epistemologicamente, a análise do direito se dá por

meio da análise lógica da linguagem jurídica; e axiologicamente, o valor está separado do direito, faz parte da área de estudo da filosofia do direito¹⁰.

Certamente, o positivismo jurídico tem como uma das suas teses principais teses a da separação do direito e da moral; no caso, o ser (ontologia) do direito está separado do seu valor (axiologia). O que interessa para o positivismo jurídico não é o valor ou a justiça do direito, mas sim a sua validade, que é puramente formal. Como visto, axiologicamente, para o Positivismo Jurídico o valor está afastado da Ciência do Direito. Deve ser levado em consideração muito mais a forma do que a substância das normas. Nesse contexto juspositivista, dois autores se destacam, no âmbito normativo, Hans Kelsen e no analítico, Herbert Hart. Mas essas teorias não conseguiram dar conta de explicar o direito no constitucionalismo contemporâneo, em especial o papel dos direito fundamentais.

A teoria de kelsen pretende que o jurista se atenha somente a questões jurídicas, que são as que estão postas pela lei, pela norma jurídica positiva, ou seja, afasta a moral, a religião, a metafísica, e qualquer outra ordem normativa que não seja jurídica da análise da ciência do direito. O objeto da ciência do direito, pra ele, é somente o direito. A validade que interessa para o cientista jurídico é a validade formal. Assim, para Kelsen, a principal função da ciência do direito é definir o direito como ele é, de forma pura, sem ideológicas. Desta forma, segundo esta orientação metodológica, o direito fica reduzido ao sistema normativo. (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003; CADEMARTORI e ESTEVES, 2013)

O projeto juspositivista Kelsen tem por base quatro teses principais: A primeira tese é a que afirma que o direito é somente direito positivo, exclusivamente positivo. (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003) A segunda tese é a do relativismo moral, que rejeita a teoria de uma moral absoluta, por entender que a moral absoluta não pode ser conhecida cientificamente. A terceira tese do projeto juspositivista de Kelsen trata da diferença entre a normatividade e causalidade, entre o aspecto deontológico e o ontológico, ou seja, entre o *dever-ser* e o *ser*. A quarta tese é a da pureza, refere-se à análise metodológica da ciência do direito, e não do processo de criação social do direito. Kelsen admite que valores morais, religiosos, ou de outra ordem axiológica podem influenciar o legislador na criação do direito. (DIMOULIS, 2006; NOGUEIRA, 2010)

¹⁰ Trata-se, nas palavras de Ferrajoli (2006), do ponto de vista externo da análise do Direito.

Acontece que a teoria pura do direito de Kelsen permite, dentro da moldura estabelecida pela norma geral, um amplo espaço de liberdade (discricionariedade) para a decisão judicial. E é a vontade do julgador que é determinante para a definição da norma jurídica individual a ser aplicada no caso em concreto. E, em consequência disso, como adverte BITENCOURT, CALATAYUD e RECK (2014, p. 52), “a cadeia de validade (o processo de validação) das normas não se verifica, como afirma Kelsen, do ápice para baixo, mas, em realidade, de baixo para cima”. O que possibilita que não se tenha critérios para a produção legislativa, a lei é válida desde que tenha se submetido e passado por um processo legislativo válido, não há uma análise material do conteúdo da lei. Essa falta de análise de critérios materiais de produção legislativa possibilitou que as leis nazista, totalmente imorais, genocidas, fossem consideradas válidas por que passaram com êxito pelo processo legislativo.

Posteriormente, depois da metade do século XX, um teórico inglês, Herbert L. A. Hart constrói uma teoria juspositivista que entende o direito como um sistema de regras (um sistema interligado de regras primárias e secundárias). Com base nas críticas a estes modelos positivistas jurídicos precedentes, Hart parte para a criação de uma teoria que tem por base um sistema jurídico. Hart, tal como Kelsen, propôs como concepção de direito como um sistema escalonado de normas, mas o fundamento do sistema jurídico para Hart (1994) está na aceitação de duas classes de regras: regras primárias (que impõe deveres/obrigações) e regras secundárias (que são todas aquelas que servem para identificar e elucidar as regras primárias – conferem poderes). (MACCORMICK, 2010).

Maccormick (2010) critica a teoria de Hart no que refere ao direito e o seu funcionamento. Entende Maccormick (2010) que Hart fornece somente uma compreensão parcial do direito, isso porque o sistema jurídico é sempre fundamentado em princípios. Desta forma, nunca o juiz dispõe de discricionariedade no sentido “forte”. Em casos de textura abertas das normas jurídicas, o juiz dispõe de discricionariedade para procurar a resposta correta em coerência com os princípios e valores do sistema jurídico. Assim, a discricionariedade do juiz é exercida em *stantards* predeterminados: quando esses *stantards* são regras, a discricionariedade se entende por uma área restrita; quando as regras dão orientação ambígua ou conflitante, pode-se recorrer a outros *stantards* de julgamento. (MACCORMICK, 2010). Essa é a crítica feita pelos teóricos pós-

positivistas, em especial por Dworkin.

Enfim, o Positivismo Jurídico (juspositivismo) teve a pretensão de afastar a moral do direito e, como isso, afastar qualquer traço metafísico da análise normativa. Mas, com isso, não conseguiu evitar e até favoreceu, a discricionariedade judicial. O grande problema das teorias juspositivistas é que consideravam o Direito como um sistema de regras jurídicas, ignoravam a existência dos princípios como uma categoria normativa, que tem como objetivo nortear a interpretação do Direito. As teorias propostas pós-positivistas ou, como muitos preferem, constitucionalistas contemporâneas, tentam resolver esse problema, pois exigem a análise material não só na interpretação da lei, como também como requisito da produção legislativa.

4 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, OS PRINCÍPIOS COMO CATEGORIA NORMATIVA APTA A AFASTAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A FAZER UM CONTROLE MATERIAL DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA

Houve uma mudança de paradigma, ou seja, o positivismo, tanto o lógico, quanto o jurídico, tentou afastar a metafísica própria das perspectivas teóricas jusnaturalistas e apegou-se no rigor da linguagem, e afastou, os valores morais do conceito do Direito. Contudo, para isso, valeu-se de categorias transcendentais num apelo metafísico, a exemplo da norma hipotética fundamental. O direito foi visto somente como um sistema escalonado de regras jurídicas e não resolveu o problema da discricionariedade judicial. Da mesma forma pecou no controle material do processo legislativo, visto que era a validade era somente formal, com ênfase no trâmite legislativo, não se preocupava com o aspecto material.

A perspectiva teórica juspositivista dominou o cenário jurídico do ocidente, em especial, no período histórico que vai do século XIX ao início do século XX. Nisso, eclode a Segunda Guerra Mundial, que proporcionou um espetáculo de atrocidades que resultou na morte de milhões de pessoas: o holocausto nazi-fascista, a maior crise humanitária do século XX, o que fez o positivismo jurídico ser questionado. Com isso, como ressalta Leal (2007), houve a necessidade de resgatar e fortalecer a noção de democracia e de direitos humanos. Tais direitos, junto com o princípio de dignidade humana, ocuparam lugar de destaque nas constituições e, por serem universais e invioláveis, ultrapassaram o simples critério da maioria, protegendo a

todos.

Assim, surgiu o neoconstitucionalismo. Buscou-se novos fundamentos para a República, houve um retorno à teoria material, associado aos direitos fundamentais e a aspectos valorativos que deram à constituição uma natureza aberta. Rompeu-se com a ideia de neutralidade (concepção liberal-individualista) e passou-se a ter a compreensão da necessária vinculação entre moral e política. (LEAL, 2007)

Esclarece Streck (2012) que, na Europa, o neoconstitucionalismo surgiu como um movimento que visou dar normatividade à constituição, pois nesse continente, até a metade do século XX, não se conhecia a concepção de constituição normativa. Acontece que, no Brasil, ele chegou tardiamente, somente na segunda metade do século XX, e provocou “[...] condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabaram por contribuir para a corrupção do próprio texto da constituição.” (STRECK, 2012, p. 61 e 62). Por isso, ele defende que é necessário não se utilizar mais da expressão *neoconstitucionalismo* para denominar esse novo constitucionalismo que surgiu depois do pós-Segunda Guerra e denominá-lo de constitucionalismo contemporâneo.

No positivismo jurídico, a preocupação do jurista estava centrada na lógica e na sistematicidade do ordenamento, com o constitucionalismo contemporâneo não houve o abandono do sistema, mas se deu ênfase a garantia dos direitos fundamentais. A legislação e a ordem jurídica é aperfeiçoada como um todo. O paradigma da ordem subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais vincula todos os poderes do Estado; esses valores não correspondem a um direito suprapositivo (direito natural), mas de um caráter principiológico dos direitos fundamentais que proporciona uma abertura de interpretação. (LEAL, 2007; SARMENTO, 2004; SARLET, 2012).

Diante desses casos difíceis, surge a necessidade de se salientar a importância da interpretação do direito, não visto mais como um sistema de regras (conforme a perspectiva positivista), mas sim como um sistema de regras e princípios, em que esses também tem força normativa. Fica claro, portanto, que o constitucionalismo contemporâneo não é um abandono de todos os cânones do positivismo jurídico, até porque nenhuma teoria defende a desconsideração da lei ou da regra jurídica, e sim uma evolução, que implica em uma outra concepção de direito, na tentativa da superação da discricionariedade judicial, com a resolução dos casos difíceis com a decisão com base na normatividade dos princípios.

Houve uma evolução da teoria do direito, pois adota uma racionalidade pós-metafísica, que busca compatibilizar uma moralidade universalista assentada no chão do mundo. Dessa forma, se reconhece uma moral objetiva, materializada como direitos fundamentais, nas constituições ocidentais, principalmente no pós-Segunda Guerra, contudo se repudia a moral de natureza metafísica, como aquela admitida pelas correntes jusnaturalistas.

Para melhor entender o alcance que das teorias do constitucionalismo contemporâneo e o papel normativo da Constituição que impede as decisões judiciais discricionárias, bem com a produção de leis inconstitucionais que contrariam princípios e regras constitucionais fundamentais, é importante analisar, mesmo que brevemente, as teorias de Ronald Dworkin, de Robert Alexy e de Luigi Ferrajoli.

Para Dworkin (2014; 2007) o sistema jurídico não é composto somente por regras, mas também por princípios e políticas. A diferença do conceito de princípios para o de políticas, para Dworkin, é que: Os argumentos políticos são utilizados pela prática legislativa com o fim de apresentar uma solução para um grupo, ou seja, visa um fim coletivo, que pode ter um caráter econômico, político ou social; Já os princípios visam proteger ou garantir um direito individual ou coletivo, mas dizem respeito a questões de justiça, equidade, ou seja, tem uma dimensão moral. São os princípios, não a política, que informam a prática judicial. Para ele toda norma é composta por princípios e tais princípios não podem ser explicados pela regra de reconhecimento. (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014; RODRIGUES, 2005)

Isso porque os princípios têm como característica serem gerais e indeterminados e, assim, a colisão de princípios deve ser analisado no caso em concreto, ponderando de acordo com o peso e a importância de cada um. O princípio que tiver maior peso preponderará sobre o outro, mas o princípio preterido manterá a validade. Desta forma, o sistema jurídico para Dworkin não é um sistema de regras, mas sim um sistema de regras e princípios. (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014)

A outra perspectiva teórica pós-positivista que merece ser abordada é a teoria de Robert Alexy. Para Alexy os direitos fundamentais não constituem uma ordem neutra, mas fornecem princípios objetivos para pautar a vida em comum. Dispõem de um duplo aspecto que vale para todos os âmbitos do direito: como direito de defesa do cidadão contra o Estado; e, como uma ordem objetiva, que vale como

decisão fundamental e se projeta para todo o direito. Assim, todas as leis devem ser interpretadas e limitadas pelos direitos fundamentais. Essa eficácia de irradiação determina a sua condição objetiva e fornece diretrizes para a aplicação do direito infraconstitucional.

O conflito entre direitos fundamentais e democracia, segundo Alexy (1999), resolve-se no caso concreto com a supremacia de tais direitos. Eles são democráticos, pois são a garantia dos direitos de liberdade e igualdade e são capazes de manter o processo democrático. E, desta forma, asseguram o desenvolvimento e a existência das pessoas em geral. Mas, são também ademocráticos, porque desconfiam do processo democrático e vinculam, inclusive, o legislador. Alexy (1999) entende que nenhuma das duas posições pode ser seguida exclusivamente, o caminho a ser trilhado está no meio destas duas posições extremadas.

Diante da natureza aberta dos direitos, Alexy (2008) propõe a distinção teórico-estrutural entre regras e princípios, que é um dos pilares da sua teoria dos direitos fundamentais. Entende que regras e princípios são espécies do gênero norma e que esta divisão é qualitativa. O critério que permite diferenciar regras e princípios é a consideração dos princípios como mandamentos de otimização, no sentido de que ordenam que algo seja realizado na medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Já as regras são normas que são satisfeitas ou não: válida, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige (nem mais, nem menos), pois contêm determinações daquilo que é fática e juridicamente possível. A eficácia objetiva dos direitos fundamentais, entendidos como mandamentos de otimização, estão associados e vinculados às noções de incerteza, mobilidade, dinâmica do Direito e da Constituição, visto que permite a sua adequação no tempo e espaço e que cumpram a dupla função no ordenamento jurídico e Constitucional. (ALEXY, 2008)

Outro autor pós-positivista, isso porque reconhece os direitos fundamentais como valores morais históricos que têm sido positivados nos ordenamentos jurídicos dos Estados (nas Constituições, em especial), sendo concreções dos valores de liberdade, igualdade e solidariedade, que se resumem no conceito abstrato de

dignidade humana (ATIENZA, 2013), trata-se de Luigi Ferrajoli¹¹.

Ferrajoli (2006) se afasta e supera o juspositivismo tradicional, pois entende que o Estado de direito não é simplesmente um “Estado legal”, ou seja, regulado por leis, mas caracteriza-se por ser um Estado em que, no plano formal, zela pelo princípio da *legalidade* e, no plano substancial, requer a “funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes.” (FERRAJOLI, 2006, p. 790)

Então, o Garantismo no Estado constitucional de direito trata-se de um novo paradigma jurídico e normativo, pois condiciona a criação legislativa no aspecto formal (próprias do positivismo jurídico) e no aspecto substancial, que se atém ao significado dos valores substanciais que foram positivados na forma de princípios fundamentais, o que caracteriza o seu constitucionalismo. (GÓMEZ, 2012)

A validade jurídica vista nesse duplo sentido, formal e material, se apresenta como uma correção do positivismo normativista. Em um Estado democrático de direito as constituições ditam as condições formais de vigência, “mas estabelecem ainda *o que* ao príncipe não deve desagradar (ou agradar), isto é, os direitos invioláveis dos cidadãos cuja garantia é condição de validade substancial das normas por ele produzidas.” (FERRAJOLI, 2006, p. 807) O princípio da estrita legalidade das motivações judiciais exige que o juiz faça uma verificação jurídica das condições de validade formal da lei (vigência) e de validade material, ou seja, uma valoração da norma frente as normas superiores do ordenamento jurídico. Não pode, em um Estado democrático de direito, os juízes e os juristas se conformarem com uma análise acrítica e avaliativa das normas como se fossem dogmas indiscutíveis. A fidelidade ou sujeição à lei deve ser observada quanto “às leis constitucionais, sobre cuja base o juiz tem o dever jurídico, e o jurista tem a tarefa científica, de valorar – e eventualmente de censurar - as leis ordinárias vigentes.” (FERRAJOLI, 2006, p. 808)

Não se deve olvidar que o juízo de validade substancial das leis é um juízo de valor, ou seja, sujeito a valoração operativa do juiz, e esta valoração que pode investir contra o princípio de estrita legalidade. Mas esta inclusão de valores se dá

¹¹ Ferrajoli entende o seu Garantismo Jurídico como uma concepção formal, juspositivista crítica, da teoria dos direitos fundamentais e não pós-positivista, mas diante do papel dos valores constitucionais em sua teoria, entende-se que ele deve ser melhor enquadrado como pós-positivista.

“sob a forma de limites ou deveres, nos níveis mais altos do ordenamento” (FERRAJOLI, 2006, p. 809), como é o caso da Constituição brasileira, e há exclusão de valores nos níveis mais baixos. Isso permite ao juiz, com base nestes valores, invalidar as leis que se coloquem em conflito.

Neste aspecto, o positivismo crítico da teoria garantista ressalta a importância dos direitos fundamentais como fonte de legitimidade material de todo ato produzido pelo Estado. Não se satisfaz com a mera existência (vigência) da norma, ou seja, não confunde vigência com validade. É necessário que toda norma esteja de acordo com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico para que seja válida. O Garantismo está fortemente ligado à defesa dos direitos fundamentais.

Verifica-se que os princípios, como valores constitucionais, figuram na ordem constitucional como direitos fundamentais e têm hoje papel de destaque no sistema jurídico. Não mais como valores de justiça acessados metafisicamente, como queria as perspectivas jusnaturalistas, mas sim como valores da ordem jurídica, garantidos constitucionalmente e servem como uma ordem normativa objetiva que irradia para todo o ordenamento jurídico. O que faz com que toda a produção normativa do Estado deva espelhar esses princípios fundamentais sob pena de invalidade.

É importante ressaltar que para Dworkin e Ferrajoli os princípios têm um caráter deôntico e conduzem para o “fechamento” do sistema ao conduzirem para uma resposta correta; já para Alexy, por serem os princípios mandamentos de otimização de natureza axiológica (valorativa), os princípios proporcionam uma “abertura” do sistema. (STRECK, 2012).

Existe sim uma diferença conceitual entre direito e justiça (moral) que deve ser observada, tanto que a ideia interpretativa da teoria de Dworkin não se baseia na justiça, mas sim na integridade. Essa diferença foi salientada pelas teorias juspositivistas, com a falha de não entender a natureza normativa dos princípios e de abrir espaço para a discricionariedade judicial. Com a guinada interpretativa, a relação entre regras e princípios ficou clara, pois se reconheceu a influência da moral no direito (que nunca foi negado pelos positivistas), mas uma moral objetiva é a que está na base do ordenamento jurídico na forma de princípios. E isso possibilitou tanto o enfrentamento da discricionariedade judicial como a análise material da produção legislativa, ambos nefastos para as bases democráticas da

República¹².

Em suma, com bases nos princípios constitucionais, deve-se fazer a análise não somente formal da lei, mas também material, do contrário se compromete as próprias bases do regime republicano, que está na democracia, na legalidade e na separação dos poderes. Portanto, pretende-se no próximo capítulo analisar se materialmente a Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, está ou não em consonância com os princípios fundamentais da Constituição da República. Para tanto, utilizaremos o aporte do garantismo jurídico como teoria e crítica do direito.

5 UMA BREVE ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E JURÍDICOS DA LEI 13.964/2019, “O PACOTE ANTICRIME”

Um dos aspectos do Garantismo Jurídico (o terceiro) é o de *filosofia política* que exige do direito e do Estado a constante justificação externa dos bens e nos interesses dos quais tutela. Nesse aspecto, o Garantismo consiste em uma doutrina laica de separação do direito e moral, da validade e justiça, “da legitimação e de perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.” (FERRAJOLI, 2006, p. 787)

Ferrajoli parte do raciocínio que os valores fundadores, que são os interesses e necessidades naturais –individuais e coletivas- são a justificação ou a razão de ser das coisas “artificiais”, no caso, do direito e do Estado. É com base no respeito a estes interesses e necessidades que se faz a crítica relativa ao “ponto de vista externo” do direito. (FERRAJOLI, 2006, pp. 787-788) E ressalta que, historicamente, sempre houve duas orientações opostas: uma que defende “a ideia de autojustificação do direito penal como valor em si ou como imediata atuação de valores ontológicos e metajurídicos, e aquela de sua heterojustificação como instrumento oneroso de tutela de interesses concretos e vitais dos cidadãos.” (FERRAJOLI, 2006, p. 812) As primeiras entendem que o direito e o Estado são bens e valores intrínsecos; e as segundas, que defendem que estas instituições políticas e jurídicas são “males necessários para a satisfação dos interesses vitais do cidadãos”. (FERRAJOLI, 2006, p. 812)

¹² Claro que, não se pode desconsiderar, como foi visto no capítulo passado, que essa busca à “resposta correta” utiliza-se muito da intuição do intérprete e, isso, também abre um certo espaço para a discricionariedade judicial.

Para as primeiras orientações, Ferrajoli, parafraseando Niklas Luhman, em expressão utilizada na sua teoria sistêmica¹³, denomina de doutrinas *autopoiéticas* as que entendem que o Estado é o fim em si mesmo. As segundas doutrinas, a contrário senso, são denominadas por Ferrajoli doutrinas *heteropoiéticas*, que entendem o Estado como um meio (e não um fim em si mesmo), legitimado “unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola”. (FERRAJOLI, 2006, p. 812)

Nas doutrinas *autopoiéticas* as leis não tem somente validade e vigor, mas possuem valor “associado *a priori* à sua forma, ou pior, à sua fonte”. São doutrinas que confundem o direito com a moral, o ser com o dever ser. Tiveram enorme e nefasta influência na história da cultura política, em especial “as doutrinas idealistas, nas múltiplas versões do juspositivismo ético-liberal-nacionalista, fascista e stalinista – de várias formas resultantes da doutrina hegeliana de ‘estado ético.’” (FERRAJOLI, 2006, p. 813) Para estas doutrinas, o direito e o Estado são bens por si só, o que faz com que se perca a justificação ético-político externa, e que se torne “uma doutrina de ausência de limites aos poderes do Estado.” (FERRAJOLI, 2006, p. 813)

Ao contrário, *heteropoiéticas* são as teorias segundo as quais a legitimação política do direito e do Estado provém “da sociedade, entendida como soma heterogênia de pessoas, de forças e de classes sociais”. (FERRAJOLI, 2006, p. 813) Para estas doutrinas o que é natural não é o poder ou o Estado: “mas as pessoas e as suas necessidades vitais; enquanto o que para este é *artificial* não é a liberdade ou a vida, mas as suas garantias jurídicas e em geral os deveres e poderes instituídos pela norma positiva para tutelá-los ou limitá-los”. (FERRAJOLI, 2006, pp. 813 e 814)

Ferrajoli, em que pese ser contrário as concepções metafísicas do jusnaturalismo, entende os que direitos naturais como direitos pré-estatais ou pré-políticos, “no sentido de que não são fundados pelo Estado, mas são ‘fundamentais’ ou ‘fundadores’ de sua razão de ser, como parâmetros externos e objetivos de sua

¹³ Niklas Luhman, com a sua teoria dos sistemas, adotou a perspectiva autopoiética do Direito. (BARRETTO, 2009, p. 550) O termo “autopoiético” baseia-se nas definições dos biólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios. (FERRAJOLI, 2006, p. 827)

organização, delimitação e disciplina funcional.” (FERRAJOLI, 2006, p. 814) Afastando, assim, a concepção dos direitos naturais como entidade ontológica, que, segundo ele, constituiu o vício ideológico do jusnaturalismo. Na sua concepção os direitos naturais “não são realidades objetivas, mas sim princípios axiológicos ou normativos de tipo extrajurídico.” (FERRAJOLI, 2006, p. 814)

Nessa concepção de justificação externa, o Estado não é um valor, nem um fim em si mesmo, mas uma instituição humana. “Não é, em suma, a fonte ou a forma das normas, mas os seus concretos conteúdos que justificam ou não justificam politicamente a sua produção.” (FERRAJOLI, 2006, p. 814)

Há que se ressaltar que para Ferrajoli, a democracia¹⁴ deve ser vista sob dois vieses: tanto formal ou política (fundada no consenso dos cidadãos), como social ou substancial (fundada na garantia dos direitos das pessoas). Portanto, trata-se de uma doutrina da legitimação formal (política) de *quem decide*, bem como da legitimação substancial *do que é devido decidir*. (FERRAJOLI, 2006, pp. 814 e 815)

Assim, no sentido filosófico-político, o Garantismo trata-se na doutrina *heteropoiética* da separação do direito e da moral, que consiste “na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo” (FERRAJOLI, 2006, p. 815), primando pelo ponto de vista externo, ético-político, portanto, crítico em relação a eles; e na concepção “utilitarista e instrumental do Estado, finalizando apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais.” (FERRAJOLI, 2006, p. 815)

Diferente de toda a forma de totalitarismo, que prima por uma visão finalista e otimista do poder como bom, o Garantismo que tem como pressuposto “uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de limites e garantias, a degenerarem nepotismo.” (FERRAJOLI, 2006, p. 816)

Este esquema de justificação externa se traduz em uma aporia, no sentido de que a legitimação política do Estado democrático de direito não é nunca perfeita, visto que os escopos e valores justificativos nunca são plenamente realizados. No Garantismo e democracia os modelos normativos não são perfeitamente realizados e servem “como parâmetros de perda da legitimação política.” (FERRAJOLI, 2006, p.

¹⁴ Para saber mais: RODRIGUES, Alexandre Brandão; DORNELLES, Daniéle. A democracia na perspectiva do constitucionalismo garantista. In: Constitucionalismo Contemporâneo e suas formas contemporâneas. 1 ed. Curitiba-PR: Multideia, 2017, v.I, p. 45-62.

818) Diferente do que ocorre nas culturas jurídicas de Estados autoritários ou totalitários, em que concebem “as funções ideais do Estado com as reais, a fonte normativa de justificação com a justificação mesma, o dever político com o ser jurídico, ou pior, com o ser de fato dos poderes institucionalizados.” (FERRAJOLI, 2006, p. 818) Esta face ética do direito e do Estado originou todas as modernas perversões autoritárias, que emergem em tempos de crise, desde o fascismo ao stalinismo.

Em especial, quanto ao direito penal, essas fontes de legitimação permitem apenas justificações *a posteriori* (conotações empíricas), parciais (relativas a normas singulares), imperfeitas (grau mais ou menos alto de legitimidade, mas jamais de legitimidade absoluta), contingentes (ligadas a aspectos do passado ou do presente do sistema, nunca referente a seus aspectos futuros) e condicionadas (dependentes da força e da maturidade democrática dos sujeitos sociais e de sua capacidade de controle sobre os poderes). (FERRAJOLI, 2006, p. 822)

Pode-se, com bases nas teorias constitucionalistas contemporâneas, ou seja, com a atual concepção que temos do direito, fazer uma crítica não só quanto a validade da norma, no caso se ela é inconstitucional por contrariar algum princípio ou regra constitucional (âmbito da Teoria do Direito), mas também quanto a sua legitimação externa, no caso se os valores que animam aquela norma são valores republicanos.

Pretende-se, portanto, de uma maneira muito breve, verificar que tipo de valores informaram a Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, e se eles se coadunam com a filosofia imposta pela nossa ordem jurídica constitucional. Na Mensagem 50 ao PL 882¹⁵, que veio a se tornar na referida lei, o então ministro da justiça Sérgio Moro ressalta que:

A primeira e essencial observação, é a de que este projeto tem por meta estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Ele enfrenta os três aspectos, corrupção, organizações criminosas e crimes com violência, porque eles são interligados e interdependentes. Portanto, de nada adiantaria enfrentar um deles sem que os outros fossem objeto de idênticas medidas.

Pode-se começar a análise com o nome iures da Lei, “Pacote Anticrime”, que é, por si só, uma falácia, pois dá a ideia de que a lei em si, é adequada e suficiente

¹⁵ Disponível em:

“https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=55975F56EF9F99F687C718BDAD453663.proposicoesWebExterno2?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL+882/2019”

para combater e evitar o crime. E, pior, esta falácia é tão nociva que pressupõe que qualquer pessoa que faça uma crítica a referida lei, por qualquer razão que seja, por exemplo, por contrariar um princípio ou regra constitucional, está, portanto, a favor da corrupção ou do crime organizado. Como ensina Warat (1994), é a clássica falácia produzida por ambiguidade e vagueza textual em que a utilização de determinado termo, no caso “anticrime”, para obrigar o interlocutor a concordar com todo o texto.

O pior é que há muito tempo se sabe por meio de estudos de criminologia que são vários os fatores criminológicos e não é uma lei que conseguirá evitar ou resolver o problema do crime em uma sociedade, é até ingênuo e infantil pensar dessa forma. Como ressalta Carvalho (2011, p. 4): “A hipótese que orienta a investigação é a de que problemas complexos não podem ser tratados de outra forma senão complexamente”. Não se está defendendo aqui que a norma não pode e deve ser um instrumento de garantia e efetivação dos direitos fundamentais, mas sim que a norma repressora, sozinha, sem políticas públicas adequadas não é suficiente para isso. Ainda mais quando, no caso, a própria norma compromete direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Fazendo uma crítica “do ponto de vista externo” dos fundamentos do então PL 882, verifica-se que são de cunho punitivista, pois por meio de um discurso moralista de defesa social da pátria por meio do combate ao crime e à corrupção, propõe medidas de constitucionalidade e, até, moralidade duvidosas, como é o caso, por exemplo, da excludente de ilicitude para os policiais. Enfim, propaga, como visto, doutrinas qualificadas por Ferrajoli como *autopoiéticas*, que confundem o direito com a moral e entendem que o direito e o Estado são bem em si mesmo. Doutrinas inconstitucionais pois atentam contra o direito fundamental da dignidade humana, bem como contra vários direitos individuais, também fundamentais, previsto no art. 5º da Constituição Federal.

Contudo, se sabe que o referido projeto de lei foi modulado pelo Congresso Nacional resolvendo vários vícios de constitucionalidade¹⁶, o que possibilitou até que houvesse avanços, em especial no processo penal, cita-se o instituto do juiz de

¹⁶ O andamento do processo legislativo do PL 882 pode ser acessado no seguinte endereço eletrônico: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>

garantias¹⁷. Acontece que, principalmente, quanto a dispositivos de âmbito material, subsiste uma gama de inconstitucionalidades diante da afronta expressa a regras e princípios constitucionais, que necessitam ser fulminados pelo Poder Judiciário, quer declarando expressamente a sua inconstitucionalidade, quer dando-lhes uma interpretação conforme a Constituição. A título exemplificativo podemos citar os seguintes dispositivos introduzidos pela Lei 13.964/2019:

- o parágrafo único do art. 25 do Código Penal, a chamada excludente de ilicitude para policiais que, se não for dada uma interpretação conforme a Constituição, pode ser interpretada como uma chancela para que os policiais possam matar sem serem responsabilizados;

- o § 1º do artigo 75 do Código Penal, que aumentou o tempo máximo de cumprimento de pena para 40 anos e que, em muitas hipóteses, em especial dependendo da idade da pessoa, vai de encontro a regra constitucional prevista no inciso XLVII, que veda a prisão perpétua;

Bem como, outros dispositivos da referida lei que necessitam de uma análise crítica dos operadores do direito para que seja verificado, do ponto de vista interno, se não estão indo de encontro com os direitos fundamentais garantidos como regras e princípios constitucionais.

Necessário, portanto, que seja feita uma análise da validade material dos dispositivos criados pela Lei 13.964/2019, visto que as razões do projeto de PL 882 são maculadas de um moralismo exacerbado, próprias de doutrinas autopoiéticas aptas a produzir um punitivismo que supera os limites constitucionais permitidos pela nossa ordem jurídica.

6 CONCLUSÕES

A análise do direito não pode ser feita mais de forma idealista e apriorística, em que os fundamentos da lei e da decisão judicial são eleitos de forma livre e autoritária por quem detém o poder, seja juiz, governante ou legislador, como preceitua os cânones do jusnaturalismo. Da mesma forma, não existe mais espaço

¹⁷ O que foi objeto de várias críticas do então Ministro da Justiça Sérgio Moro, como pode ser verificado nos seguintes veículos de imprensa: <https://veja.abril.com.br/politica/moro-reforca-critica-figura-do-juiz-de-garantias-apos-sancao-de-bolsonaro/>; <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/espero-que-stf-ou-cnj-corrija-falhas-no-juiz-de-garantias-diz-moro/>; <https://www.seudinheiro.com/2019/politica/entenda-a-polemica-do-juiz-de-garantias-sancionado-por-bolsonaro-e-criticado-por-moro/>.

para uma análise isenta da lei re da decisão, que pretenda ser neutra, mas que se torna ingênua, como pretende as doutrinas juspositivistas.

Com o constitucionalismo contemporâneo, se exige do intérprete uma postura crítica das leis e das decisões judiciais, pois o sistema normativo não é somente um sistema de regras jurídicas, mas sim um sistema de regras, princípios, políticas e procedimentos, em que a constituição está, verdadeiramente, está no ápice. A separação do direito e da moral, um dos principais princípios do juspositivismo, ainda está presente no constitucionalismo contemporâneo, de modo a evitar que ondas moralistas possam comprometer os direitos fundamentais que não são de uma parcela da sociedade, mas de todos.

Ocorre que, superada a neutralidade ingênua, surgem os princípios, como categorias normativas, de natureza jurídica deôntica, como instrumentos para que se possa fazer a necessária crítica tanto da lei, como da decisão judicial. Com os postulados jurídicos do constitucionalismo contemporâneo, modificou-se a própria noção de democracia, que não é vista somente como direito da maioria (formal), mas também como a garantia do direito de todos.

Então, a constituição, por meio de suas regras e princípios que garantem os direitos fundamentais, adquiriu carga normativa e, com nela, é possível evitar decisões judiciais decisionistas, que tem por base valores outros que não os valores eleitos pela pela ordem jurídica constitucional, bem como é possível a análise material, e não somente formal, da produção legislativa. É o que Ferrali chama de crítica do ponto de vista interno do sistema jurídico.

É possível também, realizar uma outra crítica, dos valores que animam as normas que são produzidas, se tais valores são autopoieticos, próprios das Razões de Estado, ou heteropoieticos que, por sua vez, são baseadas em razões próprias das filosofias do “Estado de direito”. Essa crítica pode ser feita também, não somente com base em valores externos ao sistema jurídico, mas sim com base em princípios, pois esses valores próprios do “Estado de direito” (heteropoieticos), foram incorporados por nossa Constituição e, portanto, possibilita que se faça uma crítica do ponto de vista interno, ou seja, uma crítica quando a validade material da norma.

Quanto a Lei 13.964/2019, o “Pacote Anticrime”, verificou-se que as razões que animaram o PL 882, que deu origem a lei, foram “razões de Estado”, puramente moralistas, insufladas por um punitivismo exacerbado, mas foram moduladas pelo Congresso Nacional durante o trâmite do processo legislativo. Acontece, que vários

dispositivos da lei, sofrem com vício de inconstitucionalidade que devem ser declarados ou, no mínimo, ser dada uma interpretação conforme a Constituição.

Por isso, necessitam de uma análise crítica atenta por parte dos atores jurídicos, do ponto de vista interno do ordenamento jurídico, ou seja, no que se refere a validade material da norma. Só assim, será possível depurar uma lei que teve em sua gênese valores provenientes de uma retórica moralista, que remete a uma falácia moralista que vai de encontro aos princípios mais fundamentais de nossa República

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático. In: *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set.. 1999.

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

ATIENZA, Cristina Monereo, Teoría formal y material de los derechos fundamentales. Reflexiones em torno a la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. In: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Valência, nº 27, p. 121-154, 2013.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2005, vol. 4.

BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. *Teoria do direito e discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica ao positivismo*. Santo Cruz do sul: Essere nel Mondo, 2014.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas Mácio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; ESTEVES, João Luiz Martins. A ideologia da neutralidade: uma abordagem sobre o juspositivismo normativista e seus limites frente à democracia social. In: *Scientia Iuris*, [S.I.]; vol.17, p. 193-210, 2013.

CARVALHO, Saulo de. *Antimanual de criminologia*. 4º de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DESCARTES, René. *Discurso do método; As paixões da alma; Meditações*. (Coleção “Os Pensadores”) São Paulo: Nova Cultural, 2000.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Col. Gilmar Mendes. Série 2. São Paulo: Editora Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3º ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FEREJOHN, Michael. *O conhecimento e as formas em Platão*. In: BENSON, Hugh H.. Platão. Tradução: Marco Antônio de Ávila Zingano. Porto Alegre: Artmed, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

GÓMEZ, Patricia Cuenca. La compleja teoría de la validez jurídica de Principia Iuris. Una revisión crítica. In: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. Valência nº 26, p. 57- 81, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Direito e Democracia: Entre a faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1.

HART, L. A. Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HUME, David. *Investigação Acerca do Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. (Coleção “Os Pensadores”) São Paulo: Nova Cultural, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. Ed..São Paulo: Atlas, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. In: *Seqüência*, n. 47, p. 11-31, dez. 2003.

MACCORMICK, Neil. H.L.A. HART. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARTON, Scarlet. Nietzsche. *Das forças cósmicas aos valores humanos*. Brasília: Editora brasiliense, 1990.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*. Trad.: Paulo César de Souza São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NODARI, Paulo César. *A teoria dos dois mundos e o conceito de liberdade em Kant*. Caxias do Sul: Educs, 2009

NOGUEIRA, Gabriel. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PLATÃO. *A república*. Tradução de Ingrid Cruz de Souza Neto. Brasília: Editora Kiron, 2012.

RODRIGUES, Alexandre Brandão. *O uso dos princípios para o afastamento das regras jurídicas: uma crítica à discricionariedade judicial nas decisões do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 do STF*. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018.

RODRIGUES, Alexandre Brandão; DORNELLES, Daniëlle. A democracia na perspectiva do constitucionalismo garantista. In: *Constitucionalismo Contemporâneo e suas formas contemporâneas*. 1 ed. Curitiba-PR: Multideia, 2017, v.I, p. 45-62

RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin*. Coimbra: Almedina, 2005

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*; tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SÓFOCLES. Antígona 510 a 515. In: *Sófocles: A Trilogia Tebana*. Tradução de Mário da Gama Kury. 9ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Moraes da Rosa ... [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Vol.I – Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. (Coleção “Os Pensadores”) São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

NON-PROSECUTION AGREEMENT

Alexandre Wunderlich¹
Camile Eltz de Lima²
Antonio Martins-Costa³
Marcelo Buttelli Ramos⁴

RESUMO

A Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime) ampliou os espaços de consenso no processo penal brasileiro e instituiu o instituto jurídico do acordo de não persecução penal no art. 28-A do Código de Processo Penal. Diferentemente dos institutos despenalizadores anteriores, trazidos nas primeiras dimensões da justiça consensual no Brasil, o ANPP tem contornos e pressupostos próprios, que são examinados no presente ensaio. É um negócio jurídico bilateral, um espaço de consenso entre a acusação e o investigado, que aceita uma proposta de sanção reduzida em troca de não ser formalmente acusado.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça penal negocial. Acordo de não persecução penal.

Processo penal. Lei anticrime.

ABSTRACT

Law 13.964/2019 (Anti-Crime Law) expanded the areas of consensus in the Brazilian Criminal Proceeding and has instituted the legal institute of the agreement of non-criminal prosecution in art. 28-A of the Criminal Procedure Code. Unlike previous decriminalizing institutes, brought in the first dimensions of consensual justice in Brazil, the NPA has its own contours and assumptions, which are examined in this essay. It is a bilateral legal deal, a space of consensus between the prosecution and the investigated, which accepts a reduced sanction proposal in exchange for not being formally accused.

KEYWORDS: Criminal justice negotiation. Non-prosecution agreement. Criminal proceedings. Anti-crime law.

SUMÁRIO: 1 Primeira introdução – o instituto do ANPP na construção de um sistema acusatório. 1.1 Segunda introdução – as dimensões da Justiça Criminal Negocial no Brasil. 2 ANPP – conceito, requisitos e impedimentos para sua aplicação. 2.1 Requisito quantitativo – pena mínima. 2.3 Impedimentos para aplicação – conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. 3 ANPP – é direito

¹Advogado, Doutor em Direito, Professor de Direito Penal na PUCRS e de Direito Penal Econômico e Empresarial no Insper e na Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP

²Advogada, Especialista e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS e Conselheira da OAB/RS

³Advogado, Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS e Professor de Direito Penal na Fisul

⁴Advogado, Especialista, Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS

público subjetivo. 4 ANPP – não é meio de obtenção de prova. 4.1 DIREITO INTERTEMPORAL – novatio legis in melius. 5 Exigência de confissão – formal e circunstancial. 5.1 confissão extrajudicial homologada no anpp – efeitos no processo penal. 5.2 Confissão extrajudicial homologada no anpp – compartilhamento e efeitos. 6 ANPP – reparação do dano 6.1 ANPP – reparação do dano nos crimes econômicos, financeiros e tributários. 7 ANPP – não homologação e meio de impugnação. 7.1 ANPP – não propositura e meio de impugnação administrativo. 8 ANPP – rescisão. 9 Considerações Finais. 10 Referências.

1 PRIMEIRA INTRODUÇÃO – O INSTITUTO DO ANPP NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO

A figura do acordo de não persecução penal (ANPP) foi recentemente introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime), que, dentre inúmeras alterações, adicionou o art. 28-A ao Código de Processo Penal⁵:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

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, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - 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; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Ao instituir verdadeiro espaço de consenso entre a acusação e o investigado, que aceita uma proposta de sanção reduzida em troca de não ser formalmente acusado e, assim, não responder à ação penal, o ANPP alarga – pela sua densidade de abrangência – o modelo de justiça penal consensual no Brasil,⁶ razão que justifica

⁵ Antes da regulamentação do instituto jurídico foram publicadas as Resoluções 179 e 181 de 2017 e 183 de 2018, todas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), bem como Atos Normativos regionais.

o presente estudo que intenta decantá-lo, debruçando-se, também, sobre questionamentos que se apresentam em dimensões doutrinárias e jurisprudenciais.

A incorporação do instituto inclina-se a promover, especialmente no campo prático, a implantação de um modelo de persecução penal de feições acusatórias no Brasil. Passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal, há um grande distanciamento entre o que estabelece o plano legal-teórico e o que produz o plano prático-operacional. O modelo processual penal mantém os traços do autoritarismo e da inquisitorialidade, um processo gestado na época de exceção do Estado.⁷ Logo, o modelo processual idealizado não encontra sintonia com o processo penal concretizado. Ainda, não temos um modelo processual essencialmente democrático, afeito à paridade de armas e ao respeito máximo ao sistema de garantias materiais e processuais, o que revela um certo desencanto tanto sobre a forma, como sobre a estrutura e o funcionamento do modelo de justiça criminal.⁸

⁶ Sobre os mecanismos consensuais de solução de conflitos penais, assenta Vinicius Vasconcellos: “Em meio ao cenário contemporâneo de intensos questionamentos acerca da morosidade judicial, inúmeras são as propostas de transformação do processo penal em instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal a partir de relativizações a direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão de proteção das liberdades públicas. Uma das principais concepções projetadas nesse sentido diz respeito às ideias de aceleração e simplificação procedimental, que almejam abreviar o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal, cujo maior expoente é a justiça negocial, essencialmente caracterizada pela barganha. Tal fenômeno representa tendência contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, por meio do seu reconhecimento de culpabilidade e/ou da incriminação de terceiros, visando facilitar a atividade acusatória (...) e a anular a postura defensiva de resistência à denúncia.” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. BARGANHA E JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 23-24).

⁷ Para Ricardo Jacobsen Gloeckner, o campo da processualística penal constitui espaço privilegiado a partir do qual se pode perscrutar e sentir, em toda a sua potência, os deletérios efeitos resultantes do cultivo de cultura jurídica autoritária. De acordo com o autor, a existência de amplas faculdades instrutórias reservadas à figura dos magistrados, o (recente) posicionamento do Ministério Público como um importante ator da cena política nacional e, finalmente, a politização cada vez mais intensa dos discursos de persecução penal, constituem “metástases” de um discurso gestado em um contexto histórico de superestimação do Estado e menoscabo dos direitos e liberdades individuais. Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, Vol. 1. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 76-77.

⁸ POLI, Camilin Marcie de; DELLA VILLA, Giovani Frazão. “A disponibilidade do conteúdo do processo penal e o acordo de não persecução penal na Lei 13.964/2019”. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. *Pacote Anticrime: reformas processuais – reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019*. Florianópolis: Emais, 2020, p. 177. No plano ideal, na linha apontada pelos autores, o acordo de não persecução só tem sentido numa estrutura processual acusatória, pois a “principal problemática em torno do instituto surge quando é utilizado na estrutura inquisitória, vez que em razão do princípio fundante deste sistema, ele resta deturpado, servindo como um mecanismo a serviço do poder punitivo do Estado, em detrimento dos direitos e garantias individuais.”. A avença de não persecução penal “faz sentido em uma estrutura acusatória, em que o órgão julgador é mantido em seu lugar de imparcialidade, devendo zelar pelo cumprimento da legalidade, enquanto as partes,

Aceleração, tempo, velocidade marcam o mundo moderno – período representado pelo constante dinamismo, “*porque a vida, por definição, é movimento, inscrito no tempo de maneira irreversível, sem possibilidade de voltar atrás. O que já foi não voltará a acontecer, e qualquer decisão, qualquer ação, modifica o curso da história de cada um ou de todos*”⁹ – e, portanto, exigem, cada vez mais, soluções imediatas e simplificadas para os conflitos complexos. No âmbito direito penal e processual penal não é diferente. Contudo, se se quer concretizar pela constitucionalidade do sistema jurídico-penal não pode ser diminuído o rígido sistema jurídico de garantias materiais e instrumentais.

Nesse sentido, ao não priorizar a interpretação do instituto à sedutora, porém, perigosa *vis attractiva* do eficientismo penal e suas práticas de resultados e de performance, avançamos na reflexão proposta por meio da consignação das seguintes advertências: (i) “*a inclusão do artigo 28-A do CPP comprova a evolução no sistema jurídico penal brasileiro na resolução abreviada dos conflitos penais, alargando os espaços de consenso, em caminho alternativo ao processo penal tradicional de resistência*”¹⁰, razão pela qual (ii) “*não há como compreender o novo espaço de consenso com a velha mentalidade fruto de atuação no espaço contencioso. Contudo, acreditamos que é possível criarmos espaços de consenso pautados por um ‘devido negócio legal’, assegurando garantias aos jurisdicionados*”.¹¹

1.1 Segunda introdução – as dimensões da Justiça Criminal Negocial no Brasil

Até a incorporação do ANPP, o Brasil havia experimentado essencialmente *duas dimensões*¹² de Justiça Negocial: (i) nas infrações de menor potencial ofensivo

acusador e cidadão acusado (amparado por uma defesa técnica), competem dispor sobre o acordo.”.

⁹ RAUX, Jean-François. “Elogio da Filosofia para construir um mundo melhor”, p. 13, in MORIN, Edgar e PRIGOGINE, Ilya (orgs.). A Sociedade em Busca de Valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996.

¹⁰ SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. “Notas sobre o acordo de não persecução penal”. In: *Conjur*. Publicado em 16/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal>.

¹¹ WUNDERLICH, Alexandre; NETO VIEIRA, João. “Acordo de Não Persecução Penal Recursal - *novatio legis in melius?*”. *Conjur*. Publicado em 30/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/wunderlich-vieira-neto-acordo-nao-persecucao-penal-recursal>.

¹² REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. “Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime”. In: *Boletim do IBCCRIM*. n. 318, maio de 2019.

(Lei 9.099/95)¹³ e (ii) mais fortemente¹⁴ nas infrações de alta complexidade praticadas por Organizações Criminosas (Lei 12.850/13) – não obstante legislações¹⁵ anteriores estabelecerem prêmios aos réus em troca de informações, sobretudo de autoria e materialidade delitivas. Com o advento da Lei Anticrime e inclusão do art. 28-A no CPP, galga-se à (iii) *terceira dimensão* negocial na justiça criminal que atinge, por sua vez, o sistema punitivo como nunca antes visto, dado o critério quantitativo de pena mínima prevista para as infrações penais como limite para sua propositura e possibilidade de aplicação.

De notar que, antes mesmo do projeto de lei ser aprovado, Miguel REALE JÚNIOR e Alexandre WUNDERLICH criticaram o texto, justamente por acreditarem que o legislador daria, como efetivamente deu, um passo demasiadamente largo. Assim como manifestado naquele ensaio, é preciso reafirmar que não somos avessos à:

(...) quebra de paradigma que decorre do aumento dos espaços de consenso no processo penal, com a promoção do retorno do agente à área de licitude, tendência internacional e que não pode restar resumida aos institutos da transação penal, suspensão condicional do processo e da colaboração premiada. É cediço que, se aplicadas com segurança, as soluções negociadas na seara penal podem contribuir para a resolução de conflitos, para a redução da morosidade judicial e para a diminuição do inchaço penitenciário.¹⁶

¹³ Ver crítica de CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; *Diálogos sobre juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. E, ainda, PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹⁴ “Por representar uma das formas de resolução de conflitos penais complexos e de graves consequências, o instituto da colaboração premiada aparece fortemente no Brasil justamente num segundo momento de construção de espaço consensual no processo penal, uma fase de intensa investida dos órgãos de controle do Estado contra práticas de corrupção sistêmica perpetradas por políticos e suas organizações criminosas, o que se faz de forma visível na Operação Lava Jato.” (“Colaboração Premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais”, p. 21, in Colaboração Premiada, MOURA, Maria Thereza e BOTTINI, Pierpaolo, RT, 2017).

¹⁵ De pontuar que o instituto da delação premiada recebeu alteração na nomenclatura com a Lei 12.850/2013, como bem anotado pelo Min. Dias Toffoli no HC 127.483, julgado pelo Plenário do STF, em 27/08/2015, que representou o verdadeiro *leading case* do instituto: “Sem a pretensão de esgotar a matéria, reputo pertinentes algumas reflexões a respeito do instituto da colaboração premiada, denominação que, por ter sido expressamente adotada pela Lei nº 12.850/13, mostra-se mais adequada que delação premiada.” Prosseguindo, tal instituto recebeu tipificação nas seguintes leis: Lei 8.072/1990 (crime hediondo, alterada pela Lei 9.269/96); Lei 9.034/1995 (crime organizado, revogada pela Lei 12.850/2013 e recentemente alterada pela Lei 13.964/19); Lei 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional, alterada pela Lei 9.080/1995); Lei 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária e econômica, alterada pela Lei 9.080/1995); Lei 9.613/1998 (lavagem de capitais, alterada pela Lei 12.683/2012); Lei 9.807/1999 (proteção de vítimas e testemunhas) e, Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

¹⁶ REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. “Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime”. In: *Boletim do IBCCRIM*. n. 318, maio de 2019: “A recente experiência brasileira com a

Realmente, acreditamos que a experiência vivida nas últimas décadas deve guiar-nos para uma adequada resolução dos problemas, “a fim de alcançarmos um nível maior de confiança nas instituições e de segurança jurídica”.¹⁷ Entretanto, o ANPP ingressou no ordenamento jurídico nacional que ainda busca a sua afirmação enquanto modelo processual acusatório, o que dificulta muitíssimo a aplicação do instituto e certamente produzirá abusos e práticas equivocadas, mormente advindos da lacuna deixada pelo legislador em temas importantes que redundam sua aplicação. Portanto, é imperativo pensar o instituto a partir de um sistema de garantias penais e processuais penais que seja capaz de impor limites e regras para sua aplicação e que, ademais, ancore-se no ser humano, tanto na perspectiva da sua dignidade, quanto em sua autonomia de vontade.

2 ANPP – CONCEITO, REQUISITOS E IMPEDIMENTOS PARA SUA APLICAÇÃO

A partir do exame da base normativa vigente, podemos dizer que o ANPP é um *negócio jurídico bilateral*, um espaço de consenso entre a acusação e o investigado, que aceita uma proposta de sanção reduzida em troca de não ser formalmente

justiça negocial em matéria penal não nos faz crer que as propostas tenham qualquer efetividade. (...), não seremos conduzidos para um ambiente de maior segurança jurídica. Em nosso juízo, o Brasil experimentou duas diferentes dimensões de soluções penais negociadas: (a) a justiça negocial de *primeira dimensão*, no caso das infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) e (b) a justiça negocial de *segunda dimensão*, com as infrações de maior complexidade (Lei 12.850/13). Sobre a primeira dimensão, a experiência no âmbito dos Juizados Especiais Criminais não tem sido frutífera. Ressalvadas as exceções, o tratamento dos espaços de consenso no âmbito das infrações de menor potencial não tem garantido o direito de defesa e, para além de não haver uma sensível desburocratização judicial, há seletividade e, até, um contínuo despreparo dos agentes públicos e privados na mediação dos conflitos, um verdadeiro apego ao processo contencioso e à cultura punitiva.(...) É bem verdade que a evolução tem sido constante, mas muito ainda há de ser ajustado no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Diante da primeira experiência na década de noventa, era previsível que o fracasso da justiça negocial nas infrações de menor potencial refletisse na hipótese negocial das infrações de maior complexidade, como é o caso dos crimes praticados por meio de organizações criminosas. Especialmente nesse tipo de infração, objeto da justiça negocial de *segunda dimensão*, o Brasil experimenta dois modelos de acordos de colaboração premiada, ambos aceitos/homologados pelo Supremo Tribunal Federal. Temos uma hipótese de acordo em que a (a) *sanção premial é fechada*, no qual a pena é acertada entre o Ministério Público e o colaborador da Justiça quando do contrato e, depois, o clausulado é homologado pelo juiz. E, outra, de (b) *sanção premial aberta*, a ser definida pelo Juízo na sentença condenatória, nos termos legais. De fato, no que tange ao fenômeno das infrações de maior complexidade, há dois modelos de acordo que convivem na atual praxis forense. Neste particular aspecto, as propostas contidas no cognominado Projeto Anticrime não colocam fim aos inúmeros problemas dos modelos de negócios jurídicos bilaterais em matéria penal, que têm por objeto a contraposição entre o poder-dever de punir do Estado e o direito de liberdade do cidadão ao qual é imputado um crime.”.

¹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. “Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime”. In: *Boletim do IBCCRIM*. n. 318, maio de 2019.

acusado. Pelo ANPP, o investigado deve confessar o crime, aceitar as exigências legais determinadas pelo MP – compreendendo, a reparação do dano, outras atitudes colaborativas e o cumprimento antecipado de uma sanção reduzida –, evitando, com isto, a ação penal. Uma vez cumprido o acordo, haverá a extinção da punibilidade do acordante, sem os efeitos penais de uma condenação.

Conforme o *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, se não for o caso de arquivamento, o ANPP será oferecido pelo MP desde que, na linha do antigo art. 59 do CP, seja “necessário” e “suficiente” para “reprovação” e “prevenção” do crime, mediante os seguintes requisitos: (a) prática de infração penal com pena mínima prevista inferior a 4 anos, cometida sem violência ou grave ameaça; (b) confissão formal e circunstancial, que pode já ter sido realizada junto da Autoridade Policial ou perante o Ministério Público e, (c) não ser caso de arquivamento do inquérito policial/expediente criminal.

Assim, as condições *legais* para o ANPP são, conforme o art. 28-A, incisos I, II, III, IV e V do Código de Processo Penal, cumulativa ou alternativamente: (a) reparação dos danos ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (b) renúncia voluntária aos bens e direitos indicados como produto ou proveito de crime; (c) prestação de serviços à comunidade pelo período da pena mínima diminuída de 1/3 até 2/3; (d) prestação pecuniária e, (e) cumprimento de outra condição indicada pelo MP.¹⁸

Também derivam da lei as impossibilidades de realização do ANPP (art. 28-A, §2º do Código de Processo Penal), fundamentalmente: (a) se for cabível “transação penal”; (b) se o réu for “reincidente”; (c) se a conduta do investigado/acusado for “habitual” (reiterada ou profissional), exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (d) no caso de crimes de violência doméstica (Lei 11.340/2006) ou praticado contra mulher em razão do seu gênero e, (e) caso o agente tenha sido beneficiado por ANPP, “transação penal” ou “suspensão condicional do processo” nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração.

¹⁸ Algumas orientações técnicas de órgãos do Ministério Público criaram algumas condições “específicas”: (a) comunicação de modificação de endereço (MPRS, MPSC, MPGO, MPMS, MPPA, MPPI, MPRJ, MPSE); (b) demonstração em Juízo do cumprimento das obrigações em até 5 (cinco) dias após o prazo ajustado ou comprovação da impossibilidade de fazê-lo (MPSC) e, (c) comprovação mensal do cumprimento das condições acordadas, independente de notificação ou aviso prévio (MPRS, MPGO, MPMS, MPBA, MPPI, MPRJ, MPSE).

Neste particular aspecto, entendemos que o Ministério Público e/ou Juiz não podem ir além do texto legal, sendo vedada a criação de novas hipóteses de “óbices” ao oferecimento do acordo, como já se tem visto na prática, por exemplo, a vedação do ANPP quando o caso tiver como objeto “Organização Criminosa” (MPRS, MPGO, MPMS, MPPI) ou quando “apurar crime hediondo ou equiparado” (MPRS, MPGO, MPMS, MPPA e MPPI).

2.1 Requisito quantitativo – pena mínima

A lei estabelece que a infração penal deve fixar pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e que *“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”* [§1º do art. 28-A]. É importante lembrar o teor da súmula n. 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”*. No ponto, advogamos a aplicação analógica do entendimento sumular, devendo o grau de aumento ser o mínimo legalmente previsto.

Quanto à causa de diminuição, não há critérios e nem entendimento pacificados. Temos que a diminuição no patamar mínimo não deixaria qualquer espaço para dúvidas. É esta também a posição firmada pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais no enunciado n. 29 do Caderno de Enunciados Interpretativos da Lei 13.964/2019: *“para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados números 243 e 723, respectivamente, STJ e STF”*.

2.2 Requisito quantitativo – concurso de crimes

A lei não proibiu a realização do ANPP em casos de concurso de crimes. Partindo do requisito legal – pena mínima legal inferior a 4 anos –, entendemos que incidirão os critérios de aumento de pena previstos no CP, a saber: (a) regra do acúmulo material para o concurso de crimes, na forma do art. 69, ou (b) da

exasperação, na forma dos arts. 70 ou 71, todos do CP, conforme for o desenho dado pela acusação. Portanto, em caso de concurso material, se a soma das penas mínimas dos delitos resultar quantidade menor que 4 anos, será possível realizar o acordo. Na hipótese de concurso formal, se sobre a pena mais grave se aplicar o menor percentual de aumento e não atingir 4 anos, igualmente será possível o acordo, da mesma forma que, se no crime continuado, for aplicado o menor acréscimo previsto, não chegar-se aos 4 anos.

2.3 Impedimentos para aplicação – conduta criminal habitual, reiterada ou profissional

O legislador recorreu a conceitos juridicamente novos e sem tradição. Foi criativo e optou por termos vagos e abertos. Dentre os impedimentos para a realização do acordo, constam no inciso II, § 2º, do art. 28-A, do Código de Processo Penal: “*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*”. Aqui, pensamos que errou o legislador, pois o único critério objetivo que pode ser utilizado é a reincidência.

No que tange à “criminalidade habitual”, entendida como prática de infrações reiteradas, tem-se que o legislador foi extremamente inconsequente. Não trabalhou o conceito, não definiu a quantidade de infrações penais e não discorreu sobre lapso temporal dos seus cometimentos. Em nosso juízo, não é suficiente para impedir o oferecimento de um acordo quando for constatada a prática de duas ou de poucas infrações. Para que a “habitualidade” seja configurada é necessário mais do que isto. Assim, num primeiro olhar, a régua a ser utilizada deve ser a da “continuidade delitiva”, incorporando ao ANPP as condições objetivas e subjetivas previstas à continuidade.

O problema é similar ao que ocorre em relação ao conceito de “criminalidade profissional” – será o caso de agente que “vive” da prática de crimes? Ou será termo aplicável aos crimes praticados mediante o emprego de técnicas e conhecimentos profissionais, tais como sonegação fiscal empresarial, práticas profissionais em operações de câmbio e as infrações contra o sistema financeiro, por exemplo?

Ao que se transparece, o legislador quis evitar que o ANPP seja utilizado por agentes que pratiquem desvios de forma reiterada. A verdade é que, na casuística, a tipicidade e o *modus operandi* e, quiçá recorrente, das infrações penais é que determinarão a possibilidade de oferecimento do ANPP. Neste ponto, a súmula 444 do STJ deverá servir de baliza garantista: “*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”.

3 ANPP – É DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

A lei emprega a expressão “poderá”, indicando que a propositura do ANPP é uma faculdade da acusação. Não entendemos que é um poder discricionário do Ministério Público, evidentemente. É um poder regulado, ao passo que, quando o investigado preenche todos os requisitos legais (subjetivos e objetivos), ele passa a ser portador de um efetivo *direito público subjetivo* ao acordo, que só lhe pode ser subtraído mediante justificativa idônea e fundamentada. O investigado não pode ser refém do humor de ocasião ou da impaciência seletiva e criteriosa do representante ministerial, que deve pautar sempre a sua atuação com base no princípio da impessoalidade.

É verdade que a lei não trouxe regramento materialmente adequado para resolver a questão da falta de proposta de ANPP. Pensamos que, em caso de recusa, deveria, por analogia (art. 3 do Código de Processo Penal), fazer-se presente a obrigação instituída pelo § 1º, *in fine*, do art. 3-B da Lei 12.850/2013: “*A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado*”. Em nosso juízo, a interpretação é útil diante de recusas baseadas em assertivas sintéticas, por exemplo: a medida é insuficiente para fins de prevenção/reparação do crime.

Ademais, dado que a lei estabeleceu no § 14 do art. 28-A, do Código de Processo Penal, que: “*No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.*” – tem-se que, em não havendo uma substancial motivação, a irresignação da parte ao órgão superior ficará enfraquecida e cerceada.

A questão, sabemos, é de difícil resolução, a depender do ângulo de observação, dado que, pelo lado do investigado, uma vez preenchidos os requisitos legais e havendo interesse na confissão e em não se ver processado criminalmente, o ANPP *deve* ser realizado, inclusive como meio de blindar eventuais atos abusivos originários do não oferecimento da avença de forma imotivada, por subjetivismo ou mera implicância com o autor do fato, por exemplo.¹⁹

4 ANPP – NÃO É MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

A Lei Anticrime, ao modificar a Lei 12.850/2013, estabeleceu: “Art. 3-A. O *acordo de colaboração premiada é negócio jurídico-processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.*” Diferentemente do acordo de colaboração premiada, o ANPP não é meio de obtenção de prova.²⁰ Não há no art. 28-A do Código de Processo Penal qualquer informação sobre o acordo ser meio de obtenção de prova e nem mesmo da necessidade de obtenção de um ou mais resultados com a celebração, como os estabelecidos no art. 4º da Lei 12.850/2013.

Entendemos que o MP não pode exigir do candidato ao ANPP a indicação do nome dos coautores/partícipes nas infrações praticadas em concurso ou qualquer outro detalhamento que implique terceiros, e nem mesmo que apresente dados de corroboração sobre sua confissão. Não é uma tarefa fácil conjugar a confissão formal e circunstancial com a não exigência de obtenção de prova. A situação prática deverá receber temperamento, pois delitos, não raras vezes, são praticados em concurso de agentes, o que conseqüentemente, em alguma medida, será exposto e assumido na narrativa da confissão.

¹⁹ No ponto, o art. 10 da Recomendação PGJ 01/2020 do MPPE auxilia no entendimento: “Quanto ao acordo da não continuidade da ação penal, instituto criado por analogia e sendo direito líquido e subjetivo do acusado, abrangerá os casos em que já houve o recebimento da denúncia”.

²⁰ Conferir SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. “Notas sobre o acordo de não persecução penal”. In: Conjur. Publicado em 16/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal>: “Importa dizer que, a despeito de o caput fazer alusão à confissão formal e circunstancial da prática do crime, o ANPP, no nosso entender, não é meio de obtenção de prova, tal como é o acordo de colaboração premiada (introduzido na Lei 12.850/13 e que também recebeu maiores regramentos na lei “anticrime”), já que o legislador não impôs, como requisito, a obtenção de resultados.”

4.1 Direito intertemporal – *novatio legis in melius*

O lapso temporal disponível para realização do ANPP estende-se até o oferecimento da denúncia – *fase pré-processual*. Todavia, diante do amplo espectro de abrangência do instituto, que afeta milhares de ações judiciais que estão em curso, entendemos que, se for do interesse do acusado e do Ministério Público, é possível o oferecimento do acordo de não continuidade da ação penal ainda que a denúncia já tenha sido oferecida e, inclusive, em casos já sentenciados.²¹

A norma deve retroagir²² – sendo vedada a proibição por meio de criações de enunciados e orientações – pois há que se ter presente sua natureza essencialmente material, além do que não há restrição objetiva na lei à retroação. Nos casos de infrações praticadas após a vigência da Lei Anticrime, o recebimento da denúncia será efetivamente o limite temporal para a proposta do acordo. Contudo, acreditamos ser possível a realização do acordo até o interrogatório do acusado, antes do proferimento de sentença, uma vez que a finalidade da lei é a criação de um novo e amplo espaço de consenso no processo penal, o que enseja flexibilização de lapsos temporais – discussão essa que poderá ganhar espaço e

²¹ Neste particular aspecto, há posicionamentos divergentes como, por exemplo, o Enunciado n. 20 do Caderno de Interpretações da Lei 13.964/2019 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE): “*Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*”. De igual modo, é o teor do art. 1º, § 2º, do Provimento n. 01/2020 da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul: “*Caberá acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*”.

²² DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, RB-3.9: “Por fim, em sede de direito intertemporal é de se destacar que a partir do momento em que entrar em vigor a lei haverá a necessidade de apresentação de proposta para aqueles que façam jus a esse direito. Não haverá maiores discussões para os casos em que ainda não tenha sido oferecida denúncia. O problema está com os casos em que já houve denúncia recebida. Nesses casos, dado o conteúdo de norma mista (pois afeta também direito material, já que fala em extinção da punibilidade), entendemos que enquanto não for julgado o processo deve ser feita a proposta de acordo de não persecução penal, devendo o juiz encaminhar os autos ao Ministério Público para que atue nesse sentido. Situação mais delicada envolve processos já julgados e pendentes de julgamento de apelação ou de julgamento de recurso extraordinário ou especial. Da mesma forma entendemos que, dado o conteúdo de norma mista, deve ser aberta possibilidade de oferecimento desse acordo. Assim, a nosso ver, somente não seria cabível para os processos com trânsito em julgado, dada a incompatibilidade ontológica das situações de condenado com trânsito em julgado e de proposta de acordo de não persecução penal. No entanto, deve surgir segunda posição no sentido de que, uma vez sentenciado o feito, não seria mais possível o oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal. Discordamos dessa posição, pois ela é incompatível com o disposto no artigo 383, § 1º, do CPP (que permite suspensão condicional do processo até mesmo em segundo grau) e a Súmula 337 do STJ.”

força se houver inclinação ao entendimento de ser o ANPP direito público subjetivo do réu.

Claro que a lei afetará o sistema de justiça criminal em sua integralidade, mas se o acordo for do interesse da acusação e da defesa, se for voluntário, com cumprimento dos requisitos legais e com a consequente reparação do dano (se possível for), não há óbice para firmar a avença, ainda que já iniciada a ação penal. A Lei Anticrime é de 24/12/2019 e entrou em vigência após 30 (trinta) dias de sua publicação. A lei disciplina instituto que, em nosso juízo, é favorável ao acusado.

É caso, portanto, de retroatividade – *novatio legis in mellius* –, sobretudo porque a norma é de conteúdo material e processual.²³ Concordamos o entendimento de que:

A norma de aplicação da medida restritiva antecipatória torna possível a celebração do negócio jurídico em qualquer fase processual, uma vez que não foi estipulado pelo legislador um regramento de transição. Portanto, se não existe regra de direito transitório, a problemática intertemporal só poderá ser resolvida mediante o recurso às já conhecidas regras de sucessão de leis penais, imperando a retroatividade da lei benéfica.^{24 25}

Em nosso juízo, o ANPP é negócio jurídico bilateral que, quando ingressa no ordenamento jurídico, é aplicável em qualquer fase processual, inclusive em via recursal, sendo a lógica da retroatividade da nova norma mais benéfica.²⁶

²³ No ponto, vale lembrar a ADI n. 1719, na qual o STF deu interpretação conforme o art. 90 da Lei 9.099/1995 declarando “inconstitucional” (sem redução de texto) a interpretação que impedia a aplicação de normas de conteúdo misto, favoráveis ao acusado, em ações judiciais com instrução iniciada à época da vigência daquele diploma legislativo.

²⁴ WUNDERLICH, Alexandre; NETO VIEIRA, João. “Acordo de Não Persecução Penal Recursal - *novatio legis in mellius*?. *Conjur.* Publicado em 30/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/wunderlich-vieira-neto-acordo-nao-persecucao-penal-recursal>. Os autores fundamentam a necessidade de retroatividade nos artigos 2º, § único, CP, 5º, XL, CF, 3º do CPP, 3º, §§ 2º e 3º, e 932, I, ambos, do CPC/15, em virtude do relator em segunda instância dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes. Da mesma maneira, “em caso de desclassificação jurídica da conduta, afastadas eventuais agravantes e causas de aumento, de forma que a pena cominada não supere o patamar legal”, os autores apontam que o julgador é obrigado a “devolver os autos ao MP para que exercite o seu poder-dever de propositura do ANPP, avaliando a possibilidade de não continuidade da ação penal, por extensão teleológica do art. 383, §1º, do CPP.”

²⁵ O tema do ANPP em sede de *execução penal* foi bem enfrentado por Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli em recente trabalho monográfico: “O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal”. In: SCHIMITT DE BEM, L.; MARTINELLI, J.P. (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 125.

²⁶ Ver: TRF4, 4ª Seção, Embargos infringentes 5001103- 25.2017.4.04.7109/RS, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Rev. Des. Cláudia Cristina Cristofani, Questão de ordem suscitada pelo Des. João Pedro Gebran Neto (TRF4, 8ª Turma, Apelo 5009312-62.2020.4.04.0000), vencidos no ponto do ANPP, os Desembargadores Leandro Paulsen e Salise Monteiro Sanchotene. Por maioria, a Corte Regional Federal determinou a cisão do processo com relação a um dos réus, com

5 EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO – FORMAL E CIRCUNSTANCIAL

A Lei Anticrime não regulamentou a forma de manifestação do investigado, referindo apenas o requisito da confissão formal e circunstancial da prática de infração penal, nos termos do art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal. É, pois, um instituto jurídico dirigido a culpados, pessoas que se envolveram na prática de infrações penais e que desejam confessar para se desvencilhar das amarras da Justiça, mediante a imediata reparação do dano e o cumprimento de outras obrigações acordadas, retornando, assim, mais rapidamente à legalidade.

É certo que, no espaço de consenso no processo penal, é útil a contribuição originária das legislações que tratam das colaborações premiadas e que adotam o conceito de voluntariedade, o que implica aceitarmos que a confissão no ANPP pode decorrer de sugestão dos órgãos de persecução – Polícia e Ministério Público. Aliás, é o que tem acontecido na prática forense: a notificação do investigado para se

ordem de retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que seja examinada pelo MPF a possibilidade de oferecimento do ANPP e, posteriormente, se oferecido o benefício, para que a defesa se manifeste em oportunidade única e improrrogável nos termos do julgado. Ainda que sem unanimidade, houve (...) aplicação do direito novo aos casos já denunciados, e a tendência a equiparar tal instituto à suspensão condicional do processo - aplicada temporalmente (...).” “Há efeitos de direito material que emanam dessa lei e por isso mostra-se forte a tendência a retroação (...).” E, na linha de precedente do STJ citado expressamente, imperou a “retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma).” No mesmo sentido, ver Enunciado 98 da 2ª CCR: “É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes. Alterado na 184ª Sessão Virtual de Coordenação, de 09/06/2020”. No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E PELO ARROMBAMENTO (CP, ART. 155, § 4º, I E IV). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE UM ACUSADO. 1. PRESCRIÇÃO. PENA. MARCOS INTERRUPTIVOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (CP, ARTS. 107, IV, 109, V, 110, § 1º, 115 E 117; E CPP, ART. 61, CAPUT). 2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (CPP, ART. 28-A). INSTITUTO DESPENALIZADOR. CARÁTER MATERIAL. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA (CF, ART. 5º, XL, E CP, ART. 2º). PRECLUSÃO. 1. O prazo prescricional, com base na pena aplicada igual a dois anos de privação de liberdade, é de 4 anos. Porém, diante da menoridade relativa do acusado, esse prazo deve ser minorado pela metade. Se tal lapso transcorreu entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória, extingue-se a punibilidade do acusado. 2. As prescrições legais que consagram medidas despenalizadoras qualificam-se como normas penais de caráter material benéficas e, por força de princípio constitucional, têm aplicação inclusive aos casos em curso, não ocorrendo preclusão do direito de propositura do acordo de não persecução penal se este instituto passou a vigor após a denúncia e não houve ao acusado oportunidade para manifestar-se quanto ao tema. DECLARADA EXTINTA A PENA DE OFÍCIO QUANTO AO ACUSADO NÃO RECORRENTE. JULGAMENTO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001339-31.2015.8.24.0064, de Balneário Camboriú, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 30-06-2020).

manifestar sobre a eventual confissão quanto ao fato delituoso que incorreu e, ato contínuo, realizar com o comprometente o acordo.

Salutar, no ponto, foi a previsão da obrigatoriedade de advogado na celebração do acordo: “Art. 28-A, § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.” – o que serve para auxiliar na evitação de pactos excessivos e que extrapolem os limites legais e que avancem na obtenção de informações e detalhes não exigidos pelo legislador.

5.1 Confissão extrajudicial homologada no anpp – efeitos no processo penal

Existe diferenciação doutrinária sobre a espontaneidade e a voluntariedade da confissão:

“(...) espontâneo significa algo que alguém faz por si mesmo, sem ser incitado ou constrangido por outrem”, “no ato voluntário não se exige que a ideia de praticá-lo seja do próprio agente, isto é, mesmo que ele tenha ouvido conselhos alheios, acaba por praticar ato voluntário, embora não espontâneo.”²⁷

As consequências jurídicas da confissão extrajudicial da prática de infração penal não estão devidamente previstas na lei. Em nossa opinião, se o agente autor do fato realiza o ANPP, conseqüentemente, não poderá figurar no polo passivo da ação penal, mas eventualmente poderá ser demandado a reiterar o conteúdo de sua confissão formal e circunstancial perante Juízo, no curso de ação penal, especialmente nos casos em que a ação prossiga em relação a coautores.

Neste particular aspecto da possibilidade de implicação de terceiros, defendemos que o implicado pelo compromissário-réu tem o direito **de falar por último em todas as fases processuais, assim como deve ocorrer nos casos clássicos de chamada de corréu e nas colaborações premiadas** (art. 4º, 10-A, Lei 13.964/19) – “em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou”.

²⁷ Especificamente, DOTTI, René Ariel. “A atenuante da confissão”. In: *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 356; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 135.

É claro que a confissão, por si só – ainda que feita formalmente, na presença de defensor constituído e de maneira circunstancial – não serve para firmar um juízo condenatório. Exige-se mais. Contudo, a confissão do agente acordante e firmatário do ANPP, uma vez confirmada em juízo, mediante contraditório, pode ser utilizada como fundamento (não exclusivo, evidentemente) para embasar uma conclusão condenatória.

Logo, para que a confissão extrajudicial tenha validade, defendemos a necessidade da oitiva judicial do compromissário-réu, nos termos da primeira parte do art. 155 do Código de Processo Penal.²⁸ Em nossa ótica, a força da confissão extrajudicial contida no acordo é similar ao conteúdo de um depoimento de assunção de culpa pela prática da infração penal perante autoridade policial ou ministerial. O depoimento deverá obrigatoriamente ser prestado na presença de advogado e, como ato extrajudicial, isoladamente, não tem *standard* probatório suficiente que possa validar exclusivamente uma condenação no processo penal de garantias.

A confissão judicial é apenas um meio de prova a ser utilizado pelo Juiz, como um dos elementos para absolver ou incriminar terceiros envolvidos na hipótese acusatória. É da essência dos espaços de consenso no processo penal o recurso à palavra do réu-celebrante como meio probatório, fundamentalmente quando há admissão de culpa, em confissão que, ainda que seja circunstancial da prática de infração penal, atingirá terceiros envolvidos – isso é inegável. Contudo, também deriva do texto legal, que a mera “palavra do Colaborador” da Justiça não pode servir de base para o proferimento de sentença penal condenatória, no caso das colaborações premiadas (art. 4º, §16, Lei 13.964/19)²⁹, pois torna-se evidente a falta de justa causa por ausência mínima de prova. No caso do ANPP, não é diferente.

5.2 Confissão extrajudicial homologada no ANPP – compartilhamento e efeitos

Eventualmente, poderá ocorrer o compartilhamento da confissão extrajudicial que acompanha o ANPP homologado com os outros órgãos de persecução do

²⁸ “Art. 155, CPP: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial.”

²⁹ Precedentes: STF, 2ª Turma, Min. Rel. Gilmar Mendes, HC 158.319/SP, por maioria, vencido Min. Luiz Edson Fachin, j. 02/06/18; STF, 2ª Turma, Min. Rel. Dias Toffoli, Inq 3.998/DF, j. 09/03/18.

Estado. De igual modo, a confissão confirmada em juízo, garantidos o contraditório e a ampla defesa, também poderá ser compartilhada. Não é incomum, ainda, a utilização da confissão, seja extrajudicial ou judicial, por terceiro, especialmente pela vítima.

De fato, poderão ocorrer desdobramentos jurídicos da confissão que integra o ANPP, o que não está devidamente previsto na legislação. No que tange à confissão judicial, as consequências já são conhecidas na doutrina e jurisprudência.

Então, a questão a ser enfrentada resta limitada ao eventual compartilhamento da confissão extrajudicial que foi homologada no ANPP por parte do Ministério Público ou por outros órgãos de persecução, que a ela tenham acesso. Não há vedação legal para que a confissão que integra o ANPP, devidamente homologado, possa ser utilizada em ações judiciais reparatórias cíveis ou de improbidade administrativa. No mesmo sentido, é o eventual uso do ANPP e da confissão formal e circunstancial que o acompanha, em processos administrativos sancionadores, junto a outros órgãos estatais, como a CGU, CVM ou CADE, por exemplo. Em nosso sentir, é impossível limitar o uso da confissão homologada judicialmente ao âmbito exclusivo do processo penal.

Entretanto, o réu-celebrante deve ser advertido das consequências jurídicas do ANPP, sendo preferível que as advertências constem expressamente no acordo. De outro lado, não há empecilho para que questões extrapenais sejam acertadas e consignadas no termo de confissão ou de acordo. Se o réu-celebrante do ANPP tem interesse na reparação do dano, é possível estabelecer na avença as condições reparatórias à vítima. Poderá ser oportuna a antecipação do que será discutido nas esferas administrativa e cível, o que, aliás, é o que se espera daquele que confessa a prática de crime e que deseja voltar à zona de licitude.

6 ANPP – REPARAÇÃO DO DANO

O dano a ser reparado é o dano *material* causado pela prática da infração penal, passível, portanto, de quantificação. A lei excepciona a reparação, quando o agente não tem condições materiais para reparação ou, ainda, quando a reparação é impossível. Da mesma forma, a lei não impõe hipóteses de indenização por danos *morais*, *sociais* ou *coletivos*, mormente porque tais cálculos envolvem

variáveis diversas – o que impõe um amplo contraditório. Em nosso entendimento, a reparação do dano está atrelada à condição econômica do investigado e sendo cumprido o acordo, haverá a extinção da punibilidade.

Ainda sobre a reparação do dano, nada impede, a depender da espécie de ilicitude praticada, que o ANPP faça referência à reparação integral dos danos, incluindo expressamente danos materiais, imateriais, sociais e econômicos para a vítima ou a serem eventualmente descontados em ações judiciais ou em acordos futuros *etc.*

6.1 ANPP – reparação do dano nos crimes econômicos, financeiros e tributários

Nos crimes econômicos, financeiros e tributários, geralmente, os danos são passíveis de apuração pelas agências estatais de controle – CADE, BACEN e Receita Federal. Portanto, trata-se de um montante que, salvo exceções ou excessos no seu cálculo, é de fácil constatação.

No que se circunscreve aos crimes de essência tributária, é cediço que o parcelamento do tributo impõe a suspensão de eventual ação penal e o seu pagamento integral é causa de extinção da punibilidade.³⁰ O fato é que, o pagamento do tributo, a qualquer tempo, mesmo depois de transitar em julgado a sentença condenatória, extingue a pretensão punitiva. Deste modo, na hipótese, não haveria razão para o agente realizar um ANPP, dado que, além do pagamento, necessitaria confessar a prática ilícita e suportar seus eventuais efeitos. Não haveria, pois, qualquer atratividade no ANPP.

De qualquer modo, somos favoráveis que, em situações de impossibilidade de aderência a programas de parcelamento, basicamente pela falta de disponibilidade financeira do réu, tal não deve servir de óbice para a não realização de ANPP. Afinal, a lei não impôs que sempre deve ser reparado o dano e, neste particular, nada impede negociação que, por outro lado ajuste o pagamento de prestação pecuniária num valor minimamente razoável.

³⁰ De acordo com a Lei 12.382/11 que alterou o art. 83 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passando a da seguinte maneira: “§ 4º *Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.*”

De lembrar, por fim, que, no nosso ordenamento, o ANPP é firmado, nos crimes tributários e econômicos, por pessoas físicas e as execuções que o Fisco promove são contra o contribuinte que costuma ser, em larga medida, a sociedade empresária – o que reforça a realização de acordo e também o fato de que a reparação do dano não deixará de ser buscada pelos órgãos, inclusive, em outras esferas e até em ações de improbidade.

7 ANPP – NÃO HOMOLOGAÇÃO E MEIO DE IMPUGNAÇÃO

Os meios de impugnação judicial permitem “o exercício pleno da cidadania e da manutenção das liberdades públicas”. São instrumentos “capazes de dar novo e melhor status à posição jurídica anterior do indivíduo-acusado”, consagram “pluralidade de graus de jurisdição” e a “retilínea aplicação da lei penal no sistema geral de garantias, visando a boa distribuição da justiça.” É, portanto, “o poder de, pela via da impugnação recursal, reexaminar as decisões judiciais”.³¹

Compreendemos “o exercício recursal” como “um exercício de cidadania”. Nas palavras de Alexandre WUNDERLICH:

“é um direito que possibilita a adoção plena do princípio constitucional e político do duplo grau de jurisdição: princípio básico em que se estrutura o poder judiciário da pluralidade de graus. Assim, no Estado Constitucional Democrático de Direito, o recurso limita o arbítrio judicial e obriga ao reexame da causa.”³²

Neste contexto, agiu bem o legislador ao estabelecer o direito ao recurso quando o juiz não homologar a proposta de ANPP do Ministério Público e o seu aceite pelo investigado. O § 7º, do art. 28-A do Código de Processo Penal estabelece a possibilidade do juiz não homologar a proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º do mesmo artigo [que trata de eventual hipótese de juiz, se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo, devolver os autos ao

³¹ WUNDERLICH, Alexandre. “Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para a (re)discussão”. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 26.

³² WUNDERLICH, Alexandre. “Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para a (re)discussão”. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 26.

Ministério Público para que seja reformulada, com concordância do investigado e de seu defensor].

Simultaneamente, a Lei Anticrime alterou o art. 581 do Código de Processo Penal para incluir, no inciso XXV, a possibilidade de interposição de *recurso em sentido estrito*, justamente na hipótese de decisão que não homologue o acordo avençado pelas partes.³³

7.1 ANPP – não propositura e meio de impugnação administrativo

A lei disciplinou a possibilidade de impugnação administrativa por parte do investigado contra decisão de não propositura/recusa do ANPP por parte do agente do Ministério Público. O recurso administrativo previsto na lei deve ser endereçado ao órgão superior do Ministério Público.

A lei silenciou no que tange ao prazo recursal. Para suprir a lacuna, opinamos pelo prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do recebimento da comunicação judicial ou extrajudicial da recusa de oferecimento do ANPP, na esteira de uma interpretação sistemática do art. 28-A, § 14, cumulado com o art. 28, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

Entendemos, ademais, que a previsão de recurso administrativo não impede, contudo, o eventual acesso à Justiça, em atenção do direito constitucional de petição (Art. 5º. XXXV, CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).³⁴

³³ No ponto, concordamos com DEZEM, Guilherme e SOUZA, Luciano Anderson. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, RB-3.9: “Quem poderá opor esse recurso? Tanto o Ministério Público quanto a defesa. Não tem o assistente de acusação legitimidade para interpor esse recurso por ausência de legitimidade e também de interesse processual. Caso seja dado provimento a esse recurso, a decisão do tribunal valerá, desde logo, como homologatória do acordo. Utilizo, nesse ponto, a Súmula 709 do STF por analogia: “Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela”.

³⁴ A este respeito, refere FREDIE DIDIER JUNIOR: “Prescreve o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal do Brasil: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata, o dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 12ª ed. Salvador: JUS PODIVM, 2010, p. 105.

8 ANPP – RESCISÃO

Após a homologação do ANPP, caberá ao Juízo da Vara de Execuções deliberar sobre eventual pedido de rescisão, afinal, o trânsito em julgado da decisão de homologação colocaria fim à jurisdição do juízo natural ou de garantias.

Da nossa leitura, o fundamento está no §10 do art. 28-A, que prescreve: “*Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.*” Vale registrar, em relação a este ponto, nossa posição no sentido de que a decisão que determina a rescisão do ANPP deve ser precedida, em homenagem às garantias do contraditório e da ampla defesa, de audiência de justificação, a ser realizada, naturalmente, perante o Juízo da Vara de Execuções.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certo é que o instituto do acordo de não persecução representa um alargamento do modelo de justiça criminal negocial no Brasil. Está ainda nos seus primeiros meses de vigência. De qualquer sorte, trata-se de “*é uma negociação entre as partes, que são livres para bem negociar; todavia, é preciso respeitar parâmetros mínimos para que não seja um acordo de adesão pelo investigado e/ou para que não sejam impostas duras condições pelo parquet.*”³⁵

10 REFERÊNCIAS

CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

³⁵ SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. “Notas sobre o acordo de não persecução penal”. In: *Conjur*. Publicado em 16/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil*. Florianópolis: Emais, 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DOTTI, René Ariel. “A atenuante da confissão”. In: *Revista dos Tribunais*, 2003, p. 356; GOMES, Luiz Flávio;

CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, Vol. 1. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 76-77.

POLI, Camilin Marcie de; DELLA VILLA, Giovani Frazão. “A disponibilidade do conteúdo do processo penal e o acordo de não persecução penal na Lei 13.964/2019”. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. *Pacote Anticrime: reformas processuais – reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019*. Florianópolis: Emais, 2020.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RAUX, Jean-François. “Elogio da Filosofia para construir um mundo melhor”, in MORIN, Edgar e PRIGOGINE, Ilya (orgs.). *A Sociedade em Busca de Valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Piaget, 1996.

REALE JÚNIOR, Miguel. “Colaboração premiada: natureza, dilemas éticos e consequências”. In: BENETTI, Giovana; CORREA, André R.; FERNANDES, Marcia Santana; NITSCHKE, Guilherme; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (orgs.), *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*, Rio de Janeiro: GZ, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. “Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime”. In: *Boletim IBCCRIM*, n. 318, maio 2019.
SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. “Notas sobre o acordo de não persecução penal”. In: *Conjur*. Publicado em 16/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal>.

SCHIMITT DE BEM, L.; MARTINELLI, J.P. (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Colaboração premiada no processo penal*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

WUNDERLICH, Alexandre. “Colaboração Premiada – o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos”. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTINI, Pierpaolo (coords). *Colaboração premiada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

WUNDERLICH, Alexandre; RASSI, João Daniel; TAFFARELLO, Rogério Fernando. “Doze perguntas sobre colaboração premiada: em busca de segurança jurídica”. In: *Portal Jota*, 10 nov. 2017 [Disponível em: <https://www.jota.info/>].

WUNDERLICH, Alexandre; NETO VIEIRA, João. “Acordo de Não Persecução Penal Recursal - novatio legis in melius?”. In: *Conjur*. Publicado em 30/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/wunderlich-vieira-neto-acordo-nao-persecucao-penal-recursal>.

WUNDERLICH, Alexandre. “Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para a (re)discussão”. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONFISSÃO COMO (DES)ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

CONFESSION AS NON-CRIMINAL PROSECUTION (DES)AGREEMENT

Aline Correa Lovatto¹
Daniel Correa Lovatto²

RESUMO

O acordo da não persecução penal é um novo instituto de direito penal negocial. Incorporado no Código de Processo Penal pela lei federal n.º 13.964, prevê que o Ministério Público deve ofertá-lo para casos de infrações que tiverem preenchido determinados requisitos legais. Contudo, este instituto ingressou no campo jurídico com diversas inconsistências e dúvidas, uma pela própria interpretação distorcida que pode causar, outra pela própria falta de regulamentação adequada. A confissão, que ingressa como requisito para a oferta do acordo, para alguns ingressou soando como prova, mas na análise jurídica não passa de ato pré-processual sem força probatória em posterior ação penal, insculpido em norma flagrantemente inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Confissão. Acordo. Persecução penal. Prova. Valoração. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The non-criminal prosecution agreement is a new institute for criminal business law. Incorporated in the Criminal Procedure Code by federal law n. 13,964, provides that the Public Prosecutor's must offer it for cases of infractions that have fulfilled certain legal requirements. However, this institute entered the legal field with several inconsistencies and doubts, one due to the very distorted interpretation that it can cause, the other due to the lack of proper regulation. The confession, which enters as a requirement for the offer of the agreement, for some came in sounding as proof, but in the legal analysis it is nothing more than a pre-procedural act without probative force in a subsequent criminal action, inscribed in a flagrantly unconstitutional rule.

KEYWORDS: Confession. Agreement. Criminal prosecution. Proof. Valuation. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Acordo de não persecução penal. 2.1 Perspectivas do instituto. 2.2 Procedimento do acordo. 3 Confissão e prova. 4 Confissão no acordo de não persecução penal. 5 Considerações finais. 6 Referências.

¹ Defensora Pública Estadual no Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.

² Advogado e consultor jurídico. Mestre em Ciências Criminológico-Forenses na Universidad de la Empresa - UDE de Montevideú, Uruguai. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Véspera de Natal, dia 24 de dezembro de 2019, foi publicada a lei n.º 13.964 que diz aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, popularmente chamada de lei anticrime, com vigência a partir do dia 23 de janeiro de 2020 (BRASIL, 2019, n.p.).

Entre as alterações previstas, ao lado das novas regras da colaboração premiada insertas na lei n.º 12.850 de 2 de agosto de 2013 e do juiz de garantias, toma certa importância a inclusão do “acordo de não persecução penal”, inserido no Código de Processo Penal como artigo 28-A, novo instituto de direito penal negocial³ que envolve a acusação, o(a) acusado(a) e a defesa, ficando ao juízo competente apenas a análise dos requisitos legais para posterior homologação. Tal instituto, assim como na transação penal da lei n.º 9.099/95, possui alguns requisitos próprios e visa implementar condições a serem cumpridas como acordo para o não processamento da ação penal.

Trata-se de a implementação da justiça negociável no âmbito do processo penal, relativizando a obrigatoriedade da ação penal pública por parte do Ministério Público e representando uma nova solução de conflitos no âmbito penal através de acordos despenalizadores, afastando como solução a até então aplicação de pena.

Dentre os requisitos para que haja o acordo de não persecução penal está a exigência da confissão “formal” e “circunstancial”, por parte do(a) indiciado(a), da prática da infração penal. Todavia a abrangência desta confissão, sua forma, extensão e implicações possíveis estão suscitando dúvidas e controvérsias dos intérpretes jurídicos, de maneira que se pretende, a partir daqui, tratar deste tema específico e conflituoso, mas, obviamente, sem a pretensão de esgotar a matéria, dada sua recenticidade legislativa e de vigência.

2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal, instituto incluído pela lei n.º 13.964 de 24 de dezembro de 2019 no artigo 28-A do Código de Processo Penal, vem causando inúmeros debates.

³ Os quatro principais institutos brasileiros de direito penal negocial são a transação penal, o acordo de não persecução penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de delação premiada.

Em 07 agosto de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público já havia editado a Resolução n.º 181 (BRASIL, 2017, n.p.), alterada posteriormente pela Resolução n.º 183, ato normativo infralegal que foi o antecedente do acordo inserto na lei n.º 13.964/19 (BRASIL, 2019, n.p.), mas que teve como principal função dispor sobre a investigação e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. O artigo 18 da Resolução 181 do CNMP é, pois, o precursor e texto base do artigo 28-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, n.p.), tendo como *caput* o seguinte texto:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: [...] (BRASIL, 2017, n.p.)

2.1 Perspectivas do instituto

O acordo de não persecução penal – ANPP foi criado como um instrumento para aprimorar o sistema punitivo brasileiro e desafogar o judiciário evitando inúmeros processos.

Tal pretensão está inclusive presente na justificativa do Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes ao Projeto de Lei n.º 10.372/18 (BRASIL, 2018a, n.p.):

“A presente proposta pretende racionalizar de maneira diversa, porém proporcional, de um lado o combate ao crime organizado e a criminalidade violenta que mantém forte ligação com as penitenciárias e, de outro lado, a criminalidade individual, praticada sem violência ou grave ameaça; inclusive no tocante ao sistema penitenciário.

[...] Em que pese quase 40% serem presos provisórios, há necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada; aplicando-se, quando possível, as sanções restritivas de direitos e de serviços a comunidade para as infrações penais não violentas.

Para tanto, indica-se a adoção de “**acordos de não persecução penal**”, criando nas hipóteses de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a figura do acordo de não persecução penal, por iniciativa do órgão do Ministério Público e com participação da defesa, submetida a proposta à homologação judicial.

Será possível, inclusive, aproveitar a estrutura criada para a realização de milhares de audiências de custódia para que, em 24 horas, a defesa e acusação façam um acordo que, devidamente homologado pelo Judiciário, permitirá o cumprimento imediato de medidas restritivas ou prestações de serviço a comunidade.

A Justiça consensual para os delitos leves será prestada em 24 horas, permitindo o deslocamento de centenas de magistrados, membros do

Ministério Público e defensores públicos para os casos envolvendo a criminalidade organizada e as infrações praticadas com violência e grave ameaça a pessoa.

Trata-se de inovação que objetiva alcançar a punição célere e eficaz em grande número de práticas delituosas, **oferecendo alternativas ao encarceramento e buscando desafogar a Justiça Criminal**, de modo a permitir a concentração de forças no efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves.

São previstas condições que assegurem efetiva reparação do dano causado e a imposição de sanção penal adequada e suficiente, oferecendo alternativas ao encarceramento. Excluem-se da proposta os crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, os crimes hediondos ou equiparados, os crimes militares e aqueles que envolvam violência doméstica ou cometidos por funcionário público contra a administração pública. Com vistas a evitar a impunidade, o mesmo anteprojeto institui nova causa impeditiva do curso da prescrição, enquanto não for integralmente cumprido o acordo de não persecução.

A racionalização da Justiça Criminal com a adoção do acordo de não persecução penal para os delitos não violentos possibilitará a readequação de magistrados para o combate à criminalidade organizada, com a necessidade de medidas protetivas aos agentes estatais responsáveis por seu processo e julgamento. [...]” (BRASIL, 2018a, p. 31-32, grifos nossos)

Sabendo que a justificativa não possui qualquer força normativa, nem que os fundamentos e justificativas aduzidos possuem necessariamente vinculação com a realidade, certo é que o acordo poderá sim – se aplicado sem subjetivismo ou hiperdimensionamento na discricionariedade ministerial quando da avaliação do que é necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime – desafogar um pouco o sistema judiciário, evitando o processamento de ações penais para casos em que o direito penal, *ultima ratio* que é (ROXIN, 2003, p. 65), não se faz necessário, nem é o instrumento mais eficaz para tratar da conduta tida por ilícito penal.

2.2 Procedimento do acordo

Embora o acordo de não persecução penal tenha sido previsto no Código de Processo Penal, o mesmo ainda não tomou uma forma prática homogênea na justiça brasileira, gerando procedimentos dos mais diversos. Alguns tribunais, por falta de uma padronização, criaram no sistema eletrônico um processo à parte, para gerir esse acordo no qual figuram apenas a acusação e a defesa, já em outros simplesmente o judiciário determina um prazo para que o Ministério Público e a defesa se reúnam para firmar o acordo.

Além disso, trata-se de espécie de direito penal negocial, representando o acordo de não persecução penal uma clara solução de conflito negocial penal. Por isso, não basta delimitar as competências e atribuições dos órgãos envolvidos e não

regulamentar a execução desse acordo. Há uma necessidade de que haja orientação das técnicas de negociação no âmbito criminal aos operadores do novo instituto, no sentido de que haja sua aplicação objetiva, com uma adequada capacidade avaliativa e perceptiva da situação concreta e da vantagem ou desvantagem em obstar a persecução penal. Isso, contudo, conduzida sem qualquer seletividade negativa em sua avaliação, situação ilegítimizante de privilegiar determinados agentes e de prejudicar outros.

Cabe referir que, embora seja inspirado num direito negocial, o Ministério Público não possui a liberdade total negocial que o *public prosecutor* possui na *Common Law* dos Estados Unidos da América, na medida em que neste há possibilidade ampla e irrestrita de negociação, enquanto no disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal há limitadores, a começar pelo tipo de delito, ou seja, aos crimes menos relevantes com pena mínima inferior a 4 anos praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Ainda, o(a) acusado(a) que realizará o acordo de não persecução penal não se assemelha aos colaboradores ou delatores premiados previstos no artigo 25, §2º, da Lei n.º 7.492/86, no artigo 8º, parágrafo único da Lei n.º 8.072/90, no artigo 16, parágrafo único, da Lei n.º 8.137/90, nos artigos 1º, §5º, da Lei n.º 9.613/98, no artigo 13, da Lei n.º 9.807/99, no artigo 41 da Lei n.º 11.343/06, no artigo 159, §4º, do Código Penal e na Lei n.º 12.850/13, já que estas situações possuem normatização específica.

Existem, ainda, algumas questões específicas que surgem no decorrer da análise dessa possibilidade de solução negocial.

Algumas das discussões que envolvem esse acordo é sobre a possibilidade de celebração em ações penais em curso. Por tratar-se de norma de natureza material, além de ser mais benéfica à pessoa acusada, entende-se que é possível o acordo no curso do processo, conforme preceitua Renato Brasileiro de Lima em seus comentários ao Código de Processo Penal:

Aliás, considerando-se o fato de que o art. 28-A, § 13, do CPP passou a prever a extinção da punibilidade como consequência decorrente do cumprimento integral do acordo de não persecução penal, também não nos parece absurda a possibilidade de celebração do acordo inclusive em relação aos processos criminais em andamento, visto que, nesse ponto, cuida-se de evidente norma de natureza material mais benéfica ao acusado (LIMA, 2020, p. 248-249).

Entendimento este que se mostra mais acertado que o de Eugênio Pacelli (2020, n.p.), autor que se posiciona no sentido de só haver tal possibilidade diante do oferecimento de uma denúncia do Ministério Público sem ter proposto o acordo de não persecução penal, quando o deveria, situação em que, após o recebimento da peça acusatória, o réu deveria se insurgir pelo seu oferecimento.

Outra situação, dentro dessa falta de padronização, envolve também a questão da confissão, que é o centro da reflexão que se propõe no presente trabalho. Qual seria o procedimento? Qual o valor dessa confissão? O que seria uma confissão formal e circunstancial?

Passemos a verificar essas questões.

3 CONFISSÃO E PROVA

Como prova processual penal, a confissão está prevista nos artigos 197 a 200 do Código de Processo Penal que assim prevê:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto. (BRASIL, 1941, n.p.)

Confissão é a assunção pessoal de determinado fato. Confissão no processo penal é a assunção da responsabilidade penal que lhe é imputada na ação penal. Assim, o objeto da confissão não é a capitulação penal, até porque em grande parte dos processos penais isso é praticamente desconhecido pela pessoa acusada, mas sim dos fatos que lhe são atribuídos.

Poderá a confissão ser simples ou qualificada - quando se opõe algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito de punir (artigos 20 a 25 do Código Penal Brasileiro) -, além de poder ser judicial (dentro do processo penal) ou extrajudicial (precedente à ação penal).

A doutrina, contudo, estabelece alguns requisitos para que a confissão no processo penal tenha validade, sendo uma delas a que exige a confirmação da confissão perante a autoridade julgadora no processo. Segundo Pacelli,

com a exigência do contraditório e da ampla defesa, as provas produzidas na fase pré-processual destinam-se ao convencimento do Ministério Público, e não do juiz. Por isso, devem ser repetidas na fase instrutória da ação penal. Daí a previsão, expressa, do artigo 155, *caput*, CPP, em redação dada pela Lei 11690/08 (PACELLI, 2014, p. 412)

Veja que o artigo 155 do Código de Processo Penal é objetivo ao dizer que a convicção do juiz será formada pela livre apreciação da prova produzida com o devido contraditório judicial. Com isso, o(a) juiz(íza) não pode fundamentar uma decisão exclusivamente em elementos colhidos antes do processo. Como exceção tem-se apenas as “provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Veja que a própria confissão espontânea, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não permite a condenação exclusiva por confissão extrajudicial, nem mesmo uma pronúncia⁴ em processo de crime contra a vida, exigindo que uma condenação seja alicerçada em outros meios de prova, sob crivo do contraditório e ampla defesa.

Reafirmando a condição de mero procedimento administrativo e não de prova as produzidas previamente ao processo penal judicial, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 145) ressaltam que “inválida é a prova produzida sem a presença do juiz. [...] Desta afirmação básica decorre a consequência de que não são provas, que o juiz possa utilizar para a formação de seu convencimento, as que foram produzidas em procedimentos administrativos prévios”.

Continuam os autores, estabelecendo a necessária diferenciação das regras de avaliação e das regras de admissibilidade ou exclusão dos meios de prova, importante para a avaliação da exigência da confissão no acordo de não persecução penal.

O que releva notar é que uma coisa são as regras legais sobre avaliação judicial, hoje superadas; outra, bem diversa, são as regras de admissibilidade e de exclusão de determinados meios de prova. Estas últimas devem ser aceitas e estabelecidas, ainda que no plano de investigação dos fatos possam representar algum sacrifício. (GRINOVER; FERNANDES, GOMES FILHO, 2004, p. 154)

⁴ Segundo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.790.921/GO, “[...] No Estado Democrático de Direito, o mínimo flerte com decisões despóticas não é tolerado e a liberdade do cidadão só pode ser restringida após a superação do princípio da presunção de inocência, medida que se dá por meio de procedimento realizado sob o crivo do devido processo legal. 2. Art. 155 do CPP. Prova produzida extrajudicialmente. Elemento cognitivo destituído do devido processo legal, princípio garantidor das liberdades públicas e limitador do arbítrio estatal. [...] 4. Impossibilidade de se admitir a pronúncia de acusado com base em indícios derivados do inquérito policial. Precedentes [...]” (BRASIL, 2018b). No mesmo sentido: RHC 84.784/RJ, 6ª Turma, rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 19.02.2019, DJe 08.03.2019, Recurso Especial 1591768/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 18 jun. 2018, e Recurso Especial 1254296/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 17 dez. 2015, DJe 02 fev. 2016.

Ou seja, aceitar uma confissão impingida como requisito estabelecido em acordo de direito penal negocial, sem qualquer normatização que observe e estabeleça os direitos e garantias fundamentais ao ato, não faz qualquer sentido.

Assim, se tratando da confissão, a mesma deve ser realizada perante a autoridade julgadora no curso do processo ou, caso realizada em qualquer fase pré-processual, deve ser ratificada ou confirmada perante a mesma – o que automaticamente demonstra que não possui *status* de prova.

Nesse sentido, Pacelli (2014, p. 411) informa que:

A confissão, sobretudo, não terá valor algum quando prestada unicamente na fase de inquérito (ou administrativa), se não confirmada perante o juiz. E, mesmo quando prestada em juízo, deverá ser também contextualizada junto aos demais elementos probatórios, quando houver, diante do risco, sempre presente, sobretudo nos crimes societários, de autoacusação falsa, para proteger o verdadeiro autor. As razões são várias, da motivação afetiva ou afetuosa, àquela movida por interesses econômicos.

Ainda, cabe referir que a retratação da confissão é possível, realizável por declaração de maneira pura e simples, inclusive podendo a pessoa acusada trazer elementos de convicção a respeito dos novos fatos narrados.

Nesse sentido, o artigo 200 do Código de Processo Penal brasileiro, acima referido, dispõe que a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto. Veja que, uma vez que não vincula a autoridade judicial, pois não afeta o seu livre convencimento, a retratação na verdade é submetida a um juízo de credibilidade. Essa leitura indica, em outras palavras, que caso seja produzida extrajudicialmente e esteja isolada nos autos, ela não poderá ensejar uma condenação, exigindo-se, portanto, um conjunto probatório maior para permitir a procedência de uma ação penal.

Acerca da possibilidade de retratação e a exigência de um lastro probatório seguro para retirar a sua credibilidade, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou no seguinte sentido:

[...] ACUSAÇÃO FUNDADA APENAS EM CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL POSTERIORMENTE RETRATADA NA DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a condenação do acusado com base em confissão extrajudicial posteriormente retratada em juízo, quando encontrar amparo suficiente nas demais provas produzidas (HC 100.693, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 13-9-2011; HC 103.205, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 10-9-2010; HC 73.898, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ de 16-8-1996). Esse entendimento deve nortear o recebimento da denúncia, de modo a

exigir que, em acréscimo à confissão realizada pelo acusado perante a autoridade policial e posteriormente retratada, sejam apresentados elementos indiciários mínimos de autoria e materialidade delitiva. 2. No caso, a denúncia encontra-se, em seu núcleo, fundada apenas em depoimento do acusado colhido no interesse de outro inquérito que tramita nesta Corte – no qual o parlamentar encontra-se na condição de investigado – e que contraria informação por ele prestada à Justiça Eleitoral. 3. A retratação do acusado, embora não imponha a desconsideração da confissão extrajudicial, recomenda que isto seja **analisado à luz do conjunto processual, de modo a aferir a presença de justa causa para a ação penal, a qual consiste “na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria”** (Inq 3.719, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 30-10-2014). 4. Denúncia rejeitada. (Supremo Tribunal Federal, Inquérito 4119/DF, relator Ministro Teori Zavaski, Segunda Turma, Publicada em 10/02/2016) (BRASIL, 2016, não paginado, grifos nossos).

Com efeito, esses pontos são importantes ao presente artigo acerca da confissão como elemento de prova para que se possa passar, então, à análise da confissão prevista no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

4 CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A confissão do acordo de não persecução penal é ou deveria ser realizada extrajudicialmente perante o Ministério Público.

Segundo o artigo 28-A do Código de Processo Penal:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [...] (BRASIL, 1941, n.p.)

Ressalta-se que, embora previsto no Código de Processo Penal, a natureza desse acordo é híbrida, tanto processual como material. Tal instituto abrange, como efeitos, tanto a extinção do processo por conta de seu cumprimento, como também direito da pessoa acusada com sua aplicação retroativa, conforme artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

A partir da análise do artigo 28-A do Código de Processo Penal, diferente do exigido na colaboração premiada prevista na lei de organizações criminosas, um dos

requisitos para o acordo de não persecução penal é a confissão formal e circunstancial da prática da infração penal.

Acontece que se trata de um acordo ilegítimo por si só ao exigir a confissão dessa forma. A ponderação da negociação entre a confissão, verdadeira ou irreal, para atingir a possibilidade de não se ver processualmente acusada, parece à pessoa mais uma pressão psicológica do que propriamente um benefício, ainda mais claro quando a ótica é a do sujeito inocente que acaba por tendo de optar entre dois caminhos danosos. Trata-se de imposição de uma situação tida por comercial, mas que apenas transparece o desequilíbrio relacional entre as partes.

Nesse ponto, contudo, cabe um parêntese, dada a importância de a confissão entrar em acordo e virar apenas objeto de troca, distante da realidade. Sobre a confissão irreal ou falsa, Juliana Ferreira da Silva esclarece, em artigo sobre “o *plea bargain* e as falsas confissões”, que existem duas espécies de falsas confissões: (a) falsas confissões voluntárias, em que o sujeito confessa por vontade própria, motivado a beneficiar a ele e a um terceiro ou, até mesmo, por psicopatologia ligada à necessidade de atenção, autopunição, sentimento de culpa ou delírio, e (b) falsas confissões involuntárias, em que o sujeito não está motivado por características pessoais, mas associadas a procedimentos de investigação, mais relacionadas à técnica de manipulação ou coerção na inquirição ou à vulnerabilidade do investigado (SILVA, 2020, p. 9).

Nesse sentido, é necessário lembrar que os suplícios romanos que se manifestavam através da “*tormenta ignis* (fogo), *tormentum famis* (da fome) e *tormentum sitis* (da sede)” (ROZA, 2003, p. 328), hoje manifestam-se pelo que poderia chamar de *tormentum psychic* ou, simplesmente, tortura psicológica, uma vez que, diante da translúcida leitura de que o processo penal é um mal em si – ao culpado uma oportunidade, mas ao inocente uma tortura em que deve optar em se dizer culpado e evitar um mal maior ou buscar sua inocência e se submeter a um mal maior –, acaba por colocar em xeque uma negociação que evidentemente se aproxima da intenção de achar “um culpado” ao invés de achar “o culpado”.

Aliás, essa submissão é reflexo disso. Trata-se da determinação de uma responsabilidade flutuante, do ato de arbitrar um responsável, impingir uma pena, acalantar a vingança social ou dar ao Estado o falso sentimento de dever cumprido, quando, no muito, reflete a ineficiência dos meios investigatórios. Aníbal Bruno (1978, p. 69) já referia que

A destruição do homem é a distribuição simbólica do crime. E tal exigência é tão imperiosa que, desconhecido o verdadeiro agente, vai, muitas vezes, o ato punitivo incidir sobre qualquer outro, a quem seja atribuído o fato pela própria vítima ou seus parentes, ou por processo de natureza mágica. É a responsabilidade flutuante, em busca de um responsável para a pena, que libertará o clã da impureza com que o crime o contaminou (BRUNO, 1978, p. 69)

Mas, mesmo ilegítima a exigência do acordo dessa forma, está prevista, sendo necessário analisarmos a definição de uma confissão formal e circunstancial, inclusive, para um desenvolvimento crítico do instituto.

Guilherme de Souza Nucci (2020a, n.p.) informa que a confissão representaria “a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada”.

A formalidade do ato de confissão, nesse caso, se dá pela confissão – formal e circunstancial – do ato delitivo perante o Ministério Público, que, verificando a confissão e demais requisitos, analisará se propõe ou não o acordo.

Veja que o acordo previsto no Código de Processo Penal, embora reproduza quase a totalidade do artigo 18 da Resolução n.º 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2017, n.p.), não reproduziu seu parágrafo 2º do art. 18, o qual prevê que “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.” Acontece que lei n.º 13.964/19 é posterior à Resolução e não prevê a necessidade de gravação da confissão e das tratativas. Assim, sua “formal” produção se resume ao fato de sua realização se dar perante autoridade pública, que no caso é o Ministério Público, acompanhado de defensor.

Circunstancial, em regra, simplesmente significa uma coisa que está dependendo ou que está vinculado a algo, ou seja, relativo a uma circunstância. Dessa forma, uma prova circunstancial vincula-se ou depende de algum ato. Segundo o Dicionário da UNESP de Português Contemporâneo, circunstancial além de exprimir algo accidental, pode ser um adjetivo que refere algo “que se baseia indícios: prova circunstancial” (BORBA, 2004. p. 286). Nesse caso, interpreta-se a confissão do acordo de não persecução penal como um ato accidental pré-processual que exprime apenas um indício.

Contudo, em analogia ao termo circunstanciado, poderia se entender que a confissão circunstancial seria a realizada perante a autoridade competente com a

especificação dos fatos que envolveram o delito. Veja que, no caso do acordo de não persecução penal, um registro de confissão formalizado pelo Ministério Público, embora ressoe no direito administrativo com presunção de veracidade e legalidade do ato declarado, no processo penal perde totalmente o substrato material, uma vez que deve se submeter aos princípios e regras constitucionais e processuais penais.

Ademais, de forma alguma a confissão, mesmo que formalizada e circunstanciada, é exigida como parte do corpo do acordo. A confissão é um ato, o acordo outro. O artigo 28-A do CPP não previu a necessidade de a mesma acompanhar o acordo levado à homologação e não deve ser interpretado diferentemente.

Assim, a prática de o órgão acusador colocar no próprio acordo uma minuta de confissão, inclusive, com declaração de capitulação legal, situação totalmente desconhecida pela pessoa na maioria dos casos, trata-se de uma prática contraindicada, já que não tem o mesmo conteúdo probatório que a confissão formal efetuada perante a autoridade judiciária.-

Outra questão diz respeito à presença do defensor no ato⁵. Alguns autores procuram fazer uma leitura simplificada do instituto alegando que a confissão extrajudicial feita na presença de defensor seja valorada como prova, restando sem valor apenas a confissão extrajudicial sem a presença dialética das partes, por inobservância dos princípios fundamentais de contraditório e ampla defesa, essenciais ao devido processo legal (LIMA, 2017, p. 690-691). Essa, contudo, não é de todo a melhor leitura. A simples presença de defensor ante a autoridade durante a confissão não permite presumir válida como prova sem ratificação judicial, inclusive sendo perfeitamente possível a retratação pura e simples do sujeito.

Rangel, inclusive, alerta para o fato de que “casos existem de confissão, por parte de algum acusado, de fatos que não praticou, porém deseja assumi-los por algum interesse” (RANGEL, 2015, p. 12), razão pela qual a previsão do artigo 197 do Código de Processo Penal em relação à confissão não possui valor absoluto de prova plena da culpabilidade. Inclusive, alerta ao fato de muitas confissões visarem a proteção de determinada pessoa (RANGEL, 2015, p. 520).

Por essa razão, a previsão no Código de Processo Penal da própria retratação, que, num devido processo legal com contraditório e ampla defesa, acaba sendo

⁵ O acusado deve ser assistido em todos os atos acerca de fatos que lhe são imputados, direito esse constitucionalmente protegido, conforme art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

inquirida, uma vez que ao julgador cabe confirmar as provas que não foram presencialmente colhidas.

Veja que, ainda, dentro da confissão perante o Ministério Público, é necessária a ponderação entre a confissão “precoce” e o princípio da presunção de inocência, uma vez que não poderia a confissão ser usada no caso de não homologação do acordo ou de seu descumprimento, com posterior imputação pela denúncia da conduta confessada, reforçando, inclusive, a não inclusão da confissão realizada dentro do acordo de não persecução penal. Aliás, a própria inobservância dos princípios constitucionais, que regulam o regular desenvolvimento do processo penal, da jurisdicionalidade e da defesa, traz mais força à questão da necessidade da judicialização de qualquer confissão exarada em momento pré-processual.

Para além de debates na seara processual, Nucci, aliás, afirma que a confissão ocorrida na forma do artigo 28-A do CPP seria inconstitucional. Para o autor:

Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma condição do investigado, representando a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. Cremos inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão da culpa. Logo a confissão somente terá gerado danos ao confitente. (NUCCI, 2020, p. 222-223)

Dessa forma, se entendermos que a confissão realizada para que ocorra o acordo de persecução penal pode ser usada para futura pretensão acusatória, teremos que reconhecer a inconstitucionalidade da norma e/ou a ilegalidade do procedimento por conta de que o reconhecimento da autoria, por vezes, significa exercício de seu direito de defesa sem que signifique anuir com a inobservância ao seu direito de contraditar eventual pretensa acusação.

Ora, Giacomolli preleciona que:

O contraditório é a essência do processo jurisdicional, a marca diferenciadora dos demais procedimentos. Por isso é que se afirma ser o processo judicial um procedimento em contraditório (Fazzalari). Mais precisamente, um procedimento em contraditório judicial. Tese e antítese, voz ativa e voz passiva, pedido e contrapedido, ataque e defesa, culpado ou inocente, igualdade de meios de acusar e de se defender. Essa é a essência do contraditório, cujo equilíbrio deve ser garantido pelo juiz.

O autor do fato não é obrigado a aceitar as medidas alternativas à sanção comum, nem a concordar com a suspensão condicional do processo. Ao admiti-las, o faz no exercício de seu direito de defesa. Portanto, não está sendo suprimido, de forma arbitrária e unilateral, o direito do autor do fato de contraditar uma futura pretensão acusatória. (...)

O autor do fato, ao aceitar as medidas alternativas, não está reconhecendo sua culpabilidade, como acontece no sistema da *plea bargaining*, mas defende-se, como intuito de manter seu estado de inocência. A própria Lei 9.099 refere não produzirem a aceitação das medidas alternativas efeitos de

natureza civil e nem reincidência, consequências típicas da sentença condenatória.

Ademais, o juiz aplica a medida alternativa sem que tenha havido exercício de uma pretensão acusatória, o um juízo condenatório. O autor do fato continua inocente.

As concepções de que o autor do fato reconhece sua culpa e/ou que as medidas alternativas são sanções criminais comuns, não encontram justificação constitucional, mormente diante do princípio da inocência.

Por não haver confissão de culpa pelo autor do fato e nem declaração dessa pelo juiz; por inexistir provimento condenatório ou eficácia plena de sanção criminal, na aceitação da proposta de transação criminal não há violação ao princípio constitucional da inocência. (GIACOMOLLI, 2009, p. 46-48)

Ao se analisar tais considerações em cotejo com a confissão havida no acordo de não persecução penal, não se pode igualmente reconhecer que poderá ser utilizada para eventual oferecimento de denúncia ou como fundamento de pretensão condenação ao final. Até porque, ainda que se exija a confissão circunstancial, é imprescindível que seja confirmada judicialmente para ter validade, além do fato de não precisar ser qualificada, situação em que a pessoa acusada reconhece a acusação “mas apresenta em seu favor circunstâncias que excluam ou atenuem sua responsabilidade (p.ex.: admite que matou, mas alega tê-lo feito em legítima defesa)” (BONFIM, 2009, p. 348).

Com efeito, a confissão dentro do acordo de não persecução penal, por ser extrajudicial e encontrar-se na fase pré-processual, não dispensa de forma alguma o direito da pessoa acusada em contraditar eventual futura pretensão acusatória, tampouco autoriza a ser considerada como prova em caso de persecução penal, mormente a subsidiar eventual condenação, na eventualidade de descumprimento do acordo ou de não homologação judicial.

Mais que isso, resta incongruente um sistema que prevê o princípio *nemo tenetur se detegere*, em que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, princípio calcado nos incisos LV (princípio da ampla defesa), LVII (princípio da presunção de não culpabilidade) e LXIII (direito ao silêncio) do artigo 5º da Constituição Federal, e, ao mesmo tempo, prevê a necessidade da pessoa investigada se ver obrigada a confessar algo como requisito do acordo num momento pré-processual, hipótese, inclusive, não prevista, por exemplo, nos acordos de transação penal ou suspensão condicional do processo.

O direito a não autoincriminação ou de não produzir prova contra si mesmo está consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto De São José de Costa Rica, que assegura no seu art. 8º, item 2, alínea “g”,

que é garantia judicial da pessoa “o direito de não depor contra si mesma, e não confessar-se culpada” (INTERNACIONAL, 1969, n.p.). Trata-se, portanto, de norma com *status* constitucional, não podendo ser desprezada pelo sistema processual.

Outrossim, segundo Nucci, o

“Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o agente da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal”. (NUCCI, 2020b)

Tendo o Estado, dessa forma, tomado para si a *persecutio criminis*, será dele a responsabilidade de produção de provas, a qual não pode depender de ato pessoal daquele a quem é garantido o direito de não produzir provas contra si, acima referido.

Necessário, pois, exercer plenamente o direito ao contraditório e a ampla defesa em caso de eventual imputação penal, de forma que, se houver violação durante o procedimento judicial haverá, inevitavelmente, ilegalidade. Trata-se de respeito à observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como ao direito de ser interrogado perante a autoridade competente, na linha do que normatizou o artigo 155 do Código de Processo Penal.

Logo, se o artigo 155 do Código de Processo Penal prevê que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 1941, n.p.), não há que se falar em prova penal acerca da confissão realizada no acordo de não persecução penal.

Aury Lopes Junior (2020, p. 276) já defendia, inclusive constando texto na reforma da Lei n.º 13.964/19, que os autos do juiz de garantias ficariam acautelados na secretaria, à disposição do Ministério Público e da defesa, não sendo apensados aos autos do processo enviado ao juiz de instrução e julgamento, mas com amplo acesso às partes. Contudo, a inclusão dos artigos 3º-C, §§ 3º e 4º, prevista no artigo 3º da Lei n.º 13.964/19, teve sua vigência suspensa por liminar do Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal. Isso impediria, segundo o autor, que atos de investigação preliminar ingressassem no processo, evitando, assim, a contaminação

do juiz da instrução, situação verificada no processo penal chileno e nos processos do júri da Espanha.

Portanto, trata-se de ato pretérito à ação penal e, mesmo formalizado em instrumento próprio, assinado ou gravado perante autoridade pública, no caso o Ministério Público, com a presença de procurador constituído ou defensor público, deve, para ter validade como prova de fato, ser confirmado perante o juiz do processo. Nesse sentido, ao tratarem da confissão, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2014, p. 566) são claros ao afirmar que “terá que ser reproduzida no processo penal para surtir algum efeito na esfera penal”.

Na mesma linha, Cunha (2020, p. 129) afirma que a confissão do acordo não pode ser tida como a prova processual penal de confissão, pois nela “não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal”.

Por sua vez, Aury Lopes Junior e Higyna Josita (2020, n.p.), tratando da confissão e o acordo de não persecução penal, são enfáticos nesse sentido ao dizerem que “a confissão não poderá ser usada com prova contra o investigado no curso do processo.”.

Trata-se, pois, de mais uma previsão da confissão sem fundamento ou, pelo menos, movida pela chamada responsabilidade flutuante na sociedade, situação voltada a achar um culpado criminalmente para tudo que, em última análise, apenas neutraliza e incapacita o indivíduo seletivamente responsabilizado, ou novamente com a concepção histórica de sua criação, conforme a crítica de Aury Lopes Jr.:

No fundo, a questão situava-se (e situa-se, ainda) no campo da culpa judaico-cristã, em que o réu deve confessar e arrepender-se, para assim buscar a remissão de seus pecados (inclusive com a atenuação da pena, art. 65, III, “d”, do Código Penal). Também é a confissão, para o juiz, a possibilidade de punir sem culpa. É a possibilidade de fazer o mal através da pena, sem culpa, pois o herege confessou seus pecados. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 646)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A confissão no acordo de não persecução penal, da mesma forma como prevista anteriormente na Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, foi criada como requisito, mas se limita a isso, mero requisito de um acordo, sem natureza de prova processual e de questionável validade e constitucionalidade.

Serve como mero indício e esse é o seu valor processual, inclusive por permitir a simples e pura retratação.

O indivíduo, mesmo acompanhado pela defesa, não está diante da autoridade processual, portanto, a declaração de culpa realizada não possui corpo suficiente para constituir prova em qualquer juízo de condenação. Neste particular, a doutrina mais atenta analisa criticamente essa questão da confissão sob o espectro mais da expiação de culpa das autoridades em recriminar alguém por um fato, do que pela necessidade de busca de um culpado pelo fato como forma de expiar a vingança social. Somado a isso, necessário atentar para as questões das falsas confissões.

Evidentemente que está maculada qualquer “confissão” nestas circunstâncias, seja pela oportunidade do indivíduo se ver livre de um processo penal grave e que, por si, já causa danos diretos ao réu, seja pela necessidade de ser realizada, como prova, em processo penal, diante da autoridade judicial competente e com todos direitos e garantias individuais protegidos.

Nesse sentido, não há outra forma de vislumbrar o Acordo de Não Persecução Penal, senão despido do requisito inconstitucional da confissão. Trata-se de condição totalmente desprovida de conteúdo, sem validade jurídica, uma por depender de uma repetibilidade da manifestação na via judicial, outra por não estar catalogada como prova urgente. Aguçar o deleite psicológico do órgão acusador em obter uma confissão completa, diante da possibilidade de acordo, trata-se de mais uma previsão processual penal teratológica, que ofende os direitos e garantias individuais do investigado e que não pode ser aceita em um Estado Democrático de Direito que preza por um sistema acusatório legítimo.

Não se nega, contudo, eficácia e legitimidade à confissão espontânea produzida no transcurso do processo, que observar todos direitos e garantias individuais, mas sim à confissão pré-processual como requisito de acordo, que se mostra apenas como instrumento de coerção psicológica de uma responsabilidade flutuante e instituto representativo da ineficiência da investigação criminal.

Assim, ungir a confissão ao patamar de prova seria deturpar todo um sistema processual que é sustentado dentro de um ideal de justiça, com todas garantias como a igualdade processual, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além de atentar diretamente contra as garantias constitucionais de presunção de não culpa e do princípio *nemo tenetur se detegere*.

6 REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

BORBA, Francisco S. (org.). **Dicionário UNESP de Português Contemporâneo**. São Paulo: UNESP, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Federal nº 10.372 de 06 de junho de 2018**. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público. **Resolução nº 181**, de 07 de agosto de 2017. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 2 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4119 do Distrito Federal**, relator Ministro Teori Zavaski, publicada em 10 de fevereiro de 2016, não paginado. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10217236>. Acesso em 13 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.740.921 de Goiás**, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 06 de novembro de 2018b, não paginado. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em 25 jun. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019**: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95**: abordagem crítica. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

INTERNACIONAL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 22 mai. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 5ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**, não paginado, mar. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn3. Acesso em: 23 mai. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020b.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de La Teoria Del Delito. Tradução e notas da 2. edição de Diego-Manuel Luzón Peña,

Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Ramesal. Tomo I. Madrid: Civitas Edicions, 2003.

ROZA, Adriana de Andrade. Tortura: um estudo crítico de sua digressão histórica. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 158, p. 327-331, abr./jun. 2003.

SILVA, Juliana Ferreira da. **O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Edição Especial Pacote Anticrime, ano 27, n. 318, p. 8-11, mai. 2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justica-criminal. Acesso em: 25 jun. 2020.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

PRISÃO PREVENTIVA E LEI ANTICRIME: AS (FALSAS) EXPECTATIVAS SOBRE AS REFORMAS LEGISLATIVAS EM FACE DA LINGUAGEM DE PODER DAS DECISÕES JUDICIAIS

PRE-TRIAL DETENTION AND ANTI-CRIME LAW: THE (FALSE) EXPECTATIONS ABOUT LEGISLATIVE REFORMS IN FACE OF THE LANGUAGE OF POWER OF JUDICIAL DECISIONS

Ana Carolina Mezzalira¹

RESUMO

Em que pese as reformas pontuais realizadas no Código de Processo Penal brasileiro quanto à Prisão Preventiva, quase metade dos indivíduos recolhidos em regime fechado no sistema prisional do Rio Grande do Sul não possui condenação transitada em julgado. Assim, parece fundamental transpor o mero estudo da Lei para compreensão dos reais motivos da elevada aplicação da medida cautelar nos processos criminais gaúchos, analisando-se os discursos de poder que permeiam as decisões judiciais. Utilizou-se o método teórico para pesquisa. Concluiu-se que a linguagem empregada pelo legislador e pelo aplicador da norma precisa ser melhor estudada para o entendimento sobre o real sentido do encarceramento cautelar no contexto do sistema jurídico brasileiro e do que está por trás da sua reiterada aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão preventiva. Reforma processual penal. Alterações legislativas. Linguagem de poder.

ABSTRACT

In spite of the punctual reforms carried out in the Brazilian Penal Procedure Code regarding Preventive Prison, almost half of the individuals imprisoned in a closed regime in the prison system of Rio Grande do Sul have no final conviction. Thus, it seems essential to transpose the mere study of the Law in order to understand the real reasons for the high application of the precautionary measure in Rio Grande do Sul criminal proceedings, analyzing the speeches of power that permeate judicial decisions. The theoretical method for research was used. It was concluded that the language used by the legislator and the enforcer of the standard needs to be studied for a better understanding of the real meaning of precautionary incarceration in the context of the Brazilian legal system and what is behind its repeated application.

KEYWORDS: Pre-trial detention. Criminal procedure reform. Legislative changes. Language of power.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O Contexto das reformas legislativas no Processo penal brasileiro. 3 Prisão preventiva: do senso comum ao senso crítico. 4 Uma luz no fim

¹ Ana Carolina Mezzalira, Mestranda pelo programa Pós-Graduação de Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista Capes. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Técnica Superior Penitenciária - advogada da Superintendência dos Serviços Penitenciários. E-mail: ana.mezzalira@yahoo.com.br

do túnel: análise da linguagem do discurso judicial. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A prisão do indivíduo antes de uma sentença condenatória definitiva é tema que sempre gerou diversas reflexões e discussões no âmbito do Direito Processual Penal, tendo em vista a gravidade dessa decisão, a qual coloca em xeque uma das garantias mais importantes do cidadão: a sua liberdade.

Nessa perspectiva, a preocupação em estabelecer limites para o uso do instituto da prisão preventiva é uma realidade que se apresenta desde os primórdios dos documentos legais produzidos pelo legislador brasileiro, tornando-se cada vez mais forte ao longo dos anos a ideia de que esta medida cautelar pode ser objeto de abusos e arbítrios nas mãos daqueles que detém o poder de decretá-la, caso não existam regras e freios estabelecidos pela legislação.

O advento do Princípio da presunção de inocência como garantia individual fundamental na Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro limites contra os arbítrios das prisões pelo Estado. Porém, tal previsão constitucional não se coadunava com a legislação processual penal vigente na época, editada em 1941, em pleno regime autoritário de Getúlio Vargas. Percebendo esta discrepância entre a Carta Constitucional e a legislação infralegal inquisitorial, o legislador brasileiro vem, ao longo dos anos, tentando conciliar estes dois diplomas legais, por meio de reformas processuais pontuais e muitas vezes desencontradas.

Nesse contexto, até o momento, foram editadas duas importantes reformas legislativas, por meio das Leis nº 12.403/11 e, mais recentemente, a de nº 13.964/19, as quais estabelecem relevantes alterações na tutela cautelar pessoal, pretendendo restringir a sua aplicabilidade e designando-a expressamente como a *ultima ratio*.

A realidade que a sociedade brasileira presencia nos dias atuais, no entanto, é bastante diversa e contradiz o discurso constitucional, pois a prisão preventiva permanece sendo uma rotina nas decisões judiciais dos magistrados que presidem os processos penais no Rio Grande do Sul, haja vista a análise de dados apresentados pelo sistema prisional gaúcho, onde quase metade dos presos recolhidos em regime fechado não possuem condenação transitada em julgado.

Luis Alberto Warat, em vasta obra sobre a semiologia da linguagem e a sua repercussão no discurso jurídico, assevera que a legislação e as suas conseqüentes

alterações, por si só, não são suficientes para mudar as ideias e as concepções jurídicas construídas ao longo do tempo, na medida em que as palavras da Lei não possuem o condão de alterar “as práticas sociais e os sentidos normativos”, ocultando o fato de que “se a ideologia dos intérpretes das normas continua inalterada, a transformação legislativa é uma ilusão e, rapidamente, os novos significantes voltarão a adquirir velhas significações².”

Assim, ao que tudo indica, faz-se necessário superar a mera epistemologia normativa e os limites da Lei para compreensão dos reais motivos para a elevada aplicação da prisão preventiva nos processos criminais, sendo importante a realização de um estudo dos discursos de poder que permeiam as decisões judiciais que decretam esta medida, pois essa, talvez, seja a chave para a compreensão da problemática apresentada.

2 O CONTEXTO DAS REFORMAS LEGISLATIVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em 1995, Ada Pellegrini Grinover já alertava que reformas legislativas eram necessárias para “transformar o processo penal, de um mecanismo desacreditado, em instrumento eficaz de realização de justiça”³. Tal assertiva baseava-se no fato de o Código de Processo Penal brasileiro ter sido editado em 1941, época marcada pela criação de leis fortemente influenciadas pelas ideias do regime autoritário e fascista. Nesse sentido, a legislação processual penal pátria sofreu grande influência do código de processo penal italiano de 1930, gestado por Vincenzo Manzini, defensor das ideias de Benito Mussolini:

O referido Código Rocco, assim denominado, era dotado de um invejável “espírito reacionário”, em que o papel da defesa era considerado supérfluo. Os acusados, nesse modelo, são presumidamente culpados e sobre eles recai a regra da prisão, cuja detenção preventiva é indefinida [...]. Desse modo, o princípio fundamental que norteava o CPP era o da presunção de culpabilidade⁴.

² WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª Versão. Porto Alegre, 1984, p. 68.

³ **A Reforma do Código de Processo Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 07, n. 36, p. 124-136, 1995, p. 134.

⁴ SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. **Ordem pública e prisão preventiva: uma investigação histórico-política**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, ano 7, v.15 (maio/agosto.2016). Porto Alegre. p. 81.

A corroborar essa constatação, importante a leitura da exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro no tocante à prisão cautelar do indivíduo, apresentada pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do Processo Penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficácia e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do Poder Público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu a elaboração do presente projeto de Código⁵.

Assim, compreendido o contexto histórico-político no qual o Código de Processo Penal brasileiro foi pensado e gestado, é possível concluir que dele efetivamente não seria possível exigir o estabelecimento de regras atinentes à prisão preventiva que estivessem em consonância com o atual Estado Democrático de Direito e com as garantias constitucionais advindas em 1988, pois as regras do jogo⁶ foram estabelecidas em concordância com outros interesses e valores.

No intuito de superar as dificuldades atinentes à aplicação da prisão preventiva, a partir de uma cultura jurídica apegada ao positivismo e à letra da lei, verifica-se o fenômeno das reformas legislativas, as quais possuem o intuito de alinhar a medida cautelar pessoal às garantias constitucionais estabelecidas na Carta Constitucional de 1988, como se tais pudessem, por si só, romper com alguns posicionamentos e entendimentos já arraigados em nosso sistema judicial.

Nesse ponto, Aury Lopes Jr. crítica as reformas pontuais que vem sendo realizadas no Código de processo Penal ao longo dos anos, pois, segundo ele, “elas geram inconsistência e incoerência sistêmica, transformando o CPP, cada vez mais, numa imensa colcha de retalhos”⁷.

⁵ BRASIL, Código de Processo penal brasileiro, de 03 de outubro de 1941. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁶ Segundo Alexandre Morais da Rosa, ao contrário de um jogo de xadrez, onde o seu jogador pode jogá-lo em qualquer lugar do mundo, mesmo sem saber falar a língua daquele país, pois as regras são as mesmas e reconhecidas por todos os seus oponentes, no processo penal “o déficit normativo torna o jogo mais complexo, dado que antes do jogo, para que se possa ter êxito, é preciso conhecer o julgador da partida e suas recompensas. Saber quais as regras se irá aplicar/desconsiderar” (in **Teoria dos jogos e processo penal: A short introduction**. Empório do Direito editora, 2017, p. 35

⁷ **Prisões Cautelares**. 5^o edição. Saraiva jur. 2018, p. 13

De qualquer sorte, após longo período de tramitação legislativa (mais de dez anos), aprovou-se, em 2011, a Lei nº 12.403, editada com a pretensão de reduzir a utilização da prisão cautelar no ordenamento jurídico pátrio, criando alternativas acautelatórias no processo penal e estabelecendo de forma objetiva que a prisão preventiva deveria ser considerada a *ultima ratio*, em consonância com o princípio basilar de tratamento do acusado dentro do processo criminal: a presunção de inocência⁸.

Não há dúvidas de que a qualidade de um sistema processual se verifica pelo nível de observância do Princípio da não culpabilidade, devendo este ser considerado fruto de uma evolução civilizatória, demonstrando uma opção ideológica e de valores do legislador⁹. Ainda, Aury Lopes Junior leciona:

O sistema admite a coexistência entre a presunção de inocência e a exceção que é a prisão cautelar, através da observância de sua base principiológica. É o arcabouço principiológico que dá o tom e a medida da relativização da presunção de inocência. Sabido é que nenhum princípio é absoluto, a presunção de inocência admite a sua relativização através das prisões cautelares desde que observada sua base principiológica: jurisdicionalidade e motivação, contraditório quando possível, excepcionalidade, proporcionalidade, provisoriedade e provisionalidade¹⁰.

Porém, em que pese os dispositivos legais que foram inseridos no ordenamento jurídico naquela reforma pontual, com o objetivo de frear o impulso arbitrário pela aplicação da prisão preventiva por parte dos operadores do Direito, a realidade apresentada pelo órgão público responsável por administrar o sistema prisional do Rio Grande do Sul demonstrou que a mudança na legislação não foi suficiente para alterar o aumento crescente de aplicação de prisões preventivas pelos juízes nos processos penais do Rio Grande do Sul.

Da análise dos números que constam no Acervo Digital da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul¹¹, verificamos que a situação dos estabelecimentos prisionais de regime fechado não sofreu alterações positivas após a reforma processual penal de 2011, pelo contrário: o mapa da população carcerária gaúcha de junho de 2011 (mês anterior ao início da vigência da lei 12403/2011, que

⁸ Cesare Beccaria alertava que “um homem não pode ser chamado *culpado* antes da sentença do juiz, e a sociedade só pode retirar-lhe a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi concedida” (in **Dos delitos e das Penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 22).

⁹ LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª edição. Saraiva jur. 2018, p. 19).

¹⁰ (op. cit. p. 22).

¹¹ No Acervo Digital da Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE), local de consulta disponível somente na intranet (exclusivamente para servidores penitenciários, portanto) constam os seguintes dados: “memória com informações do mapa carcerário, gestão de telefonia, INFOPEN, gestão e notícias referentes à nossa Instituição desde o ano de 2002 até o mês de Abril de 2012”. Disponível em http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/1680/?Acervo_Digital. Acesso em 28 dez. 2019.

foi publicada em 04 maio de 2011 e teve 60 dias de *vacatio legis*) demonstrava que, ao todo, existiam 21.092 indivíduos (homens e mulheres) presos em regime fechado nos estabelecimentos prisionais do Estado, sendo que destes, 6.762 (homens e mulheres) eram presos provisórios, 32% do total, portanto¹².

Como contraponto, em 04 de janeiro de 2012, quando a reforma processual já estava em plena vigência há quase meio ano, o número de indivíduos recolhidos em regime fechado no Rio Grande do Sul era de 20.748 (pouco menor que o de junho de 2011), porém, o número de presos provisórios que compunham esse quadro era de 9.156, representando 44% do total¹³. Portanto, após a reforma legislativa de 2011, o número de indivíduos encarcerados antecipadamente à condenação aumentou em 12%, ao menos na comparação destes dois períodos.

Veja-se que tal fenômeno não foi algo isolado, ocorrendo em todo o país, pois naquele ano “superamos a marca dos 500 mil presos, dos quais quase 200 mil eram presos cautelares. Isso mostra que não houve significativa redução do número de presos cautelares, que segue crescendo”¹⁴. Assim, em que pese a prisão preventiva tenha se tornado positivamente a última alternativa do juiz criminal a partir de 2011, a realidade do sistema carcerário brasileiro contrariou totalmente esse discurso, demonstrando que os magistrados permaneceram optando pela prisão cautelar ao invés das medidas diversas da prisão constantes no art. 319 do CPP.

Recentemente, em 24 de dezembro de 2019, nova reforma legislativa envolvendo a prisão preventiva foi editada, juntamente com a alteração legal de outros institutos processuais penais, bem como a inclusão de outros inovadores. Da análise da Lei nº 13.964/19 é possível verificar que as modificações realizadas pelo Poder Legislativo, no que concerne à prisão preventiva, possuem o mesmo condão daquelas elaboradas em 2011, ou seja, adequar o uso da tutela cautelar pessoal à previsão constitucional de presunção de inocência do indivíduo.

Nesse sentido, da leitura do novo art. 3º-A do Código de Processo Penal, no qual ficou estabelecido expressamente que a estrutura do processo penal deverá ser acusatória, pretendendo-se, portanto, romper com o ranço inquisitivo, o legislador deixa claro que o objetivo da reforma foi respeitar as garantias fundamentais do acusado. E essa previsão legal repercute diretamente no instituto da prisão preventiva, impedindo que o juiz decrete, de ofício, a prisão provisória e tornando

¹² Disponível em <http://10.15.190.11/acervo.htm>. Acervo Digital da Superintendência dos Serviços Penitenciários. Acesso em 18 de setembro de 2018

¹³ Disponível em http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/2460/?Ano_2012. Acesso em 28 dez. 2019.

¹⁴ LOPES JR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5º edição. Saraiva jur. 2018, p. 15.

ilegal aquelas decisões não fundamentadas e/ou embasadas em fatos pretéritos, conforme leitura dos artigos 282, parágrafo 6^o¹⁵; 311¹⁶; 312, parágrafo 2^o¹⁷; 313, parágrafo 2^o¹⁸; 315¹⁹; 315, parágrafos 1^o²⁰ e 2^o; 316 e seu parágrafo único²¹.

Nesse sentido, decisão exarada pela 13^a Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu habeas corpus para revogar prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz de primeira instância, com base na nova redação do artigo 311 do Código de Processo Penal. No caso concreto, “o Ministério Público se manifestou pela revogação da prisão do acusado e pela aplicação de medidas cautelares diversas. Mesmo assim, o juiz decretou a prisão preventiva”²².

Na decisão judicial, entendeu-se que,

[...] embora a decretação da prisão preventiva do paciente tenha sido anterior à vigência da nova redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, conferida pela Lei 13.964/2019, trata-se de norma híbrida, processual penal e material, pois, diante da sua relação com o direito penal, tendo em vista os reflexos sobre a própria liberdade do acusado, não se trata de norma processual propriamente dita²³.

Considerando que a alteração legislativa de 2019 é relativamente recente, não há como negar que os seus reflexos ainda precisam ser melhor analisados. Porém, da verificação dos indicativos numéricos apresentados pela Superintendência dos Serviços Penitenciários (órgão que administra os presídios no

¹⁵ Art. 282, § 6^o, do CPP: “A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”.

¹⁶ Art. 311 do CPP. “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

¹⁷ Art. 312, §2^o, do CPP: “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

¹⁸ Art. 313, §2^o, do CPP: “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”.

¹⁹ Art. 315 do CPP: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”.

²⁰ Art. 315, § 1^o, do CPP: “Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

²¹ Art. 316 do CPP: “O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifique. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.”

²² Com base na “lei anticrime”, TJ-SP revoga prisão decretada de ofício. **Site Conjur**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-12/base-lei-anticrime-tj-sp-revoga-prisao-decretada-oficio>. Acesso em 15 mar. 2020.

²³ Op Cit.

RS) neste primeiro semestre de incidência das reformas (pois a vigência da lei iniciou em 23 de janeiro de 2020) as notícias não são nada animadoras.

Veja-se que, até o dia 19 de fevereiro de 2020, quando as alterações do Código de Processo Penal não contavam sequer com um mês, cerca de 42% dos indivíduos encarcerados em regime fechado não possuía condenação definitiva²⁴. Já em 19 de agosto de 2020 e em pleno período de pandemia causada pelo Covid-19, onde diversos presos preventivos devem fazer parte do grupo de risco, sendo possível pensar na aplicação ainda maior de medidas cautelares diversas da prisão, o número de presos provisórios recolhidos em regime fechado alcançou o inacreditável percentual de 47%²⁵.

Assim, os dados apresentados pelo Sistema carcerário refletem novamente a ineficácia das reformas legislativas realizadas no sistema processual penal, em que pese as positivas intenções do legislador. Dessa forma, ao que tudo indica, existe uma dificuldade de transpor as barreiras ideológicas dos juízes quando da aplicação da medida cautelar, corroborada por requisitos e fundamentos impostos pela lei à prisão preventiva sobejamente vagos, os quais permitem ao magistrado se utilizar das suas convicções e opiniões íntimas para definir os limites do encarceramento antecipado, conforme se verá a seguir.

3 PRISÃO PREVENTIVA: DO SENSO COMUM AO SENSO CRÍTICO

A tutela cautelar pessoal da prisão preventiva desempenha papel de destaque no processo penal, sendo considerada um dos principais meios para o alcance de uma eficácia prática da sentença final, possibilitando que o processo atinja os escopos jurídicos, políticos e sociais para os quais foi originado. Segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018²⁶, 40,03% dos indivíduos recolhidos em todo o sistema prisional brasileiro até aquele ano não possuíam sequer condenação em primeiro grau de jurisdição, estando provisoriamente encarcerados aguardando julgamento.

Nesse contexto, as discussões epistemológicas envolvendo o instituto tomam cada vez maior relevância, já que os dados estatísticos apresentados pelos órgãos de justiça e segurança, bem como a realidade constatada diariamente pelos

²⁴ Disponível em http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/2460/?Ano_2012. Acesso em 26 fev. 2020.

²⁵ Disponível em http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/8325/?Ano_2020. Acesso em 21 ago. 2020.

²⁶ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em 10 out. 2019.

operadores do Direito nos processos criminais evidenciam o uso frequente dessa medida cautelar pela Justiça Penal, pelos mais diversos motivos.

A prisão cautelar "arraigou-se profundamente" nos ordenamentos jurídicos, deixando de ser instrumento exclusivamente processual e destinado para os casos de expressa necessidade instrutória, para tornar-se meio "de prevenção e de defesa social"²⁷. Percebe-se, ainda, a ampla utilização da medida cautelar como meio de fornecer respostas rápidas e urgentes aos processos. Nesse ponto, importa lembrar as lições de François Ost²⁸, o qual refere que o tempo "já não é o da duração, da expectativa, do projecto paciente e da longa memória. Radicalmente acelerado, é reconduzido do longo prazo ao curto prazo, e deste ao imediato". Assim, "inegavelmente, pesa sobre estas questões a atual onipresença do fator velocidade, a qual constitui [...] a "alavanca do mundo". Na atual velocidade, o mundo está chegando a um ponto de instantaneidade"²⁹.

Do ponto de vista dogmático-normativo, os contornos e limites para a aplicação da prisão preventiva pelos juízes estão estabelecidos no art. 312 do Código Processo Penal, o qual, em sua parte final, exige a demonstração de provas da existência do crime, indícios suficientes de autoria³⁰ (o *fumus commissi delicti*³¹) e, após o advento da Lei nº 13.964, o "perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado", o qual inclui no ordenamento jurídico, finalmente de forma expressa, o requisito de *periculum libertatis*³².

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão; teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Hassan Choukr Fauzi e Luis Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 444.

²⁸ **O tempo do Direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p.347.

²⁹ GAUER, Ruth Chittó. **Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo)**. In: GUAER, Ruth. M. Chittó (org.). A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 12.

³⁰ Conforme esclarece Aury Lopes Jr, exige-se aqui não um juízo de certeza, mas de "probabilidade razoável", exigindo-se, essencialmente, "uma prognose sobre a questão de fundo" (**Prisões Cautelares**. 5º edição. Saraiva jur. 2018, p. 94). Ainda, alerta a doutrina para a necessidade de que os indícios de autoria, nessa fase, agreguem uma carga de probabilidade e não apenas uma mera possibilidade (LIMA, Marcelo Polastri. **Curso de Processo Penal**. 8º edição. Gazeta Jurídica, 2014, p. 716).

³¹ Utilizaremos esse termo para denominar os requisitos da tipicidade, ilicitude e culpabilidade que devem ser verificados quando da decretação da prisão preventiva, pois concordamos com o posicionamento de Aury Lopes Jr. sobre a necessidade de abandonar a teoria geral do processo quando analisamos fenômenos atinentes especificamente ao processo penal, como é o caso da prisão cautelar, não havendo que se falar em *fumus boni iuris* (**Prisões Cautelares**. 5º edição. Saraiva jur. 2018, p. 93).

³² Termo que melhor se adequa ao processo penal, ao contrário do *periculum in mora*, equivocadamente extraído do processo civil; "é necessário abandonar a doutrina civilista de CALAMANDREI para buscar conceitos próprios e que satisfaçam plenamente as necessidades do processo penal" (LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 5º edição, 2019, p. 27).

Quanto a este último requisito para decretação da medida, incluído pela reforma legislativa de 2019, Jorge Nieva Fenoll³³ alerta:

Uno de los temas más enigmáticos que concierne a las medidas cautelares há sido elevado por la doctrina, a mi juicio indebidamente, a la categoría de presupuesto. Se trata del periculum in mora, habitualmente en el processo civil, y libertatis, en el proceso penal. Sin duda estamos ante um assunto enigmático porque ni jueces ni doctrina aciertan, no tanto en su definición, que es bastante evidente, sino em su concreción práctica, que es lo autenticamente relevante.

Superada a análise dos requisitos legais, o mesmo dispositivo de lei, em sua parte inicial, exige também a constatação de determinados fundamentos, os quais, em que pese estejam vigentes desde a edição de 1941, sofrendo diversas críticas da doutrina ao longo dos anos, não tiveram qualquer alteração pela lei anticrime, a qual silenciou nesse ponto, tendo o legislador deixado de enfrentar questões extremamente relevantes, que tocam diretamente à aplicação da prisão preventiva.

O primeiro fundamento estabelecido pelo legislador é o da garantia da ordem pública, sendo senso comum o entendimento de que tal é extremamente vago, “presta-se a qualquer senhor”³⁴. Não à toa, justamente por permitir diversas interpretações, é o fundamento mais utilizado pelos julgadores nas decisões judiciais, sendo que a principal justificativa para o uso desse fundamento seria a probabilidade de reiteração delitiva³⁵. No tocante ao fundamento da garantia da ordem econômica³⁶, entende-se que o mesmo já está abrangido pelo fundamento acima elencado, não havendo necessidade de maiores esclarecimentos, especialmente porque se verifica pouca aplicação prática desse fundamento³⁷.

De outra banda, acerca do fundamento da conveniência da instrução criminal, imperioso destacar que o termo “conveniência” merece ser lido e interpretado como “necessidade”, pois uma mera conveniência do juízo não seria fundamento adequado a justificar medida tão drástica quanto o cerceamento da liberdade do indivíduo³⁸. E para a verificação dessa necessidade, deve ser identificada situação

³³ **Inteligencia artificial y Processo Judicial**. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 61.

³⁴ LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 5º edição. Saraiva jur. 2018, p. 98.

³⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 638. Não nos olvidamos que o fundamento é usado também como sinônimo de “clamor público”, para hipóteses de crimes que geram abalo social, como se a prisão preventiva pudesse “ser um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor (LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 5º edição, 2019, p. 99).

³⁶ Para Djalma Eutíneo de Carvalho, tal fundamento se perfectibiliza em delitos específicos, onde há o risco de perdas econômicas generalizadas, como, por exemplo, na Lei nº. 1521/51 (crimes contra a economia popular) e nº. 7492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional). (**Curso de Processo Penal**. São Paulo: Forense, 2007.p. 187),

³⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11º edição, Editora Saraiva. 2015, p. 321.

³⁸ Op. cit., p. 321.

na qual o indiciado ou acusado age de forma indevida no curso da persecução penal no tocante à produção probatória³⁹.

Por fim, como esclarecimento do fundamento “assegurar a aplicação da Lei Penal”, evidencia-se, basicamente, nas situações nas quais há risco de fuga do acusado, tornando o cumprimento de eventual condenação a pena privativa de liberdade inviável.⁴⁰

A partir da análise dos fundamentos que justificam a decretação da prisão preventiva, ainda que de forma sucinta, é possível verificar que, da maneira como estão previstos, não se prestam satisfatoriamente a impor limites sérios ao julgador quando da decretação da medida, permitindo largas interpretações e a inclusão das mais diversas justificativas autorizadas do encarceramento antecipado, muitas delas em dissonância com as garantias fundamentais do indivíduo, causando prisões desnecessárias, ilegais e injustas.

E essa carência normativa no que diz respeito aos requisitos da prisão preventiva, esta ausência de conceitos e limites bem definidos, muitas vezes acarretam um outro grave problema, qual seja, a ampla margem para a atuação da interpretação do juiz nas suas decisões, autorizando um ativismo judicial, sob o pretexto de garantir direitos e dar conta de uma vasta gama de interesses.

Nesse contexto, “a justiça assume o lugar simbólico da democracia, constituindo um novo governo de juízes, que assume um poder inédito”, pois o Direito “se converteu em uma nova linguagem com a qual se formulam as demandas políticas que, decepcionadas por um Estado em retirada, se dirigem massivamente à justiça”⁴¹.

Segundo o professor Lênio Streck:

³⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 641. Nesse sentido, o fundamento vem sendo utilizado pelos juízes, em regra, quando o indivíduo “ameaçar testemunhas, tentar subornar o perito que irá subscrever o laudo, ameaçar o juiz ou o promotor de justiça que funciona no processo, subtrair documentos imprescindíveis à comprovação do injusto penal etc.” (RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20ª edição. Atlas editora. 2012, p. 784).

⁴⁰ LOPES JR. Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª edição. Saraiva jur. 2018, p. 98. Cita-se como exemplo comum para aplicação desse fundamento “o fato de o acusado demonstrar querer fugir ou não ter endereço certo, sendo um errante, tudo indicando que irá se furtar ao cumprimento da pena se permanecer solto” (LIMA, Marcelo Polastri. **Curso de Processo Penal**. 8ª edição. Gazeta Jurídica, 2014, p. 719). Sob outro ponto de vista, Fernando de Almeida Pedrosa afirma que “fundamentar a prisão preventiva no fato de assegurar que o imputado não se subtraia da possível aplicação da lei penal *prima facie* deixa transluzir violação ao seu direito de colocar-se à ilharga da persecução penal” (in **Processo Penal**; o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.p. 93).

⁴¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à Criminologia**: uma aproximação desde o poder de julgar. Empório do Direito editora. 2018, p. 103.

Discrecionariade acaba, no plano de linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. Trata-se, sim, de discutir – ou, na verdade, pôr em xeque – o grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da constituição. E esse grau de liberdade acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que as “opções” escolhidas pelo juiz deixarão de lado “opções” de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrente de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do Direito⁴².

Assim, apesar das recentes alterações legislativas editadas no tocante à prisão preventiva, a lei anticrime permitiu que se mantivessem os mesmos requisitos pensados no contexto autoritário e fascista do código de 1941 para a decretação da medida, não havendo restrições ou imposições mais expressas e taxativas, permitindo ao juiz que decrete a medida cautelar da forma que melhor lhe convir, podendo interpretar a lei sem parâmetros de razoabilidade.

Diante dessa realidade, torna-se imprescindível buscar respostas para o superencarceramento antecipado em outras fontes, diversas daquelas usualmente pesquisadas. As reformas legislativas, acertadamente realizadas, tendo em vista a necessidade de adequação do Código de Processo Penal às normas constitucionais, não abarcaram alguns pontos nevrálgicos da legislação atinente à prisão preventiva, mantendo os mesmos fundamentos já tanto questionados. Parece, portanto, que a manutenção de brechas na lei para os arbítrios judiciais em âmbito cautelar interessa àqueles que atuam no Sistema de Justiça Penal, mantendo-as alheias às reformas processuais, preservando um discurso de poder que segue viciando e prejudicando as decisões judiciais nos processos criminais.

4 UMA LUZ NO FIM DO TÚNEL: ANÁLISE DA LINGUAGEM DO DISCURSO JUDICIAL

Se analisarmos as parcas repercussões da reforma ocorrida em 2011 no que concerne ao número de prisões preventivas decretadas, bem como os dados até então disponíveis envolvendo os efeitos da Lei anticrime, é possível prever que a efetiva mudança envolvendo a aplicação da prisão preventiva pelos juízes nas decisões criminais e a conseqüente alteração do cenário da superlotação carcerária não perpassam exclusivamente pela lei e por suas reformas.

Aliás, conforme já mencionado, a permanência do *status quo* quanto à temática da prisão cautelar pessoal é de interesse do aparato judiciário criminal, que usa o processo penal como instrumento de poder e de segurança pública.

⁴² STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso**. Saraiva Jur. 6º edição, 2017, p. 71.

Compreender qual é, hoje, a funcionalidade⁴³ do processo criminal no Sistema de Justiça é a chave para se entender de que forma a medida cautelar pessoal se encaixa neste jogo de interesses. Atualmente, o processo penal tomou para si a responsabilidade por todo o controle da violência, já que os demais mecanismos de limite e proteção têm sido enfraquecidos ou deixados de lado (família, escola, igreja).

A ausência de efetivas definições sobre o que realmente constituiria o *periculum libertatis* capaz de autorizar a decretação da prisão preventiva, bem como a dificuldade das instâncias judiciais em realizar compreensões e interpretações adequadas diante do caso concreto, aplicando muitas vezes decisões automatizadas, permite asseverar que a discussão do tema transcende o Direito, tratando-se de “un estudio que dificilmente puede decirse que sea realmente jurídico, y por ello los jueces suelen non estar realmente preparados para apreciarlo⁴⁴”.

Importa, ainda, refletir sobre conceitos e informações que, no âmbito do processo penal e das prisões cautelares, muitas vezes se reproduzem e se aplicam sem a exata compreensão dos seus limites e dos seus significados, sendo utilizados de forma acrítica:

Salvo raras exceções, a doutrina costuma, ao reproduzir máximas e verbetes jurisprudenciais, retroalimentar um sistema acrítico de categorias processuais penais [...], a carregar de sentido inúmeros conceitos processuais penais, tratando-os como se fossem privatísticos; tem-se, ainda, a sobrevivência umbrática de conceitos pandectísticos e ramanísticos, como se tais categorias pudessem de fato, dada a complexidade da nossa sociedade, fazer algum sentido⁴⁵

Tal situação é bastante verificada nas decisões judiciais que utilizam expressões como “ordem pública”, “risco concreto”, “clamor público”, utilizando-as sem a atenção aos seus reais sentidos, servindo para justificar qualquer

⁴³ Interessante refletirmos sobre a lição do professor Aury Lopes Jr. no tocante aos motivos que justificariam a existência do processo penal no contexto atual, os quais vão de encontro ao entendimento atual da maioria dos operadores do Direito; segundo ele, o processo penal somente pode ser justificado se visto como instrumento de efetividade de garantias constitucionais (**Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. Saraiva Jur. 5º edição, 2019, p. 33).

⁴⁴ FENOLL, Jordi in **Inteligencia artificial y Proceso Judicial**. São Paulo: Marcial Pons editora, 2018, p. 61).

⁴⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades na Imputação Criminal: Operação Lava Jato e o art. 383 do CPP**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 281-307, ago.2016, p. 284.

circunstância fática. Luis Alberto Warat⁴⁶ pondera sobre a relação entre as alterações legislativas e as práticas sociais já arraigadas:

O estudo dos usos da linguagem permite efetuar algumas conclusões em torno da disputa entre os juristas com referência ao fato de que as palavras da lei contêm uma significação unívoca. Resulta inevitável concluir pela inexistência da pretendida univocidade fornecida pela inalterabilidade da instância significativa dos textos legais. Por desconhecer tal fato, produz-se no direito uma febre legislativa, decorrente da falsa crença de que, produzindo-se uma alteração nas palavras da lei, transforma-se mecanicamente as práticas sociais e os sentidos normativos. Ocultam, assim, o fato de que se a ideologia dos intérpretes das normas continua inalterada, a transformação legislativa é uma ilusão e, rapidamente, os novos significantes voltarão a adquirir velhas significações⁴⁷.

Assim, é a partir da análise da linguagem das decisões judiciais que se pode compreender quais são os reais motivos que causam a permanência da elevada incidência de aplicação da prisão preventiva nos processos criminais gaúchos, pois existem ideologias e crenças que insistem em permanecerem arraigadas no discurso judicial, levando os juízes a aplicar de forma tão incisiva aquela medida cautelar pessoal nos processos criminais.

Importa, ainda, perceber a dificuldade que se tem em romper com a noção de que o juiz não possui toda a verdade e toda a razão, pois a visão sobre a sua figura, construída a partir do surgimento do Estado Moderno, é de um indivíduo dotado de atributos divinos, impassível de erro, alheio a paixões e sentimentos mundanos, dono de uma verdade absoluta.

Nesse contexto, importante a compreensão do conceito de “semiologia do poder” apresentado pelo professor Luis Alberto Warat. Segundo ele, a partir da análise dos signos é possível entender que estes influenciam fortemente “no processo de articulação discursiva, no ato de comunicação, na fala, que é sempre um ato político e institucional⁴⁸”

Ainda, o mesmo autor também apresenta aos operadores do Direito o conceito de “senso comum teórico dos juristas”, como sendo “essa montagem de

⁴⁶ “Luis Alberto Warat nasceu em 31 de outubro de 1941, em Buenos Aires, onde cursou todos os seus estudos, recebendo em 1971 o título de Doutor em Direito e Ciências Sociais, com a tese *Linguagem, realidade e transcendência na ciência do Direito*. Foi professor de Filosofia e Introdução ao Direito na Universidade de Buenos Aires. Atualmente, reside no Brasil. É professor titular de Filosofia e Introdução ao Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, onde também ministra aulas no mestrado em Direito. Sua vida universitária é intensa, havendo ministrado cursos e conferências na França, México, Equador e em quase todos os Estados do Brasil. É presidente da Associação Latinoamericana de Metodologia e Ensino do Direito. Autor de doze livros, entre eles, *O Direito e sua Linguagem, Mitos e Teorias na interpretação da Lei e Semiótica e Direito*. Vinculado a Association Critique du Droit, vem desenvolvendo, nos últimos cinco anos, importante pesquisa sobre a teoria das significações jurídicas, à procura de um lugar epistemológico visto como uma empresa social coletiva” (biografia extraída da contracapa da obra “A pureza do Poder”, editado em 1983).

⁴⁷ **O Direito e sua Linguagem**. 2º Versão. Porto Alegre, 1984, p. 68

⁴⁸ in **O Direito e sua Linguagem**. 2º Versão. Porto Alegre, 1984, p. 13.

noções – representações – imagens – saberes, presentes nas diversas práticas jurídicas”, as quais funcionariam como um “arsenal de ideologias práticas”, representando um sistema de conhecimentos “que organiza os dados da realidade pretendendo assegurar a reprodução dos valores e práticas dominantes”⁴⁹.

Portanto, não bastam alterações legislativas para que o sentido da norma sofra uma real modificação diante do caso concreto, havendo a necessidade de uma mudança na ideologia daqueles que a interpretam e a aplicam no cotidiano, sob pena de esvaziamento dos seus objetivos, retornando-se a velhas práticas e mentalidades.

As mudanças normativas exigem muito mais do que apenas aprovações dos poderes Legislativo e Executivo, elas dependem também de uma aceitação e de uma compreensão por parte da comunidade jurídica, especialmente daqueles que possuem o poder de decisão, caso contrário, não passarão de letra morta, vazia, sem aplicação prática.

Veja-se que a velha dogmática jurídica percebia o sistema jurídico como mero “sistema de normas positivas”⁵⁰, não vislumbrando a possibilidade de articulação do Direito com outros saberes – especialmente da linguagem e da argumentação - como um meio para alcançar novas reflexões acerca do discurso jurídico e dos institutos legais. Porém, Antoine Garapon alerta que o Direito possui questões simbólicas que precisam ser analisadas, especialmente no tocante ao discurso jurídico, pois as palavras carregam símbolos linguísticos que se vinculam entre si, reconhecendo-se na ordem do discurso existente no direito⁵¹.

Ainda segundo Garapon, a toga judiciária, o juramento, a estrutura dos prédios forenses e até a disposição cênica da sala de audiências são símbolos que foram pensados com o objetivo de fornecer uma informação à sociedade, qual seja, de manifestação do poder estatal por meio do Juiz e da Jurisdição, sendo que “o primeiro gesto da justiça não é intelectual nem moral, mas sim arquitectural e simbólico”⁵².

Assim, a mera análise legal dos temas do Direito, especialmente do instituto da prisão cautelar preventiva, já não satisfaz quando da verificação dos casos

⁴⁹ WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da Lei**. Porto Alegre: Síntese Ltda, 1979, p. 19.

⁵⁰ WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Editora da UFSC, 1983, p. 13.

⁵¹ GARAPON, Antoine. **Bem Julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 136.

⁵² Op. Cit.

concretos, dependendo de uma averiguação do discurso jurídico de poder que envolve esse tipo de decisão, reconhecendo a existência de influências políticas e ideológicas nas decisões judiciais, bem como da possibilidade de interpretações da lei pelas “diversas instâncias do poder social”⁵³.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Penal brasileiro, editado em 1941, necessita de reformas legislativas importantes para adequar-se à Constituição Federal de 1988, especialmente no que se refere ao instituto da prisão preventiva, a fim de respeitar o princípio basilar da presunção de inocência. Ainda que tais reformas possam receber críticas por serem pontuais, repartidas e tardias, são imprescindíveis para tornar o processo penal um mecanismo passível de produzir medidas salutares e justas, superando as ideias inquisitórias e fascistas.

Nesse contexto, as reformas legislativas de 2011 e, mais recentemente, a de 2019, trouxeram importantes modificações no instituto da prisão cautelar preventiva, consagrando-a como sendo a última opção do legislador, a partir da leitura do processo dentro do contexto acusatório. Porém, em que pese essas importantes alterações, o sistema prisional brasileiro segue sofrendo com o superencarceramento, prendendo indivíduos que ainda não foram condenados, sendo que quase metade dos presos que compõem o regime fechado são presos preventivos.

Assim, torna-se de fundamental relevância que nos debruçemos sobre a problemática referente à aplicação da prisão preventiva, para que possamos compreender os motivos que causam a discrepância entre o que diz a lei e o que vem sendo aplicado nas situações fáticas, pois é cada vez mais latente a preocupação da população e dos operadores do Direito que o conteúdo normativo efetivamente repercuta na vida das pessoas, não se tratando apenas de palavras vazias, desconexas da realidade em que se apresentam.

O Direito Processual Penal deve se movimentar sempre em consonância com os anseios do indivíduo e na busca pela paz social, não sendo possível aceitar que o seu progresso não cause o mesmo reflexo na vida do cidadão, pois, nessa hipótese, torna-se ineficaz e sem legitimidade.

⁵³ Op. cit. p. 14. Ainda segundo o autor, “o princípio da heteronímia significativa reivindica a incorporação dos fatores excluídos pelo princípio da pureza metodológica (saber jurídico, contextos linguísticos alheios ao Direito Positivo e contexto extra-linguístico) como condições necessariamente presentes na fórmula de significação para as normas jurídicas” (op. cit. p. 119).

Nesse contexto, ao que tudo indica, é preciso irmos além da epistemologia normativa e dos limites da lei para entendermos quais os reais motivos da elevada aplicação da prisão preventiva nos processos criminais do nosso estado, sendo imperioso partirmos para um estudo sobre a linguagem aplicada e os discursos de poder que permeiam as decisões judiciais que decretam a medida, pois essa, talvez, seja a chave para compreensão da problemática apresentada.

Faz-se imprescindível o alcance de um outro patamar na discussão sobre os motivos que ensejam a alta incidência de decretação/manutenção da prisão preventiva nos processos criminais do estado, fornecendo subsídios importantes para compreensão do pensamento jurídico que permeia essas decisões, esclarecendo que não são apenas os “caracteres lógico-estruturais do direito positivo”⁵⁴ que as justificam, mas, especialmente, arsenais de ideologia, opiniões políticas e atos de poder.

Assim, conclui-se fundamental a análise não somente da legislação processual penal para a reflexão sobre o fenômeno jurídico da prisão preventiva, mas especialmente da linguagem empregada pelo legislador e pelo aplicador da norma para compreendermos qual é o real sentido do encarceramento cautelar no contexto do sistema jurídico brasileiro e o que está por trás da sua reiterada aplicação⁵⁵.

6 REFERÊNCIAS

Acervo digital da Superintendência dos Serviços Penitenciários. Disponível em <http://10.15.190.11/acervo.htm>. Acesso em: 09 out. 2019.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Introdução à Criminologia**: uma aproximação desde o poder de julgar. Empório do Direito editora. 2018

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas.** Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BRASIL. **Código de Processo penal brasileiro**, de 03 de outubro de 1941. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁵⁴ Op. cit. p. 126.

⁵⁵ Segundo Lenio Luis Streck, “o dilema da teoria jurídica nestes tempos de resgate de direitos passa a estar centrada na seguinte questão metodológica: “como se interpreta”, “como se aplica” e de como é possível superar o decisionismo positivista que permite múltiplas e variadas respostas [...]. Para tanto, é necessário dar um salto em direção às perspectivas hermenêuticas que têm na linguagem não (apenas) um instrumento ou uma terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto, mas, sim, a sua própria condição de possibilidade” (in **Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito**: ensaio sobre a cegueira positivista. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008. p. 143).

_____, Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal.** Tradução de José Antonio Cardinali. Campinas: Bookseller, 2002.

CARVALHO, Djalma Eutínio de. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Forense, 2007.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y Processo Judicial.** São Paulo: Marcial Pons, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão; teoria do Garantismo Penal.** Tradução de Hassan Choukr Fauzi e Luis Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar:** ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 2000

GAUER, Ruth Chittó. **Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo).** In: GUAER, Ruth. M. Chittó (org.). A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 01 – 13.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades na Imputação Criminal: Operação Lava Jato e o art. 383 do CPP.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 122, p. 281-307, ago.2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 11º edição, Editora Saraiva. 2015

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Reforma do Código de Processo Penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 07, n. 36, p. 124-136, 1995.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y Processo Judicial.** São Paulo: Marcial Pons, 2018.

LIMA, Marcelo Polastri. **Curso de Processo Penal.** Gazeta Jurídica, 8º edição. 2014.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal:** introdução crítica. Saraiva Jur. 5º edição, 2019.

_____. O direito de ser julgado em um prazo razoável na perspectiva einsteiniana da Teoria da Relatividade, in **Direito Penal e Constituição:** diálogos entre Brasil e Portugal. 2018.

_____. **Prisões Cautelares**. Saraiva jur. 5º edição, 2018.

LIMA, Marcelo Polastri. **Curso de Processo Penal**. 8º edição. Gazeta Jurídica, 2014.

Mapa da População prisional do Rio Grande do Sul de 26 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/6509/?Ano_2019. Acesso em: 26 dez.c2019.

OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal**; o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20º edição. Atlas editora. 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Teoria dos jogos e processo penal**: A short introduction. Empório do Direito editora, 2017.

SOUZA, Guilherme Henrique Mariani de. **Ordem pública e prisão preventiva: uma investigação histórico-política**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, ano 7, v.15 (maio/ agosto.2016). Porto Alegre.

STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito**: ensaio sobre a cegueira positivista. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008

_____. **Verdade e consenso**. Saraiva Jur. 6º edição, 2017

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. 2008. 178f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da Lei**. Porto Alegre: Síntese Ltda, 1979.

_____. **O Direito e sua Linguagem**. 2º Versão. Porto Alegre, 1984.

_____. **A pureza do poder**: uma análise crítica da teoria jurídica. Editora da UFSC, 1983.

_____; MARTINO, Antonio Anselmo. **Lenguaje y definición jurídica**. Buenos Aires, 1973.

O LIVRAMENTO CONDICIONAL E A NOVA PREVISÃO DO ART. 83,III, “B”, DO CÓDIGO PENAL (PACOTE ANTICRIME- LEI 13.964/19)

THE CONDITIONAL RELEASE AND THE NEW PREDICTION OF ART. 83, III, "b", OF THE PENAL CODE (ANTI-CRIME PACKAGE - LAW 13.964/19)".

Ana Paula Dal Igna*

RESUMO

Este artigo tem por escopo analisar a alteração promovida pela Lei 13.964/19, no art. 83, do Código Penal, para obtenção do livramento condicional, a saber: o “não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses” (art. 83, III, “b” do Código Penal). Isto porque os Tribunais Superiores consolidaram o entendimento no sentido de que é possível avaliar o comportamento do apenado como um todo para que se decida sobre a concessão da liberdade condicional, em especial se foi praticada ou não uma ou mais faltas graves. Assim, a nova alteração legal provoca o questionamento sobre a necessidade de revisar o entendimento jurisprudencial que não estabelecia um limite temporal para analisar o comportamento do apenado.

PALAVRAS-CHAVE: Livramento condicional. Prática de falta grave. Limite temporal. Nova lei. Aplicação retroativa. Execução penal.

ABSTRACT

This article aims to analyze the amendment promoted by Law 13.964/19, in art. 83 of the Penal Code, to obtain conditional release, namely: the "noncommitment of serious fault in the last 12 (twelve) months" (art. 83, III, "b" of the Penal Code). This is because the Superior Courts have consolidated the understanding that it is possible to evaluate the behavior of the convicted as a whole to decide on the granting of conditional release, especially if one or more serious faults have or have not been committed. Thus, the new legal amendment raises questions about the need to revise the jurisprudential understanding that did not establish a time limit to analyze the conduct of the convicted.

KEYWORDS: Conditional release. Practice of serious misconduct. Time limit. New law. Retroactive application. Penal execution.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Natureza jurídica do livramento condicional e requisitos legais. 3 Prática de falta grave e mérito do apenado (requisito subjetivo). 4 Considerações Finais. 5 Referências. Anexo A.

* Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Núcleo de Defesa em Execução Penal da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: anapauladaligna@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A lei 13.964/19 foi publicada no Diário Oficial da União em 24 de dezembro de 2019, passando a vigorar após 30 dias (23 de janeiro de 2020).

Desde então, a novel legislação tem suscitado a atenção dos operadores do Direito. Ocorre que, em que pese o declarado escopo de “aperfeiçoamento da legislação penal e processo penal”, o fato é que ela traz previsões polêmicas, bem como suas disposições, em sua maioria, revelam a adoção de uma política de recrudescimento penal, o que, por certo, não contribuirá para diminuição dos índices de violência.

Ao contrário das intenções declaradas, as alterações promovidas por esta lei elevarão as taxas de encarceramento e permanência num sistema carcerário arruinado.

Na esteira destas alterações, destaca-se, no âmbito da execução penal, a criação de um novo requisito para obtenção do livramento condicional que diz com o não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses.

É exatamente sobre este ponto que se pretende uma análise inicial neste artigo, a fim de instigar o debate acerca do alcance desta nova previsão legal e seu impacto no entendimento jurisprudencial que vinha sendo consolidado, especialmente, nos Tribunais Superiores.

2 NATUREZA JURÍDICA DO LIVRAMENTO CONDICIONAL E REQUISITOS LEGAIS

Segundo André Ribeiro Giamberardino¹, o livramento condicional:

é hoje no Brasil, um instituto de direito penitenciário orientado à colocação antecipada do condenado em liberdade na etapa final da execução da pena [...]. Ele é independente do regime de cumprimento da pena em que se encontra o condenado.

Nos termos da previsão do art. 112, § 2º da LEP, deve ser respeitado o contraditório antes de proferida a decisão acerca da concessão ou não da liberdade condicional, ouvindo-se o Ministério Público e o defensor previamente.

1 GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 201.

Conforme lição de Rodrigo Roig²: prepondera que o livramento condicional possui natureza jurídica de direito público subjetivo, portanto exigível do Estado sempre que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos à sua concessão [...]”.

São considerados requisitos objetivos para concessão da liberdade condicional (art. 83, do Código Penal)³:

Requisitos temporais (art. 83, incisos, I, II e V):

1.1 pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 anos;

1.2 cumprimento de mais de 1/3 da pena (primário e de bons antecedentes);

1.3 cumprimento de mais de 1/2 da pena se reincidente em crime doloso (exclui-se portanto condenações por contravenção penal e crime culposos);

1.4 cumprimento de mais de 2/3 da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza;

1.5 cumprimento de mais de 2/3 da pena quando se tratar das hipóteses do art. 44, parágrafo único da lei 11.343/06 (Lei de Drogas), onde se incluem os delitos dos art. 33, caput da lei (tráfico de drogas) e seu § 1º (tráfico por equiparação) e art. 34 a 37 da mesma lei.⁴

1.6 reparação do dano causado pela infração (art. 83, IV do CP), salvo impossibilidade.

No que diz com os requisitos subjetivos, após o advento da Lei 13.964/19, passou a prever o art. 83 do Código Penal:

III - comprovado:

a) bom comportamento durante a execução da pena;

b) não cometimento de falta grave nos últimos 12(doze) meses;

c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e

d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

Ainda, estabelece o art. 83, parágrafo único do Código Penal:

para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Importante, outrossim, referir que a Lei 13.964/19 trouxe duas hipóteses de vedação da concessão do livramento condicional no art. 112, inciso VI, “a”, parte final e inciso VIII, parte final (condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte, seja primário ou reincidente, respectivamente).

2 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 432-433.

3 BRASIL. Código Penal Brasileiro. *In: Vade Mecum*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017. Art. 83.

4 Neste ponto, ressalta-se, por exemplo, que, embora no delito de associação para o tráfico (art. 35 da lei de Drogas) não se possa falar em delito hediondo ou equiparado pela ausência de previsão na Lei 8.072/90, a lei, por força da mencionada previsão do art. 44, parágrafo único, também exige o cumprimento da fração de 2/3 da pena para o livramento condicional (o que não ocorre com a progressão de regime)

Todavia, neste artigo, a abordagem ficará restrita à análise da prática de falta grave em período que excede os últimos 12 meses como requisito subjetivo.

3 PRÁTICA DE FALTA GRAVE E MÉRITO DO APENADO (REQUISITO SUBJETIVO). LIMITE TEMPORAL PARA “REABILITAÇÃO”

Quanto ao primeiro requisito subjetivo, antes da alteração da Lei 13.964/19, a redação do art. 83, inciso III, primeira parte, exigia: “comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena”.

Atualmente, a redação deste mesmo artigo prevê “bom comportamento” permanecendo a expressão “durante a execução da pena”.

O fato é que, no contexto anterior, onde apenas havia previsão de comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que este comportamento satisfatório demandava uma análise ampla da conduta do preso, inclusive para considerar que esta investigação do comportamento carcerário não encontrava **um limite temporal fixo**.

Ocorre que o cometimento de faltas graves pelos presos (faltas estas previstas como grave pelos arts. 50 a 52 da LEP), o que também denominam de “histórico carcerário conturbado”, são os principais obstáculos encontrados no momento da avaliação do cabimento do livramento na prática da execução penal.

Poder-se-ia supor, com base na orientação até então firmada na jurisprudência pátria, que a presença de uma ou mais faltas graves, durante a execução da pena, era impeditivo para o deferimento do livramento (em que pese a existência da súmula 441 do STJ).⁵

Inclusive, da leitura de inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se que este entendimento estava sedimentado nas suas duas Turmas (5ª e 6ª) no sentido de que **“não se aplica limite temporal à análise do requisito subjetivo, devendo ser analisado todo o período de execução da pena, a fim de se averiguar o mérito do apenado”**.⁶

⁵ A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

⁶ HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL INDEFERIDO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO IMPLEMENTADO. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. EMPREENDEU FUGA DO SISTEMA PRISIONAL. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE AFERIÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a

Na prática, embora o STJ reconhecesse a ausência de previsão legal para que a falta grave interrompesse o prazo para obtenção do livramento, a consequência prática era inócua, na medida em que, em contrapartida, entendia-se que o juízo poderia indeferir o direito, caso o preso registrasse, em seu histórico, falta grave devidamente apurada e reconhecida por decisão judicial.

O Supremo Tribunal Federal também havia manifestado-se, em julgado da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski⁷, que se transcreve:

[...] Constatado que, no presente caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo fundamentou de forma idônea a revogação do livramento condicional concedido pelo Juízo da Execução. [...] Tal entendimento encontra-se consonante com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, pela qual “a modificação legislativa não afastou a necessidade de comprovação do comportamento satisfatório durante a execução da pena previsto no art. 83, III, do Código Penal, incorrente no caso em exame, pela falta grave cometida pelo paciente com a fuga do estabelecimento prisional” (HC 103.733/SP, de minha relatoria). HABEAS CORPUS Nº 567221 - SP (2020/0069870-3).

Não obstante a orientação jurisprudencial, o fato é que a Lei 13.964/19 acrescentou nova redação ao artigo 83 para inserir o inciso III, alínea “b” que, expressamente, limita a análise da existência de falta grave aos últimos 12 meses.

Trata-se no ponto de inovação mais benéfica, ao meu ver, pois o mérito do apenado não será mais maculado pela existência de faltas graves praticadas em períodos mais remotos.

Não se poderá questionar nesta linha de raciocínio se a pessoa privada de liberdade, no curso da execução e, para além dos últimos 12 meses, praticou uma ou, até mesmo, inúmeras faltas graves, pois há um marco temporal a guiar o intérprete.

impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. Esta Corte superior pacificou o entendimento segundo o qual, apesar de a falta grave não interromper o prazo para a obtenção de livramento condicional - Súmula n. 441/STJ -, as faltas disciplinares praticadas no decorrer da execução penal justificam o indeferimento do benefício, pelo inadimplemento do requisito subjetivo. 3. Não se aplica limite temporal à análise do requisito subjetivo, devendo ser analisado todo o período de execução da pena, a fim de se averiguar o mérito do apenado. Precedentes. Na hipótese, o pedido de livramento condicional foi indeferido ao paciente pelo Tribunal a quo com fundamento no histórico do apenado, que cometeu falta grave no curso da execução - empreendeu fuga do sistema prisional quando beneficiado com saídas temporárias. Habeas corpus não conhecido (HC 431217, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Julgado em 10 de abril de 2018). Neste mesmo sentido ver AgRg no AGAREsp 878282/DF, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Julgado em 04 de setembro de 2018.

⁷ HC 136.376-SP, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Julgado em 18 de abril de 2017.

Ainda é cedo para avaliar o entendimento jurisprudencial acerca desta nova previsão legal, mas é imprescindível que se revise o entendimento tão logo o quanto possível, atentando-se para que não seja desconsiderada a previsão, sob pena de violação ao princípio da legalidade, para se dizer o mínimo.

Infelizmente, ainda não foi devidamente enfrentada esta questão pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se, a título de exemplo, trecho extraído de recente julgado⁸:

[...] Trata-se de habeas corpus com pedido liminar, impetrado em favor de MÁRCIO JOSÉ BELTRAMI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo em Execução n. 9001242-06.2019.8.26.0637).

Consta dos autos que o Juízo das Execuções Criminais indeferiu o pedido de livramento condicional, ante ausência de requisito subjetivo (e-STJ fls. 47/49).

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução perante o TJSP. O Tribunal, contudo, negou provimento ao recurso (e-STJ fls. 86/93).

Nesta impetração, a Defensoria Pública relata que trata-se de réu primário, que já resgatou o lapso temporal necessário ao livramento condicional, bem como possui bom comportamento carcerário, **uma vez que não praticou falta grave nos últimos doze meses**. Ressalta o parecer favorável emitido pela autoridade prisional, quanto à concessão do livramento condicional (e-STJ fl. 4).

Salienta, ainda, que a gravidade do crime, a longa pena ainda a cumprir, a natureza do delito e o histórico de faltas graves não podem constituir óbice à concessão da benesse, por total falta de previsão legal e consoante os entendimentos jurisprudenciais desta Corte Superior (e-STJ fl. 4).

Nesse ínterim, pleiteia, liminarmente e no mérito, o deferimento do livramento condicional. Liminar indeferida (e-STJ fls. 98/99).

O Ministério Público Federal opina pela concessão parcial da ordem (e-STJ fls. 103/107).

[...] Assim, de início, incabível o presente habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Não vislumbro flagrante ilegalidade na hipótese dos autos.

[...] Insta referir que o livramento condicional tem por finalidade o retorno do preso à vida da comunidade, de sorte que se impõe a devida certeza quanto à sua noção de responsabilidade e autodisciplina, não bastando apenas o cumprimento do requisito objetivo e o atestado de boa conduta carcerária.

É certo que a concessão prematura do benefício a condenados que não estão preparados para retornar ao convívio social pode colocar em risco a segurança da comunidade.

Destarte, pelo histórico do agravante, seria prematuro já deferir-lhe a benesse postulada sem uma cuidadosa avaliação de seu mérito.

[...] **Tal entendimento encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada por esta Corte Superior de Justiça, no sentido de que a prática de falta grave impede a concessão do aludido benefício, por evidenciar a ausência do requisito subjetivo exigido durante o resgate da pena.**

Com efeito, na hipótese vertente, não obstante parecer favorável do exame criminológico, observa-se que sentenciado praticou 3 (três) faltas de natureza grave durante a execução da pena, consistentes em "tumulto e

8 HC 567221-SP, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Julgado em 11 de abril de 2020 (grifo nosso).

incitação, desobediência, burlar a vigilância e apologia ao crime"; "abandono" e "posse de entorpecente" (e-STJ fl. 32), razão pela qual não implementado, efetivamente, o requisito subjetivo para concessão da benesse [...].

Na doutrina há alguns artigos sobre a inovação do art. 83, III, "b" do Código penal afirmando que com esta previsão haveria autorização legal para interrupção do prazo para livramento condicional pela prática de falta grave, a saber⁹:

O STJ decidia reiteradamente que a falta grave não acarretava a interrupção do prazo para o livramento condicional porque o não cometimento da falta não está entre os requisitos objetivos elencados no art. 83 do CP. Para o tribunal, impor a interrupção significava criar um requisito não contemplado na lei. [...] Contudo, tal entendimento certamente será modificado. Ademais, com a entrada em vigor da Lei 13.964/19, além do requisito temporal e os requisitos subjetivos já anteriormente exigidos (bom comportamento, aptidão para o trabalho, etc.), o apenado não poderá cometer falta grave nos últimos 12 meses.

Com a devida vênia, discordo deste entendimento, pois se ampliaria, e muito, a novel disposição legal em prejuízo do preso.

A interrupção da contagem do prazo para livramento condicional permanece sem previsão legal. O que o art. 83, inciso III, "b" prevê é, tão-somente, que o juízo indefira o livramento condicional quando o preso tiver praticado falta grave nos últimos 12 meses, pois isto afetaria o seu mérito, comportamento. Dito de outra forma, o prazo permanece o mesmo, sem qualquer interrupção.

É exatamente nesta linha de interpretação que se conclui ser a previsão em questão mais benéfica ao apenado e, portanto, possibilitaria aplicação retroativa e imediata (art. 5º, XL, da Constituição Federal e art. Art. 2º, parágrafo único do Código Penal).

Não obstante, o ideal é que o entendimento fosse sempre no sentido de que as faltas graves não impedem o livramento condicional pois, se reconhecidas, já teriam sido punidas pela aplicação das consequências legais previstas (regressão de regime, art. 118, I, da LEP, alteração da data-base e perda de até 1/3 dos dias remidos, art. 127 de LEP, a título de exemplo). Sendo esta a interpretação do juízo da execução, a nova previsão somente seria aplicada aos delitos praticados em período posterior à vigência do art. 83, III, "b", do Código Penal.

9 LIMA, Jairo O que muda nos requisitos para a concessão do livramento condicional após a Lei 13.964/19. *Canal Ciências Criminais*, 2 fev. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-que-muda-nos-requisitos-para-a-concessao-do-livramento-condicional/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

Todavia, como dito, não era esta a interpretação consolidada pela jurisprudência, então, neste caso, ter um limite temporal previsto em lei para que a prática de falta grave possa afetar o livramento condicional passa a ser mais benéfico ao sujeito privado de liberdade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo é suscitar o debate sobre os limites e interpretações do requisito subjetivo para o livramento condicional trazido pelo art. 83, III, “b” do Código Penal.

Vivencia-se, na atualidade, uma das piores crises na execução penal, crise esta agravada pelo estado de pandemia por Coronavírus (COVID-19)¹⁰ que se seguiu à edição da Lei 13.964/19, o que exigirá posicionamento do estado e de todas as suas instituições, em especial do Poder Judiciário, a exemplo da resolução 62 do Conselho Nacional de Justiça.

Não obstante o Poder Judiciário esteja consciente da crise vivenciada no Sistema penitenciário nacional, reconhecendo a grave superlotação, hiperencarceramento e, até mesmo, buscando soluções no direito comparado para afirmar a existência de um “Estado de Coisas Inconstitucional” (ADPF 347 do STF), poucas são as decisões judiciais que deferem o livramento condicional aos presos, bem como muitos são os julgados de reformas de decisões no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores.

Neste mesmo sentido, sobreleva em importância aprofundar a análise das consequências da prática de falta(s) grave(s) durante a execução da pena, especialmente, se há um limite temporal entre o cometimento desta conduta e a concessão do livramento condicional (período “depurador da conduta”), pois não são poucos os julgados que revelam o entendimento de que não há um espaço de tempo pré-definido (“reabilitador”) para estas faltas.

Diante de tudo o quanto exposto, a previsão do art. 83, III, “b”, do Código Penal, impõe novo limite temporal para que se considere a prática de falta grave impeditiva para a concessão do livramento condicional, entendimento que

10 MOREIRA, Ardilhes; PINHEIRO, Lara. OMS declara pandemia de coronavírus. *In*: G1, 11 de março de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 15 mar. 2020.

beneficiará o preso, com a revisão da jurisprudência firmada, especialmente, no âmbito do STJ.

Espera-se, assim, que a aplicação desta norma possibilite a concessão do livramento condicional a um número maior de presos, após o preenchimento dos demais requisitos objetivos e subjetivos.

Do contrário, ao permanecer o entendimento de que a conduta faltosa do preso possa afetar a execução penal como um todo, sem limite temporal, apenas contribuirá para incrementar o estado de superlotação, hiperencarceramento, em flagrante afronta à constituição e, agora, em afronta direta à previsão legal.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal Brasileiro. *In: Vade Mecum*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

CAPPELLARI, Mariana. Você sabe quais são os requisitos do livramento condicional? *Canal Ciências Criminais*, 12 out. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/requisitos-livramento-condicional/>. Acesso em: 20 fev. 2019. Obs.: algumas regras novas entraram em vigor na abnt, uma delas é que não vai mais o sinal de maior e menor nos sites.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. p. 201.

LIMA, Jairo O que muda nos requisitos para a concessão do livramento condicional após a Lei 13.964/19. *Canal Ciências Criminais*, 2 fev. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-que-muda-nos-requisitos-para-a-concessao-do-livramento-condicional/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MOREIRA, Ardilhes; PINHEIRO, Lara. OMS declara pandemia de coronavírus. *In: G1*, 11 de março de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 20 mar. 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 432-433; 571.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 362; 364-365.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência do STJ - pesquisa livre. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 16 jan. 19.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no RE 641.320 e súmula vinculante 56. Resolução RE nº 5, de 25 de novembro de 2016. Ministério da Justiça e Cidadania/Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Diário Oficial da*

União, Brasília, DF, n. 228. Seção: 1, p. 20, publicado em 29/11/2016. Disponível em: <http://in.gov.br>. Acesso em: 4 fev. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícia do STF, ADPF 347. STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário. 9 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>. Acesso em: 6 fev. 2019.

ANEXO A - EMENTA

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. INTERRUPTÃO DA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE COMPORTAMENTO SATISFATÓRIO DURANTE A EXECUÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A REVOGAÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. ORDEM DENEGADA. I – A jurisprudência pacífica deste Supremo Tribunal Federal também opera no sentido de que a prática de falta grave no decorrer da execução penal interrompe o prazo para concessão de progressão de regime, reiniciando-se, a partir do cometimento da infração disciplinar grave, a contagem do prazo para que o condenado possa pleitear novamente o referido benefício executório. Precedentes. II - Admite-se a aplicação retroativa da alteração do art. 127 da Lei de Execuções Penais, pela Lei 12.433/2011, para limitar a revogação dos dias remidos à fração de um terço, mantendo a previsão de reinício da contagem do prazo para a obtenção de benefícios. III - A modificação legislativa não afastou a necessidade de comprovação do comportamento satisfatório durante a execução da pena prevista no art. 83, III, do Código Penal, incorrente no caso em exame, pela falta grave cometida pelo paciente. IV – Ordem denegada. (HC 136376, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 28-04-2017 PUBLIC 02-05-2017).

SOCIEDADE DO RISCO E DIREITO PENAL

RISK SOCIETY AND CRIMINAL LAW

André Luís Callegari ¹
Roberta Lofrano Andrade²

RESUMO

O trabalho procura apontar as principais características da sociedade do risco desenhada por Ulrich Beck, e identificar as influências que esse modelo de organização social exerce sobre o Direito Penal, em especial no que se refere à problemática da criação de novos bens jurídicos supraindividuais de conteúdo difuso, responsáveis pelo processo de expansão do Direito Penal. A preocupação central é demonstrar que os anseios por segurança diante dos novos riscos implicam o estabelecimento de uma relação diametralmente oposta entre garantias e efetividade, o que se expressa por meio da tese de que o endurecimento das leis e medidas punitivas é imprescindível para aumentar a segurança dos cidadãos, ainda que à custa do sacrifício dos direitos humanos e das garantias penais e processuais dos acusados pela prática de delitos que colocam em risco a sociedade como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal. Sociedade do risco. Expansão do direito penal. Garantias penais.

ABSTRACT

The paper seeks to point out the main characteristics of the risk society proposed by Ulrich Beck, and to identify the influences that this model of social organization has on Criminal Law, especially with regard to the problem of the creation of new supra-individual juridical assets with diffuse content, responsible for the Criminal Law expansion process. The central concern is to demonstrate that the yearnings for security in the face of new risks imply the establishment of a diametrically opposite relationship between guarantees and effectiveness, which is expressed through the thesis that the tightening of punitive laws and measures is essential to increase security citizens, even at the expense of the sacrifice of human rights and the criminal and procedural guarantees of those accused of committing crimes that endanger society as a whole.

KEYWORDS: Criminal law. Risk society. Criminal law expansion process. Criminal guarantees.

SUMÁRIO: 1 A sociedade do risco. 1.2 A influência da sociedade do risco no direito penal. 2 Referências.

¹ Advogado criminalista, Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Professor nos cursos de mestrado e doutorado do IDP/Brasília.

² Advogada criminalista. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

1 A SOCIEDADE DO RISCO

O modelo social desenvolvido após a Revolução Industrial é comumente intitulado de Sociedade de Riscos ou Sociedade do Risco (expressão desenvolvida por Ulrich Beck)³. Isso se dá pois vivemos em um momento de economia rapidamente variante e constantes avanços tecnológicos, o que nos proporciona um aumento do conforto e bem-estar, mas também nos traz um relevante aspecto negativo: o incremento dos riscos a que estamos submetidos. Nesses termos, para Silva Sánchez:

a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Como também as têm a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas.⁴

Antes de adentrarmos nas características da Sociedade do Risco, entretanto, cumpre-se referir, brevemente, que Beck distingue dois conceitos de modernização: a modernização denominada de simples, ocorrida durante o período industrial, e a modernização a que ele chama de reflexiva, ocorrida nos tempos atuais.

A modernidade reflexiva deve ser entendida como o período no qual a sociedade se encontra em risco devido a constante evolução técnica da fase anterior (modernidade simples). De acordo com Machado, como “o estágio em que as formas contínuas de progresso técnico-econômico podem se transformar em autodestruição”.⁵ Em outras palavras, a reflexividade está no fato de que a

³A expressão Sociedade do Risco foi criada por Beck, termo que dá título à sua obra: *Risikogesellschaft*. Conforme alerta o próprio autor: “El término *sociedad* (industrial) *del riesgo* há obtenido también y esencialmente en este sentido (empleado desde hace más que un año contra mucha resistencia de voces interiores y exteriores) un resabido amargo de verdad. Mucho de lo que he obtenido argumentativamente al escribir (la imperceptibilidad de los peligros, su dependencia respecto del saber, su supranacionalidad, la «expropiación ecológica», el paso de la normalidad a la absurdidad, etc.) se lee después de Chernobil como una trivial descripción del presente. ¡Ojalá hubiera sido sólo la prognosis de un futuro que había que evitar!” BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998, p. 14. Cumpre-se, ainda, referir que, muito embora, nesse trabalho, vá-se seguir a linha desenvolvida por Beck, outro importante autor que também aborda a questão é Nicklas Luhmann. Seu pensamento pode ser encontrado em sua obra *Sociologia del Riesgo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

⁴SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 28-29.

⁵MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 30.

civilização colocou em perigo a si mesma, pois “sus mismos progresos desencadearan una producción de nuevos riesgos que se revisten de una importancia inédita y particular”.⁶

Nesse sentido, esse processo de reflexo da atual modernidade é, realmente, um confronto das bases traçadas na modernidade industrial com as consequências da própria modernização. Tal confronto, no entanto, não decorreu de uma necessidade de oposição ao modelo industrial, mas do seu próprio desenvolvimento desmedido, que acarretou em “efeitos e ameaças que não puderam ser assimilados pela racionalidade da época industrial”.⁷ Assim, quanto mais se desenvolvia o processo de modernização, mais se consumiam as bases do modelo industrial, culminando tal processo na Sociedade do Risco. Conforme Machado, “o confronto, que é a base da reflexividade, significa a incompreensão e a impossibilidade de assimilação da realidade da sociedade do risco pelo sistema da sociedade industrial. De maneira cumulativa e latente, os fenômenos da sociedade do risco produzem ameaças que questionam e, finalmente, destroem as bases da sociedade industrial”.⁸

Essa modernidade atual (reflexiva) pode, ainda, na linha de intelecção de Beck, ser dividida em dois estágios: o correspondente à reflexividade, que é justamente esse confronto das matrizes da modernidade industrial com as consequências de sua própria evolução; e o relacionado à reflexão, que se caracteriza pela conscientização da modernização⁹. Desse modo, num primeiro momento, há um desenvolvimento autônomo, despercebido e irracional, que leva à Sociedade do Risco (reflexividade), para, posteriormente, haver uma tomada de consciência, tornando-se o risco alvo de consideração pública, política e científica

⁶LAZO, Gemma Nicolas. La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política europea. In: **Política Criminal y Sistema Penal**. Viejas y nuevas racionalidades punitivas. Iñaki Rivera Beiras e Gemma Nicilás Lazo. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 226-235.

⁷MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 30.

⁸Ibid.

⁹Nas palavras do autor: “Si podemos denominar reflexividad a la transición autónoma, no intencional y no percibida, cuasi refleja, desde la sociedad industrial a la sociedad del riesgo –en distinción y oposición a la reflexión–, entonces “modernización reflexiva” significa autoconfrontación con las consecuencias de la sociedad del riesgo que no pueden abordarse y resolverse (adecuadamente) en el sistema de la sociedad industrial (Beck, 1992), es decir, según los parámetros de los propios estándares institucionalizados de la sociedad industrial. En una segunda fase esta constelación puede, a su vez, convertirse en objeto de reflexión (pública, política y académica), pero esto no debe encubrir el “mecanismo” de la transición, carente de reflexión, cuasi reflejo. Esto se produce y deviene real precisamente a través de la abstracción de la sociedad del riesgo”. (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002, p. 115).

(reflexão)¹⁰. Assim, o aparecimento dos riscos se deu diante de uma perspectiva de normalidade, para, posteriormente, virem a figurar como uma ameaça à humanidade.¹¹

Reconhecidos os efeitos da modernização, e percebido que os riscos tecnológicos são derivados da ação humana, “os centros de tomada de decisões e as leis do progresso tecnológico e científico tornam-se questões políticas”,¹² bem como se passa a atentar para os mecanismos de controle e distribuição dos riscos, principalmente no que tange à constatação da ineficiência dos mecanismos atuais e a conseqüente busca por novas alternativas.

Compreendidas, assim, as bases da teoria de Beck, torna-se fácil perceber a Sociedade do Risco como aquela em que os constantes avanços tecnológicos, científicos e econômicos propiciam um crescimento do conforto e do bem-estar individual da vida humana, porém, também trazem aspectos negativos, como o incremento dos riscos a que estamos submetidos, o que acarreta uma demanda por segurança. Conforme Zuñiga Rodríguez, na Sociedade do Risco há uma tomada de consciência de que a tecnologia traz benefícios à vida das pessoas, mas, no entanto, também apresenta um dinamismo que foge do controle humano, impondo uma “lógica do risco”. Com isso, são produzidos irreversíveis perigos às plantas, pessoas e animais, trazendo consequências que afetam à coletividade, como, por exemplo, catástrofes naturais, contaminação ambiental e grandes fraudes aos consumidores¹³.

¹⁰Veja-se o que diz Campione sobre a distinção entre primeira (correspondente à Era Industrial) e segunda (correspondente à Sociedade do Risco) modernidades: “En esta obra, el sociólogo alemán proponía una distinción entre una primera y una segunda modernidad en la cual, con el primer término, pretendía describir una sociedad estatal y nacional, con estructuras colectivas, el pleno empleo, una industrialización rápida y una explotación de la naturaleza no «visible». En resumidas cuentas, el modelo desarrollado en Europa occidental desde el siglo XVIII, un modelo en el cual «las relaciones y redes sociales y las comunidades de entendien esencialmente en su sentido territorial» (Beck, 2002, 2). En la actualidad, según Beck, estaríamos ante una «segunda modernidad», una suerte de modernización de la modernidad que asume los rasgos de una modernidad reflexiva donde los fundamentos, las insuficiencias y las antinomias de la primera modernidad se ven cuestionadas y se vuelven objeto de «reflexión». Dentro de este marco se estarían afirmando nuevos estilos de vida y un nuevo modelo de sociedad capitalista, con nuevos procesos y nuevos retos como la globalización, la individualización, la crisis ecológica y las turbulencias de los mercados financieros”. (CAMPIONE, Roger. El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la *Kollateralschadengesellschaft*. In: **La seguridad en la sociedad del riesgo**. Un debate abierto. Cândido da Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio Gracia Amado, Patrick Hebberecht e Amadeu Recasens (eds.). Barcelona: Atelier, 2003, p. 11-26.)

¹¹MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 31.

¹²Ibid., p. 32.

¹³ RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Política Criminal**. Madrid: Editorial Colex, 2001, p. 259.

Nesse passo, o manuseamento das tecnologias atinentes à biologia, à informática, à indústria química e à energia nuclear, por exemplo, trazem riscos que ameaçam o meio ambiente e a vida humana. De acordo com Machado, “a própria modernização trouxe consequências que estão hoje arriscando as condições básicas de vida alcançadas por via desse mesmo processo”.¹⁴ Nesse sentido, Buergo aborda o surgimento desses novos riscos advindos dos avanços tecnológicos, alertando:

Pero además de esta disparidad cuantitativa, tampoco puede negarse que, a diferencia de la sociedad industrial del siglo XIX o de principios del siglo XX, en la sociedad actual se han desarrollado nuevos campos de actividad y avances tecnológicos que encierran un elevado peligro y un enorme potencial y capacidad lesiva – energía y armas nucleares, nuevas tecnologías en el terreno de la química, de la genética y de la biotecnología, aplicables a los más variados ámbitos, etc. – y cuyos eventuales efectos dañinos o incluso catastróficos pueden tener una amplísima difusión que alcanzaría a futuras generaciones, lo que – junto a las dificultades para su limitación espacial o temporal – constituyen auténticas notas peculiares de estos nuevos riesgos actuales.¹⁵

Diante disso, em relação à passagem de uma Sociedade Industrial clássica, na qual havia uma confiança no progresso e na evolução científica, à atual Sociedade do Risco, preocupada e consciente dos riscos que o próprio desenvolvimento tecnológico e científico, descontroladamente, criou, Lazo afirma parecer nos estar reservado um destino de perigo do qual não há como escapar. A sociedade industrial clássica, alicerçada em seus parâmetros de Estado nacional soberano, de confiança no progresso, do conhecimento científico e do bem-estar se transformou na Sociedade do Risco, organizada ao redor do conceito de risco e gestora de seus conflitos em “términos discursivos y tecnológicos igualmente de riesgo”.¹⁶

Claro está, portanto, que o fato de vivermos em uma sociedade denominada do Risco significa que os descontrolados avanços econômicos e tecnológicos e da ciência no geral, apesar de proporcionarem maior facilidade para a vida humana, ameaçam a sua própria existência. Dito isso, com base na obra de Machado, cumpre proceder, atrelado ao que ela denomina da perspectiva principal, qual seja:

¹⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 36.

¹⁵ BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, p. 40.

¹⁶ LAZO, Gemma Nicolas. La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política europea. In: **Política Criminal y Sistema Penal**. Viejas y nuevas racionalidades punitivas. Iñaki Rivera Beiras e Gemma Nicilás Lazo. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 226-235.

o fato dos riscos, de uma consequência normal do progresso tecnológico (como eram vistos na modernidade industrial), passarem a ser percebidos como uma ameaça à existência da vida humana, produzindo uma “crise de legitimidade das instituições da modernidade e na emergência de um estado de indeterminação e insegurança”,¹⁷ na enumeração, resumidamente, das mais importantes características da dinâmica sociopolítica dos riscos.

Inicialmente, os novos riscos se diferenciam das catástrofes naturais na medida em que eles advêm de decisões humanas tomadas em um âmbito industrial ou técnico-econômico, enquanto que as catástrofes eram atribuídas à natureza e ao destino. Nesse aspecto, para Machado:

A característica definidora dos novos riscos - e o que os diferencia dos perigos desde os medievais até os da primeira modernidade - é a idéia de que esses riscos, necessariamente, derivam de decisões humanas. Acontecimentos como as pragas, a fome, os desastres naturais podem ser diferenciados dos riscos derivados das *megatecnologias*, substancialmente, por não se encontrarem lastreados em decisões. Os novos riscos presumem decisões industriais, especificadamente, decisões que tem seu foco em vantagens e oportunidades econômicas, baseadas em critérios de utilidade.¹⁸

A artificialidade dos riscos (termo utilizado por Ripollés para designar os riscos “en cuanto producto de nuevas actividades humanas”)¹⁹ também é frisada por Buergo, que destaca: “la sociedad actual se caracteriza por la existencia de riesgos que, a diferencia de los peligros que amenazan con desastres naturales o plagas de otras épocas, son <artificiales>, en el sentido de que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de este”.²⁰ E, nas palavras de Beck sobre a relação entre os riscos e as decisões humanas:

Los dramas humanos - las plagas, enfermedades y desastres naturales, el poder de los dioses y demonical al acecho - puede equivaler cuantificablemente, o no, al peligro del potencial destructivo de las modernas megatecnologías. Difiere esencialmente de los “riesgos” en el sentido que yo les doy en que no se basan en decisiones o más específicamente, en decisiones que se centran en las ventajas y oportunidades tecnoeconómicas y aceptan los peligros como el simple lado oscuro del progreso. Ése es el primer punto que resalto: los riesgos

¹⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 38.

¹⁸ Ibid., p. 51-52.

¹⁹ RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la Sociedad del Riego a la Seguridad Ciudadana: Um Debate Desenfocado. In: **Política Criminal, Estado e Democracia**. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. André Luís Callegari (Org.) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 81-128.

²⁰ BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 26.

presumen decisiones y consideraciones de utilidad industrial es decir, tecnoeconómica.²¹

Nesse contexto, de acordo com Silva Sánchez, os avanços propiciam o que ele denomina de “risco de procedência humana como fenômeno social estrutural”,²² o que significa que o risco a que um cidadão está submetido depende de decisões que outro cidadão precisa tomar no manejo dos avanços tecnológicos industriais, biológicos, genéticos, de energia nuclear etc. Nas palavras do autor:

(...) o que interessa aqui ressaltar é a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural. Isso, pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente das decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc.²³

Outra característica dessa sociedade atual está no fato de que esses riscos se apresentam como “efeitos colaterais indesejados do processo de modernização”, sendo consequências imprevisíveis e secundárias do progresso tecnológico. Nas palavras de Buergo isso se explica pois os riscos “contituyen siempre efectos indeseados, a menudo no previstos y a veces imprevisibles de un actuar humano, inicialmente dirigido a fines positivamente valorados”.²⁴ Campione, nessa linha de inteligência, alerta para o fato de que, na sociedade industrial clássica, as pessoas estariam expostas ao que se pode chamar de risco “externo”, correspondente a riscos que, embora ocorressem de forma inesperada, poderiam, devido à seguida frequência com que se produziram, ser previstos e, dessa forma, asseguráveis. Por outro lado, em sendo o risco “fabricado” (fruto da ação humana) tem-se a situação de serem “en muchos casos imprevisibles”.²⁵ Por essa razão, Callegari e Wermuth alertam ser “intrínseco a esses novos riscos um componente futuro, ou seja, relacionado com uma previsão de uma destruição/catástrofe que ainda não ocorreu, mas que se revela iminente”.²⁶

²¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global...**, op. cit., p. 78.

²² SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 29.

²³ Ibid.

²⁴ BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 27.

²⁵ CAMPIONE, Roger, op. cit., p. 14.

²⁶ CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 p. 14.

Além disso, as contaminações nucleares ou químicas, por meio de radioatividade ou substâncias nocivas e tóxicas presentes no ar, na água e nos alimentos, a degradação ambiental e o aquecimento global, por exemplo, podem causar danos irreversíveis à saúde humana, podendo, tais lesões, inclusive, permanecer invisíveis por extenso período de tempo. Pode-se dizer, nesse diapasão, que esses riscos de procedência humana são indeterminados espacial (globalização) e temporalmente, e, ademais, muitas vezes, podem possuir dimensões e potenciais destrutivos maiores do que aqueles provenientes da natureza. Para esse aspecto alerta Burgo:

Tales riesgos, además, no sólo son de una magnitud creciente frente a los peligros naturales, sino que son de *grandes dimensiones*, es decir, amenazan a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas, e incluso amenazan la existencia de la humanidad como tal, ya que al tratarse de «grandes riesgos tecnológicos», ligados a la explotación y manejo de energía nuclear, de productos químicos, de recursos alimenticios, de riesgos ecológicos, o de los que pueda llevar consigo la tecnología genética, suponen posibilidades de autodestrucción colectiva.²⁷

Justamente em face dessa indeterminação, “os novos riscos fogem à aplicação das regras securitárias do cálculo,²⁸ da estatística e da monetarização”,²⁹ o que significa que a eles não podem ser aplicadas as regras da causalidade e da culpa, bem como, dificilmente se poderá medir qualquer compensação ou indenização deles emanadas, “quer porque suas consequências não podem ser limitadas, quer porque o desastre atinge dimensões tão grandes que nenhuma companhia de seguros seria capaz de arcar com o custo indenizatório”.³⁰

²⁷ BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit. p. 26.

²⁸ Cunpre, aqui, transcrever a esclarecedora explicação de Lazo acerca desses cálculos: “El concepto de «riesgo» va aparejado en términos como probabilidad, futuro, incerteza. Su gestión, ya que los riesgos no son irradicables, ha de ir acompañada de algún tipo de garantía o aseguramiento que minimice sus efectos o, simplemente, los distribuya. La gestión del riesgo pasaría en primer lugar, por una fase de definición o concepción, que llevaría a la realización de un cálculo probabilístico. Bajo la base de este cálculo se podría elaborar algún plan de aseguramiento que permitiese su redistribución. Se trata de una previsión basada, pues, en un cálculo actuarial”. Em nota de rodapé, utilizando-se da definição do Dicionário de la Lengua Española, ainda esclarece o que deve ser entendido por actuarial: “«Actuarial» es un adjetivo que significa «relativo al actuáριο de seguros o a sus funciones», es decir relativo a cálculos matemáticos y a conocimientos estadísticos, jurídicos y financieros concernientes a los seguros y a su régimen, propios de las entidades aseguradoras”. (LAZO, Gemma Nicolas, op. cit., p. 230.) Sobre esse aspecto Campione alerta para: “la posibilidad de calcular la prima de un seguro de coche no se puede aplicar, por ejemplo, a los efectos a largo plazo causados por el accidente de Chernóbil, el mal de las vacas locas (BSE) o el agujero en la capa de ozono”. (CAMPIONE, Roger, op. cit., p. 15).

²⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 41.

³⁰ Ibid., p. 41.

De tudo isso, Beck resume, os principais aspectos da Sociedade do Risco, exemplificando por meio do acidente de Chernobil:

Como resultado también puede captarse con mayor claridad la diferencia que marca época y distingue los riesgos de la sociedad industrial y del orden social burgués de los peligros y exigencias de la sociedad del riesgo. El acceso de la sociedad del riesgo se produce en el momento en el que los peligros que la sociedad decide ahora y produce consecuentemente *socavan y/o anulan los sistemas de seguridad establecidos por el cálculo de riesgos existente en el estado de bienestar*. En contraste con los primeros riesgos industriales, los riesgos nuclear químico, ecológico y de la ingeniería genética: (a) no pueden ser limitados ni en cuanto al tiempo ni en cuanto al espacio, (b) no es posible exigir responsabilidades por ellos conforme a las normas establecidas de causalidad, culpa y responsabilidad legal, y (c) no pueden ser compensados ni es posibles asegurarse contra ellos (Beck, 1994, p. 2). O, para expresarlo por referencia a un único exemplo: hoy todavía no han *nacido* todos los afectados por Chernobil, años después de la catástrofe.³¹

Por todo o exposto, pode-se perceber que vivemos no que se denomina Sociedade do Risco, na qual estamos submetidos a riscos inclusive até então desconhecidos e que fogem da capacidade humana de controle. Nesse contexto, todos os aspectos elencados acima acabarão por influenciar o Direito Penal, pressionando-o a uma situação expansionista a fim de que se alcance segurança, o que será abordado a seguir.

1.2 A influência da Sociedade do Risco no Direito Penal

Apontadas essas características elencadas por Beck³² e ressaltadas por vários autores, importante proceder, a partir de então, na identificação da influência que os aspectos da Sociedade do Risco exercem sobre o Direito Penal. Destacando essa conseqüente e inevitável relação entre Sociedade do Risco e Direito Penal, Buergo afirma que “naturalmente, el terreno de la política criminal y de su plasmación en la legislación penal no sólo no permanece inmune a este desarrollo típico de la sociedad del riesgo, sino que es especialmente sensible al mismo”.³³ Tanto isso é verdade que o Direito Penal característico da Sociedade do Risco é comumente denominado de Direito Penal do Risco.

³¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**, op. cit., p. 120.

³² BECK, Ulrich, op. cit. 42..

³³ BUERGO, Blanca Mendoza. Gestión del Riesgo y Política criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo. In: **La seguridad en la sociedad del riesgo**. Un debate abierto. Cândido da Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht e Amadeu Recasens (eds). Barcelona: Atelier, 2003, p. 67-89

De início, tem-se como tendência desse Direito Penal ligado aos riscos, a criação de novos bens jurídicos supraindividuais de conteúdo difuso. Isso porque a Sociedade do Risco traz novas realidades, novas necessidades, que, a partir do momento em que intituladas de bens jurídicos, ensejam (corretamente ou não) a proteção penal. Albrecht elenca, como exemplos das atuais demandas de criminalização, a proteção de dados, a ameaça à natureza através da exploração destruidora da terra, do ar e da água, os perigos da tecnologia genética, a proliferação de mulheres estrangeiras na prostituição e etc.³⁴

Nessa senda, verifica-se a ocorrência de uma ampliação do conceito de bem jurídico, que passa a abarcar não somente os delimitados bens jurídicos individuais, mas também os imprecisos bens jurídicos supraindividuais de caráter difuso³⁵. De acordo com Ripollés, os “componentes materiais” desses bens jurídicos seriam diferentes dos bens jurídicos tradicionais, visto que “producto de su configuración a tenor de las funciones sociales que habrían de satisfacer y de la pérdida de referentes individuales”.³⁶ Silva Sánchez, do mesmo modo, alerta para a proteção desses bens jurídicos supraindividuais:

Assim, a combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais, passando por todas as modalidades intermediárias. Os legisladores, por razões como as expostas, promulgaram e promulgam numerosas novas leis penais, e as respectivas *rationes legis*, que obviamente não deixam de guardar relação – ao menos indireta – com o *contexto* ou prévias da fruição de bens jurídicos individuais mais clássicos, são elevadas de modo imediato á condição de

³⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis, op. cit., p. 471-487.

³⁵ Bens jurídicos não-individuais, transindividuais ou supraindividuais podem ser definidos como aqueles cuja titularidade não pertence a uma pessoa determinada, como ocorre nos bens jurídicos individuais. Conforme a esclarecedora lição de Bianchini, García-Pablos de Molina e Gomes: “Os bens jurídicos, segundo o sujeito titular, são individuais (os que pertencem às pessoas singulares: vida, saúde pessoal, liberdade, propriedade, honra, etc.) ou *supraindividuais*, que se subdividem (a) em bens *coletivos ou gerais*, que pertencem a toda coletividade (segurança pública, incolumidade pública, etc) ou (b) *públicos ou institucionais* (os que pertencem ao Estado ou órgão ou entidades públicas: patrimônio do Estado, segurança do Estado etc.) ou (c) *difusos* (bens de um grupo amplo e determinado ou determinável de pessoas: delitos contra a saúde pública, o meio ambiente, segurança do tráfego, dos consumidores, etc.). Os bens públicos ou gerais e os difusos tem em comum seu caráter supraindividual, isto é, seu titular não é um indivíduo determinado, não obstante devem ser distinguidos: os primeiros relacionam-se com a sociedade em seu conjunto (segurança pública, incolumidade pública, etc.); os segundos, por sua vez, pertencem a uma pluralidade de sujeitos mais ou menos determinados ou determináveis (consumidores de um determinado produto, moradores de uma região etc.)”. BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. Introdução e Princípios Fundamentais. Coleção Ciências Criminais. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 238-239.

³⁶ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Montevideo – Buenos Aires: Editorial BdeF, 2007, p. 136.

bens penalmente *protegíveis* (dado que estão *protegidos*). Assim, junto aos delitos clássicos, aparecem outros muitos, no âmbito socioeconômico de modo singular, que recordam muito pouco aqueles. Nesse ponto, a doutrina tradicional do bem jurídico revela – como mencionado anteriormente – que, diferentemente do que sucedeu nos processos de despenalização dos anos 60 e 70, sua capacidade crítica no campo dos processos de criminalização como os que caracterizam os dias atuais – e certamente o futuro – é sumamente débil.³⁷

No mesmo sentido, para Machado, os riscos advindos da tecnologia voltaram a proteção penal a bens jurídicos não mais individuais, relacionados à pessoa e com uma vítima definida, mas sim a interesses supraindividuais e universais. Com isso, passou-se a admitir a intenção de proporcionar se encampar as ameaças criadas pelos novos riscos tecnológicos e seus efeitos macrossociais como matéria de Direito Penal.³⁸

Dessa feita, esse processo de ampliação do tradicional âmbito dos bens jurídicos individuais ao abarcamento de bens jurídicos supraindividuais se tem denominado “desmaterialização, espiritualização ou dinamização” dos bens jurídicos. Assim, de uma concepção clássica, desenvolvida por Birnbaum, em que o critério do bem jurídico era uma limitação ao “jus puniendi”, e historicamente vinculada à ligação da pessoa com o bem (“relação do sujeito com o objeto de valoração”), de conteúdo material, passou-se à ideia de tutela de bens jurídicos supraindividuais, imateriais e imprecisos, gerando-se, por essa razão, uma crise de sua intrínseca função de legitimação da intervenção penal.³⁹ Portanto, nas palavras da autora acima mencionada:

(...) na perspectiva da teoria do bem jurídico, as conseqüências disso referem-se a uma significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico, consistente no seu distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos - o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido. Trata-se do denominado processo de desmaterialização do bem jurídico.⁴⁰

Por esses motivos, para Buergo, essas modificações têm proporcionado muitas discussões doutrinárias em relação à dogmática e à política criminal que admitirão a inclusão dessas novas esferas de proteção. A autora, resumidamente, aponta os principais problemas em debate:

³⁷ SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 113.

³⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 102-103.

³⁹ Ibid., p. 103-106.

⁴⁰ Ibid., p. 107.

La «desmaterialización» y difuminación del bien jurídico tiene, sin duda, consecuencias dogmáticas y político-criminales importantes, que pueden afectar a cuestiones verdaderamente centrales. Entre ellas se pueden destacar las siguientes: delimitar con claridad el bien jurídico tutelado en cada caso, para determinar si es lesionado o sólo puesto en peligro por la conducta típica; establecer la relación de causalidad entre la conducta y estos posibles efectos; concretar si el bien jurídico va referido, en última instancia, a intereses individuales o no; establecer la eventual compatibilidad o no de tal difuminación con los principios de necesaria lesividad del delito y de intervención mínima, así como, finalmente, aunque de no menor importancia, la cuestión de las posibles tensiones que pudieran surgir con principios básicos de atribución jurídico-penal de un comportamiento a su autor. Todas estas dificultades se agravan con la combinación de la tutela penal de estos «nuevos» bienes con la anticipación de la misma a través de la técnica de los delitos de peligro –especialmente abstracto-, ya que a la característica vaguedad del objeto de protección y lo difuso de «titular» de tales bienes jurídicos – en ocasiones su ataque no tiene «víctimas» definidas- se une la inherente falta de concreción lesiva del tipo de peligro abstracto. Ello resulta, por tanto, particularmente preocupante cuando no se trata de la tutela de bienes supraindividuales con un referente claro a los bienes individuales vida, salud, integridad de la persona, sino de bienes de «nuevo cuño» sin referentes tan claros, como los del Derecho penal socioeconómico o el ambiental, entre otros.⁴¹

Dessa forma, percebe-se que acaba por ser alterada a clássica função de limitação e justificação da punição penal pela proteção de bens jurídicos, fazendo-se com que essa proteção passasse a ser vista, do contrário, como um critério de ampliação da intervenção do poder punitivo estatal⁴².

Na mesma linha de raciocínio, Callegari e Reindolff da Motta alertam para o fato de a proteção a bens jurídicos ter ultrapassado sua função de limitação à incriminação de condutas que não os lesionassem para a assunção de um caráter de exigência de punição. Conforme os autores: “houve um aumento considerável de tipos penais protegendo bens jurídicos que não se encontravam sob o manto da tutela penal, transformando-se a proteção de bens jurídicos num mandato para penalizar em lugar de ser uma proibição condicionada de penalização”.⁴³ No mesmo sentido, para Hassemer:

La protección de bienes jurídicos se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter de criterio

⁴¹ BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 69-70.

⁴² Da mesma forma, para Buergo: “En este sentido puede decirse que la progresiva *expansión* del significado del concepto de bien jurídico acompaña un paulatino *desvanecimiento* tanto de sus referentes empíricos, como de su función de *garantía* de los límites o de las condiciones de justificación de la prohibición penal. Ha pasado así a un primer plano un aspecto no deseable del principio de protección de bienes jurídicos, su empleo como *critério de ampliación y no de limitación de la intervención* del Derecho penal”. (BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 77.)

⁴³ CALLEGARI, André Luís, MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. In: **Política Criminal Estado e Democracia**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007, p. 13.

negativo que tuvo originalmente. Lo que clásicamente se formuló como un concepto crítico para que el legislador se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para que penalice determinadas conductas, transformándose así completamente de forma suprepticia la función que originariamente se le asignó.⁴⁴

Por essas razões, conforme Machado, para a proteção penal desses novos bens jurídicos, em razão da dificuldade encontrada para a adoção dos critérios de causalidade e dano devido ao seu caráter universal, foi necessária a “operacionalização da tutela de maneira distinta do paradigma tradicional”, visto que cada vez mais distante a presença de efetivas lesões, chegando-se à criminalização de condutas apenas supostamente perigosas.

Diante disso, face ao aparecimento dos novos riscos, observa-se, também, que a punição de condutas que lesionem a bens jurídicos passou à punição de ações referentes à “transgressão a uma norma organizativa”, sem a necessidade da ocorrência de um resultado efetivo.⁴⁵ Assim, para a autora: “nos casos das normas de organização e das normas penais que sancionam a sua inobservância, está ausente um propósito de efetiva tutela. Tais normas traduzem-se em proibições com finalidade autônoma, que vedam ações humanas não por serem lesivas a um bem, mas quando possam dificultar o atingimento de um determinado objetivo pelo Estado”.⁴⁶

Nesse contexto, a proteção dos bens de caráter supraindividual, além de contradizer a noção clássica individualista de bem jurídico, proporciona a substituição da tutela de bens concretos à tutela de “funções, instituições e modelos de organização”, restando ao Direito Penal, desse modo, ser um reforço às normas e funções administrativas.⁴⁷ Nessas circunstâncias, em uma perspectiva funcionalista e de caráter administrativo, os tipos penais passaram a ser criados não com a descrição de um “fato bruto”, mas a partir da “violação de regras técnicas e burocráticas da administração do bem, ou seja, incorporam comportamentos que se supõe nocivos e desviantes menos pelo impacto que causam no mundo e mais por significarem uma violação ao padrão de segurança estabelecido”.⁴⁸ Com efeito, conforme alerta Moccia, o ordenamento jurídico-penal assume uma função

⁴⁴ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, Madrid: Tirant lo Blanch, 1999, p. 47.

⁴⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 107.

⁴⁶ Ibid. p. 110.

⁴⁷ Ibid., p. 111.

⁴⁸ Ibid., p. 113.

meramente dirigista, deixando de somente repreender condutas que imediatamente ataquem a um bem e castigando, por outro lado, a não observância de normas organizativas ao invés de fatos socialmente danosos.⁴⁹ Por essa razão, Gomes e Bianchini concluem que “já não se protegem bens dos seres humanos, senão exclusivamente ‘funções’, ‘instituições’, ‘ideais’: já não é necessário uma vítima (de carne e osso) ou ao menos um ato de violação ao bem jurídico”.⁵⁰ Os autores alertam que a proteção aos bens jurídicos supraindividuais e essa inclinação à proteção de “funções ou instituições” não seriam, em realidade, autênticos bens jurídicos. Nas suas palavras:

O risco mais concreto decorrente dessa universalização dos bens jurídicos consiste na utilização (“perversão”) do Direito penal para a tutela de “funções” ou “instituições”, que não representam “autênticos” bens jurídicos (ou bens “substanciais”) da pessoa humana. Em nome ou “por causa” dos riscos permanentes que a globalização vem criando ou forjando (riscos reais, riscos imaginários), o Direito penal vai avançando velozmente a cada dia (ora para a tutela de bens jurídicos vagos – ordem financeira, ordem econômica, relações etc. -, ora a proteção de funções ou instituições etc.).⁵¹

Do mesmo modo, para Silva Sánchez há, então, o que pode ser chamado de “administrativização” do Direito Penal:

De fato, essa orientação à proteção de *contextos* cada vez mais genéricos (no tempo e no espaço) da fruição dos bens jurídicos clássicos leva o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas, no que as aportações individuais, autonomamente contempladas, são, ao contrário, de “intensidade baixa”. Com isso, tem-se produzido certamente a culminação do processo: o direito penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está “administrativizado”.⁵²

Em tese, as incriminações a essas normas de conduta se justificariam pois produziriam lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. No entanto, o que na verdade ocorre é, quando muito, um remoto vínculo ao bem tutelado, podendo, em realidade, a norma ser vista como a simples violação de um dever de conduta positivado extrapenalmente, ou seja, como a mera não observância de determinada

⁴⁹ MOCCIA, Sérgio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: **Política Criminal y Nuevo Derecho Penal**. Libro Homenaje a Claus Roxin. Jesús-María Silva Sánchez (ed.) Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997, p. 113-141.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 102.

⁵¹ Ibid., p. 82.

⁵² SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 114.

regra.⁵³ Diante disso, verifica-se a tipificação de condutas de “atuar sem licença do órgão administrativo competente”, por exemplo. Nesse prisma, percebe-se que a criminalização de infrações normalmente administrativas só contemplam uma “perspectiva material” se praticadas por diversas pessoas. Do contrário, analisada a conduta típica de um modo isolado, sequer o perigo abstrato ao bem jurídico poderá ser constatado. Como exemplo desse aspecto Silva Sánchez traz o delito ambiental de “despejar resíduos”. A conduta de uma única empresa certamente não afetará ao bem jurídico meio ambiente, no entanto, se diversas empresas fizerem o mesmo aí sim poderemos verificar um efeito lesivo.⁵⁴ Por esse motivo, o autor aduz que “é possível afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais a assunção, em ampla medida, de tal forma de racionalizar, a da lesividade global derivada de acumulações ou repetições, tradicionalmente própria do administrativo”.⁵⁵ Dessa forma, o injusto estará muito mais ligado no “desvalor da ação que viola o *standard* de segurança do que no desvalor do resultado – que se faz cada vez mais difícil de identificar e mensurar”.⁵⁶ Por essas razões, pode-se dizer que a finalidade estará em proteger a vigência da norma.⁵⁷ Aproximam-se, assim, o Direito Penal e o Direito Administrativo, o que enseja a aparição, por exemplo, de normas penais em branco por meio de uma acessoriedade administrativa.⁵⁸ Conforme Gomes e Bianchini, verifica-se um “deslocamento dos

⁵³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 114.

⁵⁴ SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 118-120.

⁵⁵ Ibid., p. 120.

⁵⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 114.

⁵⁷ Nesse contexto cumpre referir que Günter Jakobs defende que o Direito Penal deve proteger a vigência da norma, e não bens jurídicos. Seu posicionamento pode ser encontrado na obra: JAKOBS, Günter. **Fundamentos del Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

⁵⁸ Normas penais em branco são normas que necessitam de uma complementação, usualmente de uma norma extrapenal, pois insuficiente a descrição típica feita na lei penal. Nesse aspecto, explica Greco: “normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de um outro diploma – leis, decretos, regulamentos, etc. – para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esse complemento, torna-se impossível a sua aplicação”. (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2209, p. 22). Bittencourt, por sua vez, refere sucintamente que “leis penais em branco são as de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal”. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152). Por fim, na lição de Mir Puig: “Se habla de leyes penales em blanco para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos. Pero hay otros aspectos que hacen preferible

limites do conteúdo do injusto a difusos setores da administração pública – leis penais em branco”.⁵⁹ Nesse mesmo sentido explica Hassemer, referindo-se ao Direito alemão⁶⁰:

Então, traduzindo, a autoridade administrativa precisa definir os limites do proibido e do permitido. Assim, o que vemos com a nossa experiência é que o Código ambiental não pode descrever o delito, como no caso do homicídio, da fraude, mas pode descrever apenas a sua moldura e o delito efetivo deve ser descrito pela Administração Pública. Nós chamamos a isso de “acessoriedade administrativa”, ou seja, o delito se define por um ato do Poder Executivo.⁶¹

Todos esses aspectos ocorrem porque o Direito Penal da Sociedade do Risco se mostra voltado à idéia de segurança, possuindo a função de evitar a prática de condutas que possam gerar riscos.⁶² Por esse motivo Silva Sánchez afirma que a “‘sociedade do risco’ ou ‘da insegurança’ conduz, pois, inexoravelmente, ao ‘Estado vigilante’ ou ‘Estado da prevenção’” e, ainda, que “nesse contexto policial-preventivo, a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial”.⁶³ Com isso se adentra no campo dos crimes de perigo,⁶⁴

un concepto algo más amplio de ley penal en blanco, que abarque todos los casos en que el complemento se halla fuera del Código o ley de que se trate, con independencia de si es del mismo o de inferio rando que ésta”. (PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal**. Parte General. Montevideo: Editorial BdeF, 2008, p. 66–67.)

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 30.

⁶⁰ Veja-se, também, o que refere Machado: “o tipo penal não descreve a ação tida como delituosa, como no caso do homicídio ou da fraude, mas descreve apenas a sua moldura, que será preenchida pela administração pública. Apropriando-se do exemplo utilizado por Hassemer: o tipo penal diz, genericamente, que quem polui a água será sancionado, mas quem fixa os limites de poluição e o momento em que começa o ato criminoso é o direito administrativo, isto é, é uma norma de direito administrativo que estatui que quem joga um quilo de sal em um rio não comete delito, mas quem joga uma tonelada sim, pois ultrapassou o limite da segurança estabelecido”. (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 113).

⁶¹ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, nº 8, p. 41-51.

⁶² Ibid. p. 116.

⁶³ SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 127.

⁶⁴ Por crimes de perigo podemos entender aqueles em que o bem jurídico penalmente protegido não é lesionado, mas a sua existência é posta em perigo, ou seja, para a configuração do delito, basta que o bem jurídico seja ameaçado de sofrer uma lesão. Nesse aspecto, de acordo com Coelho: “crime de perigo é aquele que, sem destruir ou diminuir o bem-interesse penalmente protegido, representa, todavia, uma ponderável ameaça ou turbacão à existência ou segurança de ditos bens ou interesses, com relevante probabilidade de dano”. (COELHO, Walter. **Teoria Geral do Crime**. Volume 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor e Fundação Escola Superior do Ministério Público do rio Grande do Sul, 1998, p. 105). E, conforme Callegari: “crimes de perigo, por sua vez, são aqueles que se consumam sem a necessidade de lesão, com o simples perigo – insegurança ou probabilidade de lesão – do bem jurídico, supondo, portanto, um adiantamento das barreiras de proteção a uma fase anterior à efetiva lesão ao bem jurídico”. (CALLEGARI, André Luís. **Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38). Ainda, de acordo com Bitencourt: “Crime de perigo é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo”. (BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 213.)

mormente os de perigo abstrato.⁶⁵ Por esses motivos, para Gomes e Bianchini, “o problema da tutela preferencial dos bens supraindividuais não reside tanto na eleição desses bens para a atual configuração do (hipertrofiado) Direito penal, senão sobretudo na forma (a técnica) da tutela, excessivamente adiantada (v.g.: perigo abstrato, infração de mera desobediência etc.)”.⁶⁶

Nesse contexto, acertadamente conclui Moccia que a incriminação de condutas distantes da ocorrência de uma efetiva agressão ao bem jurídico também põe em xeque a função de delimitação do bem jurídico, “desde el momento en que la incriminación de cualquier conducta, incluso la más inocua desde el punto de vista de la dañosidad social, puede siempre reconducirse a la tutela de fundamentales, aunque remotos, bienes jurídicos”.⁶⁷

Ante o exposto, Mulas chama a atenção para o fato de que, no que tange à proteção de bens jurídico-penais, na Sociedade do Risco, ela gira em torno dos perigos a que tais bens estão submetidos, propiciando-se, assim, o incremento da previsão legal dos delitos de perigo, principalmente os de perigo abstrato. O autor

⁶⁵ Cabe aqui referir que os crimes de perigo podem ser divididos em crime de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Em suma, pode-se dizer que os crimes de perigo concreto necessitam da prova da efetiva colocação em perigo do bem jurídico-penal, e os crimes de perigo abstrato, por sua vez, carregam uma presunção de que aquele bem, pela simples prática da conduta, já é ameaçado, prescindindo-se da prova da situação perigosa. Conforme Coelho: “O perigo ‘in abstrato’ é aquele em que a lei, tendo em vista os dados da experiência geral, considera, ‘a priori’, como inserido nessa ou naquela ação ou omissão delituosa, avaliando, antecipadamente, sua potencialidade lesiva. Já o perigo ‘in concreto’ careceria de efetiva averiguação para a plena configuração do respectivo delito, importando, pois, em um juízo ‘a posteriore’ de sua real ocorrência, ou no mínimo, ensejando prova em contrário (presunção ‘*juris tantum*’). Consta-se, em tais crimes, que o tipo penal refere, expressa ou implicitamente, o evento ‘perigo’ em seu aspecto naturalístico. É o caso, por exemplo, de crime de ‘perigo para a vida ou a saúde de outrem’”. (COELHO, Walter, op. cit., p. 109). No que tange a essa distinção, para Bitencourt: “O perigo, nesses crimes, pode ser concreto ou abstrato, Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação de risco corrida pelo bem juridicamente protegido. O perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa”. (BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 213). Sobre os crimes de perigo abstrato, aduz Callegari: “Nesses delitos, o perigo é presumido pelo legislador (presunção *juris et de juri*), não sendo necessária a prova da existência do perigo. É como se o legislador considerasse que a prática da conduta em si já é suficientemente prejudicial para ser punida”. (CALLEGARI, André Luís, op. cit., p. 39). Nesse sentido, para Hassemer: “Para este tipo de delito não é necessário que se produza um dano, sequer é necessário que haja o perigo concreto, é suficiente que um ato proibido pelo legislador seja praticado para caracterizar o delito”. (HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal...* op. cit., p. 46). De acordo com Machado, por sua vez: “os tipos de perigo diferem dos de dano pois retratam uma conduta típica que, para se consumar, prescinde da produção do resultado lesivo ao bem jurídico, implicando simplesmente uma possível ameaça de produção de tal efeito. Ocorre, assim, um claro adiantamento da proteção do bem a fases anteriores à efetiva lesão”. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 129.

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 83.

⁶⁷ MOCCIA, Sérgio, op. cit., p. 115.

alerta que “más que resultados, ahora se habla de «riesgos», de «peligros», para bienes jurídicos con el consiguiente cambio en las reglas de la causalidad, culpabilidad e responsabilidad”.⁶⁸ E acrescenta: “es en el dominio de peligro, en la capacidad del actuar humano de contener el riesgo de su conducta, donde viene a centrarse lo injusto. El adelamiento de la intervención penal parece, pues, justificado. Pero, ¿hasta que punto? ¿Cuál es el riesgo permitido em cada conducta? ¿Cuál es el nivel máximo de riesgo por encima del cual se establece el injusto penal?”⁶⁹

Zuñiga Rodríguez, no mesmo sentido, alerta para a situação de preocupação, em relação às condutas delituosas, não mais com lesões que possam causar, mas com perigo de lesões, o que explicaria, para a autora, o incremento dos crimes de perigo, havendo, conseqüentemente, a antecipação da intervenção penal antes do acontecimento da lesão ao bem jurídico, para fins de contenção de risco. Em suas palavras:

En primer lugar, la noción predominante de «riesgo» que se produce de la unión entre conductas humanas «riesgosas» y la propia energía «peligrosa» que despliega la técnica, hace que la preocupación por el dominio de las conductas no se centre en la lesión como era antes, sino en el «peligro» de las mismas. Ello explica que la actual configuración de los tipos penales sea predominantemente de «delitos de peligro», incluso de «delitos de peligro abstracto», pues es en el **dominio del peligro**, en la capacidad del actuar humano de contener el riesgo de su conducta, viene a centrarse lo injusto. Se entiende así, que dada la cantidad de conductas riesgosas para bienes jurídicos importantes en la Sociedad, que pueden desplegarse con un actuar humano que no contenga los riesgos de su conducta, e incluso, dado que la lesión depende de otros muchos factores imponderables («lo desconocido»), el Derecho Penal no debiera esperar a que se produzca la lesión de los bienes jurídicos, sino que es necesario centrar la prevención de las conductas **en la contención del riesgo**. Quedan así justificadas todas las incriminaciones modernas que suponen un adelantamiento de la intervención penal a la lesión de bienes jurídicos, incluso a partir de esta concepción se podrían legitimar también las posturas prevencionistas *ex-ante* que prescinden de la lesión de bienes jurídicos, centrando el injusto en el desvalor de acción.⁷⁰

Por essas razões, a conclusão de Machado é de que os tipos penais de perigo abstrato se constituem em uma estratégia para coibir ataques a bens jurídicos supraindividuais, pois, com relação a eles, é difícil identificar qualquer lesão ou mesmo ameaça.⁷¹ Sobre isso, para Hassemer, o moderno Direito Penal, para justificar sua antecipada intervenção, utiliza-se da técnica dos crimes de perigo

⁶⁸ MULAS, Nieves Sanz. La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad. In: **El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad**. Madrid: Colex, 2003, p.12.

⁶⁹ MULAS, Nieves Sanz. op. cit., p. 12-13.

⁷⁰ RODRIGUÉZ, Laura Zuñiga. **Política Criminal**. Madrid: Editorial Colex, 2001, p. 259.

⁷¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 132.

abstrato. Para o autor, os delitos de lesão e os de perigo concreto restariam superados. E conclui:

Es fácil entender por qué el legislador utiliza esta vía. Los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del derecho penal, al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta sólo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente.⁷²

Nesse aspecto, pode-se dizer, na linha do jurista, que o Direito Penal correspondente à Sociedade do Risco vem carregado de uma preocupação com a prevenção, o que, anteriormente, não passava de uma meta secundária.⁷³ Sobre essa exacerbada idéia de prevenção, referem Gomes e Bianchini: “já não importa tanto retribuir proporcionalmente o mal causado, senão prevenir futuras perturbações, mediante a intimidação”.⁷⁴

Esclarecido esse ponto, cumpre abordar um fator denominado por Silva Sánchez de “correlação das esferas de organização individual”. Com essa expressão, o jurista quer dizer que a interação entre os indivíduos, sua interdependência na vida social e a existência de uma profunda complexidade das relações e da sociedade em si fazem com que aumente a possibilidade de que um dos tantos contatos que o ser humano possui resulte em alguma lesão. Nesse aspecto, mais uma vez, constata-se uma crescente incidência dos delitos de perigo, especialmente dos de perigo abstrato, que passam a ter maior importância do que os tradicionais delitos de resultado⁷⁵, tendo em vista que esses últimos parecem não mais se mostrar suficientemente satisfatórios como “técnica de abordagem do problema”.⁷⁶ Conforme o autor: “daí o recurso cada vez mais freqüente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em termos de perigo presumido)”.⁷⁷

⁷² HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 55.

⁷³ Ibid., p. 49.

⁷⁴ GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice, op. cit., p. 30.

⁷⁵ Os delitos de resultado, pode-se dizer brevemente, ao contrário dos delitos de perigo, logicamente, são aqueles em que, para a configuração do ilícito penal é necessária a ocorrência de uma efetiva lesão a um bem jurídico-penal, ou seja, que aquele conduta delituosa provoque, de fato, um resultado danoso.

⁷⁶ Todas essas idéias são abordadas por Silva Sánchez, em SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 28-32.

⁷⁷ SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 31.

Além disso, a grande interdependência das esferas individuais de cada cidadão faz com que (dentro daquela característica de que os riscos são gerados por condutas humanas) a preservação de bens jurídicos de uma pessoa dependa de atitudes positivas (de controle dos riscos) de outras. Como ressalta Silva Sánchez “as esferas individuais de organização já não são autônomas; produzem-se, de modo continuado, fenômenos – recíprocos – de transferência e assunção de funções de proteção de esferas alheias”.⁷⁸ Em termos de Direito Penal, isso proporciona um aumento da demanda de previsão dos crimes de comissão por omissão (ou comissivos impróprios).⁷⁹

Ainda, na perspectiva de Silva Sánchez, outra característica desse modelo social do risco que afeta diretamente ao Direito Penal é o fato do crescimento tecnológico proporcionar novos instrumentos para a produção de resultados lesivos dolosamente. É o que ocorre nos crimes de informática (“ciberdelinqüência”), por exemplo. A criminalidade organizada também ganha força com os progressos técnicos, visto que facilitam a comunicação entre os membros da organização criminosa. Nas palavras do autor:

⁷⁸ Ibid..

⁷⁹ Cumpre trazer uma breve explicação do que sejam crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão. Nesse contexto, tais delitos são aqueles em que a conduta punível se dá por meio de um não-fazer, sendo que essa abstenção parte daquele que possuía o dever de evitar o resultado perigoso ou danoso, ou seja, daquele que chamamos de garante (possuidor de uma função de garantia daquele bem jurídico). Como exemplo clássico, é possível citar a situação da mãe que deixa de alimentar seu filho. A título de esclarecimento, tem-se as definições de alguns autores. Para Régis Prado, “o crime omissivo impróprio consiste em dar lugar por omissão a um resultado típico, não evitado por quem podia e devia fazê-lo, ou seja, por aquele que, na situação concreta, tinha a capacidade de ação e o dever jurídico de agir para obstar a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (situação típica). Implícito na norma está uma ordem ou mandato de realizar a ação impeditiva do evento, imputando-se-o ao omitente que não o evitou, podendo evitá-lo. Trata-se de delito especial, pois tão-somente aquele que estando anteriormente em uma posição de garante do bem jurídico, não evita o resultado típico, podendo fazê-lo, é o autor”. (PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1 – Parte Geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 307). Para Cerezo: “Los delitos de comisión por omisión se caracterizan, como vimos, porque contienen un mandato de realizar una acción tendente a evitar la producción de un resultado delictivo, que si finalmente se produce, se le imputa al omitente que no lo impidió pudiendo hacerlo”. (MIR, José Cerezo. **Derecho Penal**. Parte General. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Lima: Ara Editores, 2007, p. 1139). Na definição de Coelho: “Em outras palavras, no crime omissivo próprio integra-se a tipicidade como a não realização da atividade devida, descumprindo-se o preceito de agir dessa ou daquela maneira; no omissivo impróprio desatende-se, indiretamente, por omissão, a norma proibitiva de causar um resultado”. (COELHO, Walter, op. cit., p. 86). Ainda, para Bitencourt, “nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, o dever de agir é para evitar um resultado concreto, quando o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a obrigação de agir para evitar um resultado, isto é, deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento”. (BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 236).

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinqüência clássica tradicional (a cometida com dolo direto e de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à Internet (a chamada *ciberdelinqüência*), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de *criminalidade organizada*, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos e os Estados.⁸⁰

Além desse fator, e com maior significado, aumenta o âmbito dos crimes praticados sem intenção. É o que se denomina de falha técnica. Nesse contexto, para Zuñiga Rodríguez, o Direito Penal do Risco está preocupado com as condutas imprudentes, que infringem o dever de cuidado, manifestada, normalmente na falha técnica:

El Derecho Penal del riesgo así concebido, centra su preocupación en las conductas imprudentes, es decir, en las conductas que infringen el deber de cuidado exigido. Si bien en la Sociedad del riesgo, todas las formas de criminalidad se nutren de esta perspectiva, como por ejemplo, la criminalidad organizada que indudablemente ha avanzado al hilo del desarrollo tecnológico, es sobre todo la criminalidad imprudente la que resulta relevante, porque es la que desencadena los riesgos sociales. Las consecuencias lesivas de los «fallos técnicos» se desencadenan normalmente por un actuar humano imprudente, pero muchas veces, por la confluencia de varios actuares humanos no necesariamente coordinados.⁸¹

Ademais desses importantes aspectos, verifica-se que a responsabilização de indivíduos ou grupos de indivíduos por tais riscos resta dificultosa. Além do problema de previsão da aparição dos riscos, as atividades que os geram se entrecruzam de maneira que seu controle escapa das mãos de uma pessoa, fora quando sequer se sabe nas mãos de quem ele está. Some-se, ainda, o fato de os critérios de distribuição dos riscos (já que não mais se admite a possibilidade de sua neutralização, cabendo somente uma preocupação com sua distribuição) não satisfazerem as exigências de imputação de responsabilidade. Nesse sentido aduz Ripollés:

Se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas: A la ya citada problemática previsión de su aparición, se añade la realidad de unas actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan unas con otras, de manera que el control del riesgo no solo escapa al dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quien está; se hacen ineludibles

⁸⁰ SÁNCHEZ, Jesús- María Silva, op. cit., p. 29-30.

⁸¹ RODRIGUÉZ, Laura Zuñiga, op. cit. p. 260.

crítérios de distribuição de riegos que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad.⁸²

Nesse mesmo prisma, Buergo, alerta para o fato de que em uma sociedade como a nossa, crescem os contatos interpessoais anônimos, a complexidade das relações entre os indivíduos e, também, a utilização de instrumentos potencialmente lesivos e a pluralidade de sujeitos que participam de uma mesma cadeia complexa. Por esse motivo, é difícil prever o momento da aparição do dano (que poderá possuir uma dimensão enorme), não se podendo identificar sua atuação no tempo e no espaço. Tudo isso acaba por dificultar a aplicação das regras de causalidade, culpabilidade e outros princípios básicos de responsabilidade. Conforme a autora:

Aunque sabemos que la responsabilidad presupone el conocimiento más o menos preciso de las consecuencias derivadas de una acción (previsibilidad) y un sujeto de la acción al que se puedan imputar causalmente las consecuencias de tal acción, ambas cosas son problemáticas en el caso del riesgo vinculado a las tecnologías modernas. En la medida en que en una sociedad postindustrial avanzada como la presente, crecen los contactos relativa o totalmente anónimos, la complejidad de las relaciones de interacción, en las que es también frecuente la realización de actividades o el empleo de instrumentos que pueden tener efectos potencialmente peligrosos o lesivos, sobre los cuales existe cierto grado de incertidumbre, cuando no desconocimiento – esto es, veces no se sabe de que tipo pueden ser, ni de qué momento pueden darse -, se resalta la enorme dificultad de imputar o atribuir responsabilidades por otra parte, los pilares básicos del cálculo de riesgos y de aseguramiento se muestran insuficientes ante estos nuevos riesgos tecnológicos puesto que no son fácilmente imputables según las reglas vigentes de la causalidad, la culpabilidad y otros principios básicos de la responsabilidad. Ello se debe a que se generan en sistemas complejos, en los que participan una pluralidad de sujetos y en los que frecuentemente no hay certidumbre acerca de la eventualidad, el grado de posibilidad y el momento de producción de efectos lesivos, que pueden llegar a ser catastróficos por su gran magnitud, por su gran difusión espacial y permanencia temporal, o bien por su efecto acumulativo a través de pequeñas dosis. En definitiva, se trata de la imposibilidad de dominar en toda su dimensión espacio-temporal, las consecuencias de la técnica: su auténtica potencialidad no es abarcable ni previsible por las normas jurídicas.

Por tanto, la imposibilidad en muchas ocasiones de determinar un agente de la acción al que poder imputar causalmente responsabilidad viene propiciado no sólo por la opacidad causal sino también, de modo especial, por el hecho de que muchos de los riegos de la sociedad actual son consecuencia de acciones de distintos agentes, lo que supone una difuminación de la responsabilidad, que genera lo que hemos aludido como «irresponsabilidad organizada».⁸³

⁸² RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la Sociedad del Riego a la Seguridad Ciudadana: Um Debate Desenfocado. In: **Política Criminal, Estado e Democracia**. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. André Luís Callegari (Org.) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 83-84.

⁸³ BUERGO, Blanca Mendoza. Gestión del Riesgo ..., op. cit., p. 78-79.

Machado também manifesta preocupação com as dificuldades encontradas para a atribuição de responsabilidades. A jurista, partindo do enfoque de que há “uma complexidade organizativa das relações de causalidade e, por conseguinte, de responsabilidade, que cercam a sua gênese”,⁸⁴ identifica que os avanços tecnológicos e econômicos aumentaram as interconexões causais e substituíram ações individuais por ações coletivas, o que ramificou as responsabilidades, distribuindo-as entre mais pessoas. Buergo também alerta para essa questão, referindo, pelos mesmos motivos aduzidos por Machado, que a responsabilidade acaba por se ramificar, quedando distribuída entre muitas pessoas, o que, devido à magnitude da interação e complexidade da produção dos riscos, gera o que se tem chamado de “irresponsabilidade organizada”. Isso porque, quanto mais complexa e aperfeiçoada é uma organização, menor é a sensação de responsabilidade de cada indivíduo, já que a participação de cada uma na cadeia organizacional resta demasiadamente reduzida.⁸⁵

Diante de tudo isso, segundo Albrecht, com o reconhecimento de que as modernas sociedades industriais geram riscos que comprometem a continuidade da própria sociedade, aumenta a demanda por segurança. A proibição, limitação e distribuição desses riscos ganham importância e passam a ser matéria da política de segurança nacional e internacional. Aqui entra o Direito Penal, visto como meio de controle da política dos limites do risco. Para o autor:

Con el reconocimiento de que las modernas sociedades industriales generan riesgos que comprometen la continuidad de la propia sociedad, aumenta la demanda de «seguridad». El progreso económico y tecnológico origina riesgos, como por ejemplo, en el ámbito de la energía nuclear o de la gran industria química, que llegan incluso a amenazar las posibilidades de vida de las personas en la Tierra. La prohibición, la limitación o la redistribución de semejantes riesgos, antes de que traspasen la frontera de lo económica, ecológica y políticamente razonable, pasa a ser materia de la política de seguridad nacional e internacional. A escala nacional el Derecho penal triunfa como un medio de control en la *política de los límites del riesgo*. Asimismo, el Derecho policial preventivo se rearma anticipando la defensa policial del peligro en el ámbito de los peligros potenciales y de los riesgos abstractos. A ello hay que añadir que «la seguridad» se ha independizado como necesidad, hasta el punto de que incluso se habla de ella en la opinión pública. La seguridad se convierte en un concepto simbólico.⁸⁶

Pelo exposto, podemos concluir que o fato de vivermos na sociedade do risco influenciará, diretamente, o Direito Penal. Não se pode negar, efetivamente, que o

⁸⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, op. cit., p. 61.

⁸⁵ BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 28-29.

⁸⁶ ALBRECHT, Peter Aléxis, op. cit., p. 471-487.

progresso tecnológico e econômico, ocorrido de forma extremamente acelerada desde a Revolução Industrial até os dias atuais, trouxe um incremento dos riscos a que estamos submetidos, já que desconhecidas as reais consequências desse desenfreado avanço. Atrelada a isso está a complexidade social e a interdependência entre os indivíduos, bem como a dificuldades de se atribuir a responsabilidade pela prática de qualquer conduta perigosa. Diante disso, surge a preocupação de controle de tais riscos, recaindo nas mãos do Estado essa função.⁸⁷ Por conseguinte, chegamos ao Direito Penal que, pressionado por clamores de segurança⁸⁸ e pelo efetivo surgimento de novos bens jurídico-penais, transindividuais, acaba por expandir seu leque de atuação, passando a abarcar, em cada vez maior escala, delitos omissivos (principalmente impróprios) e delitos de perigo. Nesse prisma, de acordo com Ripollés: “en suma, todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones socioestatales que permitan controlar tales riesgos y aplicar tales temores, y a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, la política criminal”.⁸⁹ Assim, tem-se que a Sociedade do Risco é a sociedade da insegurança, quedando, também ao Direito Penal, ao menos em tese, acertadamente ou não, a função de combatê-la.

2 REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Coord. Carlos Maria Romeo Casabona. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 471-487.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1998.

_____. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal*. Introdução e Princípios Fundamentais. Coleção Ciências Criminais. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁸⁷ Nesse aspecto cumpre transcrever as palavras de Buergo: “lo característico del binomio riesgo-inseguridad típico de la sociedad del riesgo puede verse en que la aversión al riesgo implica a una seguridad casi total que sólo puede buscarse reclamando al Estado la prevención del riesgo y provisión de seguridad. Se exige un papel mas activo del Estado, tanto en la evaluación y gestión de los nuevos riesgos como en su faceta del Estado del bienestar, bajo el cual se há desarrollado una demanda material de seguridad casi absoluta. (BUERGO, Blanca Mendoza, op. cit., p. 73-74.)

⁸⁸ Observe-se que tais clamores por segurança são provenientes de uma sensação de insegurança (denominada de subjetiva) superior a insegurança de fato existente (denominada objetiva), advinda da Sociedade do Risco.

⁸⁹ RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la Sociedad del Riego a la Seguridad Ciudadana..., op. cit. p. 84.

BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

_____. Gestión del Riesgo y Política criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo. In: *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Cândido da Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht e Amadeu Recasens (eds). Barcelona: Atelier, 2003.

CALLEGARI, André Luis, MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. In: *Política Criminal Estado e Democracia*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALLEGARI, André Luís, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e Política Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMPIONE, Roger. El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la *Kollateralschadengesellschaft*. In: *La seguridad en la sociedad del riesgo*. Un debate abierto. Cândido da Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio Gracia Amado, Patrick Hebberecht e Amadeu Recasens (eds.). Barcelona: Atelier, 2003.

CASTALDO, Andréas. La concreción del «Riesgo Jurídicamente Relevante». In: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Jesús-María Silva Sánchez (ed.). Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

COELHO, Walter. *Teoria Geral do Crime*. Volume 1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor e Fundação Escola Superior do Ministério Público do rio Grande do Sul, 1998.

GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na Era da Globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, nº 8, p. 12-25.

_____. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Madrid: Tirant lo Blanch, 1999.

JAKOBS, Günter. *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

LAZO, Gemma Nicolas. La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política europea. In: *Política Criminal y Sistema Penal*. Viejas y nuevas racionalidades punitivas. Iñaki Rivera Beiras e Gemma Nicilás Lazo. Barcelona: Anthropos, 2005.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal*. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MIR, José Cerezo. *Derecho Penal*. Parte General. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Lima: Ara Editores, 2007.

MOCCIA, Sérgio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Jesús-María Silva Sánchez (ed.) Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997.

MULAS, Nieves Sanz. La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad. In: *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*. Madrid: Colex, 2003.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*. Parte General. Montevideo: Editorial BdeF, 2008.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1 – Parte Geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. El papel del Derecho penal en la segunda modernidad. In: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. Madrid: Colex, 2006.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la Sociedad del Riego a la Seguridad Ciudadana: Um Debate Desenfocado. In: *Política Criminal, Estado e Democracia*. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. André Luís Callegari (Org.) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo – Buenos Aires: Editorial BdeF, 2007.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Política Criminal*. Madrid: Editorial Colex, 2001.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.

_____. *A expansão do Direito Penal*. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

A PRISÃO PREVENTIVA E AS (NEM TÃO) NOVAS CONTROVÉRSIAS NA LEI Nº 13.964/2019

PREVENTIVE DETENTION AND THE (NOT SO) NEW CONTROVERSIES IN LAW Nº 13.964/2019

Augusto Jobim do Amaral¹
Felipe Lazzari da Silveira²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 em especial no âmbito da prisão preventiva, relacionando aspectos teóricos e práticos do cotidiano de baixa intensidade democrática brasileira. Assim, desde uma base crítica, expressa-se um estado da arte fruto das expectativas geradas pela reforma, interrogando-se sobre os (nem tão) novos regimes de práticas autoritárias no contexto processual penal.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Preventiva. Processo Penal. Lei Anticrime. Autoritarismo.

ABSTRACT

This article aims to analyze the changes promoted by Law nº. 13.964/2019, especially in the scope of preventive detention, relating theoretical and practical aspects of low-intensity daily life democracy in Brazil. Thus, from a critical basis, a state-of-the-art is expressed as a result of the expectations generated by the reform, questioning the (not so) new regimes of authoritarian practices in the criminal procedure context.

KEYWORDS: Preventive detention. Criminal procedure. Anti-crime Law. Authoritarianism.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Os limites dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva. 3 O que resta do tecnicismo-fascista em nossas práticas processuais penais? 4 Sobre a Lei nº 13.964/2019: Uma abordagem crítica à prisão preventiva. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com base nos dados publicados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Departamento Penitenciário Nacional, constata-se que, desde 2019, o Brasil mantém mais de 750 mil pessoas segregadas em seu aparelho prisional superlotado

1 Professor dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Criminais e em Filosofia da PUCRS.

2 Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia do Curso de Direito do IPA – Metodista; Advogado criminalista.

e insalubre. Esse *quantum* torna-se ainda mais inquietante ao recordarmos que, na década de 1990, o número de presos no país atingia a marca de 90 mil³.

Nesse universo nefasto, o dado que mais interessa ao presente trabalho é o de que, na última década, a quantidade de presos provisórios variou entre 32% e 41,1%. Se comparado aos índices de outros países e problematizado sob o prisma constitucional democrático – que tem o princípio da presunção de inocência como um de seus corolários –, resta evidente que esse número é demasiadamente elevado.

A problemática que envolve os elevados índices de presos provisórios no Brasil é bastante complexa, tendo em vista que é originada por fatores inerentes à estrutura do processo penal brasileiro e também pela cultura que predomina no campo⁴. Sinteticamente, é possível afirmar que os arbítrios na seara da prisão preventiva são ensejados principalmente pelo regramento da medida e pela cultura jurídico-penal que determina o modo como grande parte dos juízes compreendem o processo penal e suas funções.

Não obstante as alterações promovidas pela nova lei, não se deve olvidar que a orientação que predomina na esfera jurídico-penal, ao menos desde a década de 1940, é a do tecnicismo-jurídico que, a bem da verdade, nada mais fez do que amalgamar a tradição jurídico-penal liberal e o positivismo criminológico para relegitimar os velhos paradigmas inquisitórios, com o objetivo de recrudescer o sistema de justiça penal italiano a pedido do regime fascista⁵. Não se deve perder de vista que esta é a base principiológica e estrutural na qual se apoia o Código de Processo Penal Brasileiro de 1941⁶.

Na medida em que a redemocratização foi desacompanhada de uma ruptura com essa cultura, descrita em muitos trabalhos simplesmente como “mentalidade inquisitória”, o processo e seus institutos seguiram sendo pensados e manejados sob um prisma imanentemente autoritário, o que inviabilizou qualquer tipo de

3 Cf. Dados sobre o sistema prisional brasileiro disponíveis nos *sites* do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (<https://www.cnj.jus.br/>) e no Infopen do Departamento Penitenciário Nacional – Depen (<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>).

4 Cf. AMARAL, A. J do. O Dispositivo Inquisitivo: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. Tese de doutorado em Ciências Criminais. Porto Alegre: PUCRS, 2014.

5 Cf. SILVEIRA, Felipe Lazzari da. Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2019.

6 Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

modificação do cenário. A prisão preventiva é *locus* privilegiado para se verificar tal dinâmica. Mesmo com suas regras alteradas pela edição da Lei 12.403/2011, que pretendia consignar certo potencial acusatório ao colocá-la definitivamente na condição de *ultima ratio* do sistema de medidas cautelares como forma de reduzir os índices de encarceramento, o incremento da medida persistiu, sendo manejada de maneira a não modificar a ampliação da rede de controle penal que modernamente tem como eixo a prisão⁷.

Dito isso, partindo da hipótese de que a manutenção da velha estrutura processual penal e a ampliação dos espaços legais que, por natureza, mostram-se profícuos às práticas autoritárias, o presente artigo, mediante uma revisão bibliográfica e documental, tem como objetivo analisar as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no âmbito da prisão preventiva, relacionando-as com os aspectos teóricos e práticos do instituto na democracia, bem como problematizar algumas das expectativas geradas pela reforma, considerando a presença do legado autoritário – estrutural e cultural – presente no campo processual penal, esforço que será proposto nos três tópicos a seguir.

2 OS LIMITES DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Como bem ponderou Catena, por consistir na privação total do direito fundamental de ir e vir antes de uma sentença condenatória definitiva, a prisão cautelar é a mais grave intervenção que o Estado pode impor sobre a liberdade de um cidadão. Considerando a gravidade dos reflexos provocados pela medida, o jurista sustentou que a prisão de um inocente poderia ocorrer somente em casos de extrema necessidade, ou melhor dizendo, quando não houvesse outros meios menos radicais capazes de assegurar o deslinde do feito criminal e a prolação da sentença. E, mesmo nesses casos, a medida jamais deveria estender-se por tempo demasiado ou servir como antecipação da pena⁸.

Partindo da perspectiva garantista – que não deixa de creditar ao sistema penal potencialidades retributivas e ressocializadoras – a utilização da prisão

7 Cf. ROSA, A. M. da; AMARAL, A. J. do. *Cultura da Punição: A ostentação do horror*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2017. p. 13-49.

8 CATENA, Víctor Moreno. *La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas*. Lección. 17. In: SENDRA, Gimeno Vicente; CATENA Víctor Moreno. DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés (Org.). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Colex, 2003. p. 290-291.

preventiva, ainda assim, como medida excepcionalíssima, poderia ser entendida como sinal de respeito aos direitos fundamentais. Assim, a constrição preventiva da liberdade justifica-se, somente, nos casos em que haja a demonstração dos riscos de que o acusado interfira ilicitamente na persecução (ameaçando testemunhas, subornando agentes, destruindo provas etc.) ou haja perigo de fuga. Nessa direção, é possível inferir que, por sua natureza cautelar, a prisão preventiva jamais deve ser decretada para perseguir objetivos do direito penal material, ou seja, para fins de prevenção geral ou especial⁹.

No plano teórico-doutrinário, os aspectos cautelares da prisão preventiva emergem como uma salvaguarda ao seu uso indevido ou banalizado. Na prática, todavia, revelam-se insuficientes para conter os abusos, muito por força da estrutura processual vigente, da cultura jurídica predominante e, também, das possibilidades de distorções viabilizadas pela retórica jurídica. Pela teoria das cautelares penais, a prisão preventiva não tem um fim em si mesma e, por isso, destina-se a assegurar a instrução e a conclusão do processo, e nunca pode ser decretada em desconexão com dever de proteção dos direitos e garantias do imputado. Reside aí a necessidade de demonstrar os motivos ensejadores do interesse processual na prisão do acusado¹⁰.

É imperioso destacar que a excepcionalidade da prisão preventiva é uma condição vinculada ao princípio da presunção de inocência¹¹, consagrado nas constituições de todos os países democráticos, inclusive na brasileira. Nesse sentido, o antagonismo que marca o campo é complexo, uma vez que, ao mesmo tempo em que o princípio da inocência, por sua literalidade, impõe que o indivíduo envolvido na persecução penal seja tratado como inocente, a prisão preventiva, inevitavelmente, sempre recairá sobre um inocente, *status* que, inclusive, poderá ser confirmado ao final do processo por uma sentença absolutória¹².

No entanto, a própria teoria constitucional democrática relativiza os direitos fundamentais apontando que, com pouquíssimas exceções (p. ex. direito de não ser torturado, direito de não ser submetido a trabalho escravo), eles não são absolutos.

9 HASSEMER, Winfried. Crítica al Derecho Penal de hoy. Buenos Aires: AdHoc, 2003, p. 118-119.

10 FENOLL, Jordi Nieva. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Madrid: Edisofer, 2012, p. 12-59.

11 MÉNDEZ, Francisco Ramos. El proceso penal. Sexta lectura constitucional. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 191.

12 MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 427.

Sob esse ângulo, alguns direitos fundamentais básicos, como a presunção de inocência, que seguidamente conflitam com outros, poderiam ser relativizados em casos concretos. Em síntese, o indivíduo, em determinadas circunstâncias, teria de suportar perdas e a sacrifícios em prol do bem comum, que seria a finalidade precípua do Estado. Vale ressaltar que essa mesma teoria reconhece que os direitos fundamentais não devem ser limitados além do estritamente necessário, de modo exagerado, e que o cerceamento pode ser admitido somente quando respeitar os ditames constitucionais e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹³. Na prática, contudo, a ressonância dessas concepções acabam viabilizando retóricas argumentativas que autorizam o uso da prisão preventiva para fins estranhos aos da cautelaridade, deslocando-a da condição de *ultima ratio* que a legitima na democracia.

Assim sendo, não se deve descurar das funções latentes da prisão preventiva. Até mesmo Ferrajoli, ícone do garantismo penal (orientação que, assim como a tradição jurídica liberal, por sua crença ainda no sistema penal, sempre acaba afeita à permeabilidade dos autoritarismos neste campo), esgrimiou que essa modalidade de prisão equipara-se a uma pena processual que, na realidade, demonstra ter caráter preventivo e retributivo, haja vista que, primeiro, castiga o imputado com encarceramento para que, depois, seja ele processado. Em sua crítica, o professor italiano chegou a ironizar que, fosse verdade que a prisão preventiva não possui caráter punitivo, os Estados deveriam, ao menos, providenciar que os presos provisórios cumprissem a medida separados dos presos definitivos e em estabelecimentos adequados, e não em locais idênticos ou ainda piores, conforme se observa¹⁴. A realidade brasileira é exemplar nesse sentido, já que as autoridades permitem que presos provisórios e condenados sejam encarcerados, sem distinção, nos mesmos estabelecimentos prisionais.

No que tange ao ordenamento jurídico-penal brasileiro, a partir de 2011 a prisão preventiva restou condicionada à presença de algumas condições, como a prática de crime doloso, a cominação de prisão máxima superior a quatro anos, descabimento da liberdade provisória e a insuficiência das medidas cautelares

13Cf. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 8.ed. Brasília: Editora UnB, 1996; BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2007.

14FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 2. ed. Madrid. Trotta, 1997, p. 776-777.

menos gravosas. A decretação da medida também seguiu dependendo da presença do pressuposto do *fumus commissi delicti*, ou seja, da existência de indícios de autoria suficientes, e do fundamento do *periculum libertatis*, representado pelo perigo que a liberdade do acusado representaria ao processo, que tem como requisitos a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal¹⁵. Destaca-se que, com o advento da Lei nº 12.403/11, a exigência da demonstração de indícios suficientes de autoria foi reforçada, pois tornou obrigatória a demonstração da ocorrência de um fato com forte aparência de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, e também das razões objetivas que evidenciem a alta probabilidade em relação à autoria, o que não pode significar, em hipótese alguma, a antecipação do juízo de mérito¹⁶. Sobre o perigo representado pela liberdade do acusado, em virtude do postulado da proporcionalidade e da excepcionalidade da prisão preventiva, tornaram-se indispensáveis a demonstração concreta de sua ocorrência e também a impossibilidade de aplicação de medidas cautelares mais brandas para evitá-la¹⁷.

Entretanto, mesmo com a reforma de 2011 e com a introdução da audiência de custódia em 2015¹⁸, o quadro não se alterou. A prisão preventiva permaneceu sendo utilizada de modo banalizado e, em muitos casos, inclusive como meio de pressão sobre os acusados, visando à realização de acordos de colaboração premiada. Inegavelmente, a prisão preventiva, cujo regramento manteve espaços férteis ao autoritarismo, não deixou de reproduzir a cultura processual tecnicista-fascista predominante e também os clamores por segurança e por vingança difusos, restando marginalizada a ideia de respeito aos direitos e garantias individuais.

Diante dessas considerações, é possível inferir que os freios impostos pela teoria das cautelares traduzida na lei são insuficientes para evitar o mau uso da prisão preventiva, e que as deturpações propiciadas pela estrutura legislativa e pela cultura processual autoritária existente (fatores que são negligenciados por grande parte da doutrina e dos tribunais), também derivam de uma conjuntura mais ampla e complexa que envolve e extrapola o campo jurídico, isto é, diz respeito ao avanço

15Cf. artigos 282, § 6º e 315 da Lei nº 12.403/11.

16Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

17Cf. LOPES JR, Aury. Prisões Cautelares. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

18Cf. Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

das práticas neoliberais que vem destruindo a democracia¹⁹, inclusive com o apoio de grande parte da sociedade²⁰. Nesse cenário, a prisão preventiva, assim como o próprio sistema de justiça criminal, torna-se cada vez mais um dispositivo expiatório e de governo das camadas mais vulneráveis da população.

3 O QUE RESTA DO TECNICISMO-FASCISTA EM NOSSAS PRÁTICAS PROCESSUAIS?

Para salvaguardar o rigor científico do trabalho – e por questão de honestidade acadêmica – convém ressaltar que este sucinto escrito não desconsidera o fato de que o processo penal é um dispositivo de essência autoritária, tendo em vista que a submissão de um cidadão acusado da prática de um ilícito ao conjunto de atos que caracterizam o processo (mesmo que supostamente direcionado à tutela da inocência) é sempre uma cristalização da relação de poder hierárquica e vertical que não concede margem para que outras dinâmicas possam frutificar²¹. A prisão preventiva, por sua vez, não será local imune ao autoritarismo que permeia o processo penal. Com efeito, qualquer estudo que subestime essa condição corre sérios riscos de ter seus aspectos críticos atenuados. Parece-nos que, ignorar o fato de que em nenhum período histórico o processo e seus mecanismos se despiram do arbítrio, equivaleria a negar os motivos que justificaram as lutas pelo estabelecimento de limites à jurisdição penal travadas ao longo dos últimos séculos.

No caso brasileiro, todavia, verifica-se que o autoritarismo materializado no desrespeito aos direitos e garantias processuais apresenta-se de forma bastante radicalizada, seletiva e requintada. Os dados mencionados na introdução, sobre a quantidade de presos provisórios, evidenciam o desapareço de grande parte do Judiciário pelos princípios democráticos. Em que pese os esforços da tradição

19Cf. CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

20Cf. MOUNK, Yasha. O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de [Débora Landsberg](#) e [Cássio de Arantes Leite](#). São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

21Nesse sentido, Paliero sustentou que o autoritarismo é um elemento coexistencial do direito penal e do processo penal, que consiste em uma espécie de característica “genética” impossível de ser modificada, tendo em vista que esses dispositivos possuem natureza coercitiva de direito público. PALIERO, Carlo Enrico. Legitimazione democratica versus fondamento autoritário: due paradigmi di diritto penale. In: STILE, Alfonso Maria (Org.). Democrazia e autoritarismo nel diritto penale. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 161-162-163.

jurídica liberal (que nunca foi infensa ao autoritarismo e, por isso, pôde ser amalgamada pelos preceitos do positivismo pelos tecnicistas), é preciso destacar que o cerceamento dos direitos e garantias dos acusados pelo sistema de justiça criminal brasileiro não se opera de modo excepcional, proporcional ou razoável, conforme designa a Constituição de 1988, mas como regra, principalmente quando os acusados integram as camadas vulnerabilizadas da população²².

A performance do instituto da prisão preventiva é emblemática nesse sentido. Diante da manutenção de uma cultura jurídico-penal autoritária que preconiza um sistema processual “misto”, em realidade inquisitório²³, não se poderia esperar que a existência da Constituição democrática, por si só, promovesse a sua democratização. Mesmo após a dita redemocratização, a estrutura do processo penal brasileiro seguiu sendo aquela mesma desenvolvida pelos juristas do fascismo arremedada pelo CPPB de 1941. A principiologia e as ideias que serviram para a legislação de base tecnicista-fascista mantiveram-se intactas: concepção de que o processo penal é um instrumento repressivo; que tal rito deve ser célere e que o juiz precisa ser ativo na busca da verdade; que a defesa deve ser limitada em alguns momentos processuais; que as garantias, os recursos e impugnações são dispositivos supérfluos que servem apenas para retardar a realização da justiça e gerar impunidade; enfim, que a única presunção que deve recair sobre o imputado é a de culpa também prosseguiu predominando.

Não são raras as afirmações no sentido de que o autoritarismo no processo penal brasileiro é fruto da presença das categorias, institutos e dispositivos copiados do *Codice Rocco*. Tais assertivas não são incorretas. Porém, pensar que a herança da processualística desenvolvida pelos artífices do tecnicismo a serviço do fascismo se restringe ao conteúdo absorvido pelo texto da legislação processual penal elaborada pelo Estado Novo é incorrer em reducionismo. É verdade que o CPPB de 22Cf. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001; CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Pereira de Andrade (org.). Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Volume I. Florianópolis: Boiteux, 2002; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007; PASTANA, Debora Regina. Justiça Penal no Brasil contemporâneo. Discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. 23MIRANDA COUTINHO, Jacinto Néelson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leandro Costa de; (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Escritos do Prof. Jacinto Néelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 205.

1941, conforme diagnosticou Miranda Coutinho, é uma “cópia mal feita” do código escrito por Manzini, jurista que reorganizou o processo penal italiano sobre a estrutura inquisitória preexistente (inspirada no Código Napoleônico matriz do sistema misto)²⁴ de acordo com os interesses do regime fascista italiano. A despeito disso, a influência da racionalidade processual penal tecnicista-fascista, sedimentada na distorção de paradigmas jurídicos liberais e da utilização de discursos técnicos e cientificistas de origem positivista e consequente reatualização de velhos paradigmas inquisitórios, superou os aspectos morfológicos do diploma legal²⁵, dado que definiu o modo como nossos doutrinadores, legisladores, magistrados, promotores e advogados compreendem o processo e sua instrumentalidade²⁶.

É importante ter em vista ainda que, do mesmo modo como ocorreu com o processo penal italiano em 1931, o modelo processual preconizado pelo CPPB 1941 também correspondeu aos ideais do regime político autoritário vigente naquele período. Não há como negar que, mesmo não tendo sido um regime de pretensão totalitária²⁷, a Ditadura do Estado Novo inspirou-se em valores semelhantes aos que nortearam o fascismo italiano, conforme pode ser claramente constatado no campo processual penal. Nota-se que a admiração que Francisco Campos, Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, mantinha pela processualística penal fascista e pelo *Codice Rocco* coadunava com o seu pensamento político, alicerçado na necessidade de se instaurar um Estado forte e autoritário, bastante alinhado ao modelo de Estado de Mussolini²⁸.

24 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 124-125.

25 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: Continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 232-238.

26 FARACO, A. C. P. C. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil. Anais do Congresso Internacional “Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”. Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 163.

27 CANCELI, Elizabeth. O mundo da violência. A polícia na era Vargas. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. p. 77.

28 BUENO, Roberto. Francisco Campos e o conservadorismo autoritário. Edições do Senado Federal, v. 252. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. p. 171-180.

Todavia, no que concerne ao recorte do presente escrito, pode-se arriscar dizer que, depois da inquisição, foram os juristas do fascismo que fizeram o mais radical ataque à presunção de inocência ao elaborarem uma artilosa e refinada argumentação para desqualificá-la. Apesar de ter sido maquiada com uma aparência técnica e de neutralidade para angariar legitimidade, a ideia dos tecnicistas de erradicar a presunção de inocência baseava-se na lógica do senso comum (punitivista-vindicativo), presente desde a consolidação do poder punitivo. Tanto Arturo Rocco quanto Manzini compreendiam o princípio da presunção de inocência como equivocado, por conceder primazia aos direitos do acusado e, com isso, organizaram o ordenamento jurídico-penal do fascismo, incluindo as prisões cautelares, de modo a dar primazia à tutela do interesse público. Ambos avaliavam que, para ser eficiente em viabilizar o poder punitivo, o processo penal não deveria conceder espaço aos princípios que limitassem a intervenção estatal ou beneficiassem o imputado²⁹. Na visão tecnicista, o próprio juiz, principalmente graças ao poder ilimitado de produzir as provas para a descoberta da verdade, seria a garantia contra qualquer tipo de injustiça. Essa principiologia, inevitavelmente, repercutiu na prisão cautelar.

Mesmo sem abrir mão da “retórica do equilíbrio”³⁰ que, sem dúvidas, auxiliou a legitimar aquele modelo processual, os tecnicistas defendiam que sequer o acusado absolvido deveria ser considerado inocente, visto que, na maioria das vezes, a absolvição resultava de problemas técnicos, como a ausência de provas suficientes, a prescrição etc., e não da comprovação da inocência. Assim, se o *status* do cidadão absolvido seria o de “não culpado”, seria ilógico beneficiar os réus com a presunção de inocência. Pelo que ensinou Moraes, o desprezo pela presunção de inocência é típico de regimes autoritários, nos quais qualquer

29 BATIA, Di Giovanna; PIZZO, Alessandro. La tutela dell'imputato. Saggio storico - Concettuale. In: Rivista Diritti & Diritti. Direttore Francesco Brugaletta, Disponível em: <<https://www.diritto.it/archivio/1/20757.pdf>>, Último acesso em: 9.out/2018. p. 20-21-22.

30 Gloeckner denomina de “retórica do justo equilíbrio” o discurso que prega a equiparação entre os direitos da acusação (que representa o direito da sociedade de se defender contra o crime) e do acusado (direito de ver suas garantias respeitadas), uma concepção que vem guiando o processo desde o período liberal e que, no caso brasileiro, por ser utilizada para legitimar os velhos paradigmas inquisitórios, contribui sobremaneira para inviabilizar a democratização do campo. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 333 e ss.. Ademais, cf. sobre o tema: AMARAL, A. J. do. A Pré-ocupação de inocência no processo penal. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Vol. 62, 2013, p. 85-115.

indivíduo que discorde das ideias vigentes é taxado como um inimigo e considerado presumidamente culpado³¹.

Evidente, na Exposição de Motivos do CPPB de 1941, os elogios aos juristas italianos envolvidos na recodificação operada pelo Regime de Mussolini e a estreita aproximação argumentativa e discursiva com a processualística fascista, principalmente no sentido de que o processo deveria ser um instrumento despido do excessivo rigorismo formal que servia apenas para gerar nulidades processuais e de obstruir o exercício do poder punitivo. Portanto, não deveria ser benevolente com os acusados, prevendo um extenso rol de garantias que beneficiava apenas os criminosos e dificultava a ação repressiva estatal³². Ignorando completamente a complexidade do fenômeno crime, bem como qualquer tipo de solução adequada para o problema, o Ministro Campos, explicitamente contaminado pelo positivismo criminológico, compreendia o delinquente como um indivíduo rebelde à disciplina jurídico-penal que guarnecia a vida em sociedade e que, por isso, não poderia contar com imunidades além daquelas que garantissem o exercício do poder punitivo, ou seja, a de ser julgado por um juiz (cuja complexidade como ser humano era ignorada) e de não ser condenado sem provas³³.

Foi graças à influência da processualística tecnicista-fascista que o apreço pelo encarceramento provisório sem maiores formalidades restou consagrado no texto original do CPPB de 1941, tanto no regramento de sua decretação (determinada de ofício inclusive) quanto em outros dispositivos que previam a prisão automática ou a necessidade de recolhimento à prisão como requisito para o conhecimento de recurso de apelação³⁴. Desse modo, não tendo sido procedida uma ruptura com o ordenamento processual de 1941 e tampouco com a cultura tecnicista-fascista, a prisão preventiva, mesmo com outros regramentos (que na verdade nunca se afastaram do arquétipo original), seguiu sendo compreendida e utilizada de modo incompatível com o prisma constitucional inaugurado em 1988.

Tais permanências restam ainda firmes, mesmo após a reforma parcial

31 MORAES, Maurício Zanoide. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 128.

32 Cf. LAVORI PREPARATORI DEL CODICE ROCCO. In: MANGINI, R.; GABRIELI, F. P.; COSENTINO, U. Codice di Procedura Penale. Illustrato con i Lavori Preparatori. Roma: Tipografia Della Camera Dei Deputati, 1930.

33 CAMPOS, Francisco. O Estado Nacional. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 121.

34 Cf. artigos 311, 312 e 313 da versão original do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro e 1941.

promovida pela Lei nº 12.403/11, que modificou o regime das cautelares colocando à disposição dos magistrados uma série de medidas que lhes permitiriam assegurar os interesses processuais sem ter que lançar mão primariamente da prisão preventiva.

4 SOBRE A LEI Nº 13.964/2019: UMA ABORDAGEM CRÍTICA À PRISÃO PREVENTIVA

Considerando o exposto anteriormente, é necessário refletir sobre as perspectivas geradas pela reforma parcial promovida pela Lei nº 13.964/2019 no âmbito da prisão preventiva, notadamente sobre a possibilidade de que as inovações legais nem de longe produzam efeitos na direção da democratização do instituto.

De início, é necessário ponderar que, nos termos em que foi inicialmente apresentado no início de 2019 pelo então Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro³⁵, o dito “Pacote Anticrime” (como se algum pudesse ser a favor dele), mostrou-se completamente oposto à ideia de promulgar um modelo processual acusatório, minimamente, mais afeito ao regime democrático.

Lamentavelmente, o Projeto não contou com uma exposição de motivos, peça que normalmente acompanha os projetos de lei e que permitiria uma análise mais acurada de sua base principiológica. Contudo, levando em conta que, em seu discurso de posse, Moro asseverou que o objetivo do projeto que apresentaria ao Congresso consistiria em “(...) enfrentar os pontos de estrangulamento da legislação penal e processual penal e que impactam a eficácia do Sistema de Justiça Criminal”, justificando a proposta, sobretudo, no mito da impunidade e na insegurança da população frente aos “níveis epidêmicos” de criminalidade³⁶, fica claro que seu substrato teórico-princiológico, basicamente, aprofunda a mesma base que guiou a elaboração do CPPB de 1941. Nota-se que os argumentos securitários explanados por Moro, todos muito adequados à conjuntura neoliberal³⁷, diferenciaram-se muito

35 Cf. BRASIL. Projeto de Lei nº 882/2019 (Projeto de Lei Anticrime).

36 Cf. MORO, Sergio Fernando. Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Último acesso em 12.jun. 2019.

37 A compatibilidade da racionalidade tecnicista-fascista com o prisma neoliberal resta mais do que evidente nesse trecho do discurso de posse de Sérgio Moro: “Essas elevadas taxas de criminalidade, seja do crime de corrupção, seja do crime organizado, seja do crime violento, prejudicam o ambiente

pouco dos discursos presentes na exposição de motivos do *Codice Rocco*. As concepções de que o processo é um instrumento repressivo, que as formalidades e garantias processuais obstaculizam o exercício do poder punitivo, que o juiz deve ter uma postura ativa na busca da prova, dentre outras cunhadas desde a inquisição, mantidos pelos liberais e, posteriormente, readequados pelo tecnicismo-fascista,³⁸ estão todos presentes na manifestação de Moro³⁹.

Apesar do propósito declarado de aperfeiçoar a legislação processual penal, mesmo com as alterações de cariz acusatória introduzidas pelo Congresso Nacional, a Lei nº 13.964/2019 longe ficou de arranhar a estrutura do processo penal brasileiro. Os legisladores optaram por manter a espinha dorsal de 1941, inspirada no *Codice Rocco*. Mesmo depois de inúmeras reformas parciais, a legislação processual segue permitindo que as duas fases do procedimento sejam presididas pelo mesmo juiz (o juiz das garantias previsto na Nova Lei foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal – STF⁴⁰); que o juiz produza provas de ofício na fase de instrução e depois julgue o caso (reunião de atividades que configura uma das técnicas medulares do processo inquisitorial)⁴¹; que o juiz atribua definição jurídica diversa ao delito narrado na denúncia, mesmo que, como consequência, tenha de aplicar pena mais grave⁴²; que o juiz condene o réu ainda que o Ministério Público (titular da ação penal) postule pela absolvição⁴³; e, ainda, reafirma o mesmo sistema de nulidades demasiado “funcional” para cancelar a supressão ou a relativização de garantias, cuja efetivação depende do respeito às formas processuais⁴⁴.

Diante da profusão de elementos autoritários viabilizada pela manutenção da

de negócios e o desenvolvimento. Pior do que isso geram desconfiança e medo, afetando a credibilidade das instituições e, em certo nível, a própria qualidade da democracia e da vida cotidiana.” Cf. MORO, Sergio Fernando. Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em:

<<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Último acesso em 12.jun. 2019.

38 Cf. LAVORI PREPARATORI DEL CODICE ROCCO. In: MANGINI, R.; GABRIELI, F. P.; COSENTINO, U. Codice di Procedura Penale. Illustrato con i Lavori Preparatori. Roma: Tipografia Della Camera Dei Deputati, 1930.

39 Cf. MORO, Sergio Fernando. Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Último acesso em 12.jun. 2019.

40 Cf. Adin 6.298 (STF), que questiona a implementação da figura do juiz de garantias, e que foi oposta pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Ajufe - Associação dos Juízes Federais do Brasil.

41 Cf. artigos 156 e 209 do CPPB.

42 Cf. artigos 383 do CPPB.

43 Cf. artigos 385 do CPPB.

44 Cf. artigos 563 e ss. do CPPB.

estrutura processual e das velhas pulsões autoritárias que inspiraram muitos pontos da reforma, não haverá incoerência alguma, incluindo as práticas de deferimento da prisão preventiva, na operatividade futura em completa desarmonia com o prisma democrático e impermeável às novas metodologias hermenêuticas compatíveis com os princípios democráticos e humanitários⁴⁵.

Em consonância com esse raciocínio, deve-se sublinhar que o “Pacote Anticrime” obteve primazia em relação ao Projeto de Lei nº 8045/2010 (projeto de novo Código de Processo Penal), que preconiza um modelo processual mais próximo do acusatório, e que já havia sido aprovado pelo Senado Federal. Ora, se havia a intenção de democratizar o processo, por quê não promulgar o Projeto cujo texto já estava definido e foi suficientemente debatido nas casas legislativas? O fato dos poderes da República terem abdicado de um projeto de código de processo penal que estava pronto para proceder uma reforma complexa às pressas, leva-nos a deduzir que a intenção não foi se deixar permear com um lastro democrático consistente. Nesse sentido, é válido suspeitar que o legado do passado, somado aos gargalos introduzidos ou mantidos pela nova lei, poderão ser decisivos para que os poucos elementos acusatórios incluídos no CPPB possam ser novamente cooptados pelo autoritarismo culturalmente arraigado. Para fins de comparação, foi exatamente o que ocorreu na Itália, onde as reformas processuais parciais, confrontadas com o legado da processualística fascista, retardaram promulgação de um modelo de processo acusatório por mais de quatro décadas⁴⁶.

Indubitavelmente, algumas das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 no âmbito da prisão preventiva merecem destaque por revelarem-se potencialmente úteis para frear o eventual arbítrio. É o caso da nova redação do artigo 282, §6^o⁴⁷, que reforçou o comando anterior que já havia colocado a prisão

45 GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 13.

46 Cf. AMODIO, Ennio. Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea. In: *Criminalia. Annuario di scienza penalistiche*. Pisa: Edizione ETS, 2010; LACCHE, Luigi. «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie». *Gli anni della 'costituzione provvisoria': alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)*. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010; CHIODI, Giovanni. *Tornare all'antico»: il codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità*. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010; VASSALI, G. *Introduzione*. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010.

47 Artigo 282, § 6º, do CPPB: “A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos

preventiva definitivamente na condição de *ultima ratio*, isto é, como uma medida que poderia ser manejada somente quando nenhuma das medidas cautelares elencadas no artigo 318 e 319 fossem suficientes para assegurar os interesses processuais postos em risco pela liberdade do imputado. Também, da mesma forma, os artigos 283⁴⁸, 312, §2⁴⁹ e 315⁵⁰, que passaram a determinar um maior rigor nas motivações e fundamentações dos decretos de prisão. É importante frisar que o dever de fundamentação do decreto preventivo é previsto desde o texto original do CPPB de 1941⁵¹, posteriormente, consagrado no artigo 93, IX, da Constituição de 1988. No entanto, tais disposições sempre se demonstraram insuficientes para evitar a utilização banalizada da prisão cautelar.

Por sua vez, a alteração promovida no artigo 310⁵², que além de aperfeiçoar o regramento do flagrante, tornou obrigatória a realização da audiência de custódia, também foi positiva – ao menos em tese – haja vista o potencial do ato judicial em coibir a homologação de prisões em flagrantes arbitrárias e tentar minimizar a

elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.”

48 Artigo 283 do CPPB: “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.”

49 Artigo 312, § 2º do CPPB: “§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.”

50 Artigo 315 do CPPB: “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

51 Cf. Texto original do CPPB de 1931, artigo 315: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.”

52 Artigo 310 do CPPB: “Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do [art. 312 deste Código](#), e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos [incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (...)”

violência policial⁵³. As disposições em seus parágrafos 3⁵⁴ e 4⁵⁵ que, respectivamente, determinam a responsabilização da autoridade que, sem motivação idônea, der causa a não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido, e também a soltura compulsória do preso diante da não ocorrência do ato, também agregam aspectos positivos ao procedimento. Contudo, ao final do parágrafo 4º, o dispositivo autoriza o magistrado a decretar a prisão preventiva após relaxar o flagrante pela ilegalidade. Ora, parece-nos uma grave contradição, pois, se a prisão é ilegal, todo o ato resta comprometido. Sendo assim, tal autorização pode dar margem à edição de decretos preventivos que visam apenas a corrigir prisões ilegais praticadas pela polícia ou por qualquer um do povo, e tornar inócuo o comando constante no trecho inicial da norma.

A vedação do uso da prisão preventiva como meio de antecipação da pena ou como consequência automática da investigação criminal ou do oferecimento da denúncia preconizada no artigo 313, §2⁵⁶ deve ser igualmente saudada, pois, pode impedir prisões arbitrárias, cujos decretos possuem apenas uma aparência de motivação e-ou de fundamentação, mas, que, na verdade, são ensejadas pela convicção prévia que alguns juízes têm sobre a culpa, sobretudo nos casos em que a perquirição inicia com a prisão em flagrante. Não menos importante que as referidas inovações, foi a determinação de revisão periódica do decreto preventivo a cada 90 (noventa) dias, incluída no art. 316, parágrafo único⁵⁷, medida que poderá evitar que prisões se estendam por longos períodos. Sobre esse último dispositivo, duas ponderações devem ser feitas. A primeira, diz respeito ao lapso temporal de 90 dias, demasiado elástico, inclusive extrapolando o prazo de 81 dias (oitenta e um) tido como marco pelos tribunais para avaliação da proporcionalidade da prisão preventiva. Com isso, a revisão imposta pelo dispositivo pode acabar legitimando

53 Cf. CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de Custódia e Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

54 Artigo 310, § 3º, do CPPB: "(...)§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (...)".

55 Artigo 310, § 4º, do CPPB: "(...)Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva."

56 Artigo 313, § 2º, do CPPB: "(...)Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia."

57 Artigo 316, parágrafo único, do CPPB: "(...) Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal."

prisões provisórias que se estendem por muito tempo. A segunda, é que a revisão de nada adiantará nos casos em que a prisão for decretada com base em fundamentos que não se extinguem com o passar do tempo, a exemplo da garantia da ordem pública e da periculosidade do agente. Se o agente representava riscos à ordem pública ou era considerado perigoso ao tempo da decretação da prisão, dificilmente tais *status* sofrerão alteração no curso do processo, o que tornará a revisão um mero ato burocrático a ser cumprido. É notório que o êxito da determinação de revisão do decreto preventivo depende sobremaneira da democratização da cultura processual penal, posto que, do contrário, tais mecanismos descomprometidos com os princípios democráticos servirá apenas para legitimar prisões arbitrárias.

Certamente, o maior avanço introduzido pela reforma foi a alteração do art. 311⁵⁸, que erradicou a possibilidade de decretação da prisão de ofício, prática que é incompatível com a divisão de tarefas básica de um princípio acusatório. Curiosamente, essa acertada modificação opõe-se à essência da legislação na qual foi inserida que, como referimos antes, segue sendo regida pelo princípio inquisitivo ao permitir que o mesmo juiz atue nas fases de investigação preliminar e de instrução, e que ele ainda possa, nessa última fase, produzir de ofício as provas necessárias à formação de sua convicção, conforme mencionamos no tópico anterior. Isso demonstra que, além de promulgar um código acusatório, faz-se necessário o estabelecimento de uma cultura processual democrática. Só a cultura democrática pode fazer, por exemplo, que o disposto no artigo 311 realmente evite prisões arbitrárias.

É imprescindível observar ainda que, mesmo reformado, o CPPB segue apresentando muitos gargalos que podem viabilizar a utilização arbitrária da prisão preventiva, inclusive um que, pela redação, conforme analisaremos a seguir, parece-nos permitir ainda uma hipótese de decretação da medida de ofício. Ao nosso juízo, o primeiro ponto problemático da reforma que merece atenção é o texto do artigo 310, §2^o⁵⁹, que determina que o juiz não conceda a liberdade provisória quando verificar que o agente é reincidente, integra organização criminosa armada ou

58 Artigo 311 do CPPB: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. “

59 Artigo 310, § 2º, do CPPB: “(...)§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. (...)”

milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito. Por certo que tais condutas são graves, porém, até mesmo pelas decisões que o STF já proferiu sobre o tema⁶⁰, qualquer decreto de prisão preventiva motivado-fundamentado automaticamente na gravidade abstrata do delito ou em questões que dizem respeito ao juízo de mérito, configuraria uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

No que tange à prisão de ofício, parece-nos que ela não foi completamente arredada pela reforma. Pela nova redação do artigo 316, nos casos em que o acusado desrespeitar as medidas cautelares que lhe foram impostas, ao magistrado restará autorizado a decretar a prisão preventiva sem o prévio requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. Além de não condicionar a decretação da medida à provocação do magistrado, o novo texto promoveu um retrocesso ao permitir novamente – mesmo que somente nessa hipótese de descumprimento das cautelares mais brandas – a prisão de ofício na fase de inquérito, problema que havia sido corrigido pela Lei 12.403/11.

Evidentemente, o maior índice para o uso equivocado da prisão preventiva segue sendo o artigo 312, eis que, além de manter os problemáticos fundamentos anteriores, presentes desde a versão original promulgada pela ditadura vargas, incorporou o espinhoso fundamento do “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. A manutenção do fundamento da ordem pública foi uma escolha equivocada, pois, conforme há muito tempo alerta a doutrina mais crítica, configura um requisito maculado pela vagueza semântica e pelo conteúdo indeterminado, que abre espaço para o uso da medida extrema em nome de fins estranhos à sua natureza cautelar, mediante decretos que contam apenas com uma aparência de fundamentação. Nessa linha, em que pese ser largamente admitido pelos tribunais, o requisito se mostra incompatível com o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais⁶¹. Assim, a introdução do requisito do perigo gerado pela liberdade do imputado parece-nos um erro crasso, pois aprofunda uma cultura predominante apoiada no velho positivismo criminológico que acabará por viabilizar a prisão de indivíduos já estereotipados como inimigos. Além disso, o requisito

60 Cf. Habeas Corpus nº 132.615 – SP, Supremo Tribunal Federal (STF).

61 Cf. PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; CHOUKR, Fauzi Hassan. Medidas Cautelares e Prisão Processual: Comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Forense, 2011; LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. São Paulo: Saraiva, 2013.

incorre no mesmo problema da garantia da ordem pública, próprio de conteúdo indeterminado e que certamente possibilita o uso da prisão preventiva para fins não cautelares.

A tônica que permeou o projeto está bem clara no artigo 492, I. Mesmo que afastada topologicamente do Título das cautelares, ao nosso juízo, a norma consagra o despreço pela presunção de inocência – inclusive, por conflitar com a vedação do uso da prisão cautelar como antecipação da pena preconizada pela própria Lei –, determinando a execução provisória da pena (prisão que, por ocorrer antes do trânsito em julgado, não tem outra natureza senão provisória) nos casos em que o acusado for condenado pelo tribunal do júri a uma pena superior a 15 (quinze) anos de reclusão⁶². Em tempo, é oportuno referir que o artigo 492, I, denota a dinâmica que alimentou a elaboração do “Pacote Anticrime”, a mesma que vem lastreando a demanda pela execução automática da pena após o julgamento em segunda instância, antes mesmo do trânsito em julgado, e que, em um espectro mais amplo, vem obstaculizando a democratização do processo penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, diante da manutenção da velha estrutura processual penal e a ampliação dos espaços legais que, por natureza historicamente consolidada, mostram-se férteis às práticas autoritárias, frutos da presença de uma racionalidade tecnicista-fascista que se materializa na compreensão equivocada dos fins do processo penal e, conseqüentemente, do papel do juiz criminal na democracia, nada arriscado afirmar que a tendência hegemônica frente as reais possibilidades da reforma operada pela Lei nº 13.964/19 (já presente na anterior alteração pela Lei nº 12.403/11), não modifica o estado de coisas na esfera da prisão preventiva. As vertentes possíveis a uma mentalidade policialesca, que compreende o sistema de justiça como seguimento do exercício de segurança pública, permanecem abertas quase determinadamente ao uso arbitrário da prisão preventiva. Noutros termos, prisões sem pena que servem à satisfação da vontade de vingança socialmente difusa.

⁶² Artigo 492, I, do CPP:

6 REFERÊNCIAS

AMARAL, A. J. do. A Pré-ocupação de inocência no processo penal. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Vol. 62, 2013.

AMARAL, A. J. do. *O Dispositivo Inquisitivo: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal*. Tese de doutorado em Ciências Criminais. Porto Alegre: PUCRS, 2014.

AMODIO, Ennio. Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea. In: *Criminalia. Annuario di scienza penalistiche*. Pisa: Edizione ETS, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação da pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8.ed. Brasília: Editora UnB, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Roberto. *Francisco Campos e o conservadorismo autoritário*. Edições do Senado Federal, v. 252. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. *Audiência de Custódia e Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CANCELI, Elizabeth. *O mundo da violência*. A polícia na era Vargas. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: ANDRADE, Vera Pereira de Andrade (org.). *Verso e Reverso do Controle Penal – (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Volume I. Florianópolis: Boiteux, 2002.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CATENA, Victor Moreno. *La libertad provisional, la prisión provisional y otras medidas*. Lección. 17. In: SENDRA, Gimeno Vicente; CATENA Víctor Moreno. DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés (Org.). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2ª Ed. Madrid: Editorial Colex, 2003.

CHIODI, Giovanni. Tornare all'antico»: il codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffrè, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas Cautelares e Prisão Processual: Comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Forense, 2011.

FARACO, A. C. P. C. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Anais do Congresso Internacional "Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália". Vol. 1. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Edisofer, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 2. ed. Madrid. Trotta, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: Continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Buenos Aires: AdHoc, 2003.

LACCHE, Luigi. «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie ». Gli anni della 'costituzione provvisoria': alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947)". In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio*. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010.

LAVORI PREPARATORI DEL CODICE ROCCO. In: MANGINI, R.; GABRIELI, F. P.; COSENTINO, U. *Codice di Procedura Penale. Illustrato con i Lavori Preparatori*. Roma: Tipografia Della Camera Dei Deputati, 1930.

LOPES JR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El proceso penal*. Sexta lectura constitucional. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Néelson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leandro Costa de; (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Escritos do Prof. Jacinto Néelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORO, Sergio Fernando. *Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil*. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Último acesso em 12.jun. 2019.

MOUNK, Yasha. *O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução de Débora Landsberg e Cássio de Arantes Leite São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PALIERO, Carlo Enrico. Legittimazione democratica versus fondamento autoritário: due paradigmi di diritto penale. In: STILE, Alfonso Maria (Org.). *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

PASTANA, Debora Regina. *Justiça Penal no Brasil contemporâneo*. Discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009.

PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na reda o da Lei 12.403/11*. In: FERNANDES, Og. Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas. Comentários   Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROSA, A. M. da; AMARAL, A. J. do. *Cultura da Puni o: A ostenta o do horror*. 3. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2017.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. *Para uma crítica da razão fascista no processo penal brasileiro*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2019.

VASSALI, G. Introduzione. In: GARLATI, Loredana (Org.). *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milano: Giuffr , 2010.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradu o de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

**A “ESTRUTURA ACUSATÓRIA” ATACADA PELO MSI - MOVIMENTO
SABOTAGEM INQUISITÓRIA (CPP, ART. 3º-A, LEI 13.964)
E A RESISTÊNCIA ACUSATÓRIA**

*THE "ADVERSARIAL SYSTEM STRUCTURE" ATTACKED BY THE IMS -
INQUISITIVE SABOTAGE MOVEMENT (CRIMINAL PROCEDURE CODE,
ART. 3 °-A, LAW 13.964) AND ACCUSATORY RESISTANCE*

Aury Lopes Jr.¹
Alexandre Morais da Rosa²

RESUMO

O trabalho analisa o “Movimento da Sabotagem Inquisitória (MSI)” ante a adoção do Sistema Acusatório pelo CPP a partir da Lei 13.649/19. Pretende demonstrar a importância das inovações legislativas da referida Lei no âmbito do processo penal para a concretização de uma democracia processual, assim como as dificuldades na sua efetivação diante da mentalidade inquisitória e autoritária ainda latente nos atores judiciários.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 13.964/2019. Sistemas processuais. Juiz das Garantias. Cultura da Motivação. Democracia Processual.

ABSTRACT

The paper analyzes the “Inquisitorial Sabotage Movement (ISM)” faced with the adoption of the Adversarial System by the Criminal Procedure Code starting from Law 13,649/19. It aims to demonstrate the importance of the legislative innovations of the referred Law in the scope of the criminal process for the realization of a procedural democracy, as well as the difficulties in its accomplishment in face of the inquisitive and authoritarian mentality still latent in the judicial.

KEYWORDS: Law 13.964/2019. Procedural systems. Guarantee judge. Culture of motivation. Procedural democracy.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Para um modelo acusatório e a resistência inquisitória. 3 O Juiz de garantias e direito intertemporal. 4 O desafio da motivação (cpp, art. 315, § 2º). 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Quando escrevemos esse artigo, inserido em contexto coletivo de resistência acusatória, ainda não sabemos se a liminar do Min. Luiz Fux se sustentará. Não concordamos com seus fundamentos, como o leitor poderá verificar no decorrer do

1 Professor Titular no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Ciências Criminais da PUCRS, Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid e Advogado Criminalista.

2 Professor de Processo Penal (UNIVALI-UFSC), Juiz de Direito (TJSC), Doutor em Direito (UFPR).

texto, além de se valer seletivamente de argumentos *ad-hoc*, em geral, confundindo Processo Penal com Lei de Organização Judiciária. Ademais, sob o mantra de criar despesa (?) sem a mínima comprovação empírica. Prevaleceu o plano da *doxa* e da mentalidade inquisitória. O mais pândego é que a história da Lei é o reflexo do Brasil: Projeto de Lei do Ministro da Justiça do atual governo desconsidera todos os projetos em tramitação, inclusive do Novo CPP e CP, criando uma figura mítica do Projeto Anticrime. O projeto é aprovado pelos deputados com inserções democráticas da bancada progressista. Aprovado, já no Senado, o mesmo Ministro da Justiça garante aos Senadores que as inserções democráticas efetuadas pela câmara serão vetadas pelo Presidente da República. O Senado acredita e aprova o projeto como veio da Câmara. O Presidente atropela o Ministro da Justiça e sanciona a Lei, cuja importância ao processo penal democrático é fundamental. O Ministro da Justiça faz postagem contrária ao governo dele próprio, curioso com o tal “rodízio” de Juízes, embora o nome dele conste da Lei aprovada (confira depois de Bolsonaro quem assina a lei?). Ações declaratórias de inconstitucionalidade são propostas e o Min. Presidente do STF prorroga a entrada em vigor em até 180 (cento e oitenta) dias para que os Tribunais se organizem, criando, ademais, grupo de trabalho no CNJ. Acaba o plantão dele e o Vice-Presidente amplia a liminar e suspende o que já estava suspenso. Os Presidentes do STF e da República ficam em silêncio. O Ministro da Justiça aplaude a suspensão da lei que ele garantiu que seria vetada, afrontando a vontade do Presidente da República, enquanto somente o Presidente da Câmara, Rodrigo Maia, consegue resumir o baile: “*O Brasil é de fato um país interessante. O vice-presidente do Supremo decide contra o presidente do próprio Supremo, e o Ministro da Justiça elogia a decisão que é contra o presidente da República*”. O Presidente quer dividir o super Ministério da Justiça, recriando o da Segurança Pública, enquanto a magistratura reaja comemora a liminar do Min. Fux. Os professores de Processo Penal estão vendendo água de coco, enquanto esperam as cenas do próximo capítulo do baile. Tudo dentro do jogo limpo, da confiança e da probidade, típicas do ambiente republicano.

2 PARA UM MODELO ACUSATÓRIO E A RESISTÊNCIA INQUISITÓRIA

Se alguma dúvida ainda existia sobre o Sistema adotado pelo CPP, ao artigo 3º-A, com a redação dada pela Lei 13.964/19, deixou claro: “*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.” O Juiz passou a ser Juiz, ou seja, julgar, sem qualquer atividade probatória, prevalecendo a gestão da prova como fator de distinção entre os sistemas, como afirmou diversas vezes Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Mas o “Movimento da Sabotagem Inquisitória (MSI)” que acha que Juiz é o gestor da prova, que faz e acontece, busca resistir com argumentos frágeis, negacionistas. Em resumo, querem dizer: onde se lê “estrutura acusatória” deve se ler “estrutura inquisitória”. Beira ao ridículo. Mas vamos adiante.

A redação, mesmo não sendo das melhores, representa uma evolução para o nosso atrasado processo penal inquisitório e repete aquela que estava no PLS 156/2009 (Projeto do CPP do Senado). Naquela época, foi foco de intensa discussão na Comissão, chegando-se nessa redação intermediária. É preciso recordar que um processo penal verdadeiramente acusatório assegura a radical separação das funções de acusar e julgar, mantendo a gestão e iniciativa probatória nas mãos das partes (e não do juiz). É a observância do *‘ne procedat iudex ex officio’*, marca indelével de um processo acusatório, que tenha um Juiz-espectador e não juiz-ator, e que, assim crie as condições de possibilidade para termos um “juiz imparcial”. O problema é que essa estrutura não foi adotada com toda a amplitude devida e a redação do artigo prevê duas situações:

1º veda a atuação do juiz na fase de investigação, o que é um acerto, proibindo portanto que o juiz atue de ofício para decretar prisões cautelares, medidas cautelares reais, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico, de dados, etc.

2º veda – na fase processual – a substituição pelo juiz da atuação probatória do órgão acusador.

No primeiro caso não há críticas a redação, está coerente com o que se espera do agir de um juiz no marco do sistema acusatório. Consagra o juiz das garantias e afasta o juiz inquisidor. Nessa perspectiva, só faltou o legislador revogar expressamente o art. 156, I do CPP, pois não mais pode subsistir (está tacitamente revogado), até para evitar a resistência inquisitória. Dizia o art. 156, I, do CPP: “*Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida*”.

A rigor, não cabe mais esse agir de ofício, na busca de provas/evidências, por parte do juiz na fase de investigação. Obviamente que não basta mudar a lei, é preciso mudar a cultura, e esse sempre será o maior desafio. Não tardarão em aparecer vozes no sentido de que o art. 156, I, do CPP, permaneceu, cabendo o agir de ofício do juiz quando a prova for urgente e relevante. Tal postura constitui uma burla à mudança, mantendo hígida a estrutura inquisitória antiga. Afinal, basta com questionar: o que é uma prova urgente e relevante? Aquela que o juiz quiser que seja. E a necessidade, adequação e proporcionalidade, quem afere? O mesmo juiz que determina sua produção. Essa é a circularidade inquisitória clássica, que se quer abandonar. Fica a advertência para o Movimento Sabotagem Inquisitória (MSI) que virá.

Mas o maior problema está na segunda parte do artigo e nas interpretações conservadoras e restritivas que dará margem, afinal, o que significa “substituição da atuação probatória do órgão de acusação?” A nosso juízo toda e qualquer iniciativa probatória do juiz, que determinar a produção de provas de ofício, já representa uma “substituição” da atuação probatória do julgador. Considerando que no processo penal a atribuição da carga probatória é inteiramente do acusador (pois – como já ensinava James Goldschmidt – não existe distribuição de carga probatória, mas sim a “atribuição” ao acusador, pois a defesa não tem qualquer carga probatória, pois marcada pela presunção de inocência), qualquer invasão nesse terreno por parte do juiz, representa uma “substituição da atuação probatória do acusador”. Ademais, esse raciocínio decorre do próprio conceito de sistema acusatório: radical separação de funções e iniciativa/gestão da prova nas mãos das partes (ainda que a defesa não tenha “carga”, obviamente pode ter iniciativa probatória) = juiz espectador. Em vários países, a função do juiz de julgamento pode ser o de “esclarecer” algo na mesma linha de indagação aberto pelas partes, não podendo inovar/ampliar com novas perguntas, nem, muito menos indicar provas de ofício.

Soma-se a isso a fraude de produzir prova em favor da defesa. Fingindo que age em prol da defesa, passará a produzir provas para condenação. Fique bem claro: juiz com dúvida absolve (CPP, art. 386, VIII), porque não é preciso dúvida qualificada, bastando dúvida razoável. Temos visto magistrados, em nome da defesa, cinicamente, decretarem de ofício a quebra de sigilo telefônico, dados, de todos os acusados com *smartphones* apreendidos, para o fim de ajudar a defesa. É um sintoma da perversão acusatória.

Da mesma forma, incompatível com o art. 3º-A, a regra do art. 385, do CPP, porque se não há pedido de condenação ou de condenação parcial, descabe ao Juiz decretar a condenação. Condenar sem pedido é abuso de autoridade.

Por fim, a interpretação prevalecente do art. 212, do CPP, também não poderá mais subsistir, porque juiz não pergunta porque, desenhando: a) quem pergunta são as partes; b) se o juiz pergunta, substitui as partes; e, c) o art. 3º-A proíbe que o juiz substitua a atividade probatória das partes. Se não entendeu, leia novamente.

Mas, infelizmente a incompreensão do que seja um sistema acusatório, ou sua reducionista compreensão, somada a tal vagueza conceitual (substituição da atuação probatória) permitirá, já prevemos, o esvaziamento desta cláusula, até mesmo pela fraude da relativização das nulidades e seu princípio curinga (prejuízo). Vejamos como reagirão os Tribunais, mas o correto e adequado é reconhecer sua revogação tácita e absoluta incompatibilidade com a matriz acusatória constitucional e a nova redação do art. 3º - A. Todo o Juiz que produz prova de ofício trata o Ministério Público com incapaz, inimputável ou dispensável. Lutemos contra a sabotagem inquisitória em 2020.

3 O JUIZ DE GARANTIAS E DIREITO INTERTEMPORAL

Sucessão de Lei Processual no tempo. Levaremos em consideração a liminar do Min. Dias Tóffoli. Com a prorrogação da entrada em vigor do Juiz das Garantias, por até 180 dias (os Tribunais podem implementar antes), a contar de 15.01.2020 (Adin 6298), surgirão as seguintes situações: a) ações penais não iniciadas, aplica-se o Juiz das Garantias; b) ações penais findas, nada se modifica; c) ações penais já iniciadas sem a cisão entre Juiz das Garantias e Juiz de Julgamento, como se responde? Nos limites da coluna falaremos somente do item (iv), “a”, da decisão, já que a prorrogação auxilia na estruturação dos Tribunais. Voltaremos a falar de outras questões no futuro.

O efeito do Juiz das Garantias, avanço democrático reconhecido inclusive pela decisão que postergou a implementação, modifica a estrutura funcional do processo penal. Cria nova hipótese de “competência funcional”, regra inderrogável, cuja inobservância é causa de nulidade absoluta. A pergunta a ser feita é: aplica-se às ações penais em tramitação, que devem ser adequadas ou somente às

instauradas no futuro, depois da efetiva vigência? A decisão liminar do Min. Toffoli, nesta parte, ao modular os efeitos intertemporais, destoa quer da doutrina abalizada, quer dos julgados anteriores do STF.

Constou expressamente da decisão, após a dilação da vigência de até 180 dias (na linha da LC 95/98, art. 8º, § 1º), dos artigos 3-B; 3-C; 3-D; 3-F, do CPP, inseridos pela Lei 13.964/19:

(iv) fixarem-se as seguintes regras de transição:

(a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento;

(b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa.

A reforma mais uma vez parcial, não trouxe regras de transição, criadas pelo Min, Toffoli, ousamos dizer, em desconformidade ao direito intertemporal. Por aplicação analógica (CPP, art. 2º), cabe invocar o Código de Processo Civil de 2015 (arts. 14, 1.046, §§ 1º e 5º, 1.047, 1.054, 1.056 e 1.057), segundo a qual se adota, desde longa tradição, a lógica do isolamento dos atos processuais.

Já é clássica a lição de Galeno Lacerda³, baseada em Paul Roubier, no sentido de que não se confundir aplicação imediata da lei com irretroatividade: *“Como o processo compreende uma sequência complexa de atos que se projetam no tempo, preordenados para um fim, que é a sentença, deve ele ser considerado, em termos de direito transitório, como um fato jurídico complexo e pendente, sobre o qual a normatividade inovadora há de incidir”*. O que importa é o momento da constituição do ato processual, a saber, a superação de momento processual. Isso porque embora não tenha efeitos sobre atos processuais passados, ou seja, não se poderia exigir que uma parte tivesse que observar regra não vigente (precisaria adivinhar o futuro), no campo do Processo Penal (foro de garantias) não há direito processual adquirido do Estado em manter normas restritivas de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais, como bem pontua Luis Lanfredi⁴. Assim, a nova lei

3 LACERDA, Galeno. O novo direito processual civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 12.

4 LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. El ‘Juez de Garantías’ y el sistema penal: (Re)planteamientos sócio-criminológicos hacia la (re)significación de los desafíos del poder Judicial frente a la política criminal brasileña. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 204-205: “De esta forma, el ‘juez de garantías’ nasce con la connotación de ser “un nuevo órgano judicial” que debe, según Bertolino

13.964/19 somente vale para o futuro e, no futuro, quando da Audiência de Instrução e Julgamento, há reconhecido o direito de não ser julgado pelo mesmo magistrado que atuou na nova fase das garantias. O acusado adquiriu o direito subjetivo de ser julgado por um Juiz não contaminado/poluído pelos atos praticados durante a Investigação Preliminar, sob pena de se dar ultratividade ao regime de julgamento incompatível com a cisão funcional. Por isso o equívoco da regra de transição (iv) item “a”.

Assim é que a regra do art. 3º, do CPP, (*princípio do tempus regit actum*) não pode invalidar etapa processual produzida em sua conformidade, assim como não pode validar ato processual não realizado/finalizado no tempo de sua vigência, como aponta a regra de transição da medida cautelar deferida (item “iv”, “a”). Em resumo: se pendente o ato de instrução e julgamento, a aplicabilidade será imediata, com a anulação dos atos realizados e a remessa ao Juiz de Julgamento, sem contato com os atos anteriores. O isolamento válido somente acontece nos casos de instruções finalizadas. Dito de outra forma: não se pode dar efeito retroativo para anular instruções finalizadas conforme a regra em vigor, ao mesmo tempo em que não se pode validar instruções pendentes, a saber, não finalizadas, porque o ato – audiência de instrução e julgamento – não se findou. Negar eficácia imediata a Lei 13.964/19, neste caso, seria apagar a garantia do julgamento justo, mesmo estando em vigência novo regramento. Enfim, não há um direito processual adquirido ao Juiz contaminado.

O próprio Supremo, analisando as reformas processuais anteriores, assentou no RHC 115.563 (Min. Luiz Fux): “1. *A lei processual possui aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 2º do CPP (‘Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior’)*. 2.

(2000: p. 9), entenderse en el ámbito de un modelo de enjuiciamiento distinto, ya que proyecta alteraciones en sus relaciones con las otras instancias que intervienen en la persecución penal. Su función, del todo ajena a la gestión de la investigación de hechos y bajo ningún concepto representativa de la longa manus de los órganos encargados de perseguir al delincuente, se ejerce y tan solo se justifica en la medida en que se instituye para establecer los límites de la discrecionalidad de aquéllos, así como los requisitos esenciales que configuran la operatividad de ‘agresivos’ institutos manejados a lo largo de ésta primera fase del proceso penal (como, por ejemplo, la prisión provisional, las escuchas telefónicas, la infiltración de agentes y otras tantas medidas cautelares que limitan derechos en concreto en nombre de un mal planteado incremento de la eficiencia punitiva). Así que no es impropio admitir que la instrucción procesal penal llega a ser, muchas veces, una fase cuya fuerza es tal que puede desnaturalizar el juicio, merced la estructura y repercusión de las pruebas o presunciones implícitas con las que opera. Ese juez al que se alude con el epíteto de ‘garantizador’, como refiere Ferraioli (2006: p. 2), es un juez ‘para la instrucción’ y no ‘de la instrucción’, algo que refuerza su estatuto como órgano que interviene (en), pero que no compone o integra, la estructura de esta fase, al contrario de lo que ocurre con la policía y el ministerio público”.

A Lei 11.689/08 é aplicada aos processos futuros e também aos processos em curso, ainda que estes tenham como objeto fato criminoso anterior ao início da vigência da própria Lei 11.689/09 ou, ainda, da Lei n. 9.271/96, que, alterando artigo 366 do CPP, estabeleceu a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional em relação ao réu que, citado por edital, não compareceu em juízo. A nova norma processual tem aplicação imediata, preservando-se os atos praticados ao tempo da lei anterior ('tempus regit actum'). Precedentes: HC 113.723, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 04.12.13, e RHC 108.070, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 05.10.12)." Na mesma lógica, o HC 124.783 (Min. Celso de Melo):

Vale registrar que a colenda Segunda Turma desta Corte, ao julgar o RE 752.988-AgR/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, destacou a natureza processual da Lei nº 11.689/2008, no ponto em que derogou os arts. 607 e 608 do Código de Processo Penal, que disciplinavam o protesto por novo júri, reconhecendo, em razão desse entendimento, a eficácia e a aplicabilidade imediatas desse novo diploma legislativo aos procedimentos penais em curso. Na ocasião, esta Suprema Corte deixou assentado que o tema em referência, considerada a sucessão de leis processuais no tempo, rege-se pelo critério que considera dominante, em matéria recursal, o ordenamento positivo vigente no momento em que publicada a sentença ou decisão, em face do postulado segundo o qual "tempus regit actum.

Em face da existência de ato processual pendente, será necessário o chamamento à ordem de todos os processos penais em tramitação, porque a lógica de autos de processo continuado, em etapas sucessivas e formalizadas em autos acabou-se, isto é, não haverá mais autos de início (denúncia, depois inquérito ou flagrante, depois recebimento e processamento). A partir de agora o procedimento será basicamente oral e produzido em audiência de instrução e julgamento, com relevo às alegações finais. Nenhum dos jogadores terá os autos para chamar de seu. Em relação à aplicação imediata do Juiz das Garantias previsto na Lei 13.964/19 e respeitando a lógica do direito intertemporal, isolados os atos válidos conforme a lei processual então em vigor, podemos apontar os seguintes cenários diante da respectiva fase:

a) Investigações sem denúncia/queixa: Juiz de Garantias deve: (i) ser notificado da instauração da investigação, andamento, prazos e arquivamento, instaurando procedimento de acompanhamento; (ii) analisar os pedidos cautelares formulados; (iii) conhecer do habeas corpus impetrado contra atos de investigação, inclusive realizados pelo Ministério Público; (iv) efetivar o controle dos direitos dos investigados; (v) processar até a fase de

recebimento da denúncia/queixa, preparando os autos a serem remetidos ao Juiz de Julgamento, acautelando os demais (ficam à disposição das partes/julgadores).

b) Ações Penais em Curso: Juiz de Garantias deve:

(i) se ofertada denúncia sem absolvição sumária, processar a acusação e rejeitada a absolvição sumária (total ou parcialmente), preparar os autos a serem remetidos ao Juiz de Julgamento, acautelando os demais (ficam à disposição das partes/julgadores);

(ii) se já iniciada a instrução e julgamento, mas não finalizado o ato (não se ouviram as testemunhas ou mesmo o interrogatório, por exemplo), diante da nova regulamentação, desde que tenha atuado em alguma das atribuições do Juiz das Garantias, anular todos os atos de instrução, pós art. 399, do CPP, preparando os autos a se remeter ao Juiz de Julgamento, acautelando os demais (ficam à disposição das partes/julgadores);

(iii) se já finalizada a instrução e julgamento, proferir decisão na forma do regime anterior, promovendo novos autos para fins recursais, porque mesmo sendo a decisão válida, o recurso já se insere no regime de cisão (Juiz das Garantias e Juiz de Julgamento) restringindo o conteúdo a ser encaminhado à superior instância.

Importante sublinhar, *a latere*, que sem o exercício da ação penal sequer se pode falar de isolamento de atos processuais, porque na fase de investigação se trata de procedimento. Logo, se não há nem mesmo processo, não se pode sequer falar de isolamento de ato processual.

A Reforma ampliou garantias. Não havia Juiz das Garantias e o Juiz era um só: da investigação preliminar até a sentença. Com a inclusão do Juiz das Garantias, então, surge aos casos sem instrução e julgamento finalizados, o direito (ampliação das garantias) de ser julgado por um Juiz imparcial (objetiva, subjetiva e cognitivamente). Não há um direito processual adquirido ao Juiz contaminado. Logo, será preciso sanear todos os processos em tramitação. Por isso a nossa objeção ao item (iv) “a” da decisão.

4 O DESAFIO DA MOTIVAÇÃO (CPP, art. 315, § 2º)

O desafio pela efetiva “cultura da motivação” se renova com a alteração do art. 489, do CPC, acolhido pelo art. 315, § 2º, do CPP (§ 2º *Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”). Por isso a importância de atualizarmos os requisitos da decisão, no que a recente reforma do CPC pode auxiliar. Não se trata de estender as categorias do processo civil e sim de reconhecer que os ditames mínimos da sentença penal devem guardar pertinência com o modo pelo qual decisão no Processo Civil é considerada válida. Há um *gap* de requisitos no CPP e, por isso, a aproximação, na hipótese, além de adequada, guia-nos à aplicação do “melhor direito”⁵.

O Novo Código de Processo Civil promoveu revolução na maneira como se deve decidir, exigindo, por força do art. 489, que além do relatório, fundamentação e dispositivo, em seu § 1º que:

“Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a

5 NICOLÁS GARCÍA, Gerardo; ALBERTO JULIANO, Mario; PÉREZ GALIMBERTI, Alfredo. Derecho al mejor derecho y poder punitivo. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 31.

existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Complementa, no § 2º, que: *“No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.* Como visto, deve-se interpretar o novo art. 315, § 2º, do CPP, pela diretriz do CPC,

A lógica que informa é a de que a invocação de princípios, colisão entre regras e princípios, a alusão a todos os significantes manejados no discurso, depende do estabelecimento, pelo julgador, do sentido emprestado a cada momento e contexto. Não existe o dado em Direito, devendo-se a partir da teoria do caso, demonstrar-se a pertinência de cada invocação de significante, enfim, de seu conceito operacional no campo da pragmática⁶. E o contraditório entre os jogadores sobre as razões judiciais deve ser preliminar, vedado o fator surpresa (NCPC, art. 10)⁷. Isso porque a teoria do processo, via Fazzalari, exige o contraditório significativo como fundamento democrático da decisão⁸.

Constitui-se em novo modo de compreender a exigência constitucional de motivação/fundamentação (CR, art. 93, IX) das decisões no campo democrático⁹.

6 WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. Pragmática da comunicação humana. Trad. Álvaro Amaral. São Paulo: Cultrix, 1991, p. 19: “Conquanto seja perfeitamente possível transmitir séries de símbolos com exatidão sintática, eles permaneceriam desprovidos de significado se o emissor e o receptor não tivessem antecipadamente concordado sobre a sua significação. Neste sentido, toda a informação compartilhada pressupõe uma convenção semântica. Finalmente, a comunicação afeta o comportamento e este é o seu aspecto pragmático”.

7 QUEIROZ, Paulo. Impacto do Novo CPC sobre o Velho CPP. Consultar:

<http://emporiiodireito.com.br/impacto-do-novo-cpc-sobre-o-velho-cpp-por-paulo-de-souza-queiroz/>

8 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 139: “O papel da imparcialidade do juiz residirá não apenas nos gostos e preferências pessoais que deveriam no plano do dever-ser, restar renegados. Mas consiste em propiciar às partes igualdade de oportunidades na ‘captura psíquica’ do juiz. O contraditório consistiria na peça imprescindível de um processo democrático, no qual as liberdades prevalecem sobre o interesse exclusivo do Estado. Apenas de tudo, Fazzalari, de forma consciente, salienta que nem por isso o contraditório permite se abolir as margens de irracionalidade componentes da decisão judicial: no que diz respeito ao poder do juiz, repete-se que em sua decisão sempre comparece um componente de irracionalidade”.

9 POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A Crise Do Conhecimento Moderno E A Motivação Das Decisões Judiciais Como Garantia Fundamental. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). Sistema penal e violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2009, p. 155: “O frequente desrespeito do imperativo de fundamentação na prática jurisdicional que se exprime com fundamentações incompletas e de cunho retórico não pode ser justificado com a simples referência à sobrecarga que enfrenta o poder judiciário. A fundamentação é dever e não simples faculdade do juiz”; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Poder Judiciário e Argumentação no atual Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Interpretação judicial criativa pro reo em Direito Penal. Porto Alegre: Núria Fabres, 2015.

Com isso a indicação de mero julgado, de súmula ou de dispositivo de lei, sem a devida costura argumentativa, levará à declaração de ausência de motivação adequada. Será preciso que os magistrados tenham coragem de rever o modo cômodo de produção de decisões, com o enfrentamento de todos os argumentos e a explicitação dos significantes invocados (p. ex. Proporcionalidade, equidade, justiça, processo, teoria do delito etc.). O dever de motivar sofre, assim, constrangimento legal que depende, todavia, da adesão dos destinatários. Há movimento da magistratura menos democrática pela manutenção de modo de decisão solipsista, negando-se a assumir o dever de fundamentação autêntico.

Confundir sentidos no processo penal é mais comum do que se imagina. A linguagem é utilizada corriqueiramente na elaboração dos discursos jurídicos e, quando invocamos um significante na argumentação, deveríamos ter o cuidado de tentar situar o contexto e o respectivo sentido. Isso porque o sentido das palavras pode variar conforme a teoria pela qual se articula a ordem do discurso. Reitero que, por exemplo, democracia, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, processo, presunção de inocência, liberdade, igualdade etc., não são conhecidos como objetos existentes na natureza, mas sim construídos. E uma simples alteração pode modificar o resultado do processo interpretativo.

Para mitigar a pluralidade de sentidos (possíveis) exige-se do jogador processual a indicação da teoria pela qual o significante é invocado (CPP, art. 315, § 2º). O problema reside que boa parte dos atores judiciais não faz a mínima noção de onde os conceitos são invocados. Claro que não estou fazendo louvação ao Círculo de Viena e, muito menos, que um dicionário de conceitos jurídicos possa resolver a questão. Todavia, sem o âmbito semântico, na linha do que o artigo 489, do Novo Código de Processo Civil e 315, § 2º, do CPP, vaga-se sem saber o que o enunciador quis dizer, já que poderemos ter outro sentido. O constrangimento democrático da efetiva motivação das decisões exige que o julgador e os jogadores (parte dos processos) sejam capazes de apontar o Conceito Operacional (COP – Pasold¹⁰) de cada um dos significantes. Dizer que a questão viola a dignidade da pessoa humana, por exemplo, deveria ser antecedida de uma questão: Em Kant ou

10 PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática. Florianópolis: EMais, 2018; WALTON, Douglas N. Lógica Informal. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2012, 338: “Em suma, a vagueza e a ambiguidade não podem ser totalmente eliminadas. Mas também não são totalmente intoleráveis e destrutivas na argumentação racional, embora, em certos contextos, possam atrapalhar a comunicação e gerar outros problemas. Os termos têm que ser definidos com uma precisão compatível com o contexto do diálogo”.

Hegel? Não se trata de um ornamento exibido e teórico, porque sem o esclarecimento de qual base teórica o sentido pode advir, perdemo-nos em diálogos sem sentidos – lugar em que, portanto, vige o senso comum teórico dos juristas (Warat).

O que se busca, assim, diante da alteração da teoria da decisão, tanto no processo civil, como no processo penal, é justamente que sejamos capazes de acompanhar os julgadores e jogadores no percurso teórico apresentado – ou, abrir caminhos de forma contextualizada e despretensiosa. Não existe nada dado, evidente (Rui Cunha Martins¹¹), no campo do Direito que trabalha com materiais conceituais; o que se tem é o ritmo dos jogadores que flutuam numa práxis consolidada, da qual se extrai no plano teórico o senso comum no qual todos deslizam, e este é o *locus* de aproximação da teoria dos jogos na abordagem que se traz. Daí que o desnudamento da crueza das regras do jogo enquanto ocorre é o objetivo, do que se intenta, muito embora pela via inversa de o dissecá-lo, justamente por isso torná-lo mais democrático, mais justo e honesto.

O revelar provoca conscientização, e pretende equipar aqueles que são responsáveis por processos cujo manejo afeta de maneira contundente vidas e pessoas. Os reflexos são imponderáveis. Aqui, portanto, alinha-se com Lenio Luiz Streck, no sentido de que a pluralidade de horizontes teóricos deve sempre ter o compromisso maior com o objeto último daqueles afetados pelos processos, e, com Kafka, afetados pelas engrenagens não ditas. O véu da proibição e do oculto é (sempre parcialmente) retirado. Pode-se jogar (mais) democraticamente (*fair play*). Além disso, teremos o trabalho de adaptação ao contexto da decisão e da teoria do caso, em que cada especificidade promoverá o trabalho argumentativo da pertinência. Dará mais trabalho. Por isso a resistência de certa parcela da magistratura quanto ao impopular artigo 489, § 2º, do novo Código de Processo Civil (e do art. 315, § 2º, do CPP), justamente porque sem dizer os fundamentos, fica mais fácil e fraudulento democraticamente decidir. A luta por uma decisão autenticamente fundamentada/motivada parece o desafio de efetivação de um modelo que não se seduz pelas aparências. Os imperadores decidiam com o polegar para cima ou para baixo e sem dizer os motivos. Já os magistrados, em

¹¹ CUNHA MARTINS, Rui. O Ponto Cego do Direito, The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

democracia, precisam justificar suas decisões de maneira coerente e consistente, sem dribles retóricos e/ou falácias.

Por fim, a motivação adequada existe ou não; impossível que seja parcial e, por via de consequência, complementada. Isso porque exige-se (CR, art. 93, IX) que a decisão seja fundamentada (em lei) e motivada (os motivos determinantes – *ratio decidendi*). A questão ganha relevância com o ‘jeitinho’, o ‘drible’ que os Tribunais enfrentam o tema, muitas vezes reformando – em regra para melhor ao acusado – ou mandam que seja complementada, com motivação adequada, em prazo indicado. Quando inexistente recurso de acusação, aplicado ‘drible’, ou seja, determinado que o Tribunal ou juiz fundamente o que falta, poderia o jogador-acusador recorrer? Não teria se operado preclusão? Não se trata de *reformatio in pejus indireta*? Se a decisão está errada, cabe reformar em favor da defesa e se estiver parcial ou totalmente não motivada, pode-se anular ou se decidir em favor da acusação¹². O Estado não pode determinar a complementação de motivação por ser atividade decisional anômala ao regime democrático. Diretamente: o Tribunal/Juiz decidiu ou não; em caso positivo se reanalisa a decisão, em caso negativo, decide-se em favor da defesa ou se anula, sendo abusivo o reconhecimento do direito de prorrogação da motivação, dada a preclusão judicante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A luta cotidiana por um Processo Penal democrático exige a manutenção do texto da Lei 13.964/19, porque se constitui como o maior sintoma do forte movimento reformista levado a efeito nas últimas décadas, com o propósito de livrar o processo penal do seu ranço autoritário e inquisitório, reduzindo o imenso atraso civilizatório, democrático e constitucional que temos no CPP.

12 OLIVEIRA, William César Pinto. Fundamentação inidônea e recurso da defesa: reforma ou anulação da decisão? Boletim IBCCRIM, n. 275, Outubro/2015, p. 9-10: “O que se pretende é estabelecer, com lastro no *favor rei*, uma interpretação do art. 93, IX, da CF, mais favorável ao réu que, mesmo em se tratando de uma decisão carente de fundamentação, ou sobretudo nos casos de fundamentação inidônea, não implicaria anulação, e sim a reforma benéfica, notadamente quando o órgão acusador não tiver demonstrado nenhum inconformismo. (...) É até compreensível que se anule a decisão viciada em decorrência da ausência ou carência de motivação. Não obstante, em se tratando de fundamentos inidôneos como a gravidade abstrata do crime ou uma vedação legal incompatível com a Constituição, não há, propriamente, ausência ou carência de fundamentação, pois a fundamentação existe, mas está incorreta, de sorte que somente poderia haver reforma e não anulação da decisão, como tem acontecido com frequência”.

Se a estrutura acusatória já indicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela leitura constitucionalizada do Processo Penal de partes, precisa da vigência do art. 3-A, do CPP, para se fazer implementar, realmente temos a prevalência da mentalidade inquisitória no ambiente brasileiro. Não iremos longe: O Observatório da Mentalidade Inquisitória, capitaneado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, bem demonstra a lógica autoritária de uma magistratura que nega seu papel de terceiro/árbitro, de um Ministério Público que não assume seu devido protagonismo, aceitando a magistratura como curadora da prova – porque somente o Ministério Público incapaz aceita que o juiz se meta na sua função. A nossa luta pela democracia processual continua, esperando que você não se iluda com o canto autoritário que ilumina a manutenção de um modelo em que o Juiz é o senhor do processo. Juiz deve julgar, em qualquer atividade ou prática, o juiz que torce ou orienta um dos competidores, no fundo, fraudada a imparcialidade. Precisamos finalmente que o processo penal se liberte da matriz fascista e inquisitória do Código de Rocco.

P.S. Ouça o nosso podcast sobre o tema: *Criminal Player*, no seu agregador favorito (Spotify, Google Podcasts, Deezer, Itunes, etc.). Siga-nos no instagram: @aurylopesjr e @alexandremoraisdarosa Nossas obras "Direito Processual Penal" (Aury, Editora Saraiva) e "Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos" (Alexandre, EMais editora) já estão atualizadas de acordo com o Pacote Anticrime.

6 REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Poder Judiciário e Argumentação no atual Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. *Interpretação judicial criativa pro reo em Direito Penal*. Porto Alegre: Núria Fabres, 2015.

CUNHA MARTINS, Rui. *O Ponto Cego do Direito, The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm, 2015.

LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. *El 'Juez de Garantías' y el sistema penal: (Re)planteamientos sócio-criminológicos hacia la (re)significación de los desafíos del*

poder Judicial frente a la política criminal brasileña. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NICOLÁS GARCÍA, Gerardo; ALBERTO JULIANO, Mario; PÉREZ GALIMBERTI, Alfredo. *Derecho al mejor derecho y poder punitivo*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

OLIVEIRA, William César Pinto. *Fundamentação inidônea e recurso da defesa: reforma ou anulação da decisão?* Boletim IBCCRIM, n. 275, Outubro/2015.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. Florianópolis: EMais, 2018; WALTON, Douglas N. *Lógica Informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A Crise Do Conhecimento Moderno E A Motivação Das Decisões Judiciais Como Garantia Fundamental. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2009.

QUEIROZ, Paulo. *Impacto do Novo CPC sobre o Velho CPP*. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/impacto-do-novo-cpc-sobre-o-velho-cpp-%E2%80%93-1/>. Acesso em 12 de março de 2020.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. *Pragmática da comunicação humana*. Trad. Álvaro Amaral. São Paulo: Cultrix, 1991.

O TEMPO E A PENA DE PRISÃO: (MAIOR) RETALIAÇÃO NO PACOTE ANTICRIME?

THE TIME AND THE PRISON SENTENCE: (GREATER) RETALIATION IN THE ANTI-CRIME MEASURES?

Betina Heike Krause Saraiva¹

“Essa modernidade líquida transforma em banalidade não o bem puro e simples, mas o próprio mal” BAUMAN (2014, p. 17).

RESUMO

O presente estudo trata de uma das recentes alterações na legislação penal em decorrência do pacote anticrime: o tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade de 30 para 40 anos de reclusão. Entretanto, esse aumento do rigor na lei penal parece estar longe de resolver o problema da criminalidade. A pouca efetividade esperada se revela nas falhas políticas criminais de “combate” à delinquência, assim como a total ausência de infraestrutura no sistema penitenciário brasileiro, desde a superlotação até a ausência de mínimas condições para que a prisão atinja qualquer fim utópico educativo. A quantidade da pena não resulta em qualidade da sanção aplicada, contudo uma maior retaliação do Estado frente ao criminoso.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão. Tempo. Retaliação. Pacote anticrime.

ABSTRACT

This study deals with one of the recent changes in criminal legislation as a result of the anti-crime measures: the maximum time for serving a prison sentence from 30 to 40 years of imprisonment. However, this increased severity in criminal law seems to be far from solving the problem of crime. The expected little effectiveness is revealed in the criminal political failures of “fighting” delinquency, as well as the total lack of infrastructure in the Brazilian prison system, from overcrowding to the absence of minimum conditions for the prison to achieve any utopian educational purpose. The amount of the penalty does not result in the quality of the sanction imposed, but a greater retaliation by the State towards the criminal.

KEYWORDS: Prison. Time. Retaliation. Anti-crime measures.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Alteração do art. 75 do Código Penal: punir mais significa punir melhor? 3 Aumento de tempo máximo de pena de prisão: a retribuição como justificativa palpável. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Doutora em Direito (PUCRS). Especialista e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Autora das obras: Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere (Livreria do Advogado) e Maridos homicidas no Direito Penal da paixão (Editora Feevale).

1 INTRODUÇÃO

O tempo como pena: a alteração do art. 75 do Código Penal elevou o período máximo de cumprimento de prisão de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos. Essa temática gera algumas inquietações, a partir da compreensão das consequências da vida prisional, durante e após o convívio no sistema carcerário. O pacote anticrime inovou, como no instituto do livramento condicional, seja em execução penal, na majorante do crime de roubo (emprego de arma branca), no Direito Material, e no juiz de garantias, em sede processual, por exemplo, dentre outras alterações.

A prisão, no Brasil, é a sanção mais enérgica, severa, também conhecida como “medida odiosa”. O cárcere é destinado, por exemplo, aos criminosos mais perigosos, aqueles que são reincidentes por crimes dolosos, os quais iniciam no regime mais gravoso, que praticam crimes hediondos, os sentenciados com apenamentos superiores a 8 (oito) anos de reclusão.

Por certo, a privação de liberdade é uma necessidade para determinados delinquentes. Entretanto, a forma e as condições nas quais é executada têm sido questionáveis, e muito, tendo em vista os péssimos estabelecimentos prisionais do país, que em nenhum momento atentam para a dignidade da pessoa humana, por pior que ela seja (ou possa parecer) como ser humano. Esse julgamento moral não pertence ao Estado. O Poder Público deve punir proporcionalmente ao crime cometido e oferecer instalações respeitando o mínimo de humanidade.

A superlotação no sistema carcerário é uma das mais graves violações de direitos humanos e um grande aprendizado de criminalidade violenta. É uma escola que fomenta ainda mais violência e marginalidade. Lástima que a municipalização dos presídios não seja uma realidade no país. Uma proposta que melhoraria a administração dos estabelecimentos prisionais, incrementaria a efetividade das políticas criminais nos municípios e poderia ser uma tentativa de redução da reincidência criminal.

O processo de aprisionamento causa danos físicos, à saúde mental, à liberdade sexual, remete à sensação de despersonalização, sendo capaz de gerar, para além do confinamento, a rotulação que paira sobre o apenado mesmo após o cumprimento da sanção imposta. Mencionam-se as más condições sanitárias, de higiene e conservação dos estabelecimentos prisionais, isto é, configuram-se como locais de promoção de mal-estar.

Muitas considerações podem ser tecidas acerca do sistema punitivo brasileiro. O que chama a atenção é que, apesar da total falência da pena de prisão, da necessidade da construção de novos presídios e da tentativa até então fracassada do Estado na “ressocialização” de criminosos do regime fechado, o apenamento máximo do encarceramento aumentou em 10 anos, tendo em vista a redação original do art. 75, CP, mediante texto do “pacote anticrime”.

Nessa linha, as teorias que visam justificar as penas são bastante importantes e úteis para esse estudo: por que aumentar a privação de liberdade em um sistema superlotado e ineficiente? Uma das razões que se pode sustentar é o maior rigor no tratamento ao delinquente, isto é, mais castigo e maior retribuição: vingança e retaliação.

Por isso, faz-se necessária uma reflexão, ainda que breve, em torno de dois pontos penalmente relevantes (e inquietantes): a diferença entre quantidade e qualidade da pena e a chamada teoria absoluta (modelos retributivos) como justificadora da atualidade e rigor do novo texto legal.

2 ALTERAÇÃO DO ART. 75 DO CÓDIGO PENAL: PUNIR MAIS SIGNIFICA PUNIR MELHOR?

Se a premissa de que punir mais é punir melhor fosse verdadeira, a pena de morte seria a sanção mais eficaz. Com razão, sustentou-se que “a experiência de todos os séculos demonstra que a pena de morte jamais deteve celerados com a firme determinação de praticar o mal” (BECCARIA, 1998, p. 46).

Criminalidade e violência não andam necessariamente unidas. Não representam um binômio incontestável. Existem delitos que são praticados sem emprego da força ou mediante grave ameaça à pessoa. O legislador deveria ter sido mais prudente ao avaliar uma série de fatores para o aumento do limite máximo de cumprimento de pena de prisão de 30 para 40 anos, nos presídios que existem no país, como suas más condições e superlotação...Ao que indica pode-se cogitar mais um sentimento de glorificação social e penal, de merecida vingança ao agente criminoso e de imposição (ainda maior) de sofrimento, que de redução da criminalidade, através de um pseudo efeito intimidador.

Ouve-se que o tempo cura feridas, apaga memórias, enaltece a saudade (de quem foi feliz); contudo, o tempo pode ser um grande algoz, fomentando doenças psíquicas, gerando traumas e dramas, trazendo sentimentos de inadequação e

perpetuação do mal-estar. Uma década pode representar profunda angústia, para pessoas livres, que dirá para condenados em regime fechado.

Nesse sentido: “Inexiste, como se percebe, projeto mais audacioso que o apresentado pelas ciências criminais: dominar a natureza humana, controlando sua agressividade e suas paixões, para conquistar uma condição social de convívio pacífico, sem violências e delitos” (CARVALHO, 2008, p. 66).

Cabe a seguinte pergunta: punir mais significa proteger mais e melhor? Nesse sentido, pode-se tecer uma analogia entre o Estado que prega o bem-estar social e o Estado penal, que aposta na efetividade da aplicação e execução da pena como legitimadora de sua existência, mediante uma ideia de proteção e justiça sociais.

Por isso,

As funções protetoras do Estado se reduzem para atingir uma pequena minoria dos não-empregáveis e dos inválidos, embora até mesmo essa minoria tenda a ser reclassificada e passar de um assunto de serviço social para uma questão de lei e ordem – a incapacidade de participar do mercado de trabalho tende a ser cada vez mais criminalizada (BAUMAN, 2005, p. 67).

A partir desse contexto, a pena de prisão exclui ainda mais quem é excluído, marginaliza quase que perpetuamente, tendo em vista que os efeitos deletérios do cárcere perpassam para além do cumprimento da pena. Permanecem no etiquetamento, na rotulação, na estigmatização do egresso do sistema penitenciário, cuja identidade de apenado lhe acompanhará como uma tatuagem.

Mais tempo equivale maior pena. Para quem? Considerando que a cifra negra da criminalidade oculta é imprecisa, isto é, a maioria dos crimes cometidos não chega a conhecimento da autoridade policial, por diversas razões, como por exemplo, o medo da vítima em relação ao seu agressor ou o descrédito de que a polícia encontrará o autor do fato urge um (re)pensar sobre a clientela do sistema penitenciário.

Assim,

Se levarmos em conta, contudo, que os presos representam um percentual ínfimo em relação ao total de criminosos (...) da constatação de que a maioria dos presos está representada por gente miserável, a única conclusão a ser tirada, validamente, será: a pobreza é um traço característico do encarceramento (THOMPSON, 1998, p. 33).

Faz-se necessário o cuidado com a glorificação e fortalecimento do Estado penal e da formação do senso comum penal os quais têm causado “a redefinição das missões do Estado, que, em toda parte, se retira da arena econômica e afirma a

necessidade de reduzir seu papel social e de ampliar, endurecendo-a, sua intervenção penal” (WACQUANT, 2001, p. 18).

Acerca dessa ampliação da intervenção estatal, em capítulo no qual trata sobre “a mitigação das penas”, Foucault aborda a extensão da aplicação da privação da liberdade para além do corpo:

O ponto de aplicação da pena não é a representação, é o corpo, é o tempo, são os gestos e as atividades de todos os dias; a alma, também, na medida em que é sede de hábitos. O corpo e a alma, como princípios dos comportamentos, formam o elemento que agora é proposto à intervenção punitiva. Mais que sobre uma arte de representações, ela deve repousar sobre uma manipulação refletida do indivíduo (FOUCAULT, 2000, p. 106).

Cumprir ressaltar que presídios não são lugares para “se fazer Justiça”: são estabelecimentos de execução penal:

A primeira coisa que ensina a experiência penal é que a penitenciária não é de fato diferente do resto do mundo, tanto, no sentido que também o resto do mundo é uma grande casa de pena. A ideia de dentro estarem somente canalhas e fora somente honestos não é mais que uma ilusão: aliás, ilusão é que um homem possa ser todo canalha e todo honesto (CARNELUTTI, 2002, p. 82).

A crítica que se estabelece não diz respeito à abolição da pena de prisão, uma vez que o cárcere se percebe como necessário em crimes de maior gravidade, como os hediondos, para exemplificar. O que se questiona é o tempo e as nefastas consequências que o encarceramento gera, tanto no apenado, quanto em sua família, da mesma forma quando egresso do sistema penitenciário. Não se pretende defender a impunidade tampouco a punição sob “efeito placebo”. A sanção penal deve ser executada com humanidade.

Nessa linha,

seria ingênuo supor a dissolução da pena: a legitimidade do sistema penal estatal pode se apresentar menos sólida, mas a pena permanece essencial em sua lógica, sem embargo alguns acréscimos, cujos benefícios são habitualmente parcimoniosos (ROBERT, 2005, p. 39).

A Lei nº 13964/19 veio em um momento de criminalidade crescente e de um descontentamento social expressivo relativo à política e às instituições. Sustenta-se que “a vulnerabilidade e a incerteza humanas são as principais razões de ser de todo poder político. E todo poder político deve cuidar da renovação regular de suas credenciais” (BAUMAN, 2005, p. 66).

A discussão do pacote anticrime relativamente ao aumento do cumprimento máximo de pena de prisão de trinta para quarenta anos remonta ao pensamento do conhecido garantista italiano que defende o limite de dez anos:

uma redução desse gênero suporia uma atenuação não só quantitativa, senão qualitativa da pena, dado que a ideia de retornar à liberdade depois de um breve e não após um longo ou talvez interminável período tornaria sem dúvida mais tolerável e menos alienante a reclusão (FERRAJOLI, 2002, p. 332).

Oportuno salientar que “quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evitá-los” (BECCARIA, 1998, p. 43).

Assim,

o que a doutrina penal deve fazer, portanto, é exatamente encontrar soluções para os problemas que acometem a prisão, ao mesmo tempo que se discutem alternativas que poderiam minimizar as consequências malévolas desta modalidade punitiva (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 192).

Punir mais poderia ser punir melhor se o país tivesse estabelecimentos prisionais que não gerassem doenças mentais (psíquicas), físicas e sexuais, isto é, a prisão como se apresenta e da forma como tem sido executada leva a crer que seja uma instituição criminógena, com o objetivo de retaliar: olho por olho, dente por dente.

O tempo maior na prisão vem de um exame do passado que se projeta no futuro: do crime, de suas consequências para os prejudicados e para o autor do fato. Repercussões diferenciadas para cada um de seus atores e envolvidos, seja no direito material seja no processual, quanto na realidade.

A tentativa de lembrar, de “reconstruir” o crime no processo é um grande desafio, em nome da “verdade real”, como se fosse possível chegar a ela. O tempo é objeto de luxo, incontrolável, volátil e raro (para alguns). Pode passar muito rápido ou lentamente, dependendo do desejo, do interesse, do (des) prazer do evento vivido.

Por certo que quarenta anos no cárcere é uma experiência de morte em vida. Demasiado. Ressalte-se que “punir é, pois, antes do mais, recordar” (OST, 1999, p. 128).

Os efeitos deletérios da prisão são facilmente constatáveis pelo tempo que se cumpre ou que se está cumprindo:

um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão, os internos são submetidos a um tratamento reabilitador (BITENCOURT, 1993, p. 148).

Ost indaga sobre a passagem do tempo do crime com o decurso do período da sanção penal: “tratar-se-á, através da rememoração do crime, de se fechar num

passado traumático e repetitivo, de alimentar o ciclo infinito da violência espetacular, ou essa memória da falta será portadora de libertação e reconciliação”? (OST, 1999, p. 130).

A motivação do legislador quanto ao aumento no limite máximo em tela leva a crer que a coletividade não está bem. Está fóbica com a criminalidade e sádica diante das penas como têm sido impostas. Em contrapartida, “uma sociedade está adequadamente ordenada quando suas instituições maximizam o saldo líquido de satisfações” (RAWLS, 2002, p. 26).

As consequências do aumento do limite máximo da prisão não podem desprezadas: desenvolvimento de problemas psiquiátricos, problemas mentais como: ansiedade, desvios de conduta, depressão, adições como tabagismo, alcoolismo e drogas diversas, suicídio, crimes sexuais (LAURENS; PEDRON, 2007, p.140-141). Outra consequência do processo de prisionalização que merece ser apresentado é o fenômeno da despersonalização, com a “mortificação do eu” (CRESPO, 2017, p. 93).

Esses eventos passam a ser recorrentes e persistentes e tendem a se tornar mais graves com o tempo e ainda mais danosos, no que tange às condições mentais e físicas do apenado, fora as questões sanitárias, insalubres e precárias dos estabelecimentos prisionais. Em razão disso, sustenta-se que a imposição de dor e sofrimento com o apenamento é maior que qualquer argumento como a tentativa de coibir a criminalidade (afastando o criminoso por mais tempo da vida ordeira) ou a defesa de aumento de expectativa de vida do brasileiro.

Além disso, a massa carcerária continuará alta e com menor mobilidade, no sentido de progressão de regime menos célere com o limite de quarenta anos. Pelos dados do Infopen (Informações penitenciárias) divulgados pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública,

considerando presos em estabelecimentos penais e presos detidos em outras carceragens, o Infopen 2019 aponta que o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Caso sejam analisados presos custodiados apenas em unidades prisionais, sem contar delegacias, o país detém 758.676 presos (BRASIL, 2020).

Em comparação aos Estados Unidos, relatórios da *World Prison Brief* (2020) revelam 2.121.600 (dois milhões, cento e vinte e um mil e seiscentos) presos, em estabelecimentos estaduais e federais, em cadeias municipais e em dependências juvenis.

A partir da análise quantitativa da população em regime fechado (sentenciado ou não) mantêm-se as críticas incansáveis e procedentes sobre sua realidade (execução penal): “(...) traduz a incapacidade do poder público de racionalizar os ébrios desejos de vingança de uma sociedade vídeocrática, que confunde ação pública com (re)ação privada e que está isenta de filtros capazes de dirimir a emoção e negar a punição desenfreada” (CARVALHO, 2001, p. 292). Logo, não é possível punir melhor, punindo mais.

Nessa perspectiva de tempo, bem analisa Guindani:

Nem sempre perceptível em um contexto explícito, a violência do tempo da prisão surge como um pano de fundo que invade cada percepção, condicionando a perspectiva da pena. As diferenças com o tempo externo, de como ele é vivido e como ele vem sendo imaginado pelo sujeito preso constitui-se um dos nós da teia da violência da prisão (GUINDANI, 2002, p. 203).

A segregação gera ainda mais violência e a necessidade de que sejam administrados, além dos conflitos do entorno, despersonalizante e hostil, os próprios dramas existenciais do sujeito. Por isso, a defesa de que a pena é retaliatória de acordo com o merecimento de cada um, parece se confirmar com a alteração legislativa de 2019.

Os efeitos deletérios do tempo no cárcere poderiam ser pensados em termos de adoção de políticas públicas preventivas, para a redução da criminalidade e das práticas que contemplem violência:

mais do que combater o fenômeno da transgressão às normas importa, sem qualquer dúvida, apostar em medidas preventivas e adotar estratégias que possibilitem enfrentar o problema antes instalado (NUNES; TRINDADE, 2013, p. 79).

Essa visão traz a comparação entre a retribuição da pena e a chamada justiça restaurativa:

A *justiça retributiva* desloca suas forças para punir o infrator; a restaurativa faz da prevenção ao crime a sua bandeira. Mesmo depois de cometida a infração penal, a *justiça restaurativa* continua insistindo em solução cordata, buscando conciliar os interesses em jogo, como o da vítima e o do infrator. Por enquanto, a justiça penal, no Brasil, possui contornos nitidamente retributivos grifos do autor) (NUCCI, 2017, p. 645).

Mediante essas considerações e a partir do referido pelo autor supramencionado, a retaliação penal segue sendo a bandeira na execução da privação da liberdade.

3 AUMENTO DO TEMPO MÁXIMO DA PENA DE PRISÃO: A RETALIAÇÃO COMO JUSTIFICATIVA PALPÁVEL

As teorias que tentam justificar a aplicabilidade de sanções penais pelo Estado são as absolutas, as relativas e as mistas, na busca de explicitar a legitimidade do Poder Público na ingerência às esferas jurídicas dos particulares, limitando o exercício de alguns bens jurídicos dos quais são titulares, como a liberdade.

As absolutas baseiam-se na retribuição, as relativas apostam na intimidação e as mistas na conciliação entre castigar e educar.

A partir de uma análise das três, a alteração do art. 75, CP é facilmente justificável a partir da teoria absoluta, identificada como castigo, vingança, dor, sofrimento, retaliação.

Assim, “a justificação da pena é o epicentro do problema jurídico-penal e, por não dizer, da fundamentação política do Estado moderno” (CARVALHO, 2001, p. 5).

As teorias absolutas entendem que a pena é castigo. Uma retribuição do mal pelo mal. Retaliação. Vingança estatal ao particular. O Direito Penal é o da consequência: atua depois que o fato aconteceu. Por isso, a liberdade de agir (ou da transgressão) é própria do sujeito e respeitada pelo Estado, merecendo repressão quando o comportamento (ativo ou omissivo) é tipicamente injusto (ilícito e culpável). A culpabilidade é elemento do crime e pressuposto de pena: um agente capaz, que age sem qualquer causa de exclusão, deve ser responsabilizado por suas escolhas. Ausentes as causas dirimentes ou de justificação, de quaisquer dos elementos do conceito analítico de crime, tem-se como próximo passo, a análise do apenamento cabível.

Essa matéria, de teoria do crime, condiz com um aporte dogmático de direito material: a pena é uma realidade, quando aplicada, da execução penal e a forma como será imposta diz respeito à Administração, mais notadamente ao estabelecimento prisional para o qual o condenado definitivo ou em prisão provisória será destinado.

No momento da execução, a retaliação é inquestionavelmente evidente. Os que defendem algumas bandeiras (“bandido bom é bandido morto”, pena de morte ou prisão perpétua) possuem uma visão bastante empobrecida e atécnica acerca da realidade prisional brasileira perversa.

A imposição da punição ocorre em diversos ambientes e faz parte das sociedades, existindo diferenças de como, em que contextos, por quais motivos e como serão executadas:

A punição é uma penetrante e antiga característica das sociedades humanas. Na sociedade moderna ocorre com múltiplos disfarces e múltiplos propósitos. Pais e professores punem as crianças para educá-las. Figuras de autoridade punem subordinados para discipliná-los. Amigos e conhecidos empregam punição social para comunicarem desaprovação. A punição ocorre também nos esportes (...) e, claro, nos Tribunais, que punem criminosos por uma variedade de razões (GOODWIN; GROMET, 2014).

Castigo é a imposição do mal do crime com o mal da pena. O sofrimento e o caráter aflitivo da sanção penal são justificativas para a privação de um dos maiores bens do ser humano. O que é da vida sem a liberdade? Não é vida. É existir.

Corroborando esse entendimento,

a palavra “pena” (...) significa punição, aflição, dor. Há então uma noção de punibilidade que vai ser imposta àqueles que a sofrerem: (...) a pena é um mal infligido ao delinquente em razão do mal cometido. Essa é a característica da retribuição da pena (LAURENS; PEDRON, 2007, p. 13).

Em contrapartida existem questionamentos, contrapontos relativamente às teorias da pena em suas justificativas:

(...) os fins retributivos ou preventivos (ressocializadores ou intimidadores) invariavelmente geram aporias, questões sem saída, pois além de não serem passíveis de comprovabilidade – e, portanto, de refutabilidade –, dependem, indistintamente, de como o sujeito concreto que sofre o castigo (ou sua expectativa) transformará *sua* experiência (punitiva) em ação (grifo do autor) (CARVALHO, 2008, p. 69).

Parece pouco provável que se eduque alguém (ou pior, se “reduque”) com base na violência. Ato de agressividade, de privação, seja emocional, familiar, sexual, ou de que ordem for, geram sentimentos de ódio, raiva, indignação, revolta e inadequação. Logo, o contrário de educação. A civilização requer renúncia às paixões, o mínimo de empatia para com a dor do outro, o respeito à liberdade individual e dos demais, a internalização do autocontrole, a supressão da raiva desmedida. Para tanto, esse aprendizado requer tempo. Alguns o tem e não aprendem: ou porque não querem, por não ser conveniente ou vantajoso. A rapidez da existência faz com que o tempo tenha diferentes significados, dependendo do sujeito, de como aproveitá-lo ou desperdiçá-lo.

O tempo na prisão é diferente da velocidade da vida “real”:

Fala-se de dois mundos – o interno e o externo aos presídios –, mas o indivíduo que cometeu o delito, nessa mesma sociedade veloz e imediatista, tem que ingressar na prisão, precisando permanecer lá por um período que,

em termos de sensação, custa muito a passar. Assim, o tempo na prisão é vivido de forma diferenciada, como algo vagaroso. Os indivíduos precisam, então, utilizar seus recursos internos, para, ali, sobreviverem, tentando livrar-se das ansiedades, raivas e frustrações não entendidas (GAUER; PIECKERING; CATALDO NETO, 2008, p. 121)

Cabe referir o princípio da proporcionalidade, ressaltando-se a proibição do excesso e da insuficiência, isto é, a punibilidade guarda uma relação com o justo meio: que não se puna demasiadamente tampouco infimamente, de acordo com o delito praticado. Por isso:

O princípio da proporcionalidade refere a ideia de que a severidade da pena deve refletir o dano causado ou o perigo e a culpabilidade do criminoso. A retribuição pode oferecer várias justificações para a punição denominadas como merecimento dos transgressores em serem punidos (apenas merecem), para anular uma injusta vantagem obtida pelos criminosos sobre os cidadãos obedientes à lei; ou para expressar desaprovação por uma conduta ilegal (VON HIRSCH, 1993 *apud* VAN GINNEKEN, 2016, p. 4).

Urge mencionar, ainda que palidamente e a título de comparação, as teorias relativas (prevenção geral e especial integradora). A intimidação, que integra essas teorias, aposta no temor social e na confiança do cidadão na eficácia da norma penal. Entretanto, a prevenção aposta no mundo estático das letras para ter credibilidade: uma das críticas que podem ser dirigidas a essa teoria reside no fato de alto sentimento ou sensação de impunidade a qual o criminoso é acometido: o delinquente contumaz ostenta bastante ousadia e não é uma previsão que o irá afastar do caminho do crime, que lhe traz ganhos e vantagens pessoais.

Partindo-se do critério de cunho de prevenção, “uma pena para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar os homens da senda do crime” (BECCARIA, 1998, p. 47).

A prevenção especial integradora tem como objetivo a ressocialização do apenado. Recuperar, reinserir e reeducar. Parece um discurso cansativo e recorrente. Ainda persiste, pelo menos, a discussão, no meio acadêmico. Como educar quem não fora educado? Em que momento se perguntou ao apenado se ele quer “recuperação”? As pessoas são o que são: ou são aceitas ou não. Reintegrar alguém o retirando do convívio social indica um contrassenso. Uma mera pretensão retórica.

A personalidade pode ser definida como o comportamento observável de um sujeito, ou a forma como se coloca no mundo, a maneira como se manifesta, seu jeito de ser, seu caráter, o modo como tolera frustrações, dentre tantas outras abordagens que poderiam ser mencionadas no estudo do comportamento. Entretanto, a psique humana guarda muitas particularidades e o fato de uma pessoa

ser boa ou má, ética ou desprovida dela, em tese, não deveria interessar ao Estado: o que importa é se o comportamento adotado por aquele indivíduo prejudica a terceiros e a extensão do dano causado.

Nessa linha,

a experiência de socializar, através do trabalho setores de marginalização criminal, se choca com a lógica de acumulação capitalista, que tem a necessidade de manter em pé setores marginais do sistema e mecanismos de renda e parasitismo (BARATTA, 1999, p. 190).

Por isso, a tentativa de “recuperar” alguém não deve ser de responsabilidade do Estado: diz respeito puramente ao indivíduo, se quer ser melhor ou não, mudar de vida ou permanecer como está. Não compete ao Poder Público.

A ressocialização se distancia quando o assunto é o convívio no cárcere:

São forçados a vivenciar, novamente, privações e maus-tratos, já experienciados ao longo de suas vidas. Os danos vão se instalando na mente e no corpo de cada indivíduo, talvez se tornando maiores do que aqueles que tais indivíduos causaram a outros, pelo seu ato criminal cometido (GAUER; PIECKERING; CATALDO NETO, 2008, p.122).

Envolventes são as leituras da realidade que pensadores de outras ciências, que não as jurídicas. Esses olhares contribuem, e muito, para possíveis analogias que enriquecem, ainda mais, o estudo do Direito, notadamente, das ciências criminais. Nesse sentido, eis uma advertência: “turistas e vagabundos são as *metáforas* da vida contemporânea” (BAUMAN, 1998, p.118). Essa é uma divisão. Depende de que lado se está. E faz parte de um discurso criminológico de etiquetamento e rotulação: nós e eles. Turistas pelo movimento, pela circulação de riquezas, pelo prazer de viajar, pelo poder aquisitivo de se expandir no mundo; os vagabundos podem ser destacados como os que se comportam fora dos padrões, do previsto, do esperado, do quisto. E para os desagradáveis, a pena.

“Tirar vantagem” pode ser o lema de vida de algumas pessoas, que veem no crime um exercício de poder e manipulação sobre outros, da mesma forma de que punir pode ser encarado como uma autoafirmação de poder do Estado, sobre o qual o particular deve ser submeter.

Assim, “(...) a pena é sádica, retaliatória. Faz o outro sofrer com a imposição do mal (...) a retribuição não segue o mandamento do amor” (SUECKER, 2013, p. 124).

Em virtude disso, a prisão é uma necessidade:

não há como negar a crise da pena privativa de liberdade, nem como fechar os olhos à sua ineficácia na ressocialização do recluso. A sua reforma, no

entanto, é imprescindível ao sistema penal, já que é impossível a sua total supressão (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 158).

Por isso, “façamos uma consulta, portanto, ao coração humano; encontraremos nele os preceitos essenciais do direito de punir” (BECCARIA, 1998, p. 14).

Afinal, é possível que 40 anos seja um período intimidatório, capaz de afastar o possível autor do fato que esteja prestes ao cometimento do delito? Pensaria esse “agente” em seu futuro na prisão, por tanto tempo? Abdicaria de suas paixões, do impulso, do desejo em praticar a conduta visando um prazer, ou desejo, ou bem-estar/ vantagem que obteria com a consumação de seu comportamento?

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pergunta que “não quer calar” é a seguinte, a partir das reflexões expostas: o aumento da duração da pena de prisão reduzirá o problema da criminalidade violenta?

Considerando que o crime é um fenômeno biopsicossocial (e, por que não, espiritual?) e que se tem demonstrado incontrolável no país defende-se que a teoria que justifica a pena privativa de liberdade é a retributiva, corroborada, mais uma vez, reafirmada pelo pacote anticrime. A teoria relativa que visa educar e prevenir parece um contrassenso assim como a especial integradora que aposta na ressocialização. São dois problemas, na realidade. Castigo é vingança, retaliação pelo Estado ao particular. Talvez o melhor seja investir na construção de novos presídios.

O Direito Penal atua depois que o fato aconteceu. Logo, a liberdade da transgressão existe. Por isso, o Estado respeita o livre-arbítrio, mas cobra no prejuízo que a escolha acarreta. Dano com o crime. A vingança estatal com a privação da liberdade, na forma como os presídios se encontram, apenas fomenta ainda mais criminalidade violenta. Em razão disso, não se recupera ninguém em um ambiente hostil e patogênico, em um lugar imundo e superlotado. Não se recupera quem, por sua personalidade seja um psicopata, que não é passível de “regeneração”. O tempo maior de pena máxima de prisão não vai resolver a incidência de criminalidade violenta. Penas altas não afastam o criminoso profissional, contumaz, da delinquência. Não geram temor. Afasta-se, dessa análise,

o efeito “preventivo” de intimidação ao delinquente que tem certeza da impunidade e uma sensação de superioridade frente às autoridades, que ele prefere não respeitar.

Por isso, ao que parece, esse aumento de privação de liberdade, ressaltando-se a total falta de estrutura prisional no país poderá tornar ainda mais calamitoso o aparato penitenciário. A pena máxima de 40 anos poderá surtir efeitos na sociedade que, provavelmente, festejará, entretanto, a hipocrisia que se apresenta é que a sensação de vingança social coexiste com uma coletividade que também é criminógena e corrupta quando desrespeita as mínimas regras de boa convivência, seja no trânsito, seja comprando substâncias entorpecentes, que financiam o crime organizado, a lavagem de dinheiro, o tráfico de pessoas e armas. É mais um paradoxo no *modus vivendi* brasileiro.

O argumento de aumento de expectativa de vida do brasileiro poderia ser considerado píffio. Criminoso não tem idade específica. Percebem-se movimentos a favor da redução da maioria penal no Brasil, sem que se atente à total falta de condições administrativas em termos prisionais, uma vez que a privação da liberdade requer que o Poder Público invista em estabelecimentos que absorvam os condenados (com sentenças transitadas em julgado) e os presos provisórios, que dirá os adolescentes.

Reduzir criminalidade é matéria de política criminal. Pena é consequência. Logo, o objetivo da sanção não é voltar no tempo: é se projetar para um futuro de sofrimento. Ao que indica, a nova legislação preocupou-se mais com a quantidade que com a qualidade da segregação.

Enfim, mais tempo de pena de prisão não parece ser uma resposta eficaz à criminalidade: é uma forma contundente de imposição de sofrimento pura e simplesmente. Esse é o sentido, isto é, afasta-se o argumento de uma execução sem justificativa. Nessa linha, defende-se que a prisão é uma retribuição, uma retaliação, o olho por olho, uma vingança que esperou o tempo passar para acontecer.

5 REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1998

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: RT, 1993.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança. **Depen atualiza dados sobre a população carcerária do Brasil**. Disponível em <https://www.novo.justica.gov.br/news/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>. Acesso em 15 jul 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 2002.

CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. In GAUER, Ruth Maria Chittó (org). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CRESPO, Freddy. Efectos del encarcelamiento: una revisión de las medidas de prisionización en Venezuela. **Revista Criminalidad**. v. 59. Bogotá, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 2000.

GAUER, Gabriel José Chittó; PICKERING, Viviane Leal; CATALDO NETO, Alfredo. Realidade do indivíduo na prisão: considerações sobre a violência. In GAUER, Ruth Maria Chittó (org). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

GOODWIN, Geoffrey P.; Dena M., GROMET. **Punishment**. Disponível em <https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/web.sas.upenn.edu/dist/c/183/files/2016/08/Goodwin-Gromet-2014-Punishment-WIREs-1pg0imh.pdf>. Acesso em 15 jul 2020.

GUINDANI, Miriam Krenzinger A. **Violência & prisão: uma viagem na busca de um olha complexo**. 2002. 377 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

LAURENS. Yvan; PEDRON, Pierre. **Les très longues peines de prison**. Paris: L'Harmattan, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral – art. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES, Laura; TRINDADE, Jorge. **Criminologia**: trajetórias transgressivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROBERT, Philippe. **Sociologia do crime**. Petrópolis: Vozes, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002.

SUECKER, Betina Heike Krause. **Pena como retribuição e retaliação**: o castigo no cárcere. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

VAN GINNEKEN, Esther. **The pain and purpose of punishment**: A subjective perspective. Disponível em <https://howardleague.org/wp-content/uploads/2016/04/HLWP-22-2016.pdf>. Acesso em 15 jul 2020.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WORLD'S PRISON BRIEF – United States of America. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/country/united-states-america>. Acesso em 15 jul 2020.

O NOVO RDD À LUZ DO PACOTE ANTICRIME: RECRUDESCIMENTO PENAL, ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS E VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

THE NEW RDD IN THE LIGHT OF THE ANTI-CRIME PACKAGE: CRIMINAL RESURGENCE, CRIMINOLOGICAL ASPECTS AND HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Bruna Melgarejo Rosa¹
Mariana Engers Arguello²

RESUMO

O presente artigo ocupa-se em analisar as mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime ao Regime Disciplinar Diferenciado e quais as suas consequências tanto no âmbito processual penal, como na esfera criminológica e de direitos humanos. Para tanto, parte-se da análise histórica de surgimento do RDD e quais circunstâncias e ações que influenciaram a sua proposição. Passa-se, então, ao Pacote Anticrime e as mudanças substanciais que trouxe consigo, como o recrudescimento da lei e a sedimentação punitivista. A partir disso, investiga os aspectos criminológicos e de direitos humanos, salientando as inúmeras violações aos direitos das pessoas privadas de liberdade, a subjetivação de seus corpos e a linha tênue entre isolamento e loucura.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Disciplinar Diferenciado. Pacote Anticrime. Direitos Humanos. Isolamento.

ABSTRACT

This article intends to analyze the changes that the nominated Anti-crime Package brought to the Differentiated Disciplinary Regime and what consequences to the criminology, human rights and criminal law. In the beginning it was important to explain the historical of the RDD and in what circumstances it was created. In sequence, the Pacote Anticrime and the changes were critically deepened by the perspective of a law that became the RDD totally punitivist. In addition, the changes demonstrated that the human rights were being violated, especially the right to freedom colligated with the isolation that this new law is proposing, that can easily call madness.

KEYWORDS: Differentiated Disciplinary Regime. Anti-crime Package. Human Rights. Isolation.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Histórico carcerário brasileiro. 2.1 Megarrebeliões de 2001, 2002, 2006 e a hegemonia do PCC. 2.2 Surgimento RDD. 2.3 Presos com longas trajetórias que cumprem pena no Regime Disciplinar Diferenciado. 3 Pacote Anticrime. 3.1 Novos requisitos. 4 Aspectos Criminológicos. 4.1 Para que(m) serve a prisão?. 5 A subjetivação do corpo: entre a sociedade de disciplina e a sociedade de controle. 6 Isolamento e Loucura. 7 Considerações finais. 8 Referências.

1 Pós-graduanda em Ciências Penais (PUCRS). Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal (Uniritter). Advogada. E-mail: brunamelgarejo@outlook.com

2 Pós-graduanda em Ciências Penais (PUCRS). Advogada. E-mail: marianaengers1@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Como é sabido por todos, o encarceramento no Brasil não consegue mais cumprir com a sua função ressocializadora. A falência da pena de prisão é uma realidade cada vez mais presente no ordenamento jurídico. Entretanto, buscando salvar – de modo geral – a função social da pena, é que se perdeu totalmente o controle a respeito do cárcere brasileiro.

Neste artigo, busca-se traçar, primeiramente, um histórico entre as megarrebeliões ocorridas nos anos 2000 e a influência destes acontecimentos quando da criação do Regime Disciplinar Diferenciado, em 2003.

Na sequência, analisa-se quais direitos o apenado, literalmente, perde quando está submetido a este regime. Ademais, pretende informar como é o funcionamento dos presídios federais, e alguns nomes famosos que cumprem pena sob este regime.

Na terceira parte, faz-se menção ao Pacote Anticrime que trouxe, em uma tentativa de frear os altos índices de criminalidade, inúmeras alterações legislativas que política punitivista que cerca esta alteração legislativa.

Por fim, busca-se demonstrar, através da análise de aspectos criminológicos e de direitos humanos, de que forma os direitos dos apenados estão sendo violados constantemente quando da aplicação do RDD. A função da pena, que há muito tempo já não cumpre mais seu papel, alarga o abismo da reinserção do apenado de volta à sociedade.

O RDD significa a sedimentação do punitivismo brasileiro, mais ainda a partir das mudanças elencadas no Pacote Anticrime. O indivíduo em confinamento solitário acaba sendo submetido a um processo de subjetivação e de perda de identidade em que é obrigado a abandonar o seu “eu” e suas relações de afeto, o que pode acarretar uma série de consequências irreparáveis, inclusive extramuros.

2 HISTÓRICO CARCERÁRIO BRASILEIRO

Desde os anos 70, o Estado de São Paulo vem enfrentando uma grave crise no sistema carcerário, tendo em vista as péssimas condições e a superlotação. Nos anos 80, três grandes rebeliões ocorreram na Casa de Detenção de São Paulo, na Penitenciária de Araraquara e em Presidente Wenceslau, as quais tiveram como

resultado a morte de inúmeros presos que desejam apenas melhorias para o sistema carcerário.

Em 1989, após o massacre ocorrido no 42º Distrito Policial do Parque São Lucas, onde 51 detentos foram colocados em uma cela com capacidade para 8. Os policiais atearam bombas de gás lacrimogênio, matando 18 indivíduos asfixiados. O Brasil restou condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, contudo, pouquíssimas famílias foram indenizadas e somente um policial foi punido.³

Cumprir mencionar que, neste mesmo ano, o Brasil aderiu à Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e, por fim, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Entretanto, de nada adiantou a adesão aos referidos documentos se nenhuma mudança, de fato, era implementada no sistema carcerário.

Em que pese a ampliação física tenha ocorrido no sistema carcerário do Estado de São Paulo, a inércia não só dos demais órgãos responsáveis no que se refere a ausência de infraestrutura, contratação de funcionários e qualificação dos mesmos, resultou em um dos maiores massacres já ocorridos nas penitenciárias brasileiras: o massacre do Carandiru.

Em 2 de outubro de 1992, após uma briga entre presos, houve um confronto generalizado entre os presos e a tropa que, à época, era comandada pelo Coronel Ubiratan Guimarães, foi acionada pelo Secretário de Segurança Pública Pedro Franco de Campos para invadir o presídio e retomar o comando. A ação resultou em 111 mortes e 110 feridos. Nenhum policial morreu. A Casa de Detenção contava com mais de 7 mil detentos no momento da invasão. O massacre do Carandiru ganhou repercussão internacional.⁴

Resta claro, portanto, que a questão carcerária necessitaria muita atenção, sobretudo nos anos 2000, quando inúmeras rebeliões aconteceram, demonstrando que o sistema estava à beira do colapso.

3 BARBOSA, Bia. **Relatório da OEA acusa Brasil de violar direitos humanos**. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Relatorio-da-OEA-acusa-Brasil-de-violar-direitos-humanos/5/1187>>. Acesso em: 27 junho de 2020.

4 VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

2.1 Megarebeliões de 2001, 2002, 2006 e a hegemonia do PCC

No dia 18 de fevereiro de 2001, às 13h, a maioria dos presídios localizados em São Paulo e alguns presídios localizados no Rio de Janeiro também aderiram à megarebelião instaurada pelos presos integrantes do Primeiro Comando da Capital (PCC). Meia hora depois, 25 presídios, 02 delegacias e 02 centros de detenções provisórios, localizados no Estado de São Paulo estavam tomados.⁵

Cumprir esclarecer que a megarebelião ocorreu em um domingo, ou seja, dia de visita na maioria dos presídios, portanto, foram feitos mais de 10.000 reféns, incluindo familiares dos presos e agentes carcerários. A ordem para que a rebelião acontecesse teria partido da antiga Casa de Detenção de São Paulo. Há quem diga que este dia marcou a história do país, pois todos puderam conhecer a facção que, mais tarde, comandaria a maioria dos presídios: o Primeiro Comando da Capital.⁶

A rebelião reivindicava a volta de 05 líderes do PCC à Casa de Detenção, dado que haviam sido transferidos ao Centro de Readaptação Penitenciária de Taubaté. Concomitantemente, solicitavam, além de melhorias em todos os estabelecimentos prisionais, a desativação da Casa de Detenção de São Paulo, tendo em vista as condições sub-humanas as quais eram submetidos.⁷

Outra rebelião que chocou o país ocorreu em 11 de setembro de 2002, às 08 horas da manhã, quando o líder do PCC, Fernandinho Beira-Mar – à época recolhido no presídio de segurança máxima Bangu I – e seus companheiros de galeria, renderam os agentes penitenciários que realizavam a contagem diária dos detentos.⁸

Após terem retirado as armas dos agentes penitenciários, dirigiram-se à galeria D, onde estavam recolhidos os detentos pertencentes à facção oposta. 4 presos

5 MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil**. Revista Brasileira de Segurança Pública, São Paulo, ano 2, v. 11, p. 10-29, 1 set. 2017.

6 A título de curiosidade, a socióloga Camila Caldeira Nunes Dias escreveu sua tese de doutorado que, posteriormente deu origem ao livro “A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil.”

7 SALLA, Fernando. **De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias em São Paulo**. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 1. Edição 1. 2007. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/De%20Montoro%20a%20Lembo%20-%20as%20pol%C3%ADticas%20penitenciarias%20em%20SP.pdf>> Acesso em: 02 jul. 2020.

8 NSC Total. **De Carandiru ao massacre de Manaus: as mais violentas rebeliões em presídios no Brasil**. NSC Total, 02. Jan. 2017. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/noticias/de-carandiru-ao-massacre-de-manauas-as-mais-violentas-rebelioes-em-presidios-no-brasil>>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

foram mortos, dentre eles, Ernaldo Pinto de Medeiros – o “Uê” – traficante que comandava mais de 35 favelas no Rio de Janeiro.

O motivo que gerou a rebelião em Bangu I era semelhante ao da megarebelião ocorrida em São Paulo: as péssimas condições que os presos precisavam enfrentar durante os anos que passavam no cárcere.

Essas rebeliões escancararam de vez um dos maiores problemas enfrentados até hoje no sistema carcerário brasileiro: a ascensão dos coletivos criminais (conhecidos também por facções). Àquela época, inúmeras autoridades negavam a existência desse tipo de organização interna entre os presos, contudo, com a rebelião de 2001, o Brasil começou a perceber a falência de seu sistema carcerário em detrimento da criação da facção mais poderosa do país: o PCC.

Algumas posturas foram adotadas para tentar coibir o crescimento dos coletivos criminais dentro das penitenciárias e para tentar conter a superlotação da maioria das unidades prisionais espalhadas não só pelo Estado de São Paulo, mas sim de todo o território brasileiro.

Primeiramente, em 2002, a criação de penitenciárias específicas para abrigar somente os presos líderes dos coletivos foi uma das estratégias criada pelo governo de São Paulo. Na sequência houve a criação do Regime Disciplinar Diferenciado, com o intuito de erradicar com a possível hegemonia que o PCC havia criado. Contudo, desde já, cumpre referir que esta tentativa falhou.

Pois bem. Em 2001, por meio da resolução 26/2001, O Estado de São Paulo criou o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o qual dispunha que o preso, líder de facções criminosas ou de comportamentos similares, poderia ser isolado por até 365 dias em uma cela.

No Estado do Rio de Janeiro a medida também foi implementada em 2002, cujo nome era Regime Disciplinar Especial de Segurança Pública (RDES). Inicialmente, a implementação da medida ficou restrita somente ao Presídio de Bangu I, contudo, em julho de 2003, houve a expansão do instituto para outros presídios.⁹

9 DE CARVALHO, Salo; FREIRE, Christiane Russomano. **O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas do sistema punitivo brasileiro.** Revista Transdisciplinar de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 4, p. 7-26, 1 dez. 2020.

Entretanto, foi somente em 2003 que o Regime Disciplinar Diferenciado restou implementado em todo país. A Lei 10.792/03 incluiu o RDD na Lei de Execução Penal (LEP), alterando o art. 52.¹⁰

Em meio as tentativas de frear o crescimento da violência e sobretudo do PCC, o Estado de São Paulo, em maio de 2006, novamente falhou e teve a demonstração de que essa organização havia ultrapassado as grades da prisão e estava tomando conta das periferias.

A rebelião de 2006, comandada pelo PCC teve a adesão de 74 penitenciárias, de forma simultânea. O motivo foi a transferência do líder Marcos Willians Herbas Camacho, de alcunha “Marcola”. Desses ataques, cerca de 550 pessoas morreram. O período ficou conhecido como Crimes de Maio. As autoridades de São Paulo negam que tenha havido uma trégua, contudo, há fortes indícios de que a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo tenha se dirigido até o presídio de Presidente Bernardes, onde restou “acordado” que o PCC cessaria os ataques.¹¹

2.2 Surgimento do RDD

Concomitantemente a proposta de criação do RDD, inúmeros Institutos (IBCCRIM, ITEC, IDDD, AIDP, ICC, ICP/MG) saíram em defesa dos direitos individuais dos presos que estariam sendo violados e criaram o Movimento Antiterror (MAT) para tentar evitar que a proposta fosse aprovada pelo Congresso Nacional.¹² Contudo, a proposta foi aprovada dando lugar ao mais novo regime introduzido na Lei de Execução que, como chamou Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire “regime integralmente fechado plus”.¹³

A Lei nº 10.792/03 alterou, portanto, o artigo 52 da LEP, tendo estabelecido as seguintes diretrizes, a prática de um fato que fosse enquadrado como crime doloso, segundo a Lei nº 8.072/90 de crimes hediondos, constituiria falta grave e o preso

10 No próximo subtópico será explicado melhor.

11 CRUZ, Elaine Patricia. **Crimes de Maio causaram 564 mortes em 2006; entenda o caso.** Agência Brasil. 12 mai. 2016. Disponível em:

<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-05/crimes-de-maio-causaram-564-mortes-em-2006-entenda-o-caso>>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

12 CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas do sistema punitivo brasileiro.** Revista Transdisciplinar de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 4, p. 7-26, 1 dez. 2020.

13 CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas do sistema punitivo brasileiro.** Revista Transdisciplinar de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 4, p. 7-26, 1 dez. 2020.

estaria sujeito, então, ao regime disciplinar diferenciado. Frisa-se este artigo abrangia de igual forma os presos provisórios, ou seja, não se tratava somente do preso que possuía condenação.

Ademais, este regime diferenciado poderia ter duração máxima de 365 dias e poderia ser aplicado novamente caso o preso praticasse nova falta grave, contudo, deveria ser respeitado o limite de um sexto da pena aplicada. A saída do preso da cela deveria ocorrer em um período de somente duas horas para que pudesse ter direito ao banho de sol.

Vale ressaltar que a autoridade competente para requerer a colocação do preso no respectivo regime é a diretoria da unidade prisional, portanto, o Ministério Público não pode requerer a inclusão do detento no RDD.

Além disso, cumpre elencar que o Sistema Penitenciário Federal, disposto no art. 72, § único da Lei de Execução Penal, foi criado com o intuito de abrigar presos que possuem alta periculosidade. As unidades prisionais federais possuem capacidade para 208 presos, com equipamentos modernos de vigilância para que haja comunicação entre os detentos, que se encontram em celas individuais. Atualmente, existem 5 penitenciárias Federais no país, são elas: Penitenciária Federal de Catanduvas (PR), Penitenciária Federal de Campo Grande (MS), Penitenciária Federal de Porto Velho (RO), Penitenciária Federal de Mossoró (RN) e Penitenciária Federal de Brasília (DF).¹⁴

2.3 Presos com longas trajetórias que cumprem pena no regime disciplinar diferenciado

Cumpre trazer à baila alguns dos presos mais famosos do país que cumprem pena no RDD.

O primeiro deles é o Antônio Francisco Bonfim Lopes, conhecido como “Nem da Rocinha”, pois era líder da comunidade e comandava o tráfico de drogas da região. Preso em 2011 durante uma operação de uma UPP (Unidade de Polícia

¹⁴ Departamento Penitenciário Nacional (Depen). **Conheça o Sistema Penitenciário Federal.** Depen, 03 mar. 2020. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/conheca-o-sistema-penitenciario-federal-1>>. Acesso em: 02 de julho de 2020.

Pacificadora na Rocinha. Atualmente, está preso no presídio na Penitenciária Federal de Mossoró, no Rio Grande do Norte.¹⁵¹⁶

Fernandinho Beira-Mar, conhecido há mais de 20 anos pela população brasileira, por ter sido associado ao PCC e ao tráfico internacional de drogas, está preso desde 2002. Atualmente, encontra-se segregado na Penitenciária Federal de Campo Grande, no Mato Grosso do Sul.¹⁷

Marcos Willians Herbas Camacho, conhecido como Marcola e principal líder do PCC, está preso desde 1999. Atualmente, cumpre pena na Penitenciária Federal de Brasília.¹⁸

Marcinho VP, Márcio dos Santos Nepomuceno está preso desde 1996, após ter sido apontado como um dos líderes da facção Comando Vermelho (CV). Atualmente, está preso no Presídio de Segurança Máxima de Catanduvas, no Paraná.

Antônio Edinaldo Cardoso de Sousa, conhecido como “Naldinho”, ex-líder do Comando Vermelho (CV) está preso desde 1996 e atualmente está recolhido na Penitenciária Federal de Mossoró, no Rio Grande do Norte.¹⁹

Nesse diapasão, a Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime alterou o art. 52 da LEP, enrijecendo as regras de aplicação do RDD.

3 PACOTE ANTICRIME

A Lei 13.964/19, doravante nominada Pacote Anticrime implementou inúmeras mudanças no Código Penal e no Código de Processo Penal, frisa-se que essas

15 LEMOS, Marcela. **Nem da Rocinha e Rogério 157 são condenados por “guerra do tráfico”**. UOL, 01 jun. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/04/01/nem-da-rocinha-e-rogerio-157-sao-condenados-por-guerra-do-trafico.htm>>. Acesso em: 02 de julho de 2020.

16 GLENNY, Misha e BOTTMANN, Denise. **O dono do morro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

17 RIBEIRO, Rafael. **Beira-Mar volta para Campo Grande e ficará na mesma cadeia de Adélio Bispo**. UOL, 19 set. 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/09/19/beira-mar-volta-para-campo-grande-e-ficara-na-mesma-cadeia-de-adelio-bispo.htm>>. Acesso em: 03 de julho de 2020.

18 TAJRA, Alex; ADORNO, Luís. **Marcola repete tática de ano de ataques ao ameaçar fazer greve de fome**. UOL, 13 mar. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/03/13/marcola-pcc-presos-greve-de-fome.htm>>. Acesso em: 03 de julho de 2020.

19 BORGES, Melissa. **Líder de facção do Bom Jardim já está em presídio federal**. Diário do Nordeste. 09. Jan. 2019. Disponível em: <<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/lider-de-facciao-do-bom-jardim-ja-esta-em-presidio-federal-1.2047569>>. Acesso em: 03 de julho de 2020.

mudanças caminharam no sentido de exacerbar, ainda mais, a aplicação dos institutos já existentes no que tange ao combate ao crime em território brasileiro.

Em relação ao instituto do Regime Disciplinar Diferenciado algumas alterações importantíssimas foram feitas. Cumpre de plano esclarecer, em que pese tal assunto será abordado no próximo capítulo, que a falência da pena de prisão somada aos problemas enfrentados pelo Brasil no que se refere ao encarceramento demonstram que o recrudescimento do RDD viola cada vez mais os direitos dos encarcerados.

Primeiramente, necessário ressaltar que a dignidade da pessoa humana, em 2003, quando da aprovação da Lei que instituiu o RDD restou violada e nunca foi reparada. Conforme leciona Maria Thereza Rocha de Assis Moura:

O regime disciplinar diferenciado representa sobrepena cruel e degradante, que avilta o ser humano e fere sua dignidade, infligindo-lhe castigo físico e moral, na medida em que impõe ao preso isolamento celular absoluto de vinte e duas horas durante um ano (...)²⁰

O RDD nada mais é, portanto, que um regime fechado extremo, que não está previsto no Código Penal e, por isso, viola deliberadamente o art. 5º, XXXIX, da Carta Magna, também conhecido como princípio da reserva legal, dado que a criação deste regime atropelou todos os direitos estabelecidos no ordenamento jurídico.²¹

Ademais, imperioso destacar que há graves violações, de igual forma, a presunção de inocência – estabelecida no art. 5º, LVII da Constituição Federal – porquanto a legislação prevê que o indivíduo que se encontra preso preventivamente pode ser realocado para o cumprimento de pena em RDD.²²

Ora, que pena se sequer houve condenação transitada em julgado? Ao ser colocado em RDD lhe é tolhido – automaticamente – a possibilidade de absolvição.

Outro princípio de extrema importância e pilar das garantias individuais dos cidadãos brasileiros é o sigilo de correspondência, disposto no art. 5º, XII da

20 CARVALHO, Salo de; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Crítica à Execução Penal**: Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/03, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. 2ª Edição. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 287.

21 CARVALHO, Salo de; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Crítica à Execução Penal**: Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/03, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. 2ª Edição. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

22 Necessário destacar que não só dispositivos constitucionais estão sendo violados quando da edição destas novas alterações. O julgamento do STF das ADC's nº 43 e 44, que se referem à presunção de inocência, foi duramente descumprido.

Constituição Federal, que parece ter sido abolido quando a nova legislação foi promulgada, porquanto deu lugar a “fiscalização do conteúdo da correspondência”.²³

A intimidade e privacidade, considerados pilares do Estado Democrático de Direito, por integrarem o rol de princípios do dito núcleo duro, foram amplamente banalizados quando da inserção deste inciso na legislação.²⁴

Sendo assim, repara-se que a inserção do RDD no ordenamento jurídico desvia, ainda mais, o caráter ressocializador da pena. De que maneira o apenado poderá ser reinserido na sociedade após anos submetido ao RDD? A função da pena, que antes era ressocializar, passa a ser outra? No próximo capítulo, algumas considerações serão tecidas a respeito do tema.

3.1 Novos requisitos

Sendo assim, a seguir, elencar-se-á quais foram as mudanças no âmbito do RDD.

A primeira mudança no âmbito do RDD ocorreu logo no *caput* do art. 52 da Lei de Execução Penal, porquanto estipulou que o referido regime pode ser aplicado para o preso estrangeiro caso incorrer em crime doloso ou quando provocar a perturbação do ordem e da disciplina do estabelecimento prisional em que encontra-se recolhido.

Vale ressaltar que na legislação anterior, o preso estrangeiro somente poderia ser submetido ao RDD caso apresentasse alto risco para a sociedade ou para a segurança do estabelecimento prisional.

A mudança implementada no inciso I do art. 52 pode ser considerada a mais significativa apresentada pela nova legislação – a duração do período em que o preso pode permanecer sob o regime do RDD – porquanto altera o prazo de um ano previsto anteriormente para dois anos, e ainda estipula que a aplicação do instituto pode ocorrer repetidamente caso o preso incorra em nova falta grave. Há de se considerar também o perfil criminal do apenado, qual a sua função desempenhada

23 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

24 LAZARI, Rafael de; GAMA, Alison Andreus. **O aumento da violência na execução penal pela Lei 13.964/14**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 28, v. 331, p. 17-20, 29 maio 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/446>>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

na organização criminosa, bem como os processos criminais resultantes deste período.²⁵

Outrossim, compete afirmar que o limite anteriormente estabelecido – até um sexto da pena aplicada – foi retirado da nova legislação, demonstrando, de maneira clara, que os direitos dos presos foram duramente violados.

Já no inciso III, outra mudança que, obviamente, prejudica o apenado foi implementada – a visita de familiares e advogados – foi limitada. Antes estava previsto que estas visitas poderiam ser feitas semanalmente e, atualmente, tais visitas só podem ocorrer quinzenalmente. Ademias, o apenado e o visitante não poderão mais ter contato, ante as novas instalações que evitarão o contato físico.

Na sequência, o inciso IV acrescentou que as saídas destinadas ao banho de sol podem ser feitas em grupos de quatro presos, desde que estes não integrem a mesma organização criminosa.

O inciso V incluiu que as entrevistas com o apenado submetido ao RDD devem ser monitoradas, ou seja, gravadas e/ou fiscalizada por agente penitenciário (caso haja autorização).

Outra surpresa que traduz a grave violação aos direitos e princípios básicos da Carta Magna está incorporado no inciso VI, referindo que as correspondências recebidas pelos apenados serão fiscalizadas.

Seguindo, observa-se que, no inciso VII, as audiências serão realizadas, preferencialmente, via videoconferência, para que não haja deslocamento do preso até o Poder Judiciário.

Conforme consta no § 1º do art. 52 da LEP, resta claro que basta somente indícios de que o preso tenha envolvimento com alguma organização criminosa para que seja transferido para o RDD. Neste parágrafo, resta explícito que o apenado não precisa ter cometido falta grave para que seja determinado a nova modalidade de cumprimento de pena.

O §3º estabelece, então, que o RDD será cumprido em unidade prisional federal quando o apenado que estiver envolvido com organização criminosa em dois ou mais Estados da Federação. Neste caso, no § 6º, as visitas, determinadas no inciso III, serão gravadas e poderão ser acompanhadas de agente penitenciário.

25 IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo; FILHO, Eduardo Rezende Zucato; MASSARO, João Paulo Gomes. **Reflexões sobre os malefícios do isolamento do preso imposto pelo novo RDD.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 28, v. 330, p. 22-25, 30 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/294>>. Acesso em: 04 de julho de 2020.

4 ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

O Regime Disciplinar Diferenciado, a um só tempo, vilipendia, ao menos, o disposto no artigo 1º, inciso III e no artigo 5º, inciso III e XLVII, letra e. O tratamento desumano, degradante e cruel é inerente ao Regime Disciplinar Diferenciado, ao passo que trata-se de sanção disciplinar/medida cautelar que prevê o encarceramento individual como premissa e que, a partir da redação dada pela Lei 13.964/19, teve expandido o prazo de duração máxima de 01 para 02 anos, prorrogáveis por períodos sucessivos de 01 ano enquanto estiverem presentes os indícios previstos no §4º, do Art. 52, da Lei de Execução Penal, isto é se o preso continuar apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade e/ou mantiver 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.

Ou seja, há uma gama de razões em abstrato, que diminuem substancialmente o direito de defesa, ficando o preso à mercê da interpretação discricionária das autoridades, tal como ocorre com as prisões preventivas decretadas em atenção à garantia da ordem pública.

Isso significa, ao menos, 720 dias de isolamento, de privações irrestritas no contato físico com a família e com todos os demais, vez que além de as visitas passarem a ser quinzenais e não mais semanais, a rigidez às visitas também se verifica no modo como serão realizadas: em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos. Dessa forma, em muitos casos, o único contato, a única relação social desse sujeito é aquela com os outros 3 presos que compartilharão consigo o período de 02 horas para o banho de sol. Essas novas características conferidas pelo Pacote Anticrime revelam a consolidação do punitivismo no Brasil, que é alicerçado, em grande escala, pelo apelo e clamor público.

O RDD traduz-se como uma verdadeira anomalia jurídica que é imposta na falha tentativa de “salvar” o sistema criminal e de combater o crime organizado. Nota-se, nesse sentido, que o poder punitivo, em suas mais variadas formas, apresenta necessidade de manter a sua rede de “inimigos” atualizada, seja tratando

o sujeito como inimigo público e político, seja tratando-o como alguém que não faz parte da ordem jurídica e que apenas se apresenta como um fardo na manutenção do sistema. Ou seja, o Estado declara seus “inimigos” e concentra sua atuação punitiva sobre eles, priva-os de seus mais básicos direitos fundamentais e estabelece que ocupem uma posição residual, sendo comparados à uma “[...] Sobra humana ou, ainda, um alimento simbólico para a manutenção de uma estrutura de poder”.²⁶

4.1 Para que(m) serve a prisão?

Ainda é necessário exercitar o questionamento acerca do porquê da prisão, qual é, de fato, sua função *a priori* e, a que funcionalidade ela acaba atendendo *a posteriori*? Seja como for, o encarcerado continua sendo definido e visto como inimigo da sociedade.²⁷

Quando a instituição do RDD ainda era apenas um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional, Carvalho e Wunderlich já alertavam para o ineditismo dessa modalidade de execução da pena, que consagrava em lei “o suplício gótico vivido pelos condenados nos presídios brasileiros.”²⁸ Por conseguinte, ainda que a Lei de Execuções Penais, em sua essência, conforme se observa em seu artigo 1º, tenha por objetivo promover as condições para a ressocialização do preso, mostra-se imprescindível rememorar que se trata de um sistema prisional falido, que não apresenta condição alguma para a execução do seu propósito, e com a previsão, na LEP, de implementação do RDD, essa crise veio a ser materializada, também, através da Lei.

Então, dado que no cumprimento comum da pena já não se vislumbra nenhuma aproximação e consideração com a chamada ressocialização ou reinserção social, que dirá no regime disciplinar diferenciado em que se passa a adotar ainda mais medidas desumanas e degradantes, cruéis, que ofendem a

26 ROSA, Susel Oliveira da. **Estado de exceção e vida nua: violência policial em Porto Alegre entre os anos 1960 e 1990.** 2007. 303 p. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, São Paulo. p. 89.

27 FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva:** curso no Collège de France (1972/1973). Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 231.

28 CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **O suplício de Tântalo:** a lei n. 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 11, n. 134, 2004. p. 6.

dignidade da pessoa humana e que carregam consigo a intrínseca tarefa de estigmatizar os indivíduos.

Nesse ponto, Rosa del Olmo refere acerca da ideologia de diferenciação, a qual ratifica a inferioridade de alguns indivíduos através da afirmação de superioridade de outros.²⁹ Dessa forma, é possível afirmar “[...] que sempre se reprimiu e controlou de modo diferente os *iguais* e os *estranhos*, os *amigos* e os *inimigos*. De tudo isso, é possível concluir que a discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural”.³⁰ Nesse seguimento, David Garland sustenta que o foco de controle e de isolamento sobre os indivíduos considerados perigosos é fruto de um conjunto de circunstâncias que podem ser observadas a partir da necessidade de adaptação das culturas de controle do crime e da ordem social a um Estado cercado de autoritarismos e que se mostra cada vez mais incapaz de conduzir “uma sociedade de cidadãos individualizados e de grupos sociais díspares”.³¹

5 A SUBJETIVAÇÃO DO CORPO: ENTRE A SOCIEDADE DE DISCIPLINA E A SOCIEDADE DE CONTROLE

Veja-se que ainda que se concorde que as sociedades de disciplina foram e têm sido substituídas pelas sociedades de controle, que a técnica principal da disciplina, o confinamento, tem sido deixada para trás e substituída pelo “controle contínuo e comunicação instantânea”³², ainda é possível observar a existência de um espaço moldado para o adestramento, para a disciplina de exceção e para as relações de poder. Em certa medida, ao analisarmos o que Deleuze afirma sobre as modificações observadas no regime das prisões já na sociedade de controle (métodos soberanos devidamente adaptados, tais como penas substitutivas e monitoramento eletrônico)³³ encontramos-nos em um paradoxo. Isso porque:

29 OLMO, Rosa del, **A América latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 125.

30 ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 81.

31 GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 414-415.

32 DELEUZE, Gilles. **Conversações, 1972 – 1990**. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 215 e 216.

33 DELEUZE, Gilles. **Conversações, 1972 – 1990**. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 225.

Apesar do reconhecido fracasso das funções declaradas da privação de liberdade e da introdução de penas alternativas, a prisão não só subsiste como tem crescido e se tornado mais rigorosa. As penas alternativas têm colocado um crescente número de pessoas sob controle penal sem que tenha havido qualquer redução significativa no número de pessoas atrás das grades.³⁴

Observa-se, no que diz respeito ao RDD, uma espécie de tradução micro do que se entende por sociedade disciplinar de Foucault, vez que nessa sanção disciplinar estão presentes a arquitetura projetada para determinados indivíduos, o recorte do espaço onde se aplicará a disciplina e possibilitará o máximo controle e fiscalização a serem exercidos pelas autoridades, além de uma série de mecanismos para a subjetivação dos corpos que se encontram nesse espaço.

O corpo, há muito, foi descoberto como objeto de poder, objeto que é manipulável e transformável naquilo que se deseja. Para isso, esse corpo é submetido a uma coerção constante, a qual exerce o controle detalhado de suas atividades, o que faz, como faz e onde faz, até que se tornem docilizados.³⁵ Assim, “O corpo humano entra numa ‘maquinaria de poder’ que o esquadriha, o desarticula e o recompõe”.³⁶

À vista disso, Goffman dedicou-se a estudar sobre as instituições totais, como prisões, hospitais e conventos, e o processo de morte do que o autor chama de “cultura aparente”, que tem início no instante em que o sujeito adentra na instituição. Todas as relações e o modo de vida até então são substituídos pelo acultramento, de modo que quanto mais tempo o internado ficar no intramuros, mais incapacitante o será para reconstruir os laços e subsistir em determinadas situações extramuros. O “eu”, e as concepções que tem de si são submetidos a humilhações, rebaixamentos e a uma verdadeira reconfiguração do ser que leva à mortificação da sua identidade.³⁷

Não bastasse a perda de identidade, há, também, a mortificação por meio da supressão de sensação de segurança pessoal, vez que está submetido às mais

34 Trata-se de tradução de Maria Lucia Karam do Capítulo *Latin American Prisons* do livro *Handbook on Prisons* (orgs. Y. Jewkes, B. Crewe e J. Bennett), 2ª Edição, 2016, Abingdon: Routledge. KARAM, Maria Lucia e DARKE, Sacha. **Prisões latino-americanas**. Empório do Direito, São Paulo, 14 de mar. de 2016. Disponível em: < <https://emporiiodireito.com.br/leitura/prisoos-latino-americanas-1508702837>>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

35 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42 ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 134 e 135.

36 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42 ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 135.

37 GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7 ed. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 2007. p. 23 e 24.

diversas formas de subjetivação e de hierarquias, tais como a obrigatoriedade de se portar de determinada maneira, de agir conforme o modelo a ser reproduzido, bem como de responder verbalmente de modo a deixar clara sua posição de inferioridade.³⁸

Nessa perspectiva, Foucault, quando se refere à vigilância hierárquica, aponta que o exercício da disciplina concebe um mecanismo de impor a hierarquia e a obediência através do jogo de olhar, não deixando dúvidas àquele que ocupa a posição de vigiado os instrumentos de coerção que lhe serão aplicados.³⁹

Observa-se, no entanto, que a disciplina apresentada por Foucault não se limita a instituições fechadas, ela mostra-se como condutora dos efeitos advindos das relações de poder, distribuindo-os aos mais heterogêneos espaços e tempos:

A disciplina não pode se identificar com uma instituição nem com um aparelho: ela é um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que comporta todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos: ela é uma “física”, ou uma “anatomia” do poder, uma tecnologia. E pode ficar a cargo seja de instituições “especializadas” (as penitenciárias, ou as casas de correção do século XIX), seja de instituições que dela se servem como instrumento essencial para um fim determinado [...]⁴⁰

Essa metodologia já havia sido aplicada por Foucault desde a *História da Loucura*⁴¹, onde demonstrou interesse na análise dos efeitos resultantes das práticas de confinamento, não somente no interior das instituições. Nesse ponto, sabe-se que o RDD tem como principal premissa o confinamento, e o confinamento pressupõe o isolamento e a exclusão social. Portanto, imperioso trazer à tona alguns dos efeitos práticos sentidos pelos sujeitos que são submetidos ao que se pode chamar de “morte social”.

6 ISOLAMENTO E LOUCURA

Em matéria veiculada pelo The New York Times, de autoria de Erica Goode, intitulada de “Confinamento solitário: punido por toda a vida”, o psicólogo Craig

38 GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7 ed. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 2007. p. 30.

39 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42 ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 168.

40 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42 ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. p. 208.

41 FOUCAULT, Michel. **História da loucura: na Idade Clássica**. 9 ed. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 135.

Haney, em 1993, realizou pesquisa na Penitenciária Estadual de Pelican Bay, Califórnia, Estados Unidos, a qual é conhecida pelo processo Supermax, onde os presos permanecem isolados em celas individuais.

A maioria dos presos entrevistados por Haney não foram colocados em isolamento em razão dos crimes cometidos originalmente, mas sim por supostas relações com gangues e quadrilhas, tudo de acordo com as normas da Califórnia na época. A semelhança com as razões pelas quais se aplica o RDD no Brasil são notáveis, vez que talvez a principal delas seja justamente quando recaírem fundadas suspeitas sobre o envolvimento ou participação em organizações criminosas.

Haney entrevistou alguns presos a fim de estudar os efeitos psicológicos do isolamento. Vinte anos mais tarde, o psicólogo voltou à Penitenciária para novas entrevistas e, para sua surpresa e choque, reencontrou alguns dos mesmos presos que conhecera duas décadas antes, os quais permaneciam nas exatas condições de outrora e relatou:

Selados durante anos em um ambiente hermético – um preso comparou a unidade de confinamento solitário da prisão a “um laboratório de armas ou um local para experimentos com seres humanos” -, os presos relatavam que lutavam diariamente para manter sua sanidade. Eles falavam do desejo de avistar uma árvore ou um pássaro. Muitos reagiram ao isolamento, interrompendo suas emoções e se afastando ainda mais, ignorando até a conversa e a companhia humana escassa.⁴²

Há diversos estudos como o referido acima que demonstram os efeitos nocivos do isolamento prolongado. A perda de conexão com o mundo extramuros, a perda das relações sociais e familiares causam, muitas vezes, irreparáveis consequências mentais e físicas. Freud sedimentou o que Aristóteles já expunha, o indivíduo é um ser naturalmente social e, portanto, sente-se incompleto quando está isolado.⁴³

Nils Melzer, especialista em Direitos Humanos e relator especial da ONU sobre tortura, declarou que o confinamento solitário prolongado se equivale à tortura psicológica e desencadeia uma série de comorbidades mentais, como depressão, ansiedade, estresse, deficiência cognitiva e tendência suicida, podendo trazer à tona possíveis traumas enfrentados no passado.⁴⁴

42 GOODE, Erica. Solitary Confinement: Punished for Life. The New York Times, New York, 03 de ago. de 2015. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2015/08/04/health/solitary-confinement-mental-illness.html>>. Acesso em: 20 de jun. de 2020.

43 FREUD, Sigmund. **Psicologia das Massas e Análise do Eu**. Tradução de Paulo Cesar Lima de Souza. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2011. p. 61.

44 NAÇÕES Unidas Brasil. Prisão solitária prolongada equivale à tortura psicológica, diz especialista da ONU. **Nações Unidas Brasil**, 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/prisao-solitaria-prolongada-equivale-a-tortura-psicologica-diz-especialista-da-onu/>>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

A fim de evitar situações inconstitucionais e trágicas física e emocionalmente, as Regras de Mandela foram atualizadas em 2015. Trata-se de Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, que contêm tratados internacionais de direitos humanos, com o objetivo de conferir a devida dignidade aos indivíduos privados de liberdade e reparar a enorme perda identitária sofrida por essas pessoas desde o ingresso no sistema prisional. As Regras preveem que o confinamento solitário deve ser utilizado como medida excepcional e que se transcorridos mais de 15 dias com o preso em isolamento, será caracterizado como confinamento prolongado e equiparado à tortura.⁴⁵

O RDD possui traços manifestamente inconstitucionais, absolutamente desumanos e constrangedores. O fracasso do sistema de punições não foi e não é suficiente para que o fetiche pela punição seja abandonado. Denota-se que, na grande parte das vezes, o objeto de ataque do poder punitivo mudou, há muito, de “o que” para “quem”, tendo por base a necropolítica, vez que a técnica de condução desses “inimigos” à sua eliminação ocorrem justamente através da manobra recorrente em conjurar o combate às organizações criminosas, a fim de justificar e atenuar o que, em um Estado Democrático de Direito que se preze, jamais seria tolerado. Veja-se que quando se fala em eliminação, não se está referindo necessariamente à morte do corpo, mas também à mortificação do ser, de sua identidade e de sua integridade física e mental.

No entanto, enquanto normativa vigente, imprescindível ter em mente que, como já referido, o confinamento solitário é medida emergencial e estritamente excepcional. Necessário estar em constante atenção, apoiando-se nos meios de proteção às pessoas privadas de liberdade em isolamento, vez que, em certa medida, o Brasil possui a tendência em fazer da exceção a regra.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema que fora abordado nesse artigo é de extrema relevância tanto em termos processuais penais, como no campo da criminologia e dos direitos humanos. Vislumbrou-se que o histórico de crises do sistema penitenciário, que há muito

45 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, 2016. Brasília, CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

assola o país, teve grande influência na criação do Regime Disciplinar Diferenciado, sobretudo com as grandes rebeliões que acontecem desde os anos 80, com especial atenção ao massacre do Carandiru e às megarrebeliões do início do século XXI.

No início dos anos 2000, através das rebeliões que reivindicavam melhorias nas condições dos estabelecimentos prisionais e exigiam a transferência de membros do PCC para determinadas penitenciárias, o Primeiro Comando da Capital se tornou nacionalmente conhecido. A ascensão dos grupos criminais escancarou a falência do sistema prisional e levou as autoridades a tomarem posturas para a contenção desses coletivos. Uma das primeiras medidas adotadas foi no Estado de São Paulo, por meio da resolução 26/2001, a qual apresentou o Regime Disciplinar Diferenciado, vez que a Secretaria de Administração Penitenciária alegou ser necessária a sanção para combater o crime organizado.

Somente em 2003 o RDD foi federalizado através da lei 10.792/03. Não é difícil perceber a completa falha legislativa na execução de seus objetivos. O crime organizado cresceu sem precedentes nos últimos anos e o sistema prisional está em colapso e a crise é cada vez maior. A expansão do punitivismo já provou sua completa ineficácia na tentativa de “salvar” o sistema penal e prisional, servindo apenas para saciar os anseios da opinião pública, que não por acaso é um de seus principais adeptos.

É com esse caráter punitivista que o Pacote Anticrime trouxe mudanças substanciais ao RDD. Possivelmente a mais importante delas diz respeito à duração do período em que o preso pode permanecer sob o regime do RDD – porquanto altera o prazo de um ano previsto anteriormente para dois anos. O rigor aplicado às visitas também deve ser ressaltado, tendo em vista que as visitas passaram de semanais a quinzenais, além de restringir completamente o contato físico do preso com os visitantes. O conjunto de mudanças implementados sedimentam a ideia de que não há limites na busca por cada vez mais intervenção e controle penal e social.

O RDD escancara a violação a inúmeros direitos do preso, vez que o tratamento desumano, degradante e cruel é inerente à sua natureza e acaba afastando ainda mais a possibilidade de ressocialização ou reinserção social (o que, diga-se de passagem, há muito já não se considera essa hipótese). O corpo do preso é submetido a um processo de subjetivação e de abandono de quem ele era. Perde-se a identidade, as relações, os afetos e a si próprio.

O confinamento solitário prolongado deixa às claras consequências que poderão ser carregadas pela vida toda, inclusive extramuros. A reação ao isolamento pode se dar de inúmeras formas, como um afastamento ainda mais profundo, ansiedade, comportamento instável e violento e tendência suicida. Isso sem falar na dolorosa tentativa de reconstrução de sua identidade e de suas relações familiares e sociais. Os efeitos nocivos do isolamento podem ser irreparáveis.

Com efeito, dado o que fora exposto ao longo dessa pesquisa, imprescindível lembrar que o RDD se trata de medida de urgência e excepcional, a ser aplicada com o menor tempo possível, a fim de evitar os danos que podem assolar o preso submetido à medida. A aplicação de forma generalizada deve ser rigorosamente combatida, vez que, a partir da análise aos requisitos dispostos na Lei, observou-se uma gama de razões em abstrato, que diminuem substancialmente o direito de defesa, ficando o preso à mercê da interpretação discricionária das autoridades.

8 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Bia. Relatório da OEA acusa Brasil de violar direitos humanos.

Disponível em:

<<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Relatorio-da-OEA-acusa-Brasil-de-violar-direitos-humanos/5/1187>>.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>.

BORGES, Melissa. **Líder de facção do Bom Jardim já está em presídio federal.**

Diário do Nordeste. 09. Jan. 2019. Disponível em:

<<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/lider-de-facciao-do-bom-jardim-ja-esta-em-presidio-federal-1.2047569>>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Regras de Mandela:** regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos, 2016. Brasília, CNJ, 2016.

Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

BUSATO, Paulo César. Regime Disciplinar Diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. **Revista Transdisciplinar de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 04, n. 14, p. 137-145, 1 jun. 2004.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: notas críticas do sistema punitivo brasileiro**. Revista Transdisciplinar de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 4, p. 7-26, 1 dez. 2020.

CARVALHO, Salo de; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Crítica à Execução Penal**: Notas sobre a Inconstitucionalidade da Lei 10.792/03, que criou o Regime Disciplinar Diferenciado na Execução Penal. 2ª Edição. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **O suplício de Tântalo**: a lei n. 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 11, n. 134, 2004.

CRUZ, Elaine Patricia. **Crimes de Maio causaram 564 mortes em 2006; entenda o caso**. Agência Brasil. 12 mai. 2016. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-05/crimes-de-maio-causaram-564-mortes-em-2006-entenda-o-caso>>.

DELEUZE, Gilles. **Conversações, 1972 – 1990**. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

Departamento Penitenciário Nacional (Depen). **Conheça o Sistema Penitenciário Federal**. Depen, 03 mar. 2020. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/conheca-o-sistema-penitenciario-federal-1>>.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972/1973). Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura**: na Idade Clássica. 9 ed. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42 ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das Massas e Análise do Eu**. Tradução de Paulo Cesar Lima de Souza. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2011.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GLENNY, Misha e BOTTMANN, Denise. **O dono do morro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

GOODE, Erica. Solitary Confinement: Punished for Life. **The New York Times**, New York, 03 de ago. de 2015. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2015/08/04/health/solitary-confinement-mental-illness.html>>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7 ed. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 2007.

IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo; FILHO, Eduardo Rezende Zucato; MASSARO, João Paulo Gomes. **Reflexões sobre os malefícios do isolamento do preso imposto pelo novo RDD**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 28, v. 330, p. 22-25, 30 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/294>>.

KARAM, Maria Lucia e DARKE, Sacha. **Prisões latino-americanas**. Empório do Direito, São Paulo, 14 de mar. de 2016. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/prisoos-latino-americanas-1508702837>>. Acesso em: 25 de junho de 2020.

LAZARI, Rafael de; GAMA, Alison Andreus. **O aumento da violência na execução penal pela Lei 13.964/14**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 28, v. 331, p. 17-20, 29 maio 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/446>>.

LEMOS, Marcela. **Nem da Rocinha e Rogério 157 são condenados por “guerra do tráfico”**. UOL, 01 jun. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/04/01/nem-da-rocinha-e-rogerio-157-sao-condenados-por-guerra-do-trafico.htm>>.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil**. Revista Brasileira de Segurança Pública, São Paulo, ano 2, v. 11, p. 10-29, 1 set. 2017.
NSC Total. **De Carandiru ao massacre de Manaus: as mais violentas rebeliões em presídios no Brasil**. NSC Total, 02. Jan. 2017. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/noticias/de-carandiru-ao-massacre-de-manaus-as-mais-violentas-rebelioes-em-presidios-no-brasil>>.

OLMO, Rosa del, **A América latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NAÇÕES Unidas Brasil. Prisão solitária prolongada equivale à tortura psicológica, diz especialista da ONU. **Nações Unidas Brasil**, 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/prisao-solitaria-prolongada-equivale-a-tortura-psicologica-diz-especialista-da-onu/>>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

RIBEIRO, Rafael. **Beira-Mar volta para Campo Grande e ficará na mesma cadeia de Adélio Bispo**. UOL, 19 set. 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/09/19/beira-mar-volta-para-campo-grande-e-ficara-na-mesma-cadeia-de-adelio-bispo.htm>>.

ROSA, Susel Oliveira da. **Estado de exceção e vida nua: violência policial em Porto Alegre entre os anos 1960 e 1990**. 2007. 303 p. Tese (Doutorado em História) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UNICAMP, São Paulo.

SALLA, Fernando. **De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias em São Paulo**. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 1. Edição 1. 2007. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/De%20Montoro%20a%20Lembo%20-%20as%20pol%C3%ADticas%20penitenciarias%20em%20SP.pdf>> Acesso em: 29 de junho de 2020.

TAJRA, Alex; ADORNO, Luís. **Marcola repete tática de ano de ataques ao ameaçar fazer greve de fome**. UOL, 13 mar. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/03/13/marcola-pcc-presos-greve-de-fome.htm>>.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

OS IMPACTOS DO PACOTE ANTICRIME (LEI 13.964/19) NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NO BRASIL

THE IMPACTS OF THE ANTICRIME PACKAGE (LAW 13.964/19) ON THE PROCESS OF EXECUTING PRIVATE FEATHERS OF FREEDOM IN BRAZIL

Bruna Oliveira Krauser¹

Fernanda Engelmann²

Ester Eliana Hauser³

RESUMO

O presente artigo busca discutir as principais mudanças ocorridas na legislação penal brasileira a partir da vigência da Lei Federal nº 13.964/19, conhecida como pacote Anticrime, bem como as consequências práticas que a referida lei trouxe ao processo de execução da pena privativa de liberdade. Destarte, o estudo apresenta e discute problemas referentes ao sistema carcerário brasileiro, que além de encontrar-se superlotado, caracteriza-se por ser um sistema marcado pela inobservância de direitos básicos dos apenados, violando, por consequência o valor da dignidade humana, consagrado no texto constitucional como um dos fundamentos do Estado Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote anticrime. Penas privativas de liberdade. Superlotação carcerária. Execução penal. Direito penal do inimigo.

ABSTRACT

This article seeks to discuss the main changes that have taken place in Brazilian criminal legislation since the entry into force of Federal Law nº 13.964/19, known as the Anticrime package, as well as the practical consequences that a law brought to the processo f carrying out the free sentence of liberty. Thus, the study presentes and discusses problems related to the Brazilian prison system, which in addition to being overcrowded, is characterized by a system marked by the non-observance of basic rights of the inmates, thus violating the value of human dignity, enshrined in the text constitucional as one of the foundations of the Brazilian State.

KEYWORDS: Anticrime package. Private prison penalties. Prison overcrowding. Penal execution. Criminal law of the enemy.

1 Estudante do Curso de graduação em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. brunaoliveirakrauser@gmail.com

2 Estudante do Curso de graduação em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. fernanda_engelmann@hotmail.com

3 Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1994) e mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001). Atualmente é professor do quadro efetivo da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, atuando principalmente nos seguintes temas: direito penal, criminalidade, controle punitivo, funções da pena, sistemas penais e política criminal. estereh@unijui.edu.br

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A realidade do sistema prisional e a expansão do encarceramento no Brasil. 3 O Pacote Anticrime: Repressivismo e aspectos político-criminais. 4 Medidas que afetam a execução da pena privativa de liberdade. 5 O valor da dignidade da pessoa humana e a função da pena nos Estados Democráticos de Direito. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto de análise um dos temas que tem ocupado grande parte das reflexões dos operadores do direito que atuam na seara penal, qual seja, a promulgação da Lei federal nº 13.964/19, aprovada pelo Congresso Nacional e em vigor desde o dia 23 de janeiro de 2020. Esse novo regulamento, também chamado de Pacote Anticrime, altera dispositivos do Código Penal, do Código Processual Penal, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), entre outras legislações penais. Destarte, diante do elevado número de mudanças, em diversos regulamentos normativos, doutrinadores e juristas passaram a discutir quais as transformações e suas consequências.

Dentre as diversas mudanças trazidas pela Lei nº 13.964/19, uma das mais significativas diz respeito ao campo da execução penal, uma vez que a nova lei não apenas alterou para 40 anos o tempo máximo de execução das penas privativas de liberdade, mas também estabeleceu novos requisitos temporais para a progressão de regime prisional, endurecendo os critérios para que o condenado possa avançar de regimes mais rigorosos para os mais brandos, assim como dificultou a concessão de outros benefícios prisionais como a saída temporária, por exemplo.

Tendo por referência tais alterações, o presente estudo pretende avaliar o impacto destas mudanças na realidade do sistema prisional brasileiro, já marcado por uma profunda crise de legalidade, face ao flagrante e constante desrespeito aos direitos dos apenados e, sobretudo, por significativo déficit estrutural de vagas.

2 A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL E A EXPANSÃO DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL

Desde o início dos tempos o homem, na busca por vingança, tenta amenizar a dor sofrida em razão do criminoso. Apesar desse desejo manifestar-se de diversas formas ao longo da evolução humana, seu objetivo sempre foi o mesmo: punir o

ofensor através de uma sanção, como forma de retribuição ao ato ilícito praticado. Segundo Michel Foucault (2007), a partir da contemporaneidade, a racionalidade humana construiu novas formas de “vingança” penal, substituindo a punição ao corpo do condenado por modelos de responsabilização baseados na privação de liberdade. Tal transformação atendeu às necessidades estruturais da sociedade industrial que se formava e concebeu um modelo disciplinar de coerção sob o discurso de um ideal de “reinserção/ressocialização” dos condenados.

Desde o momento em que a privação de liberdade foi adotada como principal resposta penal o que se viu foi um crescimento significativo nos índices de encarceramento no Brasil e no mundo, em especial a partir dos anos 90 do século XX. Atualmente, essa realidade é diretamente refletida no sistema prisional brasileiro, onde existem muitas pessoas presas com penas cada vez mais rígidas, o que, como consequência, superlota o sistema carcerário. Tal situação não significa, no entanto, uma diminuição da criminalidade, pelo contrário, acaba por colocar cada vez mais indivíduos no ambiente hostil do cárcere.

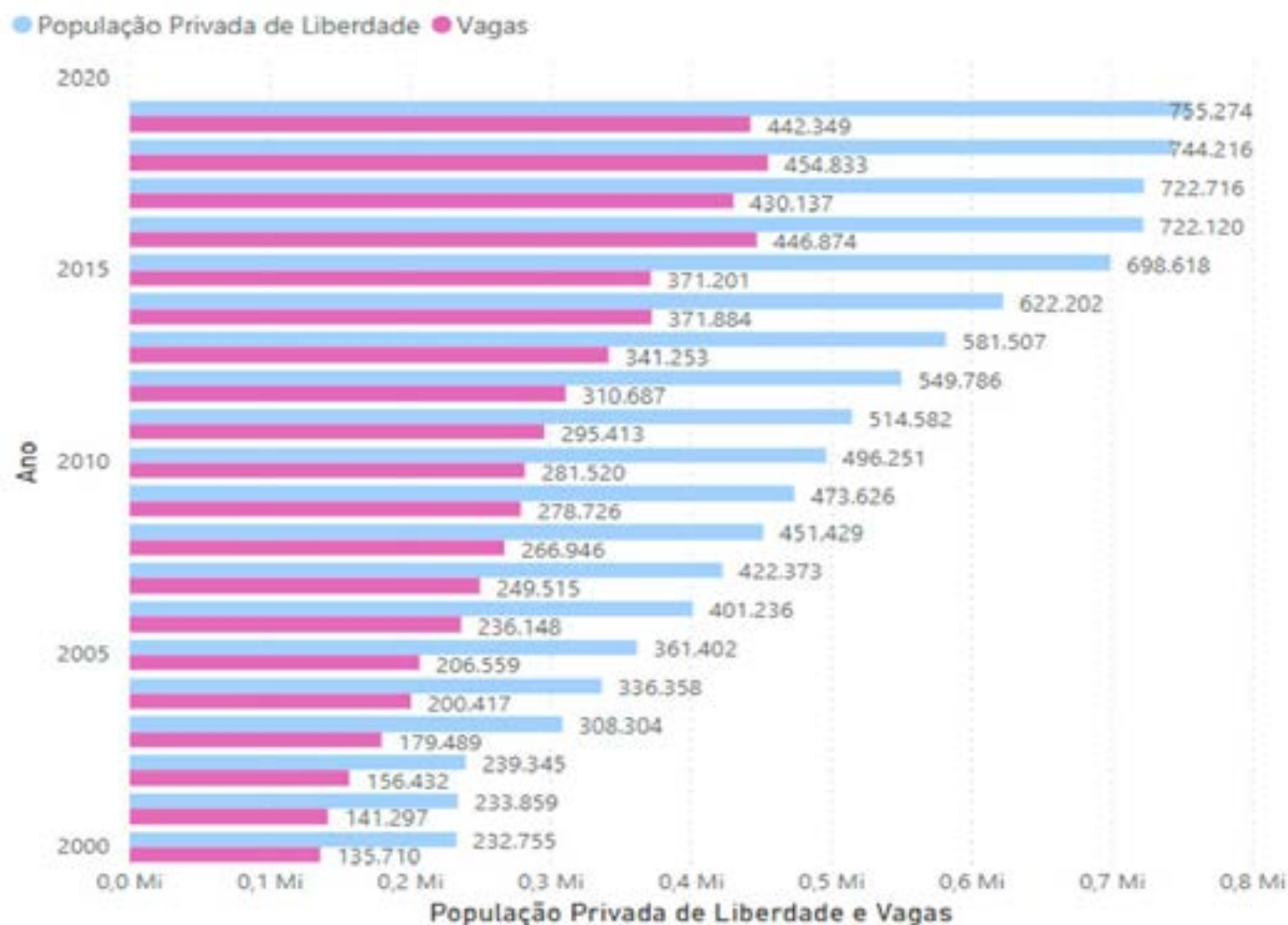
A realidade operacional do sistema prisional brasileiro, quanto a forma em que se dá a execução da pena pelos cidadãos que incidem em infrações penais, é totalmente oposta aos princípios e regras trazidas pela Constituição Federal de 1988, bem como pelos fundamentos e concepções que norteiam o Direito Penal brasileiro. As prisões do Brasil são um reflexo da falta de efetividade das normas relativas ao cumprimento da pena, no que diz respeito ao seu objetivo de integrar socialmente o criminoso. Basta uma breve análise da realidade para verificar que um número considerável de unidades prisionais estão superlotadas, o que advém da clara opção por um modelo político-criminal repressivista, estruturado na lógica do encarceramento em massa. Como consequência da superlotação, tais instituições são, em larga medida, controladas pelos próprios apenados e por facções criminosas e não pelo Estado.

A Lei de Execução Penal discorre, ao longo de seu texto, sobre o modo em que se dará o cumprimento das penas cominadas pelo Código Penal brasileiro, assim como acerca do direito do reeducando nas penitenciárias, e a sua reintegração à sociedade. Destarte, a referida legislação, fundada no propósito da eficiência do poder de penar, dispõe que o número de presos deve corresponder à capacidade da estrutura dos estabelecimentos prisionais, bem como os recolhidos devem ficar alojados em celas que garantam as condições básicas de saúde e higiene.

Entretanto, sabemos que o cenário dos presídios brasileiros é diferente do idealizado por nosso ordenamento jurídico.

Conforme o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, em dezembro de

População Privada de Liberdade e Vagas por Ano



considerada a maior do país e atinge o número de 231.287 presos. Tal realidade coloca o Brasil no 3º lugar no ranking de países com o maior número de cidadãos presos no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China. (INFOPEN, 2019).

Ainda quanto ao levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, no período de dezembro de 2019, cerca de 48,47% da população carcerária cumpre pena em regime fechado. O respectivo percentual corresponde à 362.547 apenados.

Observa-se também que a população carcerária brasileira é formada, na maioria, por indivíduos que possuem um perfil específico. Ou seja, todos aqueles que incorrem em delitos e são submetidos a privação de liberdade possuem

características semelhantes em relação ao gênero, raça e condição socioeconômica. Destarte, em observância ao sistema prisional brasileiro, se averigua que os cidadãos normalmente encarcerados são do gênero masculino, das cores/raças preta e parda e de classe baixa. Tal constatação fundamenta-se nos dados apresentados, em dezembro de 2019, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o qual revelou que 95,06% da população carcerária brasileira é do gênero masculino; e que 49,88% e 16,81% dos encarcerados no país são declarados pardos e pretos, respectivamente. Somado a isso, conforme o mesmo levantamento, a maioria dos indivíduos privados de liberdade são aqueles que perpetraram crimes patrimoniais convencionais como, por exemplo, os crimes de furto, de roubo e de tráfico de drogas.

Ante o exposto, resta evidenciada a seletividade do sistema, que não pune a todos, mas preferencialmente aos crimes praticados pelos estratos sociais mais vulneráveis. Estes grupos sociais menos favorecidos, de baixa renda, são constituídos, em grande parcela, por indivíduos pretos ou pardos, visto que a população brasileira é formada, em mais de cinquenta por cento, por pessoas de tais cores/raças. Outrossim, a privação de liberdade é normalmente destinada àqueles que praticam crimes patrimoniais, pois, além de ser cometidos pelos estratos sociais mais vulneráveis, são delitos que atentam contra o patrimônio particular, tão defendido e prezado pela sociedade capitalista e consumista em que vivemos. Desta forma, percebe-se que existe um perfil preferencial do público submetido ao cárcere no Brasil (SILVA, 2019).

Como alternativa à superlotação carcerária dos presídios brasileiros, os governos estaduais e federal vêm investindo, nas últimas décadas, na construção de novos estabelecimentos prisionais para cumprimento da pena privativa de liberdade. Em que pese tais investimentos e a abertura de novas vagas nos espaços prisionais, verifica-se que o problema da superlotação carcerária permanece como um dos grandes gargalos do sistema prisional e, aliado ao déficit estrutural e a falta de acesso aos direitos mínimos que assegurem dignidade aos apenados, representa uma grave violação dos direitos humanos da massa carcerária no país. Isso se dá, em grande medida, pelo processo de encarceramento em massa evidenciado no país nas últimas décadas, que deriva de uma evidente opção legislativa por políticas criminais de cunho repressivo/punitivista hegemônicas nos últimos anos. Alterações normativas no sentido de recrudescimento punitivo têm sido frequentes no Brasil, o

que se manifesta claramente na nova lei, objeto do presente estudo. No entanto, tais medidas têm se mostrado ineficazes no controle dos níveis de violência e de criminalidade na sociedade brasileira. Neste sentido, de acordo com Ramos e Zackseski (2018, p. 06):

O simples aumento de estabelecimentos carcerários – ou a construção de novos módulos em estabelecimentos que dispõem de espaço físico para esse fim – atenua o problema da superlotação, o que, no contexto atual, pode ser visto como medida urgente e de caráter humanitário. Por outro lado, o aumento de vagas também não resolve as mazelas e deficiências que esse tipo de instituição produz em curto prazo. De nada adianta ampliar o espaço prisional sem assistência material aos presos ou instalações e serviços adequados às suas necessidades pessoais. (RAMOS; ZACKSESKI, 2018, p. 06).

Pela perspectiva exposta acima, reporta-se o aspecto de que a criminalidade no país aumenta a cada dia, pois o sistema carcerário não apenas não contribui para a reinserção do preso como também fomenta, principalmente em razão do domínio interno de diferentes facções criminosas, a especialização dos reclusos em carreiras delitivas. Assim, constata-se que ambos os problemas derivam um do outro, o que acaba criando um círculo vicioso. Ademais, há outros fatores que incidem nessa sucessão ininterrupta de acontecimentos. Como, por exemplo, a indiferença da sociedade com o indivíduo que está privado de liberdade em uma instituição de estrutura precária, e comandada por facções; a insuficiência de investimento governamental na educação e na preparação moral de crianças e jovens carentes, bem como da comunidade nacional, para que essa recepcione o ex-detento como um indivíduo portador de direitos; a exasperação das penas, as quais contribuem para que o criminoso permaneça mais tempo segregado, sem nenhuma eficiência ressocializadora.

Neste viés, o Brasil precisa investir mais em políticas criminais que busquem transformar a experiência criminológica em estratégias concretas de controle da criminalidade, visto que apenas encarcerar não está se mostrando eficaz na prática. Assim, a superpopulação carcerária é resultado do descaso do Estado, que impede medidas de reinserção do preso e, nos últimos anos, tem submetido cada vez mais pessoas à privação de liberdade. Somado a isso, ressalta-se a lentidão do Poder Judiciário, que leva anos para julgar as demandas a fim de averiguar a veracidade dos fatos motivadores da prisão.

Quanto às medidas de reinserção, mostra-se evidente o fato de que a pena não cumpre seu papel de integração social do apenado. Ou seja, muitos dos

detentos, ao saírem das penitenciárias, deparam-se com uma sociedade não receptiva para ex-criminosos, a qual possui um preconceito com cidadãos que possuem antecedentes criminais. Desta forma, os ex-presidiários sentem-se desamparados, o que infelizmente os faz voltar para o mundo da criminalidade. Esta situação se agrava quando o indivíduo que deixa o sistema prisional é do gênero feminino. Quanto a isso destaca-se que grande parte das mulheres que cumpriram pena são abandonadas por suas famílias.

Outro aspecto que merece destaque diz respeito à morosidade do Poder Judiciário, que contribui para o aumento das prisões provisórias juntamente aos condenados de fato. Isso porque há um grande número de pessoas presas que ainda estão aguardando julgamento, conforme já demonstrado acima. O fato que merece destaque aqui é que este preso poderia estar aguardando o seu julgamento em liberdade, sendo submetido à medidas cautelares diversas da prisão, sem necessariamente estar recolhido a um estabelecimento penal.

Destaca-se, também, em relação à superlotação, o fracasso do sistema progressivo de execução da pena previsto da Lei de Execução Penal, uma vez que apesar do preso ter cumprido lapso temporal para progredir para um regime mais brando, este vê-se impedido diante da falta de estrutura adequada ou do envolvimento com a prática de faltas disciplinares, o que mostra-se comum em estabelecimentos dominados por facções, em que os apenados obrigam-se a adaptar-se a subcultura carcerária para sobreviver. É o que se tem constatado, em vista da carência de vagas nas colônias agrícolas e nas casas de albergado, obrigando os presos a permanecerem nas penitenciárias, o que contribui de forma direta para a crise de vagas do sistema.

É justamente em meio a este cenário, de desumanização e de negligência, que ocorrem as rebeliões e os motins nos estabelecimentos penais, sendo eles estratégias que os detentos encontram para expressar seu descontentamento frente às condições as quais são submetidos.

Ademais, a superlotação transformou as penitenciárias brasileiras em quartéis-generais do crime, onde, diante da falta de estrutura e de controle do Estado, facções criminosas passaram a assumir o comando, porquanto dominam o tráfico de drogas e o crime organizado, regulam o convívio entre os presos, captando novos membros e ainda controlam a violência dentro e fora da prisão. Dessa forma, segundo Ramos e Zackseski (2018, p. 06):

A superlotação, problema crônico do sistema penitenciário brasileiro, se converte em “questão prioritária” nesses momentos em que estouram as rebeliões e os detentos protagonizam, como algozes e vítimas ao mesmo tempo, as cenas brutais que extravasam os muros dos presídios, produzindo tensão social e necessidade de resposta por parte do poder público. Essa é a hora das respostas improvisadas e dos arranjos absurdos. (RAMOS; ZACKSESKI, 2018, p. 06).

Tal realidade além de evidenciar a crueldade, a violação de direitos humanos e uma espécie de “indiferença” do Estado para com os apenados e seus familiares, que são vítimas diretas da violência produzida nas instituições prisionais, também demonstra o fracasso retumbante das promessas de reinserção atribuídas à pena e ao sistema penal, evidenciando as funções reais da prisão relacionadas ao controle seletivo e desigual das populações mais vulneráveis que, embora evidentes, não podem ser declaradas oficialmente.

3 O PACOTE ANTICRIME: REPRESSIVISMO E ASPECTOS POLÍTICO-CRIMINAIS

A Lei Federal nº 13.964/19, a qual é popularmente conhecida como Pacote Anticrime, entrou em vigor no dia 23/01/2020 e trouxe diversas mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro. A referida legislação alterou dispositivos normativos do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), do Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal), da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal - LEP), da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), entre outros estatutos regimentais.

O Pacote Anticrime foi formulado, segundo propõe a exposição de motivos, com o objetivo de alterar a legislação penal brasileira para que essa favoreça o aumento da segurança social, a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, bem como diminuir a criminalidade que assola nosso país. Porém, o real propósito da formulação e implantação da lei em estudo, afasta-se da ideia de aprimoramento da eficácia do direito material e processual penal e aproxima-se da violação dos direitos constitucionais garantidos ao indivíduo que comete algum ilícito, o qual antes de tudo deve ser considerado um cidadão titular de garantias. Ou seja, a Lei nº 13.964/19, em muitas de suas alterações é apresentada como estratégia para salvaguardar a sociedade dos crimes que vem ocorrendo, mas, para isso, propõe a supressão ou relativização de princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Desde a sua elaboração até a sua aprovação a referida proposta legislativa foi, e ainda é, centro de debates no mundo jurídico, tendo recebido críticas positivas e negativas quanto ao seu conteúdo. No entanto, maiores são as críticas apontadas por doutrinadores e juristas, os quais consideram que a lei concebida pelo ex-ministro da Justiça Sérgio Moro possui caráter extremamente repressivo/punitivo e pouco contribuirá para a resolução dos graves problemas relativos à violência criminal no país. Essa compreensão dos penalistas origina-se da ideia de que as alterações pretendidas pela lei não emanam de uma reflexão social e política sobre a criminalidade, com relação à gênese e evolução desta. Ademais, a Lei nº 13.964/19 é vista na esfera como um afronte a clássicos princípios constitucionais. (WATANABE, 2019).

O Direito Penal é indispensável para a proteção dos bens jurídicos essenciais e fundamentais do indivíduo e da sociedade, protegendo-os de modo legítimo e eficaz. À vista disso, sob a perspectiva de uma das teorias que se contrapõe ao garantismo penal, concepção político-criminal inerente ao Direito Penal dos Estados Democráticos de Direito, depreende-se que o Pacote Anticrime faz alusão ao Direito Penal do Inimigo, uma vez que posiciona o criminoso como adversário da sociedade, e não como parte integrante desta.

Destaca-se que o Direito Penal do Inimigo, foi concebido no final do século XX pelo penalista alemão Günther Jakobs, que expõe que há dois modelos distintos de intervenção punitiva, os quais são direcionados, individualmente, para o que se considera como cidadão e para o que se entende por inimigo. Segundo Jackobs, o direito penal de garantias teria aplicabilidade somente aos “cidadãos” que praticam acidental ou esporadicamente crimes e, para estes, seriam resguardados todos os direitos e garantias do direito penal. Neste sentido, o Direito Penal do Cidadão, seria aplicado ao indivíduo que, mesmo tendo cometido um crime, assegura garantia cognitiva mínima de que se comportará e obedecerá às normas penais. (JACKOBS; MELIÁ, 2007).

Por outro lado, segundo Jackobs e Meliá (2007), a consolidação do Direito Penal do Inimigo tem como objeto os “[...] indivíduos que delinquem por princípio e de forma sistemática”. Vê-se que estes indivíduos que violam sistematicamente as normas penais não oferecem garantias mínimas de condutas estabilizadoras da vigência das normas. Portanto, estes seriam os “inimigos”, os quais o Estado deve agir de forma implacável.

Outrossim, o penalista alemão em sua obra “*Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas*” (2007, pg. 30) distingue o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo da seguinte forma:

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar a guerra.

[...] O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos [...]. (JACKOBS; MELIÁ, 2007, p.30)

Nessa perspectiva, ao ser aprovado, o Pacote Anticrime trouxe um endurecimento das leis penais, que fere diversos princípios como o da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, sendo ainda capaz de omitir garantias legais e constitucionais, jogando-as ao relento. Ademais, tal medida pré-determina quem serão os inimigos eleitos pela sociedade e serve para perpetuar a criminalização da pobreza, dirigindo o aparato punitivo especialmente aos jovens negros e pobres brasileiros.

Conclui-se, portanto, que a Lei nº 13.964/19 busca medidas de fácil aplicação, e que ofereçam à sociedade respostas rápidas. No entanto, conforme já dito, o referido pacote de mudanças contribui para a consolidação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico pátrio, o qual diverge com o que é respaldado pelo Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a lei, ao trazer soluções radicalmente punitivas, não se preocupou com as consequências que as mesmas iriam produzir no sistema carcerário brasileiro, que já se encontra em crise, muito menos no estado em que o indivíduo sai da penitenciária, reintegrado ou não.

Nesse diapasão, Carlos Velho Masi (2019) faz a seguinte colocação sobre a indiferença do Pacote anticrime com o complexo prisional precário do Brasil:

Ao invés de criar filtros mais restritivos para o encarceramento dos indivíduos mais perigosos, o projeto de Lei Anticrime generaliza e pretende ser uma solução aparente dos problemas de segurança pública que assolam o país. A realidade é que se trata de um projeto criado em gabinete, voltado a situações ideais, pensado por pessoas que trabalham diretamente com a macrocriminalidade, sobretudo do colarinho branco, e não com a grande massa dos crimes comuns praticados diuturnamente no Brasil. (MASI, 2019, p. 01).

Ademais, Masi (2019) faz uma crítica severa ao ataque que a Lei nº 13.964/19 faz à Carta Constitucional brasileira e aos princípios e regras da legislação penal, ao realçar que o referido regulamento modificativo não resolve problemas sociais, bem como de que sua criação não prescinde da observância do contexto em que foi

elaborada. Além disso, refere que os fundamentos constitucionais estão sendo lesados, em decorrência de caprichos punitivistas.

No mesmo seguimento, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2009, p. 102) afirma a atual ineficiência do Direito Penal, em razão da exasperação das sanções:

Em que pese o fato de que há um déficit de eficácia da legislação nas mais diversas áreas, isso não impede que avance a hipertrofia ou inflação de normas penais, invadindo campos da vida social anteriormente não regulados por sanções penais. O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado diante das demandas de segurança e penalização da sociedade, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. (AZEVEDO, 2009, p. 102).

Por todos os aspectos analisados, tem-se que as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime e que serão melhor analisadas no próximo tópico, em sua grande maioria significaram um recrudescimento do Direito Penal, impondo regras de execução penal diferenciadas para cada tipo de delito e da maneira como este é cometido. Além disso, a nova legislação adota paradigmas trazidos pelo Direito Penal do Inimigo, a qual é aplaudida pela sociedade que valoriza o exemplo punitivo da norma em neutralizar condutas, não se importando com políticas que tratam, em conjunto, da criminalidade e da reinserção do condenado.

4 MEDIDAS QUE AFETAM A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Diferentes medidas trazidas pelo pacote anticrime afetarão diretamente o processo de execução das penas privativas de liberdade no Brasil, em especial quanto ao tempo máximo de duração das penas e quanto aos critérios para progressão de regime. Contudo, importa salientar desde logo, que a incidência de tais medidas sujeitam-se ao princípio da irretroatividade da lei mais severa, o que decorre do princípio estruturante da legalidade penal. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XL, dispõe que a lei penal apenas retroagirá para beneficiar o acusado. Portanto, o referido dispositivo estabelece uma regra na qual a lei penal não pode retroagir, mas, ao mesmo tempo, designa também uma exceção consistente na ideia de que, se a lei trouxer algum benefício para o agente no caso concreto, esta poderá retroagir.

Tal possibilidade restringe-se às normas de caráter penal porquanto não tem aplicação em lei de cunho processual. A esta última aplica-se o princípio da

imediatidade da lei penal, a qual terá incidência imediata a todos os processos em andamento, não importando se o crime foi praticado antes ou depois de sua entrada em vigor ou se a inovação é ou não mais benéfica ao réu. Por norma processual penal, entende-se aquela cujos efeitos repercutem diretamente no processo, não tendo relação com o *jus puniendi* do Estado. Ademais, em situações que incidem leis híbridas (misto de direito penal e direito processual penal), a parte penal irá prevalecer para fins de retroatividade em benefício do agente.

Uma das mudanças mais impactantes trazidas pela Lei nº 13.964/19 são atinentes à Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), principalmente acerca das normas que regem a progressão do regime carcerário cumprido pelos apenados. Antes da vigência do Pacote Anticrime a legislação referente à execução das penas determinava, no *caput* de seu artigo 112, que o condenado poderia progredir para regime menos rigoroso, mediante determinação do juiz, e desde que tivesse cumprido $\frac{1}{6}$ (um sexto) da pena e que fosse comprovado seu bom comportamento carcerário. Ainda, quanto aos crimes hediondos e equiparados, previstos na Lei 8.072/90, as regras para progressão exigiam o cumprimento de $\frac{2}{5}$ da pena para condenados primários e $\frac{3}{5}$ para os reincidentes.

Posteriormente a vigência da Lei 13.964/19, o artigo 112 da Lei de Execuções Penais, em referência ao *quantum* da pena a ser cumprido para o preso progredir de regime, passou a ter a seguinte redação:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

- I – 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
- II – 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
- III – 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- IV – 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- V – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
- VI – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:
 - a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;
 - b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou
 - c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;
- VII – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;
- VIII – 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (BRASIL, 1984).

Diante da análise do dispositivo exposto acima percebe-se que a principal mudança trazida, no tocante à progressão de regime, foi o aumento do *quantum* a ser executado da pena – agora demonstrado através de porcentagem – pelo preso para usufruir de tal benefício, com claras restrições ao processo de individualização na fase executiva. Quanto a isso observa-se que a lei estabeleceu um percentual específico para alguns requisitos subjetivos e objetivos, concernentes ao criminoso e ao crime. A partir da vigência da respectiva lei as particularidades que deverão ser observadas para definir o lapso temporal a ser cumprido para haver a progressão de regime são as seguintes: a) se o condenado é primário ou reincidente; b) se o crime foi cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; c) se a condenação sujeita à progressão é referente à prática de crime hediondo ou equiparado ao mesmo, assim como se esse delito resultou em morte; d) se a condenação sujeita à progressão é concernente à prática de comandar organização criminosa, a qual seja voltada para o exercício de crime hediondo ou equiparado ao mesmo; e) se a condenação sujeita à progressão corresponde ao crime de constituição de milícia.

Ademais, a Lei federal nº 13.964/19 alterou e adicionou parágrafos do art. 112 da Lei nº 7.210/84, conforme abaixo demonstrado:

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. [...]

5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente. (BRASIL, 1984).

Em observância às modificações trazidas pelo Pacote Anticrime entende-se que houve, na maior parte dos casos, uma exasperação dos requisitos que cercam a progressão de regime. Tais inovações legislativas configuram-se um irrefutável retrocesso, visto que aumentam o lapso temporal de segregação do preso, e conseqüentemente, elevam o gasto público com a execução penal. Ademais, as novas proposituras não garantem, comprovadamente, a diminuição da criminalidade.

Cabe também referir, neste ponto, que a Lei 13.964/19 trouxe mudanças na Lei de Organizações Criminosas. A primeira modificação se deu no artigo 2º da referida

lei, que teve inseridos os §§ 8º e 9º. O primeiro (parágrafo 8º) determina que as lideranças das organizações criminosas armadas ou que tenham armas a sua disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimento penal de segurança máxima, o que viola claramente o princípio da individualização da pena, face a determinação de um regime inicial compulsório. Já o § 9º determina que o indivíduo condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo. Tais inovações também contrariam frontalmente princípios constitucionais referentes a execução penal, em especial o da individualização.

O art. 83 do Código Penal regulamenta o livramento condicional e também sofreu alterações após a entrada em vigor do Pacote Anticrime. Tal benefício é concedido ao condenado desde que preenchidos determinados requisitos e objetiva abreviar o tempo de encarceramento, permitindo que a etapa final da pena, seja cumprida em condições de liberdade.

O livramento condicional é cabível nos casos de pena privativa de liberdade igual ou superior a 02 (dois) anos e é concedido desde que preenchido os critérios objetivos e subjetivos de cumprimento da pena. Para tanto, após as alterações feitas pela Lei 13.964/19, o art. 83 do Código Penal passou a dispor o seguinte:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

- I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;
- II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;
- III - comprovado:
 - a) bom comportamento durante a execução da pena;
 - b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;
 - c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e
 - d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;
- IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;
- V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, foram incrementados alguns requisitos específicos ao inciso III do supracitado artigo, que agora passa a exigir um bom comportamento durante a

execução da pena e também que o condenado não tenha cometido falta grave nos últimos 12 (doze) meses, além dos demais requisitos já existentes.

A inclusão de tais especificidades torna a norma mais severa, pois além de inviabilizar o livramento condicional para crimes hediondos com resultado morte, mesmo em casos de réus não reincidentes, também o faz em relação aos condenados por integrar organizações criminosas. Ademais, a reforma acrescentou mais um requisito para o alcance do livramento condicional, dispondo que o apenado não pode cometer falta grave nos últimos 12 meses da data da concessão do benefício.

No que tange a saída temporária, regulamentado pelo artigo 122 da Lei de Execuções Penais, e que autoriza a saída dos apenados que cumprem pena no regime semiaberto, também houve mudanças que merecem ser mencionadas. Após a aprovação da Lei nº 13.964/19, o referido dispositivo normativo permaneceu com a redação originária de seu *caput* e incisos. Contudo, o pacote anticrime acrescentou dois parágrafos ao artigo supracitado:

§1º A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

§ 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o *caput* deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte. (BRASIL, 1984).

O parágrafo único incluído ao artigo 122 em 2010, pela Lei nº 12.258, com a nova redação dada pela lei 13.964/19, tornou-se o parágrafo 1º, sem haver mudanças na grafia do enunciado. Porém, conforme o exposto acima, acrescentou ao dispositivo normativo um segundo parágrafo, que estabelece a vedação da saída temporária aos presos que estão cumprindo pena em decorrência da prática de crime hediondo e que deste tenha resultado em morte.

Desse modo, mais uma vez vê-se o enrijecimento dos dispositivos normativos referentes à execução da pena, de maneira a dificultar o gozo dos direitos e garantias pelos presos. No caso da saída temporária, a sua concessão foi vedada aos indivíduos que estão cumprindo pena pela prática de crime hediondo que tenha resultado em morte. Dessa maneira, entende-se que há uma dupla punição. Ou seja, além da pena aplicada, o apenado tem algumas prerrogativas restritas, independente de sua primariedade ou não, e até mesmo de seu bom comportamento no estabelecimento prisional.

Outra alteração trazida pela Lei 13.964/19 diz respeito ao tempo máximo de execução da pena privativa de liberdade. O art. 75 do Código Penal também restou modificado, porquanto aumentou o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade para 40 (quarenta) anos. Antes deste dispositivo ser editado o tempo máximo de cumprimento da pena era de 30 (trinta) anos. Portanto, a partir desta alteração, tem-se que esta é mais gravosa, uma vez que é capaz de afetar outros institutos penais, como o da progressão, tendo o apenado que cumprir mais tempo de pena para poder avançar de regime prisional.

Tal mudança traz significativas consequências ao ordenamento jurídico, pois se está diante de possíveis grandes problemas como a unificação das penas e a situação caótica em que se encontra o sistema carcerário brasileiro. Majorar o tempo de cumprimento da pena apenas vai contribuir para o aumento dos gastos públicos e para a superlotação carcerária.

5 O VALOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A FUNÇÃO DA PENA NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito prima pelas garantias e direitos fundamentais do cidadão, tanto é que a Constituição Federal de 1988 prevê logo em seu artigo 1^o um dos principais fundamentos que norteiam o Estado brasileiro, que é o da dignidade da pessoa humana. Trata-se, nas palavras de Ingo Sarlet (2013, p. 20) de um “[...] valor especial e distintivo reconhecido a cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção”. Assim, tal particularidade concebe o propósito de que cada pessoa é titular de direitos, e de que esses devem ser respeitados e zelados pelo Estado e pelos demais indivíduos.

Dessa forma, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana põe o indivíduo no centro das relações, tanto políticas quanto de direitos. Para tanto, a fim de cumprir com o que preconiza, o Estado deve agir de forma a suprir as necessidades destes, concedendo condições mínimas para o seu desenvolvimento e de sua personalidade, mesmo tratando-se de um criminoso. Desta forma, qualquer ato que atente contra a dignidade de um ser humano, independentemente de suas

4 Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana; [...]

características e condições, tende a desqualificá-lo, colocando-o numa posição de desigualdade perante os seus semelhantes. (SARLET, 2013).

José Afonso da Silva (1998, p. 91), em seu artigo “*A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*”, esclarece que

[...] a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. (SILVA, 1998, p. 91).

Diante da reflexão crítica exposta, faz-se necessário compreender que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que independe de leis para existir; bem pelo contrário, é essa particularidade do ser humano que embasa e fundamenta as normas e entendimentos jurídicos dos Estados constitucionais de Direito. Assim, quando a dignidade humana é colocada como fundamento e garantia em textos constitucionais, ou até mesmo na Declaração de Direitos Humanos, não está se falando da criação de um princípio ou direito, mas sim do seu reconhecimento como um valor intrínseco ao ser humano, que serve de referência para a formulação e aplicação dos dispositivos legais e princípios (SILVA, 1998).

Outrossim, o valor da dignidade humana, consagrado pela Carta Constitucional brasileira em seus primeiros dispositivos normativos, também deve fundamentar o processo de produção, interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais, inclusive no que concerne às normas com conteúdo penal. O Código de Penal e o Código de Processo Penal, bem como a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), apesar de tratarem sobre as ações típicas e as sanções inerentes a essas, não podem deixar de prestigiar a comentada particularidade humana. Em sua redação a legislação penal parte do pressuposto de equilíbrio entre a punição do criminoso e a garantia de direitos que esse possui.

Quanto a isso ressalta-se que o Direito Penal, ao regulamentar a ideia de pena e sua execução, reporta-se ao valor da dignidade humana para que assim seja alcançado o objetivo declarado da sanção imposta, que é o de assegurar a reinserção do condenado e, simultaneamente, prevenir a prática de novos delitos.

Em meio a isso, torna-se importante destacar a função que a pena tem sobre a vida do transgressor, visto que essa é o núcleo do sistema político penal. O art. 1º da Lei de Execuções Penais dispõe que a execução da pena tem por objetivo

efetivar a decisão criminal, proporcionando condições para a harmônica integração social do condenado. Ou seja, extrai-se deste dispositivo que para a correta aplicação da norma penal e do poder punitivo do Estado é necessário que seja assegurado ao condenado condições mínimas para o cumprimento da pena. Ademais, a pena precisa ser capaz de oferecer condições para a futura reinserção social do apenado, o que exigirá condições adequadas de execução, em especial quanto às condições de educação/formação, trabalho e salubridade do espaço prisional. Isso exige um sistema apto a receber com dignidade todos aqueles submetidos à privação de liberdade.

O papel da punição do indivíduo que incorre em uma infração penal está estritamente ligado às funções do Direito Penal, porquanto esse direciona à pena, suas análises e problemáticas. Quanto a isso, é interessante transcrever o enunciado de Maurício Stegemann Dieter (2005, pg. 04):

A discussão em torno das funções do Direito Penal está intrinsecamente conectada ao programa de política criminal oficial instituído pela dogmática penal. A partir das funções atribuídas denotam-se as funções declaradas da pena, como resposta oficial do sistema de justiça criminal (polícia, judiciário e instituições prisionais) para o fato punível. (DIETER, 2005, p. 04).

Neste sentido, a função da pena sofre oscilações quanto a sua legitimação, uma vez que possui ao mesmo tempo, caráter ético-social e preventivo. A pena tem sua função ético-social demonstrada na proteção dada aos valores sociais fundamentais justamente por estes possuírem grande importância para a sociedade. Deste modo, ao reprimir determinada conduta o Direito Penal estabelece quais são as condutas apropriadas para a coletividade e quais devem ser refutadas. É em decorrência dessa função que se atribui à pena a função retributiva, definida como mal proporcional do crime, quantificada de acordo com a culpabilidade (DIETER, 2005).

Em relação à função preventiva da pena, geral ou especial, essa é entendida e exteriorizada de maneiras diferentes. Quando se fala da prevenção geral, sob o prisma positivo, refere-se à capacidade da punição em normalizar as relações sociais, reforçando a confiança na norma violada, estabilizando a sociedade e, simultaneamente, promovendo simbolicamente os valores tutelados pela lei penal. Em contrapartida, através da ótica negativa da prevenção geral, a sanção funcionaria como uma garantia de que outras ações criminosas não viriam a acontecer, face a intimidação ou coação psicológica promovida na coletividade e

diante da ameaça contida no texto da lei penal. Ademais, a pena também é vista como uma forma de impedir a reincidência criminal, seja pela perspectiva da neutralização daquele que já delinuiu, mantendo-o no cárcere, seja pela lógica da educação, visando sua reinserção social. (DIETER, 2005).

Tais discursos legitimadores do Direito Penal precisam estar, necessariamente, vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando, de um lado, a proteção à sociedade pela via de prevenção de novos delitos e de controle da violência do crime, e, de outro, a própria defesa do acusado/condenado contra práticas punitivas excessivas ou arbitrárias. Deste modo, a função da pena deve responder aos comandos estabelecidos pelo valor da dignidade humana e demais garantias constitucionais, o que exige que o apenado seja tratado como “sujeito” de direito (ainda que privado de liberdade) e não apenas como inimigo da sociedade, submetido a medidas excessivas ou arbitrárias figurando apenas como “objeto” de coação do sistema penal.

A realidade operacional do sistema penal brasileiro indica, no entanto, que os princípios/valores da dignidade humana e da individualização da pena, consagrados no texto constitucional, nem sempre mostram-se efetivos e respeitados no processo de produção, aplicação e execução de normas penais. Em que pese a presença de diferentes garantias penais e processuais no texto da Constituição Federal, tão necessárias a efetivação da dignidade humana, a situação carcerária caótica existente no país aponta para um flagrante desrespeito e indiferença para com estes valores, problema que será potencializado a partir das novas regras relativas à progressão de regime prisional, livramento condicional e demais incidentes da execução, estabelecidas a partir da Lei 13.964/19. Tais regras ampliam, em sua maioria, o poder punitivo do Estado, em especial ao âmbito da execução penal, o que trará como resultado o aumento da população carcerária do país, com consequências não apenas para os apenados, mas para a própria sociedade. Isso porque, se as condições de execução da pena privativa de liberdade nos estabelecimentos prisionais tornam-se mais dramáticas, em razão da superlotação e da supressão de direitos, não apenas não se cumprirão as funções declaradas de reinserção e prevenção atribuídas à pena, como também se reforçarão as funções reais do cárcere que, no contexto contemporâneo, marcado por níveis de desigualdade e exclusão crescentes, remontam a estigmatização, violação de direitos humanos e reprodução da violência e da criminalidade.

Frente a realidade caótica do sistema penal e carcerário brasileiro atenta-se ao descaso do Estado com relação à reeducação e retorno dos apenados à sociedade. Assim, grande parte dos políticos brasileiros, assim como os julgadores, fogem da ideologia proposta pela função ético-social e preventiva da pena ao elaborar ou aplicar a lei, pouco se importando se o criminoso foi de fato reeducado através da sanção imposta, ou se este, quando deixar a instituição prisional, voltará a cometer delitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o exposto ao longo do texto, o sistema prisional brasileiro vem enfrentando obstáculos quanto a sua funcionalidade, uma vez que as penitenciárias estão cada vez mais lotadas, assim como suas estruturas encontram-se prejudicadas, em razão da falta de investimentos. No que tange à superlotação das referidas instituições constata-se que esta decorre dos altos índices de criminalidade existentes no Brasil, mas também de uma clara opção por uma política criminal repressivista/punitivista, baseada na lógica do encarceramento, que coloca a prisão como melhor resposta para determinados problemas sociais. Em que pese o claro fracasso quanto às funções declaradas de prevenção geral e especial, a prisão se sustenta como principal estratégia de controle penal e tem sido usada especialmente numa perspectiva de controle seletivo e desigual para o enfrentamento dos crimes praticados por pessoas que provêm dos grupos sociais mais vulneráveis.

Apesar disso o governo, juntamente com os legisladores brasileiros, estão tomando medidas que intensificam o poder punitivo estatal. Dentre essas providências, destaca-se a Lei nº 13.964/19, que ficou popularmente chamada de Pacote Anticrime, e que, apesar de receber esta nomenclatura, provoca o aumento da criminalidade ao enrijecer as penalizações. As alterações trazidas pelo referido dispositivo normativo, especialmente no que diz respeito às novas regras de execução da pena, tenderão a provocar um significativo aumento da população carcerária do país, contribuindo para as péssimas condições já existentes no sistema prisional.

Apesar de atualmente a pena não estar alcançando seu principal objetivo, que é a reinserção do apenado, essa deve não servir como um fator criminógeno, muito menos denegrir o indivíduo que praticou alguma infração penal. Outrossim, da

análise do Pacote Anticrime, na esfera da execução da pena, conclui-se que a nova lei não contribuirá para a redução das dificuldades vivenciadas no país relacionadas ao controle da criminalidade e da violência na sociedade, além de violar princípios basilares do Direito Penal, em especial o da dignidade humana e o da individualização da pena.

7 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. Revista Brasileira de Segurança Pública, 2009. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/42>>. Acesso em: 31/03/2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05/04/2020.

BRASIL. Lei federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal, Brasília, DF, dez 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 05/04/2020.

BRASIL. Lei federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, Brasília, DF, dez 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal.>. Acesso em: 05/04/2020.

DIETER, Maurício Stegemann. A função simbólica da pena no Brasil - Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs. Biblioteca Digital de Periódicos do Repositório Digital Institucional da UFPR. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7036/5012>>. Acesso em: 29/03/2020.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis: Vozes, 2007.

INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, de dezembro de 2019. Departamento penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 05/04/2020.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MASI, Carlo Velho. Comentários ao Projeto de Lei Anticrime do Min. Sérgio Moro. Jus.com.br, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73149/comentarios-ao-projeto-de-lei-anticrime-do-min-sergio-moro>>. Acesso em: 29/03/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 102, p. 13-43, maio/jun. 2013.

SILVA, Luisa Cypriano Moreira da. Sistema carcerário brasileiro: uma análise do perfil dos presos a partir das teorias da seletividade penal e do etiquetamento social. 2019. 54 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito, Turismo e Museologia. Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019. Disponível em: <<http://www.monografias.ufop.br/handle/35400000/2399>>. Acesso em: 19/07/2020.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

WATANABE, Deise. A segurança pública e o projeto de lei anti crime. 2019. 110 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2019. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8223>>. Acesso em: 31/03/2020.

ZACKSESKI, Cristina; RAMOS, Beatriz Vargas. Prisões Brasileiras: O descumprimento da lei pelo próprio Estado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 139, p. 143-170, jan./2018.

O PACOTE ANTICRIME E SEUS REFLEXOS NA EXECUÇÃO PENAL – ALTERAÇÕES E INCONSTITUCIONALIDADES DO NOVO SISTEMA DE PROGRESSÕES DE REGIME

THE NEW “ANTICRIME” CRIMINAL LEGISLATION AND ITS IMPACTS ON PROCEDURES RELATED TO SERVING CRIMINAL SENTENCES – THE NEW LEGAL PROVISIONS AND UNCONSTITUTIONALITY ON GRADUAL RELEASE FROM PRISON

Bruno César Canola¹

Flávio Aurélio Wandeck Filho²

RESUMO

O presente artigo objetiva desnudar as significativas alterações promovidas pelo chamado “Pacote Anticrime” no sistema de progressões de regime, sem dúvida a modificação que maior impacto terá na seara da Execução Penal, atingindo quase a totalidade dos sentenciados à pena privativa de liberdade. As modificações promovidas pelo pacote evidenciam, para além da ausência de técnica legislativa, patentes inconstitucionalidades e um intento punitivista que vai de encontro à necessidade premente de diminuição da população carcerária, expressada não somente pela doutrina mais abalizada, mas também pelo Supremo Tribunal Federal. Da forma como gestado, o novo sistema de progressões de regime ensejará inúmeros debates nos Tribunais Superiores e agravará ainda mais o caos do sistema penitenciário.

PALAVRAS-CHAVE: Execução penal. Pacote anticrime. Progressão de regime.

ABSTRACT

This article seeks to unfold the significant alterations made by the new “Anticrime” criminal legislation on procedures related to serving criminal sentences. This is indisputably the most significant legal modification in this area of law in years, and it will affect most of the prisoners serving sentences in Brazil. The new legal provisions reveal, in addition to a very bad legislative text, evident unconstitutionality and a punitive intent that goes against the urgent need of reducing prison population, a necessity expressed not only by legal experts but also by the Supreme Court. As conceived, these new procedures related to serving criminal sentences will result in numerous debates in the Courts and will also contribute to worsen even more the already very bad situation of the Brazilian prison system.

¹ Defensor Público do Estado de Minas Gerais, com atuação no Núcleo Estratégico da Execução Penal (NEEP). Mestre em Direito Obrigacional pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), campus de Franca – SP. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

² Defensor Público do Estado de Minas Gerais, com atuação no Núcleo da DPMG junto aos Tribunais Superiores. Mestre em Direitos Humanos pela Northwestern University (revalidado pela UFMG). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

KEYWORDS: Procedures related to serving criminal sentences. New “Anticrime” criminal legislation”. Gradual release from prison.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As alterações promovidas pelo pacote anticrime na sistemática da progressão de regime. 3. As inconstitucionalidades do novo sistema de progressões de regime. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Sancionada nos últimos dias de 2019, após quase um ano de tramitação no Congresso Nacional, a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, usualmente conhecida como “Pacote Anticrime”, promoveu uma das mais abrangentes reformas da legislação Penal, Processual Penal e de Execução Penal, modificando, acrescentando e suprimindo diversos artigos dos Códigos Penal e de Processo Penal, da Lei de Execução Penal e também em algumas leis penais esparsas.

No que se refere especificamente à matéria de Execução Penal, as alterações oriundas da Lei n. 13.964/2019 foram as mais extensas e impactantes já promovidas desde a edição da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984), doravante LEP, modificações essas que terão, certamente, enorme impacto social, já que envolvem alterações nos prazos de progressão de regime, no período de cumprimento total de penas, nos requisitos do livramento condicional, dentre outras.

Como sabido, no já caótico sistema carcerário brasileiro, medidas que visam prolongar os períodos de encarceramento, como as adotadas na novel legislação, certamente arruinarão ainda mais as precárias condições dos cárceres nacionais, agravando sobremaneira as já conhecidas violações de direitos fundamentais do sistema penitenciário pátrio, verdadeiro “estado de coisas inconstitucional” (sic.), termo cunhado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347.³

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 09.09.2015, DJe de 18.02.2016.

O presente trabalho foca naquela que é sem dúvida a mais impactante das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime na Execução Penal, que é a modificação completa dos prazos de progressão de regime até então existentes.

Como veremos, algumas das modificações trazidas pela **Lei n. 13.964/2019** são claramente inconstitucionais, enquanto outras, de constitucionalidade discutível, trarão reflexos nefastos no já gravíssimo quadro de superlotação carcerária do país.

Cabe ressaltar ainda o impacto que essas alterações terão na jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre alguns temas da Execução Penal, os quais demandarão certamente uma revisão de entendimentos já consolidados naquelas Cortes.

2 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO PACOTE ANTICRIME NA SISTEMÁTICA DA PROGRESSÃO DE REGIME

Até o advento da Lei n. 13.964/2019, havia na legislação brasileira somente três frações legais de progressão de regime, que se dividiam basicamente considerando a natureza do delito cometido (comum ou hediondo) e, no caso dos hediondos, a condição pessoal do sentenciado (primário ou reincidente).

A primeira fração outrora existente era a de 1/6 (um sexto) da pena, prevista na antiga redação do art. 112 da LEP, cujo cômputo englobava os crimes comuns e os crimes hediondos cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, independente da primariedade ou reincidência do sentenciado.

Além dela, havia também as frações de 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos) da pena, previstas no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que se aplicavam aos delitos hediondos cometidos após a entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007, sendo a fração de 2/5 (dois quintos) da pena aplicável aos sentenciados primários e a de 3/5 (três quintos) da pena aos sentenciados reincidentes.

Nesse contexto, a Lei n. 13.964/2019 revogou as previsões anteriores e criou oito prazos distintos para progressão de regime, os quais não variam mais somente em relação ao tipo de crime cometido (comum ou hediondo) e a condição pessoal do sentenciado (primário ou de reincidente), mas também levam em conta o *modus operandi* (crime cometido com ou sem violência ou grave ameaça), as consequências

do crime (resultado morte) e até mesmo a posição ocupada pelo sentenciado em eventual organização criminosa.

A nova disposição concentrou no art. 112 da LEP todos os prazos legais de progressão de regime, o que acarretou a revogação do art. 2º, § 2º da Lei n. 8.072/1990, que trazia as frações de progressão de regime dos crimes hediondos.

A nova previsão alterou também a sistemática de cálculo, inovando no uso de percentagens ao invés de frações da pena, sistema que era adotado desde a edição da LEP, em 1984.

São os seguintes os novos prazos legais, conforme dispostos na novel redação do art. 112 da LEP:

- I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
- II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
- III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
- VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:
 - a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;
 - b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado;
 - c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada
- VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;
- VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional (BRASIL, LEP, 1984).

Quanto aos novos prazos estabelecidos, alguns permaneceram idênticos ou praticamente idênticos aos anteriores, tais como os dos incisos: I (crime comum cometido sem violência ou grave ameaça por agente primário), que era de 1/6 (um sexto) da pena (fração geral de progressão de regime dos crimes comuns) e agora é 16% (dezesesseis por cento) dela; V (crime hediondo cometido sem violência ou grave ameaça por agente primário), que era 2/5 (dois quintos) da pena e agora é 40% (quarenta por cento) dela; e VII (agente reincidente específico em crime hediondo), que era 3/5 (três quintos) da pena e agora é 60% (sessenta por cento) dela.

Outros prazos são visivelmente mais gravosos que os anteriormente previstos, destacando-se os dos incisos II, III e IV, respectivamente, de 20% (vinte por cento) da pena para reincidentes em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça, de 25% (vinte e cinco por cento) da pena para primários em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça e de 30% (trinta por cento) da pena para reincidentes em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça, sendo que a todas essas hipóteses se aplicava anteriormente a fração geral de 1/6 (um sexto) da pena.

Também mais gravosa é a hipótese do inciso VI, de 50% (cinquenta por cento) da pena se o apenado for primário e condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, ou condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado, ou condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada. Nesses casos, a fração anterior era de 2/5 (dois quintos) da pena no caso de crime hediondo com resultado morte e de 1/6 (um sexto) da pena nas outras duas hipóteses, visto que se tratam de crimes de natureza comum.

Por fim, a hipótese do inciso VIII, de 70% (setenta por cento) da pena para apenados reincidentes específicos em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, também mais gravosa que a fração anterior de 3/5 (três quintos) da pena para essa mesma situação.

Trata-se, portanto, em alguns casos, de aumentos extremamente rigorosos, tais como nas hipóteses dos incisos: IV (30% [trinta por cento] da pena para reincidentes em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça), na qual o prazo é praticamente o dobro do anterior; e V, alíneas *b* e *c* (50% [cinquenta por cento] da pena, se condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado ou condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada), na qual o novo prazo é quase o triplo do anterior.

Cabe salientar, no entanto, que embora o projeto de lei tivesse inicialmente o intuito de endurecer a legislação penal e de Execução Penal, tornando-a mais rigorosa

e, conseqüentemente, alargando os prazos de encarceramento, algumas das situações trazidas pelo legislador acabaram por ser mais benéficas aos sentenciados.

Dessa forma, a primeira consequência da nova legislação é, sem dúvida, a extratividade da lei penal, situação que se estende também à Execução Penal, conforme entendimento pacificado na doutrina⁴ e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁵

Como já ocorrido anteriormente, quando do advento da Lei n. 11.464/2007, que criou as frações de progressão de regime de 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos) da pena para crimes hediondos, tais prazos somente se aplicaram aos delitos cometidos após a vigência da norma, que se deu em 29 de março de 2007.

Da mesma forma, os novos prazos de progressão de regime do art. 112 da LEP que agravam a situação dos sentenciados só se aplicam aos delitos cometidos após a vigência da Lei n. 13.964/2019, que se deu em 25 de janeiro de 2020. Para todos aqueles cometidos anteriormente à entrada em vigor da nova legislação, deve-se aplicar as frações anteriormente existentes que foram revogadas.

Por seu turno, os prazos de progressão de regime trazidos pela lei 13.964/2019 que sejam mais favoráveis aos condenados devem se aplicar imediatamente aos delitos cometidos anteriormente à vigência da nova lei, nos termos do art. 5º, XL da CF.⁶

Como já ressaltado alhures, muito embora o chamado “Pacote Anticrime” buscasse agravar a legislação penal vigente no país, nosso legislador acabou por produzir, certamente de maneira involuntária, situações mais benéficas aos sentenciados no que se refere a alguns prazos de progressão de regime.

Situação semelhante já havia ocorrido anteriormente em anos recentes com a edição da Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, que ao unir no mesmo artigo de lei as condutas anteriormente tipificadas como estupro e atentado violento ao pudor

⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica** – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 23.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 91.300, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgamento em 05.03.2009, DJe de 03.04.2009.

⁶ Art. 5º [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

acabou involuntariamente por beneficiar os condenados por ambos os delitos quando realizados em uma mesma conduta,⁷ e da Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, que ao revogar a causa de aumento do *emprego de arma* no crime de roubo (revogado art. 157, §2º, I do CP) acabou também involuntariamente promovendo a descriminalização da causa de aumento para quem cometesse o delito se valendo de arma branca.⁸

No caso específico dos novos percentuais para a progressão de regime trazidos pela Lei n. 13.964/2019, as hipóteses traçadas nos incisos VII e VIII da nova redação do art. 112 da LEP acabaram por beneficiar reincidentes não específicos, já que a previsão legal anterior (revogado art. 2º, § 2º da Lei n. 8.072/1990) lhes era mais gravosa.

Embora com alguma crítica da doutrina em sentido contrário,⁹ o entendimento que se firmou na jurisprudência era de que prazo de 3/5 (três quintos) da pena para progressão de regime nos crimes hediondos na legislação pregressa exigia tão somente a condição de reincidente do sentenciado, independentemente se tal reincidência era ou não específica em crimes hediondos.¹⁰

A nova redação do inciso VII do artigo 112 da LEP, trazida pela Lei n. 13.964/2019, é clara em prever que o prazo de progressão de regime no percentual de 60% (sessenta por cento) da pena, equivalente ao revogado prazo de 3/5 (três quintos) da pena, somente se aplica ao apenado reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado, não alcançando, portanto, os reincidentes não específicos, como outrora.

Da mesma forma, no caso do inciso VIII, cujo percentual previsto é de 70% (setenta por cento) da pena, além da reincidência específica, é necessário que ela se dê em crime hediondo com resultado morte.¹¹

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 100.181, Redator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgamento em 15.08.2019, DJe de 03.03.2020.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ARES 1.249.427, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgamento em 19.06.2018, DJe de 19.06.2018.

⁹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal. Uma introdução crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 210.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 202.425, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgamento em 25.08.2015, DJe de 15.09.2015.

¹¹ No que tange a hipótese do art. 112, VIII da LEP, importa ressaltar que sua incidência se dará exclusivamente se o crime anterior ensejador da reincidência também for hediondo e com resultado

Verifica-se, assim, que a novel legislação não contemplou os reincidentes não específicos, ou seja, reincidentes cujo crime anterior não seja hediondo. Não há hipótese especificamente prevista no rol do novel art. 112 da LEP para essa situação.

Ademais disso, com a revogação expressa do art. 2º, § 2º da Lei n. 8.072/1990, não existe qualquer outra previsão legal que contemple especificamente essa hipótese.

Dessa maneira, qual seria o percentual de progressão de regime aplicável a esses sentenciados que cometeram crime hediondo, mesmo que com resultado morte, mas cuja reincidência advém de crime comum?

Ao nosso sentir, não resta outra alternativa senão a aplicação a esses casos as hipóteses dos incisos V e VI, a do art. 112 da LEP, destinado aos sentenciados primários que cometem crime hediondo e crime hediondo com resultado morte.

Alguns poderiam argumentar que o prazo de 40% (quarenta por cento) e 50% (cinquenta por cento) da pena não seria aplicável a esses sentenciados, pois destina-se aos primários, como expressamente mencionado nos referidos incisos do artigo 112 da LEP. Contudo, dado o limbo jurídico instalado pelo legislador, essa é a única solução possível, pois se de um lado o sentenciado não é primário, de outro, também não é reincidente específico, como expressamente exigem os incisos VII e VIII do artigo 112 da LEP e, como sabido, é vedada analogia *in malam partem* na legislação penal e, conseqüentemente, na legislação executiva penal¹².

Na doutrina, cabe destacar os ensinamentos de Rafael de Sousa Miranda:

Ao exigir reincidência específica para os prazos mais rígidos de progressão de regime, a Lei 13.964/19 trouxe uma verdadeira '*novatio legis in melius*' aos condenados reincidentes simples. Isso porque, antes de sua edição, se uma pessoa tivesse sido condenada por um crime comum e, posteriormente por um crime hediondo, era considerada reincidente e só poderia progredir de regime após cumprir 3/5 (três quintos) da pena. Mas como agora a lei exige reincidência específica, esta pessoa que era considerada reincidente para fins de progressão, não é mais. Logo, a lei deverá retroagir para beneficiá-la e o cálculo de penas deverá ser retificado.¹³

morte. Sendo o crime anterior hediondo que não resultou em morte, deve-se aplicar o percentual de 60% (sessenta por cento) previsto no inciso VII do art. 112 da LEP.

¹² ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op., cit., p. 25.

¹³ MIRANDA, Rafael de Sousa. **Manual de execução penal**. 2.ed. Salvador. Editora *JusPodivm*, 2020, p.165. No mesmo sentido: VEIGA, Alessa Pagan; NEVES, Marcella Moraes Pereira das. **A lei de execução penal e o cumprimento da pena pós reforma**, In SILVA, Franklin Roger Alves (Org.) O Processo Penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública. São Paulo: CEI, 2020, p. 438.

A jurisprudência, ainda incipiente, também parece caminhar nesse sentido, cabendo aqui destacar precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁴ e do Superior Tribunal de Justiça.¹⁵

Dessa forma, por ser mais benéfica que a antiga previsão do art. 2º, **§ 2º da Lei n. 8.072/1990**, que estabelecia o percentual de 3/5 (três quintos) da pena para progressão de regime aos crimes hediondos de qualquer natureza cometidas por reincidentes específicos ou não, as atuais hipóteses do art. 112, V e VI, a da Lei de Execução Penal, respectivamente 40% (quarenta por cento) da pena para crimes hediondos sem violência ou grave ameaça e 50% (cinquenta por cento) da pena para crimes hediondos com resultado morte, devem se aplicar retroativamente aos reincidentes não específicos que cometeram delitos anteriormente à vigência da Lei n. 13.964/2019.

Uma segunda consequência da nova legislação é o estabelecimento de reincidência específica para aplicação das hipóteses previstas no art. 112, VII e VIII da LEP, bem como e a criação pelo legislador de uma “nova reincidência específica”, nas hipóteses do art. 112, II e IV da LEP.

Como afirmado anteriormente, o inciso VII da nova redação do artigo 112 da LEP, ao prever prazo de progressão de regime no percentual de 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, reservou sua incidência somente para os reincidentes específicos em crimes hediondos, de maneira que aos reincidentes não específicos que cometem crimes hediondos deve-se aplicar a hipótese do inciso V do mesmo artigo, ou seja, o prazo de 40% (quarenta por cento) da pena.

Por sua vez, o inciso VIII, cujo percentual previsto é de 70% (setenta por cento) do cumprimento da pena, foi ainda mais restritivo e reservou sua incidência somente para os reincidentes específicos em crime hediondo com resultado morte. Nesse particular, cabe salientar que, ainda que o sentenciado cometa crime hediondo com resultado morte, tal percentual somente se aplicará se o crime anterior, ensejador da reincidência,

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Agravo em Execução Penal 1.0525.13.008789-9/001, Relatora Des.(a) Valéria Rodrigues Queiroz, 2ª Câmara Criminal, julgamento em 15.04.2020, DJe/MG de 30.04.2020.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 533.016, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decisão monocrática, DJe de 31.03.2020.

também for hediondo e com resultado morte. Sendo o crime anterior hediondo que não resultou em morte, deve-se aplicar o percentual de 60% (sessenta por cento), previsto no inciso VII e, sendo o sentenciado reincidente não específico, o percentual de 50% (cinquenta por cento), previsto no inciso VI, *a*.

No entanto, a completa ausência de técnica legislativa da Lei n. 13.964/2019 acabou por criar outras duas situações nas quais, em respeito aos princípios da legalidade e da vedação à analogia *in malam partem* no Direito Penal e na Execução Penal, se observa aquilo que talvez se nomeie como uma nova espécie de “reincidência específica” na legislação brasileira: a reincidência específica em crime cometido com ou sem violência à pessoa ou grave ameaça.

Trata-se das hipóteses previstas nos incisos II e IV da nova redação do art. 112 da LEP, que prescrevem, respectivamente, os prazos de 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça e 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça.

Da forma como delineados (ou mal delineados, para ser mais claro) a incidência das referidas hipóteses exige mais do que a mera a condição de reincidente do sentenciado para sua aplicação, como por dedução lógica deveria ser.

Nesses casos, a reincidência deve também ser observada em crime sem violência ou grave ameaça (inciso II) ou em crime com violência ou grave ameaça (inciso IV), a depender do caso.

Desse modo, não se configurando a reincidência nos moldes estipulados nos incisos II e IV, não há previsão normativa que contemple a hipótese, somente restando aplicar aos casos residuais os percentuais dos incisos I e III, que tratam de apenados primários.

Vale destacar que se o legislador não pretendia criar essa exigência de uma “reincidência específica” para a aplicação dos incisos II e IV, deveria simplesmente ter repetido o texto dos incisos I e III e substituído a palavra *primário* deles constante pela palavra *reincidente* ou, então, se valido de uma vírgula logo após a palavra *reincidente*.

A título de exemplo, o inciso II deveria conter o seguinte texto: “20% da pena, se o apenado for reincidente e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave

ameaça” ou então “20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente, em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça”.

A ausência de técnica legislativa fica, portanto, evidente quando se constata que a questão é antes que jurídica, semântica.

O mesmo vale para as hipóteses dos incisos VII e VIII, já mencionadas anteriormente. Caso não fosse o intento do legislador prevê-las exclusivamente para os casos de reincidentes específicos, bastaria ter seguido a construção por ele mesmo adotada nos incisos V e VI, *a*, respectivamente,

Nesse caso, não restaria qualquer dúvida de que os incisos II, IV, VII e VIII se aplicariam aos sentenciados reincidentes em geral, independentemente do delito que gerou a reincidência.

Entretanto, ao se utilizar nos incisos II e IV (e também nos incisos VII e VIII) do termo “reincidente **em** crime”, sem vírgula após “reincidente”, o legislador criou uma exigência específica para a aplicação dos incisos, visto que a reincidência que se demanda é em relação a um tipo específico de delito e não a reincidência genérica. A literalidade do dispositivo não permite outra interpretação e, como já ressaltado, não se admite analogia *in malam partem* na legislação penal e de Execução Penal.

A título de ilustração do que se expõe acima, veja-se a situação de um sentenciado que comete um furto enquanto primário e outro enquanto reincidente. Na condição de reincidente em crime cometido sem violência ou grave ameaça, deve-se-lhe aplicar relativamente ao segundo delito o percentual disposto no art. 112, II da LEP.

Todavia, caso o sentenciado cometa um roubo na qualidade de primário e após isso um furto, não há previsão legal para essa hipótese, já que embora reincidente, o sentenciado não é reincidente em crime cometido sem violência ou grave ameaça, devendo-se-lhe aplicar residualmente a hipótese do art. 112, I da LEP ao segundo delito.

Alguns poderiam argumentar que a referida interpretação é completamente desprovida de lógica, pois beneficia aquele que anteriormente cometeu crime mais grave. Contudo, a literalidade do artigo é clara (e aqui novamente lamenta-se a absoluta ausência de técnica legislativa) e, reitera-se, outra interpretação sobre o referido artigo somente poderia advir de interpretação analógica, o que não se admite.

Quanto à hipótese do inciso IV, o mesmo acontece. Um condenado por um roubo enquanto primário e outro enquanto reincidente incidirá na referida hipótese quanto ao segundo delito. Já um condenado por furto enquanto primário e um roubo enquanto reincidente terá sorte diversa, já que na ausência de previsão específica para essa hipótese (perceba-se que embora reincidente, o sentenciado não o é em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça) deve-se aplicar ao sentenciado o disposto no inciso III do art. 112 da LEP em relação ao segundo delito.

Outra consequência dos novos prazos de progressão de regime é que, ao estabelecer oito prazos distintos que variam conforme o tipo de crime, a condição pessoal do sentenciado, o *modus operandi* do delito, suas consequências e até mesmo a posição ocupada pelo sentenciado em eventual organização criminosa, estabeleceu o legislador uma sistemática onde o cálculo da progressão de regime deve ser feito individualmente para cada delito em execução, de acordo com suas características particulares.

Embora essa consequência se mostre aparentemente óbvia, cabe ressaltar que o entendimento jurisprudencial anterior à Lei n. 13.964/2019, de maneira absurda, caminhava parcialmente em sentido distinto.

Embora rechaçado pela melhor doutrina,¹⁶ o entendimento que se firmou no Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que, somadas as penas, nos termos do art. 111, parágrafo único, da LEP, a condição de reincidente do sentenciado se estende para todos os delitos em cumprimento de pena, mesmo para os cometidos quando ainda primário.¹⁷

Tal entendimento acabava por criar uma espécie de retroatividade da reincidência, já que no caso de condenados por crimes hediondos, o antigo prazo de 3/5 (três quintos) da pena para progressão de regime se aplicava mesmo que a reincidência não tivesse relação com crime hediondo cometido. Assim, ainda que o sentenciado houvesse cometido o crime hediondo quando ainda ostentava a condição de primário, tendo se tornado posteriormente reincidente, o prazo aplicável para progressão de regime desse delito seria de 3/5 (três quintos) da pena.

¹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada, op. cit., p. 170.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 468.756, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgamento em 26.03.2019, DJe de 03.04.2019.

Entretanto, com o advento da Lei n. 13.964/2019 não há mais como sustentar esse posicionamento, já que a novel legislação descreveu minuciosamente os diversos prazos de progressão de regime relativamente a cada espécie de delito. Dessa forma, os prazos de progressão de regime foram devidamente individualizados para cada crime, levando em conta, como já afirmado, diversos fatores que não mais somente a espécie de delito (comum ou hediondo) ou a condição pessoal do sentenciado (primário ou reincidente), devendo ser analisados também outras particularidades, como a reincidência específica e as características e consequências do apenado e do delito.

Da forma como estabelecidos os novos prazos de progressão de regime, portanto, não há mais como se aplicar a uma espécie de delito o prazo previsto para outra hipótese distinta e, assim, mesmo em caso de soma de penas, a condição de reincidente não pode se aproveitar aos delitos cometidos pelo sentenciado quando ainda era primário, já que agora outros fatores também influenciam no prazo.

Essa é uma situação em que o Superior Tribunal de Justiça certamente se verá obrigado a revisar sua jurisprudência sobre a matéria, até mesmo pela absoluta impossibilidade de se manter seu entendimento anterior nos termos da nova legislação.

Para ilustrar o que foi dito acima, tomemos a situação de um sentenciado que cumpre pena por três delitos, sendo um deles de tráfico de drogas (equiparado a hediondo), cometido quando ainda primário, um de furto simples, cometido quando ainda primário, e um de roubo, cometido na qualidade de reincidente. Na sistemática antiga, considerando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sua progressão de regime seria calculada somando-se o percentual de $1/6$ (um sexto) da pena para os crimes comuns (furto e roubo) e mais $3/5$ (três quintos) do crime hediondo, vez que apesar de ter sido cometido quando ainda era primário, tornou-se posteriormente reincidente ao cometer o crime de roubo e a reincidência, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, enquanto condição pessoal, se aproveitava a todos os demais delitos.

Com o advento do Pacote Anticrime, não há mais como aplicar um único prazo para os crimes comuns, já que a legislação atual diferencia expressamente crimes cometidos na condição de primário e reincidente, bem como com ou sem violência ou grave ameaça. Logo, para o crime de furto (primário e cometido sem violência ou grave

ameaça) o prazo de progressão de regime é de 16% (dezesseis por cento), para o roubo é de 25% (veja-se que apesar de reincidente, o sentenciado não é reincidente em crime cometido com violência ou grave ameaça, e portanto deve-se-lhe aplicar a hipótese do inciso III, como tratado no capítulo anterior). E, para o tráfico de drogas cometido quando ainda primário (equiparado a hediondo) existe previsão específica no inciso V, ficando, portanto, superada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Da mesma forma, e muito embora eivados de inconstitucionalidade patente, como se verá no capítulo a seguir, cabe aqui ressaltar que as hipóteses trazidas no inciso VI, alíneas *b* e *c*, do art. 112 da LEP, somente se aplicam aos delitos relativos ao “comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado ou crime de constituição de milícia privada”, não se estendendo de forma alguma para eventuais delitos cometidos em conexão ou continência a eles.

Tal ressalva se faz necessária, pois da forma como apresentados na legislação, tais prazos podem induzir interpretações extensivas no sentido de que se aplicariam também a delitos que não aqueles expressamente previstos nas alíneas *b* e *c* do inciso VI do art. 112 da LEP, mas cometidos em conexão ou continência a eles.

Exemplificando, portanto, o condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática do crime de tráfico de drogas, e assim condenado pelos delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (crimes de tráfico e associação para o tráfico), somente estará sujeito ao prazo de progressão de 50% (cinquenta por cento) da pena para o crime de associação para o tráfico e, mesmo assim, caso seja expressamente considerado em sentença condenatória como líder da referida organização. Quanto ao crime de tráfico, o prazo de progressão de regime será o do inciso V do art. 112 da LEP, de 40% (quarenta por cento) da pena, salvo se reincidente específico, ocasião em que estará sujeito à hipótese prevista no inciso VII do mesmo artigo.

Por fim, cabe salientar que a superação do entendimento jurisprudencial sobre a condição de reincidente abarcar todas as condenações do sentenciado no que tange à progressão de regime não necessariamente implica a superação do mesmo entendimento quanto ao livramento condicional, já que relativamente a esse benefício

da execução penal o legislador não promoveu qualquer alteração nos prazos anteriormente estabelecidos, tampouco criou novos requisitos específicos como o fez em relação à progressão de regime.

3 AS INCONSTITUCIONALIDADES DO NOVO SISTEMA DE PROGRESSÕES DE REGIME

Antes de mais nada, é preciso deixar claro que, ainda que ao legislador ordinário caiba certa dose de discricionariedade no que tange à fixação dos prazos de progressão de regime, bem como que se mostre razoável o estabelecimento de parâmetros distintos para essa finalidade a depender da natureza do delito ou outras características relevantes, considerando a situação geral de superlotação do sistema carcerário no país, qualquer alteração legislativa que acarrete em aumento no tempo de encarceramento automaticamente enseja questionamentos sobre a sua constitucionalidade.

Como já afirmado anteriormente, o sistema penitenciário nacional foi considerado pela Corte Suprema como um “estado de coisas inconstitucional”¹⁸, (sic.) termo cunhado para retratar a realidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros, conhecidos pela superlotação e pelo desrespeito aos ditames legais e aos princípios constitucionais, o que certamente resulta em uma afronta direta à dignidade da pessoa humana privada de liberdade.

Nesse sentido, ao alargar a grande maioria dos prazos de progressão de regime, a Lei n. 13.964/2019 acaba por contribuir diretamente para o agravamento do já absurdo quadro de superlotação carcerária, o que acarretará direta e decisivamente numa piora ainda mais significativa das violações de direitos fundamentais ocorridas dentro das penitenciárias do país. Nesse sentido, cabe ressaltar trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, onde Sua Excelência destaca:

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 09.09.2015, DJe de 18.02.2016

Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana.”¹⁹

Quando do julgamento da referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, o Supremo Tribunal Federal já estabelecera uma série de medidas que visavam, portanto, desafogar o sistema carcerário e assim buscar superar a sua situação de absoluta anormalidade e descompasso com os ditames da Constituição Federal.

O legislador ordinário, portanto, ao aumentar os prazos de progressão de regime, como feito na Lei n. 13.964/2019, caminhou em sentido absolutamente oposto àquele preconizado pelo Pretório Excelso, incorrendo em evidente inconstitucionalidade, já que o incremento em quase todos os prazos de progressão de regime certamente piorará ainda mais o caos do sistema carcerário.

Ademais disso, alguns dos aumentos específicos trazidos pela Lei n. 13.964/2019 são, independentemente da situação caótica do sistema carcerário, claramente inconstitucionais sob o prisma da proporcionalidade, com aumentos que chegam a até quase o triplo do que previsto na legislação anterior.

Sob esse aspecto, destacam-se os incrementos operados nos prazos previstos nos incisos IV, VI, *b e c*, e VIII, do artigo 112 da LEP.

Na hipótese do inciso IV, o legislador praticamente dobrou o prazo de progressão de regime exigido para crimes comuns cometidos com violência ou grave ameaça se a pessoa for reincidente em delitos dessa natureza. Já nas hipóteses do inciso VI, *b e c*, o legislador praticamente triplicou o prazo para a progressão de regime nas situações em que o condenado “exerça o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado ou seja condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada”, passando de 1/6 (um sexto) da pena na legislação anterior para 50% (cinquenta por cento) dela na atual.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 09.09.2015, DJe de 18.02.2016

Em relação a essas hipóteses do inciso VI, *b e c*, a situação é mais grave ainda do que o simples aumento, já que além de promover um incremento por si só desarrazoado, equiparou o legislador o prazo de progressão de crimes comuns, cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa, aos de natureza hedionda com resultado morte, previstos no mesmo inciso VI, alínea *a*.

Sobre o princípio constitucional da proporcionalidade destacamos:

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.²⁰

Portanto, sob qualquer enfoque que se analise, não há proporcionalidade em se aumentar o prazo de progressão de regime para esses delitos para quase o triplo do que antes previsto, bem como estabelecer para um crime comum um prazo de progressão de regime semelhante ao previsto para crimes hediondos com resultado morte e mais gravoso até do que aquele previsto para condenados por crime hediondo sem violência ou grave ameaça, mesmo que o sentenciado seja reincidente não específico, que é de 40% (quarenta por cento) da pena (art. 112, V da LEP).

Ademais disso, ao estabelecer para crimes comuns um prazo de progressão de regime mais gravoso do que aquele previsto para os crimes hediondos, o legislador está usurpando a própria previsão constitucional para os delitos dessa natureza, cujo assento encontra-se no art. 5º, XLIII da CF²¹.

Como sabido, o rol de crimes hediondos encontra-se taxativamente previsto na Lei n. 8.072/1990 e, para eles, o legislador reservou um tratamento específico, que vai ao encontro da maior gravidade e reprovabilidade dessas condutas.

Ao impor o prazo de progressão de regime de 50% (cinquenta por cento) da pena para aqueles que exercem comando de organização criminosa estruturada para a

²⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211.

²¹ Art. 5º [...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

prática de crime hediondo ou equiparado ou então que sejam condenados pelo crime de constituição de milícia privada, o legislador equiparou, na Execução Penal, delitos comuns a delitos hediondos com resultado morte.

Criou-se, portanto, aqui também, uma situação de desproporcionalidade, nesse caso entre o processo de conhecimento e o processo de execução, já que uma mesma espécie de delito recebe tratamentos totalmente díspares do legislador, sendo aquele previsto para a Execução Penal infinitamente mais gravoso do que a sanção penal para ele estabelecida.

Ora, se o legislador não cunhou as condutas elencadas no art. 112, VI, *b* e *c* como crimes hediondos, não pode para elas estabelecer, no seio da Execução Penal, um tratamento semelhante ou até mais gravoso do que aquele dispensado aos crimes hediondos por ele mesmo assim taxados.

Porém, não é somente sob o prisma da proporcionalidade que a referida alteração se mostra inconstitucional. Com efeito, ao transpor a gravidade abstrata do exercício do comando de organização criminosa ou do cometimento do crime de constituição de milícia privada para a Execução Penal, o legislador está evidenciando a implementação do chamado “direito penal do autor” também nessa seara, o que é de todo indesejável, já que se estabelece para esse tipo de conduta uma segunda punição, que vai além daquela fixada em sentença condenatória, agora na Execução Penal, calcada exclusivamente na pessoa do condenado e não no delito por ele cometido ou em sua gravidade concreta.

Dessa maneira, conquanto o exercício do comando de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado ou condenação pelo crime de constituição de milícia privada sejam condutas reprováveis, a sanção a elas estabelecidas está devidamente prevista na lei penal, cujos delitos e penas específicas para essas condutas já preveem a sanção a elas correspondente.

Querer agravar a situação do condenado no seio da execução penal se valendo das mesmas premissas do processo de conhecimento importa em evidente *bis in idem*, o que é vedado em nosso sistema.

Por sua vez, quanto ao inciso VIII do art. 112 da LEP, muito embora possa se argumentar que reincidentes em crime hediondo com resultado morte deveriam

merecer um tratamento mais rigoroso também na Execução Penal, o percentual estabelecido de 70% (setenta por cento) da pena para progressão de regime implica o cumprimento praticamente integral da pena em regime fechado, em nítida violação ao princípio constitucional da individualização da pena, como já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.²²

Naquela oportunidade, o Pretório Excelso declarou a inconstitucionalidade da redação original do parágrafo primeiro, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/1990, que previa o regime integralmente fechado para os condenados por crime hediondo.

Veja-se que nessa hipótese do inciso VIII, o condenado que tiver bom comportamento passará 91% (noventa e um por cento) da sua pena nos regimes regime fechado e semiaberto. Caso incorra em eventual falta grave, esse mesmo condenado possivelmente cumpriria sua pena em regime integralmente fechado, já que o reconhecimento de falta grave implica o reinício da contagem do prazo de progressão de regime.²³

Por fim, mas não menos relevante, temos ainda a inconstitucionalidade formal da matéria, argumento muito bem trabalhado por Alessa Veiga e Marcella Neves.²⁴

Conforme bem ressaltado pelas autoras, o aumento nos prazos de encarceramento acarreta evidente aumento de despesa pública, já que quanto mais tempo os condenados passam no cárcere, maior é o gasto público.

Contudo, durante a tramitação do Pacote Anticrime no Congresso Nacional, não foi observado o que dispõe o novel art. 113 do ADCT, incluído pela chamada PEC do Teto de Gastos, e que dispõe que “[a] proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.”

Como bem relatado pelas autoras, em momento algum foram anexadas ao projeto de lei que originou a Lei n. 13.964/2019 a estimativa de impacto financeiro e orçamentário do aumento dos prazos de progressão de regime, inobstante o evidente

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 23.02.2006, DJe de 01.09.2006. No mesmo sentido destacamos: VEIGA, Alessa Pagan; NEVES, Marcella Moraes Pereira das, op., cit., p. 437.

²³ Art. 112, §6º da LEP

²⁴ VEIGA, Alessa Pagan; NEVES, Marcella Moraes Pereira das, op., cit., p. 444-448.

aumento de despesa pública que acarretam. Assim, encontra-se a novel redação do art. 112 da LEP eivada de inconstitucionalidade formal nesse particular.

Também retratando a questão, Diego de Azevedo Simão²⁵ chama atenção para o fato de que na ADI 6.299, apresentada pelos partidos políticos Podemos e Cidadania, e na qual diversos artigos do Pacote Anticrime são questionados, o relator, Ministro Luiz Fux, suspendeu cautelarmente a vigência do chamado Juiz de Garantias no nosso ordenamento tendo, como um dos argumentos, a violação ao artigo 113 do ADCT, já que não apresentada estimativa de impacto financeiro da medida.

Essa, contudo, não é a única, tampouco a mais gritante inconstitucionalidade do projeto no que se refere ao sistema de progressões de regime.

Inovando no ordenamento jurídico, o legislador reformador acresceu um §9º ao art. 2º da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013 (Lei das Organizações Criminosas) para prever que:

Art. 2º [...]

§9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Para além da péssima redação do artigo, chama atenção aqui, uma vez mais, a absoluta falta de técnica legislativa ao se trazer na Lei de Organizações Criminosas e não na Lei de Execução Penal vedações a concessões de benefícios que são próprios da Execução Penal.

A previsão em diploma normativo alheio a Lei de Execuções Penais, contudo, talvez signifique um alento, já que a inconstitucionalidade do dispositivo é tão gritante que sua extirpação do ordenamento jurídico se mostra como única alternativa possível.

O referido dispositivo representa, na prática, o retorno do sepultado regime integralmente fechado, outrora previsto na Lei n. 8.072/1990 e cuja

²⁵ SIMÃO, Diego de Azevedo. “**Inconstitucionalidade das novas regras para progressão de regime na lei ‘anticrime**”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-29/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-novas-regras-progressao-regime>> Acesso em: 02 jul. 2020.

inconstitucionalidade já foi devidamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal²⁶, em razão de violação ao princípio constitucional da individualização da pena.

Da forma como estabelecido pelo legislador, basta a existência de “elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo” para que se negue ao sentenciado a progressão de regime e o livramento condicional.

Além disso, em gritante violação do princípio da taxatividade das normas penais, estabelece-se que ficam também vedados nessa hipótese a concessão de “outros benefícios prisionais”, sem qualquer especificação sobre quais benefícios seriam esses. Saída temporária, comutação e indulto se enquadrariam na previsão legal? E mais, ficaria ao alvedrio de cada magistrado interpretar quais “benefícios prisionais” seriam vedados?

Vê-se, dessa maneira, que, para além da taxatividade da lei penal e do princípio constitucional da individualização da pena, o dispositivo também afronta os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, ao permitir a denegação de um direito subjetivo sem prever qualquer tipo de procedimento legal para isso, nem mesmo a oitiva do condenado. O dispositivo não estabelece ainda sequer a forma de apuração da eventual manutenção do vínculo associativo do condenado. Como será averiguada essa questão e como poderá o condenado se insurgir contra isso são perguntas que o legislador, no afã de um punitivismo exacerbado, se esqueceu de responder.

Ademais disso, pergunta-se: Quais são os tais “elementos probatórios” necessários para negar o direito a progressão de regime, livramento condicional e outros benefícios prisionais? Meros indícios? Um relatório de investigação policial seria suficiente? Ou pior, uma declaração do diretor do presídio?

Por fim, mas não menos relevante: como poderia o condenado se “reabilitar” da acusação de permanecer integrando organização criminosa? Adotar-se-ia um procedimento no qual ele pudesse fazer prova negativa da sua condição de membro da organização criminosa e assim pudesse progredir de regime ou obter livramento condicional?

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 23.02.2006, DJe de 01.09.2006

Com efeito, se o condenado pertence a organização criminosa, tal situação constitui crime e o cometimento de crime no curso da Execução Penal é passível, além da punição criminal, do reconhecimento como falta grave, na forma do art. 52, *caput* da LEP.

Portanto, se há indícios de que o condenado mantém vínculo associativo com organização criminosa o correto a se fazer é a instauração de investigação, criminal e/ou administrativa, na qual se garanta o direito ao contraditório e ampla defesa e, verificado que o sentenciado se encontra efetivamente em atividade junto à referida organização, que seja ele denunciado na esfera criminal e representado para fins de falta grave na esfera administrativa, sofrendo as consequências legais.

Na espécie, contudo, conseguiu o legislador, em uma só tacada, dotado de um intento punitivista quase cego, violar frontalmente diversos princípios constitucionais, cabendo ao Supremo Tribunal Federal reconhecer, o quanto antes, a inconstitucionalidade de tal dispositivo legal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações promovidas pelo chamado Pacote Anticrime, dada sua magnitude e abrangência, certamente acarretarão debates doutrinários e jurisprudenciais sobre diversas matérias por ele tratadas, salientando já terem sido promovidas, até o momento, ao menos 06 (seis) Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tratam sobre diversos tópicos por ele modificados (ADI's 6298, 6299, 6300, 6304, 6305 e 6345).

No que tange às alterações promovidas na Execução Penal, e mais especificamente no âmbito da progressão de regime, escopo do presente artigo, os debates tendem a ser ainda mais frequentes e aprofundados, seja pela grande quantidade de alterações promovidas no texto, pelo impacto que algumas dessas modificações terão na jurisprudência dos Tribunais Superiores, pelas evidentes inconstitucionalidades presentes no texto e também pela absoluta falta de técnica legislativa, que pode dar margem a diferentes interpretações sobre o texto legal, muito embora, como tratado no artigo, a analogia não seja admitida no Direito Penal e na

Execução Penal e, portanto, a literalidade de alguns dispositivos não permita outra interpretação que não aquela por nós aqui esposada.

A análise detalhada da parte do chamado Pacote Anticrime referente à progressão de regime leva à conclusão de que a referida legislação, ao concretizar os anseios punitivistas de parcela da sociedade, contribuirá indubitavelmente para o aumento da já exorbitante massa carcerária, agravando ainda mais a situação caótica dos sistemas penal e prisional brasileiro, com impacto direto no cumprimento das penas privativas de liberdade e aumento das violações de direitos humanos nos cárceres nacionais.

De se lamentar que as poucas alterações benéficas aos sentenciados sejam oriundas, muito provavelmente, da absoluta falta de técnica do legislador, que muito provavelmente de maneira involuntária, acabou criando situações como por exemplo a exigência de reincidência específica em crime hediondo para a majoração do prazo da progressão de regime, o que já vem inclusive sendo aplicado pelos tribunais.

De toda sorte, importante reafirmar que tais medidas devem ser aplicadas imediatamente em benefício dos sentenciados, nos termos do inciso XL, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Cabe ainda destacar as inúmeras inconstitucionalidades da Lei n. 13.964/2019, as quais espera-se sejam devidamente enfrentadas e reconhecidas pelos Tribunais e, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, destacando-se as absurdas majorações em alguns prazos de progressão de regime e o ininteligível e abominável art. 2º, § 9º da Lei n. 12.850/2013.

Por fim, exaltamos que o êxito no enfrentamento ao aumento da criminalidade no país certamente não será alcançado com o incremento do encarceramento, tampouco com alterações no tempo máximo de cumprimento de pena e nos prazos para a progressão de regime, panaceias sempre vistas pelo legislador como um alento aos anseios punitivos da sociedade.

Tais medidas somente resultarão na ampliação da superlotação dos estabelecimentos prisionais e na exacerbação do “estado de coisas inconstitucional”, o que, por sua vez, resultará no fortalecimento das organizações criminosas.

Enquanto o Brasil não enfrentar as suas mazelas sociais, com investimento na educação de sua população e a implementação efetiva de políticas sociais de

distribuição de renda, saneamento básico, moradia, entre outras, alterações legislativas como o chamado Pacote Anticrime, com fundamento em uma busca pela prevenção em razão do endurecimento do sistema penal, não terão qualquer eficácia, a não ser a de piorar a situação já tão deteriorada e a de exasperar as desigualdades sociais do país.

5 REFERÊNCIAS

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211.

MIRANDA, Rafael de Sousa. **Manual de execução penal**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**. Uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SIMÃO, Diego de Azevedo. **“Inconstitucionalidade das novas regras para progressão de regime na lei ‘anticrime’”**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-29/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-novas-regras-progressao-regime>> Acesso em: 02 jul. 2020.

VEIGA, Alessa Pagan; NEVES, Marcella Moraes Pereira das. A lei de execução penal e o cumprimento da pena pós reforma, In SILVA, Franklin Roger Alves (Org.) **O Processo Penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública**. São Paulo: CEI, 2020.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO FERRAMENTA POLÍTICO-CRIMINAL DE DESPENALIZAÇÃO DOS CRIMES DE MÉDIO POTENCIAL OFENSIVO

THE NON-PROSECUTION AGREEMENT AS A POLITICAL-CRIMINAL TOOL TO DECRIMINALIZE CRIMES OF MISDMEANOR CRIMES.

Carlo Velho Masi¹

RESUMO

O estudo procura analisar o instituto do ANPP num contexto de expansão da justiça penal negocial, com o paralelo avanço de propostas de viés inquisitivo e antidemocrático. Deste modo, imprescindível um filtro constitucional sobre a sua regulamentação e seus efeitos, o que acaba repercutindo diretamente nos mecanismos de controle, prevenção e repressão dos delitos de médio potencial ofensivo. Observa-se que o ANPP, se aplicado corretamente, à luz dos parâmetros constitucionais e convencionais e ao sistema acusatório no qual deve estar inserido, pode representar um importante avanço político-criminal, restringindo o uso do Direito Penal àqueles delitos mais graves e complexos e contribuindo para a racionalização do sistema penal.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal. Processo Penal. Política Criminal. Sistema Acusatório.

ABSTRACT

The study seeks to analyse the NPA institute in a context of expanding criminal justice negotiations, with the parallel advance of inquisitive and anti-democratic bias proposals. Thus, a constitutional filter on its regulation and its effects is essential, which ends up having direct impact on the mechanisms of control, prevention and repression of misdemeanor crimes. It is observed that the NPA, if applied correctly, in the light of constitutional and conventional parameters and the accusatory system in which it must be inserted, can represent an important political-criminal advance, restricting the use of Criminal Law to those more serious and complex crimes and contributing to the rationalization of the penal system.

KEYWORDS: Non-Prosecution Agreement. Criminal procedure. Criminal policy. Adversarial system

1 Advogado criminalista. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS. Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNISINOS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Vice-presidente da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas no Estado do Rio Grande do Sul (ABRACRIM-RS). Membro da Comissão Nacional de Judicialização e Amicus Curiae da ABRACRIM. Parecerista da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM). Moderador do Grupo de Estudos em Processo Penal da Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB-RS. Coordenador do Grupo de Estudos Avançados em Epistemologia do Direito Penal Econômico do IBCCRIM-RS. Coordenador Adjunto do IBCCRIM no Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: 1 introdução. 2 Conceito e natureza jurídica do ANPP. 3 Objetivos do anpp. 4 Princípio da obrigatoriedade e princípio da oportunidade. 5 ANPP no pacote anticrime. 6 Âmbito de aplicabilidade do ANPP. 7 Resquícios inquisitoriais no anpp. 8 O ANPP como direito subjetivo do réu ou poder-dever do MP. 9 Semelhanças e diferenças com outros institutos. 10 O ANPP na perspectiva do direito intertemporal; 11 A confissão no ANPP. 12 Participação do defensor/advogado no ANPP. 13 consequências do descumprimento do ANPP. 14 Conclusões. 15 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do processo penal nas últimas décadas revela uma ampliação dos espaços de consenso ou de justiça negociada ou colaborativa, bem como dos mecanismos de reparação². Valoriza-se a adoção de soluções fundadas na autonomia de vontades dos sujeitos que integram a relação processual. Essa nova perspectiva altera profundamente os modelos de persecução penal até então existentes.

Chegou-se à conclusão de que o sistema penal não tem estrutura suficiente para absorção de todos os casos³. Isso implica a necessidade de uma seleção. A crise na administração da justiça, materializada na sobrecarga de processos no Judiciário, na morosidade em solucionar os litígios, no elevado custo do acesso à justiça e na excessiva burocracia judiciária, passou a demandar respostas mais céleres e eficazes ao jurisdicionado⁴.

Segundo Schünemann, o ideal vigorante no séc. XIX, de que todos os casos concretos poderiam ser submetidos a um “juízo oral completo”, com toda uma instrução e um julgamento ao final, perdeu espaço nas sociedades pós-modernas, na medida que os comportamentos desviantes tiveram uma propagação quantitativa imprevisível. Isso impôs que se encontrassem alternativas, dentre as quais situam-se as condenações à margem de um juízo oral detalhado para aqueles casos em que as investigações preliminares já esclareceram profundamente os fatos e que não há interesse do imputado em repetir a produção das provas⁵.

2 PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 172/173.

3 BINDER, Alberto. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 156 afirma que “o Estado nunca se encarregou de tudo, porque não pôde e seguramente lhe seria difícil cumprir sempre tal promessa. É interessante pontuar que, apesar dos enormes saltos tecnológicos, esta incapacidade do Estado de intervir em todos os casos se acentuou, embora continue proclamando com maior ênfase sua vocação de fazê-lo”.

4 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 192.

Os acordos representam opções à resolução de conflitos, essencialmente privilegiando as vítimas, com um viés de prática restaurativa, pois garantem uma célere e eficaz reparação (modelos reparador e restaurativo/pacificador) através de uma justiça consensual⁶. Ao mesmo tempo, abreviam a imposição de sanções penais ou extrapenais com a adesão do imputado a um compromisso (modelo negociado) com o Poder Público, que pode envolver uma colaboração ativa do agente (modelo colaborativo)⁷.

A adoção de acordos penais passou a ser vista como uma forma de aprimorar e efficientizar a persecução penal⁸. Isso, contudo, independe da adoção de um “Direito Penal de emergência” ou de uma “aceleração” do Direito Penal, com restrição ou abandono de garantias fundamentais, apenas demanda o desenvolvimento de soluções institucionais refletidas.

Já na década de 90 do séx. XX, Ada Pellegrini Grinover antecipava que o processo penal caminhava para uma valorização da autonomia de vontade das partes e para uma ampliação dos espaços de consenso entre acusação, defesa e vítima. A professora pregava que as novas técnicas de renúncia às penas e aos procedimentos indicavam o rumo de um processo mais eficiente. Alertava, porém, que isso deveria estar sempre atrelado à legalidade e à revisão judicial, para um controle mais seguro sobre as garantias das partes⁹.

O estímulo à implementação de medidas alternativas anteriores ao processo penal vem ganhando força no Direito Internacional a partir da Resolução nº 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas, cujas previsões ficaram conhecidas como “Regras de Tóquio”¹⁰. Quando adequado e compatível com o sistema jurídico interno

5 SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global. In: *Obras*. Tomo II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 423.

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, Fabris, 2002, p. 31.

7 ALVES, Jamil Chaim. Justiça Consensual e Plea Bargaining. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Franciso Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2 ed, ver. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 217-237.

8 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.) *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019, p. 5 afirma que “A busca pela ‘eficiência’ no sistema de justiça criminal é o axioma invocado para se introduzir mecanismos de negociação no processo penal e que correspondem efeitos deletérios em longo prazo, como a inexorável tendência ao hiperencarceramento”.

9 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 285.

10 “As Regras de Tóquio foram formuladas pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (em 1986), cujo projeto foi aprovado em 14 de dezembro de 1990, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (8º Congresso), integrando a Resolução nº 45/110, oficialmente denominadas 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

de cada país, os órgãos encarregados da justiça criminal podem deixar de processar criminalmente o infrator se considerarem desnecessário o recurso a um processo judicial para a proteção da sociedade, prevenção do crime ou promoção do respeito pela lei e pelos direitos das vítimas (item 5.1).

Os acordos de não persecução e as negociações sobre a imposição de penas surgem na Alemanha, a partir de práticas forenses informais. Segundo informa Rodrigo Ferreira Leite Cabral¹¹, a legalidade destes pactos (*Absprachen*) foi reconhecida pelo *Bundesgerichtshof* (BGH) em decisão de 1997 e influenciou na posterior aprovação de lei, que foi questionada perante o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), sendo reconhecida sua validade, desde que os acordos fossem transparentes, públicos e plenamente documentados, de modo a permitir um efetivo controle judicial¹².

Mais recentemente, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que os acordos não ofendem o contraditório e o devido processo legal (caso *Natsvlishvili e Togonidze vs. Georgia*¹³).

No Brasil, os institutos da composição civil dos danos (arts. 73 e 74), da transação penal (art. 76, infrações com pena máxima de até 2 anos) e da suspensão condicional do processo (art. 89, infrações com pena mínima de até 1 ano), inseridos na Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, ocuparam-se da despenalização das “infrações de menor potencial ofensivo”, conforme previsão constitucional (art. 98, I).

Numa segunda etapa, o instituto da colaboração premiada (art. 3º, inciso I e artigos 4º, 5º e 6º), previsto inicialmente por diversas leis especiais¹⁴, porém

tratamento dos encarcerados.” (SOARES JR., Antonio Coêlho. As regras de Tóquio e as medidas não privativas de liberdade no Brasil e na Itália: breves considerações. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<https://bit.ly/3d0AsMU>>. Acesso em: 1 jun. 2020).

11 CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 21-47.

12 BVerfG, 2 ByR 2628/10, ByR 2883/10 und ByR 2155/11, vom 19/03/2013. Berlim: Bundes-Verfassungs-Gericht, 2013a. Disponível em: <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2013/bvg13-017.html>>. Acesso em 11 jun. 2020.

13 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application no. 9043/05: Amiran NATSVLISHVILI and Rusudan TOGONIDZE against Georgia*. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-122692%22%5D%7D>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

14 Lei 7.492/86 (lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional - artigo 25, §2º, incluído pela Lei 9.080/1995); Lei 9.807/1999 (lei de proteção às vítimas e testemunhas - artigos 13 e 14); Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais - artigo 1º, §5º, redação dada pela Lei 12.683/2012); Lei 11.343/2006 (Lei de drogas - artigo 41); Lei 12.529/2001 (Lei de defesa da concorrência - artigo 87).

regulamentado pela Lei 12.850/2013, passou a tratar de crimes graves, praticados no âmbito de organizações criminosas.

Nesta senda, o acordo de não persecução penal (ANPP) surge da necessidade de suprir uma lacuna legislativa e criar um instrumento despenalizador que possa impedir a judicialização desnecessária, valorizando do Direito Penal como *ultima ratio*, de casos penais envolvendo crimes de médio potencial ofensivo (crimes com pena mínima inferior a 4 anos), que constituem a maior gama de delitos do ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, dada a sua relevância no cenário jurídico-penal brasileiro, torna-se fundamental delimitar com profundidade as repercussões penais e processuais deste instituto, a fim de estabelecer contornos concretos que forneçam maior segurança jurídica e de fixar diretrizes que resguardecem os direitos e garantias fundamentais dos investigados candidatos a firmar esses pactos.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO ANPP

O acordo de não persecução penal é um negócio jurídico ou ajuste obrigacional¹⁵ extraprocessual e bilateral, com efeitos penais, celebrado entre o titular da ação penal e o investigado, sempre assistido por advogado, por meio do qual as partes manifestam um interesse mútuo de que o caso não seja submetido ao Judiciário e requerem a homologação, de natureza meramente declaratória, pelo juiz competente¹⁶.

Trata-se de medida despenalizadora, cuja oferta depende de uma escolha político-criminal do órgão acusatório, que fará um juízo de necessidade e suficiência da realização do acordo para a reprovação (finalidade retributiva da pena) e prevenção do crime (finalidade preventiva – geral e especial – da pena), tendo em conta os interesses estatais e os interesses da vítima lesada pelo delito.

Sua aceitação pelo investigado implica a assunção de responsabilidade (confissão) e a concordância em cumprir condições alternativas extrapenais e menos severas que a pena – esta restrita à reserva de jurisdição – correspondente

15 CUNHA, Rogerio Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: *Comentários às Alterações no CPP, CPP e LEP*. Salvador: ed. Juspodvm, 2020, p. 127.

16 De acordo com o art. 3º-B, inc. XVII, cuja eficácia encontra-se suspensa por decisão liminar do Min. Luiz Fux do STF nos autos da ADI 6298, caberá ao juiz das garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação.

ao delito praticado. De outro lado, a acusação deixa de instaurar a *persecutio criminis in judicio*, abre mão de ofertar denúncia, e passa a fiscalizar o cumprimento do pacto perante o juízo das execuções, até que, ao final, seja decretada pelo magistrado a extinção da punibilidade do agente.

O objetivo dos acordos de admissão de culpa em geral, nos quais o imputado renuncia ao direito de resistir à pretensão acusatória em troca de algum benefício de ordem processual ou material, é abreviar o procedimento ou antecipar o julgamento da causa¹⁷.

3 OBJETIVOS DO ANPP

O recurso ao modelo consensual permite uma racionalização do sistema de justiça criminal, que hoje é extremamente moroso, em função do elevado número de casos submetidos a julgamento, o que acaba comprometendo a qualidade e a celeridade da prestação jurisdicional.

A implementação do acordo visa a garantir uma resposta mais célere (art. 5º, LXXVIII, da CF), eficiente (art. 37, *caput*, da CF) e proporcional (art. 5º, LIV, da CF) aos crimes menos graves e a possibilitar uma maior atenção aos casos mais complexos e relevantes¹⁸. Segundo Renee do Ó Souza e Rogério Sanches Cunha, diante da constatação de que o Judiciário seria incapaz de dirimir tempestiva e satisfatoriamente todos os conflitos que lhe são submetidos, “é muito mais vantajoso uma imediata decisão negociada, que cumpra a função dirimente do conflito do que uma decisão proferida ao longo de anos, incapaz de cumprir com as funções da pena nem de recompor o sentimento social de validade das normas”¹⁹.

A celebração de acordos representa também a possibilidade de otimização dos custos estatais com a gestão da administração da justiça e com a tramitação das ações penais (atividade cartorária, realização de audiências, condução de réus e

17 CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de Admissão de Culpa no Processo Penal*. Salvador: Ed. Podivm, 2019, p. 98.

18 BARROS, Francisco Dirceu de. *Acordo de não persecução penal: Teoria e prática*. Leme/SP: JHMizuno, 2019, p. 06; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 144.

19 SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A Legalidade do Acordo de Não Persecução Penal: Uma Opção Legítima de Política Criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2 ed, ver. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p.123-130.

testemunhas, etc.). Além disso, contribui para a diminuição da população carcerária, especialmente nos estabelecimentos de regimes semiaberto e aberto, hoje amplamente superlotados.

Ao aceitar e cumprir o pacto, o acordante tem maior previsibilidade da sanção, afasta-se da ameaça de pena prisional e mantém sua primariedade, neutralizando o estigma e aflição inerentes ao processo penal.

O estímulo à autorresponsabilização (inviável no ambiente carcerário) serve como instrumento ressocializador. Cria-se mais uma chance de evitar uma condenação penal, reduzindo seus efeitos deletérios e socialmente negativos²⁰.

Evita-se uma “revitimização” causada pelo processo penal, onde é necessária a presença do ofendido e a ratificação de suas declarações tomadas em sede investigativa.

4 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE E PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE

O modelo consensual de solução de conflitos aplicado ao processo penal representa uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, que, embora sem previsão legal expressa²¹, impõe a persecução compulsória de crimes desta modalidade de delitos²².

Via de regra, o Ministério Público tem o dever de buscar a condenação judicial de todos os culpados, desde que presentes os pressupostos processuais²³ e uma vez verificada a presença de provas de materialidade delitiva e indícios suficientes de sua autoria²⁴. Conforme Aury Lopes Jr., “O dever de agir faz com que não exista margem de atuação entre denunciar, pedir diligências complementares ou postular arquivamento”²⁵. O Ministério Público não pode, sem justa causa, deixar de oferecer uma resposta aos fatos que lhe forem apresentados após uma investigação.

20 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p.275.

21 O Código de Processo Penal limita-se a afirmar que, nos crimes de ação pública, a ação penal será promovida por denúncia do Ministério Público (art. 24), que não poderá dela desistir (art. 42).

22 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Niterói: Impetus, 2019, p. 329.

23 DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 125-126.

24 BRITO, Alexis Couto; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antonio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97.

25 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 129.

Este dever começou a ser amenizado com a criação do instituto da transação penal²⁶, que inaugurou o que alguns autores denominam de “discricionariedade regrada ou moderada”, pela qual o órgão acusatório passou a ter maior liberdade de dispor da ação penal, nas hipóteses legais cabíveis²⁷.

Hoje, a prática dos acordos atenua ainda mais esta imposição e privilegia a aplicação de critérios de oportunidade, conveniência e disponibilidade²⁸, corrigindo distorções no processo de seleção das causas penais²⁹, como reflexo de uma nova política criminal³⁰, pautada pela intervenção mínima³¹.

Não existe, contudo, uma liberdade discricionária e pragmática para negociação, tal como no modelo norte-americano da *plea bargain*. Países que acolhem o princípio da oportunidade não investigam a totalidade dos crimes e se restringem ao que o Estado considera importante. Este regime demanda uma elevada confiança em quem investiga (Polícia e Ministério Público)³². O novo regramento do ANPP no Brasil, porém, limita-se a determinados pressupostos e condições legalmente estabelecidos. Convém frisar que em outros ordenamentos jurídicos que adotam o sistema acusatório³³, a exemplo de Argentina³⁴, Chile³⁵,

26 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174.

27 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 168; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 129. Em sentido contrário, de que a Lei 9.099/95 não teria mitigado o princípio da obrigatoriedade: RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 212.

28 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. Brasília: Fundação Escola, 2019, p. 68-75.

29 BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. 2 ed. Madri: Civistas, 2018, p. 470

30 NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei n. 13.964/2019*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 60.

31 BINDER, Alberto. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 159-181.

32 VENTINHAS, António. Legalidade e oportunidade: uma questão de confiança. Lisboa, *Sábado*, disponível em: <<https://bityli.com/nbQXs>>. Acesso em 13 jun. 2020.

33 Art. 3º-A 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.

34 Art. 31 do CPP: “Criterios de oportunidad. Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: [...]”.

35 Art. 170 do CPP: “Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. [...]”.

Uruguai³⁶ e Alemanha³⁷, existe uma tendência a centralizar no Ministério Público o poder de decidir quando uma ação penal será necessária ou não.

5 ANPP NO PACOTE ANTICRIME

Com as reformas ao CPP operadas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que entrou em vigência em 23/01/2020, foi definitivamente suprida esta lacuna legislativa ao inserir no código o art. 28-A.

O chamado “Pacote Anticrime” teve como objetivo primário o “aperfeiçoamento” da legislação penal e processual penal. Contudo, uma análise dos motivos político-criminais que antecedem tal legislação demonstra que este movimento vincula-se a uma agilização do processo, a fim de tornar mais célere a persecução penal, em busca de garantir sua eficiência e produzir um resultado rápido e aparente.

Projetos com este escopo historicamente encontram grande projeção popular, na medida que servem de plataforma eleitoral para parlamentares que se valem de um discurso de “guerra ao crime”, sobretudo à criminalidade organizada e à corrupção, notadamente espécies de criminalidade cuja persecução costuma ser lenta no Brasil, em razão do sistema processual vigente³⁸.

Logo, as reformas dos últimos anos em matéria processual penal tendem a uma aceleração ou abreviação do processo, o que, evidentemente, acarreta problemas sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Paralelamente, a evolução do Direito Penal negocial a nível mundial surtiu reflexos no Brasil, a partir da sistematização do instituto da colaboração premiada.

36 Art. 100 do CPP: “El Ministerio Público podrá no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, en los siguientes casos: [...]”.

37 Conforme, OLIVEIRA, Tássia Louise. O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Boletim ESMPU*, Brasília, a. 16, n. 49, jan./jun. 2017, p. 244, “o Código de Processo Penal germânico (Strafprozeßordnung – StPO), em seu artigo 1532, determina expressamente o princípio da oportunidade da ação penal, autorizando o titular da ação a dispensar a acusação, com a aprovação do tribunal competente, quando verificada a ausência de interesse público na instauração do processo”.

38 Em virtude disso, há todo um movimento no sentido de abreviar os procedimentos e antecipar a execução da pena (v.g. PLS 166/2018).

Segundo o novo art. 28-A do CPP, o ANPP seria uma “faculdade” do Ministério Público³⁹, caso repute a sua celebração como “necessária” e “suficiente” para a “reprovação” e “prevenção” do delito (art. 59 do CP).

O ANPP só poderá ser proposto nas hipóteses de (a) não ser o caso de arquivamento da investigação preliminar⁴⁰, (b) ocorrer confissão “formal e circunstancial” da prática delitiva, (c) a infração penal não envolver violência ou grave ameaça e (d) a infração ter pena mínima inferior a quatro anos⁴¹.

Preenchidos os pressupostos e requisitos, as condições do acordo envolverão “cumulativa e (síc) alternativamente” os seguintes tópicos: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto se isso for impossível; renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produtos ou proveitos 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 (art. 46 do CP); pagamento de 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 (art. 45 do CP)⁴²; ou cumprimento, por prazo determinado, outra condição (cláusula aberta)

39 Há quem argumente pela legitimidade concorrente entre membro do MP e delegado de polícia, uma vez que o STF decidiu, na ADI 5.508 (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 20/06/2018), que a legitimidade para a realização do pacto (colaboração premiada) não se vincula à titularidade da ação penal pública. O direito de punir continua sendo matéria a ser decidida pelo Judiciário. Assim, o fato de o MP ser o dominus litis em nada prejudicaria a possibilidade de a autoridade policial celebrar o negócio jurídico, sendo até mesmo desnecessária a sua anuência.

40 ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, dez. 2017, p. 239-262 situam essa hipótese de avença no momento posterior à finalização de determinada investigação criminal. Desta observação extrai-se que a propositura do ANPP pressupõe um inquérito policial já concluído, de sorte que não se poderia antecipar o acordo para o início da investigação, por exemplo, por ocasião da realização de audiência de custódia após a prisão em flagrante.

41 Para aferição da pena mínima cominada ao delito deverão ser consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil? In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 370* chama a atenção para o risco de overcharging ou excesso acusatório por parte do membro do MP, nas hipóteses de acusação mais grave do que os elementos de informação autorizam (excesso vertical) e/ou de imputação de fatos adicionais que não defluem dos elementos de informação (excesso horizontal).

42 Observa-se que, ao contrário do que permite o art. 45 do CP, neste caso, a prestação pecuniária não pode ter como beneficiária a vítima ou os seus dependentes.

indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada⁴³.

Existem hipóteses legais previamente definidas de não cabimento do acordo⁴⁴: (1) quando for cabível a transação penal; (2) quando o investigado for reincidente (Direito Penal do Autor) ou (3) quando houver “elementos probatórios”⁴⁵ que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional⁴⁶, exceto se “insignificantes”⁴⁷ as infrações penais pretéritas; (4) quando o agente tiver sido beneficiado nos cinco anos anteriores à prática da infração penal pelos institutos do próprio ANPP, da transação penal ou da suspensão condicional do processo; e (5) quando o crime tiver sido praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor⁴⁸.

43 Em tese, poderiam ser avençadas condições como compromisso de não contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por determinado período; exoneração ou renúncia do cargo, função pública ou mandato eletivo; renúncia ao direito de candidatar-se a cargos públicos eletivos, por determinado período. Segundo SOUZA, Renee do Ó. O acordo de não-persecução penal nos crimes funcionais. *Conjur*, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-12/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-crimes-funcionais#_ftn1>. Acesso em 13 jun. 2020, “trata-se de condições que resguardam o efeito prático equivalente a alguns dos efeitos penais secundários e extrapenais de uma sentença penal condenatória, como a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, suspensão dos direitos políticos e inelegibilidade ou inabilitação para outro cargo público”. A propósito, orientações técnicas de alguns órgãos do Ministério Público já preveem condições alternativas “específicas” não previstas em lei, tais como comunicação de modificação de endereço (MPRS, MPSC, MPGO, MPMS, MPPA, MPPI, MPRJ, MPSE); demonstração em Juízo do cumprimento das obrigações em até 5 (cinco) dias após o prazo ajustado ou comprovação da impossibilidade de fazê-lo (MPSC); e comprovação mensal do cumprimento das condições acordadas, independente de notificação ou aviso prévio (MPRS, MPGO, MPMS, MPBA, MPPI, MPRJ, MPSE).

44 Orientações técnicas de alguns órgãos do Ministério Público preveem restrições mais amplas, sem previsão legal, à celebração dos acordos, como quando a investigação tiver como objeto organização criminosa (MPRS, MPGO, MPMS, MPPI) e quando a investigação apurar crime hediondo ou equiparado (MPRS, MPGO, MPMS, MPPA e MPPI).

45 Note-se a impropriedade do termo “elemento probatório”, tendo em vista situar-se o ANPP no âmbito da investigação preliminar, onde não há produção de provas, apenas atos investigatórios que visam à colheita de indícios.

46 O conceito de “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” não está legalmente delimitado e provoca inúmeros questionamentos. Na linha da súmula nº 444 do STJ, pelo princípio da presunção de inocência, inquéritos policiais e ações penais em curso, que não podem aumentar a pena-base, também não poderiam impedir a celebração do ANPP.

47 Os tribunais têm decidido que, via de regra, a habitualidade delitiva impede a aplicação do princípio da insignificância (STJ, EAREsp 221.999/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015). O STF tem aplicado o princípio da insignificância sob os seguintes critérios: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, HC 84412, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00029 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963).

48 Previsão semelhante ao entendimento do STJ na Súmula nº 536, no sentido de que a suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

Como requisito formal de validade, o ANPP deverá ser escrito e conter assinatura do membro do Ministério Público, do investigado e de seu defensor.

A etapa de homologação do ANPP consagra a inafastabilidade do controle judicial (a exemplo do que ocorre na colaboração premiada) e deverá ocorrer em audiência, na qual, mediante oitiva do investigado, com a presença de defensor, o juiz competente aferirá a voluntariedade e legalidade do acordo. Caso ausente algum desses requisitos, o juiz poderá recusar a homologação da proposta de acordo.

Com evidente viés inquisitório, a lei permite que o juiz, mesmo estranho ao procedimento de negociação acordo, possa considerar suas condições “inadequadas”, “insuficientes” ou “abusivas”, podendo, então, devolver os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta, desde que haja concordância do investigado e do seu defensor. Se não forem realizadas estas adequações, também poderá recusar a homologação. Da decisão que recusar a homologação caberá recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, XXV, do CPP.

Homologado o acordo, o juiz devolverá os autos do procedimento ao Ministério Público para que promova a execução junto ao juízo da execução competente, onde deverá ocorrer audiência para definição dos detalhes de cumprimento das condições pactuadas.

Quando houver recusa de homologação, os autos são devolvidos ao Ministério Público para novas investigações ou imediato oferecimento da denúncia.

A vítima será intimada da homologação do ANPP e de seu eventual descumprimento. Há, porém, um debate quanto a ter direito de acesso à confissão do suspeito e também qual a validade desta confissão extrajudicial para fins de eventual ação indenizatória ou processo administrativo.

O descumprimento das condições do ANPP deverá ser comunicado pelo Ministério Público ao juízo, a fim de que seja formalmente rescindido, possibilitando a posterior oferta de denúncia. Com base no descumprimento de ANPP, o Ministério Público poderá não oferecer suspensão condicional do processo, nos casos em que ela for cabível.

A celebração e o cumprimento do ANPP não implicam reincidência e sequer devem constar da certidão de antecedentes criminais do indivíduo, porém impedem que o benefício seja novamente firmado dentro do prazo de cinco anos.

O cumprimento integral do ANPP importa a decretação da extinção da punibilidade do agente pelo juízo da execução.

A recusa de oferecimento do acordo admite recurso administrativo a órgão superior, no âmbito do próprio Ministério Público (instância de revisão ministerial, art. 28 do CPP, semelhante ao que a jurisprudência reconhece como cabível, por analogia, na transação penal e na suspensão condicional do processo).

6 ÂMBITO DE APLICABILIDADE DO ANPP

O ANPP encontra um âmbito de aplicação bastante amplo no Código Penal e em leis especiais, abarcando a maior parte dos crimes tipificados na legislação brasileira⁴⁹, que têm poucos tipos penais com pena mínima cominada acima do patamar de quatro anos.

O acordo será cabível, por exemplo, para quase todos os crimes patrimoniais⁵⁰ (com exceção do furto com uso de explosivo, do furto de explosivos, do roubo, da extorsão e extorsão mediante sequestro); crimes de falsidade documental; crimes de corrupção e concussão, etc. Não existe vedação expressa para aplicação a crimes hediondos, tampouco a crimes contra a administração pública.

Respeitadas as particularidades de cada microsistema normativo, o ANPP será cabível também, exemplificativamente, para crimes do estatuto do desarmamento (com exceção daqueles relacionados a armas de fogo de uso proibido, bem como do comércio ilegal de arma de fogo e do tráfico internacional de arma de fogo); crimes contra o sistema financeiro nacional, crimes contra a ordem

49 Segundo o levantamento da Segunda Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, de 23 de janeiro de 2020 (data em que a lei “anticrime” entrou em vigor) a 16 de março de 2020, somente este órgão firmou 1.043 acordos de não persecução penal. Os crimes mais recorrentes foram estelionato majorado, uso de documento falso, moeda falsa e crimes contra o meio ambiente. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-celebra-mais-de-2-mil-acordos-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 15 jun. 2020.

50 Conforme reportagem do portal CONJUR, o Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO) de São Paulo homologou seu primeiro ANPP, em fase de inquérito policial, no dia 07/03/2020, em caso de crime receptação de um veículo. O acordo foi proposto pelo Ministério Público, que estipulou ao investigado as seguintes condições: prestar serviço comunitário pelo período de seis meses perante entidade pública a ser indicada pelo Juízo das Execuções Criminais; comparecer bimestralmente ao juízo pelo período de um ano; pagar prestação pecuniária de R\$ 1,5 mil, em 12 parcelas fixas, ao Grupo de Apoio à Criança com Câncer; não mudar de endereço sem prévia comunicação ao juízo; e não ser processado por outro delito durante o prazo de cumprimento do acordo. O investigado aceitou os termos e o pacto foi homologado, no mesmo dia, pela juíza coordenadora do DIPO. (CONJUR. Crime sem violência: Dipo homologa primeiro acordo de não persecução penal de São Paulo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-07/dipo-homologa-primeiro-acordo-nao-persecucao-penal-sp>>. Acesso em 15 jun. 2020.)

tributária⁵¹, crimes previdenciários, crimes contra o meio ambiente (Lei 9.605/98, Lei 7.802/89 e Lei 6.766/79)⁵², etc.

7 RESQUÍCIOS INQUISITORIAIS NO ANPP

O regramento do ANPP admite interferência direta do juiz no próprio mérito das condições acordadas entre as partes. Existe uma instância de revisão judicial não apenas da formalidade do acordo (legalidade e voluntariedade), mas também da adequação, suficiência e abusividade das cláusulas. Ou seja, ao juiz é dado intervir em favor ou contra as partes, se entender que as condições são inadequadas, o que levanta questionamentos acerca do respeito à liberdade de firmar o pacto.

As mudanças recentemente operadas no CPP apontam no sentido que do processo penal brasileiro terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (art. 3º-A). Entretanto, em diversas passagens o CPP mantém os traços de autoritarismo e inquisitorialidade que o caracterizam desde 1941.

A gênese do código que ainda não foi submetido a uma reforma global segue vinculada ao Estado de exceção e não se deparou por completo com o filtro constitucional de 1988. Além disso, as reformas operadas nos últimos anos apenas reforçaram o viés inquisitivo, que está arraigado na própria mentalidade do legislador e dos operadores do direito.

A exigência de confissão formal por parte do acordante no ANPP é outro resquício que antecipa uma conclusão de mérito sem a possibilidade do

51 No âmbito do Direito Penal tributário, argumenta-se que o Fisco está plenamente aparelhado para fixar e obter o ressarcimento dos valores sonegados, por meio de execução fiscal, de modo que não haveria necessidade de intervenção do Direito Penal. Daí o porquê não se poderia imputar no ANPP a obrigação de reparar o dano, pois essa condição, por si só, já extingiria a punibilidade do agente (v. g. art. 9º, §2º, da Lei 10.684/03 e posicionamento do STJ, v. g. RHC 98.508/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018), de sorte que seria desproporcional constar no ANPP. A propósito: BITTAR, Walter Barbosa. O encerramento do procedimento administrativo e a questão da punibilidade da tentativa nos crimes contra a ordem tributária. *Jornal de ciências criminais*, São Paulo, vol. 1, n. 1, jul-dez.2018, p. 59-70. Ainda, se o investigado estiver impossibilitado de quitar o crédito tributário tal circunstância não pode ser empecilho à proposta de ANPP, pois o acordo não é meio de cobrança estatal e poderia significar um excesso de exação.

52 Neste âmbito, argumenta-se pela indispensabilidade da reparação do dano ambiental e que a extinção da punibilidade só seja reconhecida após a confecção de laudo de constatação de reparação, salvo na impossibilidade de fazê-lo. Dentre as condições possíveis de ser impostas no art. 28-A, V, do CPP, estaria a suspensão de atividades econômicas ou industriais potencialmente degradadoras que estejam sendo desenvolvidas sem a autorização dos órgãos competentes, até que elas sejam regularmente obtidas.

contraditório, até em virtude da inexistência de acusação formal. Isso rompe com a “dimensão epistêmica” do processo penal, segundo a qual a parte acusatória só pode ter um desfecho favorável para sua pretensão caso se desincumba de determinados ônus e aproveite suas chances processuais⁵³.

A busca pela verdade, tão perseguida na lógica inquisitorial, não tem espaço dentro do viés acusatório, porque o juízo de verdade ou falsidade somente poderá incidir sobre uma afirmação acerca da existência do fato, e nunca sobre o fato em si, que é inatingível⁵⁴. A atribuição de responsabilidade, neste caso, independe da produção válida do conhecimento, pois o investigado é obrigado a confessar se quiser beneficiar-se do ANPP.

8 O ANPP COMO DIREITO SUBJETIVO DO RÉU OU PODER-DEVER DO MP

Uma das principais discussões envolvendo o ANPP é se o instituto configura um direito público subjetivo do investigado (a ser protegido ativamente pelo Judiciário) que preencha os requisitos objetivos e subjetivos ou se caracteriza uma faculdade do Ministério Público, que poderá dela dispor de forma discricionária.

A previsão normativa do CPP atribui ao Ministério Público a competência para formar um juízo próprio de necessidade e suficiência do acordo, independente dos demais requisitos formais.

Caso se entenda o ANPP como direito subjetivo, o candidato ao acordo passaria a ter uma faculdade jurídica a partir da norma e o Estado-juiz, como garantidor dos direitos fundamentais, teria obrigação de viabilizar este acesso, caso exigido pelo seu titular. No escólio de Aury Lopes Jr., “O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional”⁵⁵.

53 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 13.

54 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 22.

55 JOSITA, Higyna; LOPES JR., Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Revista Consultor Jurídico*. 6 mar. 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/gJK9>>. Acesso em 16 jun. 2020.

Entretanto, até hoje não existe um consenso doutrinário⁵⁶ ou jurisprudencial⁵⁷ sequer quanto aos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Inobstante a isso, verifica-se que as únicas vedações legais ao ANPP estão expressas no §2º do art. 28-A do CPP, de modo que aparentemente a negativa de firmar o acordo passa a exigir fundamentação concreta dos motivos pelos quais naquele caso não será “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”⁵⁸, a fim de viabilizar o pedido de reconsideração na instância recursal interna (art. 28-A, §14, do CPP).

9 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS COM OUTROS INSTITUTOS

Existe uma nítida aproximação do ANPP com o instituto da transação penal, que também se desenvolve em uma fase administrativa preliminar (pré-processual), onde não há acusado, impedindo a instauração de uma ação penal⁵⁹. Há quem afirme que ambos os institutos levam à aplicação de “penas” sem processo. A transação penal não deixa de ser um ANPP aplicado a crimes de menor potencial ofensivo, situação semelhante à que ocorre no acordo de leniência, previsto pela Lei 12.529/11 (art. 87)⁶⁰.

Na transação, havendo discordância do juiz quanto ao não oferecimento da proposta, este poderá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça para

56 GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais*: Lei 9.099/95. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 120; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 125.

57 “Este Superior Tribunal tem decidido que 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” (STJ, AgRg no AREsp n. 607.902/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 17/2/2016). Em sentido contrário: “Uma vez atendidos os requisitos do artigo 89 da Lei nº 9.099/1995, cumpre implementar a suspensão condicional do processo, podendo o Juízo atuar, nesse campo, de ofício. (STF, HC 136053, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgado em 07/08/2018, Processo Eletrônico Dje-201 Divulg 21-09-2018 Public 24-09-2018)”

58 Ao tratar da redação do art. 89 da Lei 9.099/95, GRINOVER, Ada Pellegrini et. all. *Juizados Especiais Criminais*: Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5 ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 143 afirma que “o ‘poderá’ em questão não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do § 2º do dispositivo”.

59 GRINOVER, Ada Pellegrini et. all. *Juizados Especiais Criminais*: Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5 ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 157.

60 A celebração do acordo de leniência impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário e seu integral cumprimento pelo agente extingue a punibilidade pelos crimes contra a ordem econômica (Lei 8.137/90), crimes relacionados à prática de cartel (Lei 8.666/93) e crimes de associação criminosa (art. 288 do CP).

reavaliação, nos termos do art. 28 do CPP⁶¹. O mesmo entendimento ficou sedimentado para a suspensão condicional do processo, conforme súmula 696 do STF. O ANPP, assim como a transação e a SCP, permitem a manutenção da primariedade do beneficiário.

Guilherme de Souza Nucci destaca que o ANPP afasta-se da transação, ao se aplicar aos crimes de menor potencial ofensivo e exigir confissão, mas também se afasta do instituto do *plea bargain*⁶², uma vez que é anterior ao processo e tem caráter de acordo definitivo, sem o devido processo legal.

O ANPP, ao contrário do *plea bargain*, não se refere à imposição imediata de uma “pena”, mas sim de condições alternativas às penas. No ANPP, o investigado não é sumariamente condenado e, por isso, não se torna reincidente. As condições do ANPP nunca serão sanções privativas de liberdade; somente se assemelham às penas restritivas de direitos. Embora necessária confissão, não há qualquer valoração probatória no ANPP.

Assim como a colaboração premiada, o ANPP rege-se pelos princípios inerentes à Administração Pública, submete-se à legislação penal e processual penal e às regras do Direito Civil e do Direito Administrativo⁶³. Porém, ao passo que na colaboração o suspeito deve possuir elementos para contribuir ativamente com a investigação ou com a instrução – e deve comprometer-se com resultados –, no ANPP o principal pressuposto é a mera confissão, eis que não se trata de meio de obtenção de prova⁶⁴. Deste modo, as possibilidades de barganha com o órgão acusatório em tese encontram maiores restrições, porém o resultado do acordo para o investigado é o não enfrentamento de um processo penal, o que, sob a ótica da Teoria dos Jogos e numa perspectiva de análise econômica do Direito, pode ser interessante para o *player*.

Diferentemente da colaboração premiada, no caso do ANPP não existe previsão específica sobre vedação ao uso da confissão do investigado em caso de

61 STJ, HC 224.792/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013.

62 NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado: *Lei 13.964 de 24.12.2019*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 60.

63 CORDEIRO, Nefi. *Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 57.

64 SAMPAIO, Karla da Costa; LIMA, Camile Eltz. ANPP comprova a evolução no sistema jurídico penal brasileiro. *Revista Consultor Jurídico*. 16 jun. 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/3XBjn>>. Acesso em 16 jun. 2020.

descumprimento do acordo⁶⁵. Da mesma forma, não há garantia de que a confissão não possa ser utilizada para outros fins além do ANPP, como nas esferas cível e administrativa. A princípio, caberá à defesa do acordante negociar tais vedações no caso concreto. Ou seja, os limites do uso do ANPP em tese estariam apenas vinculados às cláusulas estipuladas pelas partes. Pelo princípio da força obrigatória, o contrato faz “lei” entre as partes (*pacta sunt servanda*) e as obriga, nos limites da lei⁶⁶.

Deve-se discutir até que ponto se pode exigir que os investigados abram mão de certas garantias fundamentais, especialmente quando isso pode implicar violação maciça de direitos, caso o ANPP torne-se, tal como é a perspectiva, um dos principais institutos despenalizadores do processo penal brasileiro.

10 O ANPP NA PERSPECTIVA DO DIREITO INTERTEMPORAL

O art. 5º, XL, da Constituição Federal garante que “a lei penal⁶⁷ não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Segundo o parágrafo único, do art. 2º, do CP, “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

A alteração legislativa do art. 28-A do CPP tem sido considerada pela doutrina majoritária como lei mista ou híbrida. Ao passo que traz uma previsão de natureza processual, inserida no CPP, sob o prisma do princípio da imediatidade, também cria uma nova causa extintiva da punibilidade, ou seja, tem conteúdo material. Logo, na parte que beneficia (*lex mitior*) o investigado⁶⁸ deveria retroagir por força constitucional⁶⁹.

65 Na versão original da Lei 13.964/2019 havia previsão de redação do parágrafo 9º do novo artigo 395-A da garantia de que “se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório”. Isso corresponde ao parágrafo 6º do novo artigo 3º-B da Lei 12.850/2013.

66 ZUNINO NETO, Nelson. *Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=641>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

67 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 127 sustenta que a retroatividade engloba o gênero “lei penal”, cujas espécies são “lei penal material” e “lei penal processual”, pois seria impensável visualizá-las como compartimentos estanques, completamente desvinculadas entre si.

68 “A não persecução, por certo, é mais benéfica que uma possível condenação criminal” (TRF-4 - ACR:5004135-89.2018.4.04.7016, Rel. João Pedro Gebran Neto, 8ª Turma, DJ 13/05/2020).

69 JOSITA, Higyta; LOPES JR., Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Revista Consultor Jurídico*. 6 mar. 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/glJK9>>. Acesso em 16 jun. 2020; MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal: lições fundamentais*, parte geral. 5 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 386 afirmam que “O Estado está a serviço da

Discussão semelhante foi travada por ocasião da entrada em vigor da Lei 9.099/95, oportunidade na qual discutiu-se acerca do cabimento dos institutos despenalizadores a processos em trâmite e mesmo com sentença condenatória já proferida. A jurisprudência acabou se consolidando no sentido da plena eficácia da norma constitucional, garantindo que a nova legislação teria efeitos retroativos no que tange a seus aspectos penais que beneficiassem o réu⁷⁰.

Assim, de forma semelhante, enquanto não houver trânsito em julgado⁷¹, poderia ser proposto o ANPP pelo Ministério Público, em alinhamento aos propósitos do instituto (programa estatal de despenalização), a fim de propiciar uma resolução célere do caso, afastar do Judiciário a apreciação de delitos menos graves, bem como diminuir os efeitos negativos de uma condenação criminal para o acusado e garantir a isonomia entre investigados que foram submetidos a procedimentos com celeridades distintas.

Nos processos em grau recursal⁷², poderia ser convertido o julgamento em diligência para que fosse ofertado o ANPP àqueles que preenchem os requisitos legais. Neste caso, a sentença condenatória, embora válida, teria sua eficácia suspensa.

liberdade individual e não o contrário. Toda norma que se refere a liberdades individuais requer interpretação mais favorável à pessoa humana e, desse modo, qualquer vedação a direitos fundamentais deve ter expressa previsão constitucional”.

70 STJ, REsp 123169, Relator: Felix Fischer, 5ª turma, DJe: 08/09/97. Na ADI nº 1719 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 18.06.07), o STF deu interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995, declarando “inconstitucional” (sem redução de texto) a regra que vedava de aplicação de normas de conteúdo misto, favoráveis ao acusado, aos processos penais cuja instrução já estivesse iniciada à época da vigência daquele diploma legislativo.

71 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 191; DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Quais caminhos o STJ pode seguir na aplicação retroativa do ANPP?* Disponível em: <<https://www.abracrim.adv.br/artigos/quais-caminhos-o-stj-pode-seguir-na-aplicacao-retroativa-do-anpp>>. Acesso em 15 jun. 2020 expõem que “Há duas soluções mais amplas: (tese A) irretroatividade e (tese B) retroatividade. Essa última, contudo, com diversas frentes: (B.1) retroação até o recebimento da denúncia; (B.2) retroação, desde que o réu não tenha sido sentenciado; (B.3) retroação, mesmo em grau recursal. Outra posição, favorável à retroatividade e com raio de incidência ainda maior, relaciona-se (tese C) aos casos já transitados em julgado”. Os autores argumentam que seria possível ampliar os efeitos da retroação também aos sentenciados definitivos, em especial a partir da consagração do princípio da isonomia. Esta tese, mais abrangente, estaria em consonância com as considerações do CNMP, quando propôs o regramento administrativo ao tema e referiu, em seu introito, que o ANPP auxiliaria a desafogar o abarrotado sistema prisional e impediria a estigmatização e a dessocialização que são decorrências de processos com sentenças condenatórias.

72 “Conforme entendimento desta Corte, é possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal” (STJ, RESP nº 636701, rel. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 13/12/2004). Neste mesmo sentido, Súmula 337 do STJ: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

Para o setor doutrinário que argumenta pela irretroatividade do ANPP, observa-se que o PL 882/19 contemplava o instituto do “acordo de não continuidade da persecução penal”, que seria inserido no art. 395-A do CPP. Porém, tal figura acabou afastada pelo substitutivo ao PL 10.372/18, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados. Deste modo, argumenta-se que a intenção do legislador foi distinguir as fases em que os institutos poderiam ser aplicados ⁷³.

11 A CONFISSÃO NO ANPP

A confissão extrajudicial necessária ao ANPP equipara-se à confissão em sede policial, de modo que, por não observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, deverá ser avaliada conforme os ditames do art. 155, *caput*, do CPP, ou seja, não poderá servir de fundamento exclusivo para fundamentar decisão judicial⁷⁴. Conforme Rogério Sanches Cunha, esta confissão representa uma admissão de culpa sem implicações jurídicas⁷⁵, de modo que não pode ser levada em conta em eventual sentença condenatória. Trata-se exclusivamente de pressuposto de existência e requisito de validade do acordo. A confissão deverá ser ratificada em audiência perante o juiz das garantias, com a presença de defesa técnica.

A lei refere-se à confissão formal e circunstanciada, isto é, uma narrativa completa e detalhada do crime e de todas as suas circunstâncias. Quem defende este requisito para firmar o ANPP alega que ela impediria o acordo por pessoas cujas provas não indicam sua participação na prática do delito, além de provocar um efeito psíquico de arrependimento e senso de responsabilidade e comprometimento. A confissão teria uma feição “protetiva” ao investigado, de modo a evitar a celebração de acordos sem provas e reforçar a confiança de que o acordo será cumprido⁷⁶.

73 Segundo o Enunciado nº 20 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), “cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

74 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades do Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 117 alertam que “não são provas, que o juiz possa utilizar para a formação de seu convencimento, as que foram produzidas em procedimentos administrativos prévios”.

75 CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: Lei n. 13.964/2019*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 129.

76 SOUZA, Renee do Ó Souza. Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de plea bargain. *Revista Consultor Jurídico*, 7 jan 2019, disponível em:

Sucedem que, pela garantia do *nemo tenetur se detegere*, materializada no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal e prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, §2º, g), o acusado não pode ser obrigado a autoincriminar-se e produzir, direta ou indiretamente, provas que levem à sua culpabilidade, justamente o que ocorre na confissão para fins de possibilitar o ANPP.

Isso suscita o questionamento acerca da própria constitucionalidade deste pressuposto de validade, já que no ANPP não se discute a culpa nem há exame de mérito, tampouco fala-se na imposição de uma pena decorrente de sentença penal condenatória. O único controle é sobre a voluntariedade, porém isso não garante que o investigado de fato inocente, que tenha praticado crime menos grave ou que esteja albergado por causas de justificação ou exculpação (caso de confissão qualificada⁷⁷), não esteja confessando apenas para evitar o risco de uma condenação criminal, gerando uma falsa confissão⁷⁸.

No sistema acusatório, vinculado ao Estado Democrático de Direito, o acusado não é objeto, e sim sujeito, do processo. Não se busca a verdade através da confissão, nem ela pode ser um instrumento de coação ou obtenção de arrependimento⁷⁹.

Lembremos que a confissão realizada fora do exercício da ação penal não observa o contraditório, de modo que não poderia projetar seus efeitos para fora do próprio acordo ou ser utilizada posteriormente como elemento de prova.

<<https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

77 A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que “a confissão, mesmo que qualificada, dá ensejo à incidência da atenuante prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal, quando utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação” (STJ, EREsp 1.416.247, relator ministro Ribeiro Dantas, julgado em 22 de junho de 2016, DJe 28 de junho de 2016). Portanto, uma vez que o CPP não faz ressalva expressa ao tipo de confissão, a princípio a confissão qualificada, que é admissível até mesmo para atenuar a pena criminal, será cabível para fins de ANPP.

78 Esta é justamente uma das críticas ao instituto do *plea bargain*, onde já se demonstrou empiricamente a existência de um número não desprezível de falsas confissões. SILVA, Juliana Ferreira da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 27, n. 318, mai. 2019, p. 8-11 informa que “Os dados do *Innocence Project* – Projeto fundado nos EUA, em 1992, por Peter Neufeld e Barry Scheck na Cardozo School of Law, dedicado à exoneração de condenações injustas e reforma do sistema de justiça criminal – demonstram que as falsas confissões estão presentes em aproximadamente um quarto dos casos de pessoas injustamente condenadas que tiveram suas condenações revogadas (KASSIN, 2008). Pode-se afirmar, portanto, que esse seja um fenômeno cujas proporções são ainda pouco conhecidas, mas que deva ser, dado ao que já se sabe, devidamente considerado enquanto importante elemento de risco de erros judiciários”.

79 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. I, 3ª Edição, Lumen Juris, p. 583.

12 PARTICIPAÇÃO DO DEFENSOR/ADVOGADO NO ANPP

A presença de defesa no ANPP é imprescindível para que o investigado não corra o risco de aceitar um acordo que lhe seja desfavorável⁸⁰. O advogado/defensor exerce a difícil tarefa de gestor de riscos, ao aconselhar seu cliente a enfrentar um processo, com seus custos e perigos, ou a aderir a um acordo com uma reprimenda certa e imediata.

A atuação defensiva em sede de ANPP pressupõe que o defensor trace estratégias e técnicas bem definidas e que conheça o seu adversário, do contrário isso poderá ocasionar um desequilíbrio entre as partes envolvidas no acordo⁸¹.

A possibilidade de investigação defensiva, hoje precariamente prevista no Provimento nº 188/2018 da OAB, seria medida salutar para garantir a paridade de armas⁸². De outro lado, a inexistência de um dever de *disclosure* por parte do MP (ao contrário do que ocorre na experiência norte-americana do *plea bargain*), inclusive relativamente às provas benéficas à defesa, pode tornar temerária a negociação do ANPP, na medida que propicia a prática de *bluffing*, que ocorre quando a acusação afirma ter mais elementos indiciários do que efetivamente tem⁸³.

Embora nas relações contratuais normais presuma-se que as partes atuem com boa-fé e lealdade, dentro de padrões éticos mínimos de comportamento, as relações entre as partes no processo penal são tradicionalmente marcadas por desconfianças mútuas.

Deste modo, aparenta existir um risco de que a nova realidade possa fazer com que pessoas celebrem acordos em situações nas quais a hipótese acusatória não seria viável. Até porque não há como garantir que, de fato, o Ministério Público tenha elementos suficientes de materialidade e autoria para ofertar uma denúncia e buscar seu provimento judicial com segurança. A prática do *overcharging*, muito

80 GEMAQUE, Silvio. *A possibilidade de devolução do termo circunstanciado para a realização de diligências complementares*. *Revista da Ajufe*, vol. I, 2000, p. 01-08.

81 ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 279-281.

82 DIAS, Gabriel Bulhões N. *Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. Florianópolis: EMais Editora, 2019.

83 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil? In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 370.

comum no Brasil, pode acabar forçando a aderência a acordos ante a ameaça de penas exageradas, injustas e desproporcionais.

13 CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DO ANPP

Os efeitos da rescisão em caso de descumprimento do ANPP não estão totalmente delimitados no CPP. Argumenta-se que, a exemplo da colaboração premiada, o rompimento do acordo invalidaria os indícios autoincriminatórios produzidos, que não poderiam ser utilizados em desfavor do investigado como provas. Por outro lado, ao aceitar as condições do acordo, mediante homologação judicial que atesta publicamente a voluntariedade e o livre consentimento das partes, o investigado assumiria sua responsabilidade pela prática do delito, ciente dos efeitos processuais em caso de descumprimento.

De toda sorte, não se poderia admitir tal ruptura sem possibilitar o contraditório⁸⁴, haja vista que no ANPP, assim como em qualquer outro negócio jurídico, presume-se a boa-fé das partes (art. 113 do Código Civil).

14 CONCLUSÕES

A partir das discussões propostas no presente estudo, podem-se esboçar algumas hipóteses ou conclusões preliminares, dada a novidade do instituto. Vejamos.

1) Pela garantia do *nemo tenetur se detegere*, materializada no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal e previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, §2º, g), o investigado/acusado não pode ser obrigado a autoincriminar-se e produzir, direta ou indiretamente, provas que levem à sua culpabilidade.

2) A necessidade e suficiência para a “reprovação” e “prevenção” do delito são questões relacionadas à pena, de acordo com o art. 59 do CP, de modo que sua apreciação está restrita à reserva de jurisdição. Apenas os critérios legais objetivos poderão prever hipóteses de restrição ao ANPP.

3) A inexistência de um dever de *disclosure* por parte do MP, inclusive relativamente às provas benéficas à defesa, pode tornar temerária a negociação do

84 CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração Premiada: Lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 94.

ANPP, na medida que propicia a prática de *bluffing*, que ocorre quando a acusação afirma ter mais elementos indiciários do que efetivamente tem.

4) A possibilidade de investigação defensiva, hoje precariamente prevista no Provimento nº 188/2018 da OAB, seria medida salutar de forma a garantir a paridade de armas.

5) As únicas vedações legais ao ANPP estão expressas no §2º do art. 28-A do CPP, de modo que a negativa de firmar o acordo passa a exigir fundamentação concreta dos motivos pelos quais naquele caso o ANPP não é “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, até mesmo para viabilizar o pedido de reconsideração na instância recursal interna (art. 28-A, §14, do CPP).

6) As cláusulas do ANPP deverão prever quais os limites do seu uso.

7) O investigado tem direito a pleitear a adesão ao acordo, assumindo a responsabilidade pelo fato, para fins de não se submeter ao risco do processo, devendo ser priorizada a autonomia de vontade das partes, desde que observados os parâmetros legais, convencionais e constitucionais.

8) A confissão extrajudicial necessária ao ANPP equipara-se à confissão em sede policial, de modo que, por não observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, só poderá ser avaliada conforme os ditames do art. 155, *caput*, do CPP, ou seja, não servirá de fundamento exclusivo para fundamentar decisão judicial. 8.1) O uso da confissão em outras esferas deverá estar claramente definido no ANPP, para não surpreender a Defesa, do contrário deve-se pressupor que seus efeitos se restringem ao próprio acordo.

9) O rompimento do ANPP, judicialmente rescindido após o contraditório, invalida os indícios autoincriminatórios produzidos, que devem ser destruídos, mantendo-se apenas o registro de que houve esta rescisão para os efeitos cabíveis. 9.1) A confissão extrajudicial feita em sede de ANPP, posteriormente rescindido, não pode ser aproveitada para nenhum fim, exceto se estiver previsto como condição do acordo que, em caso de rescisão, a confissão poderá ser utilizada em desfavor do investigado, de forma que tenha clareza quanto a este aspecto quando da adesão.

10) Os limites à imposição de condições atípicas indicadas pelo Ministério Público no ANPP devem ser aferidos pelo juiz, a partir de critérios objetivos de proporcionalidade no caso concreto e jamais desrespeitar os limites legais, convencionais e constitucionais.

11) O Ministério Público exorbita suas funções constitucionais ao criar vedações extralegais à aplicação do ANPP, pois esta matéria é de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, da CF).

12) Dada a inexistência de previsão legal objetiva do que vem a ser uma conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, tais figuras não podem impedir a celebração de ANPP. A vedação deve restringir-se à reincidência (que tem seu conceito legal delimitado), critério que, por si só, já é questionável, pois configura um retorno ao direito penal do autor, punindo o investigado por sua vida passada, e não pela prática de um determinado delito, matéria esta que só teria alguma legitimidade na dosimetria de eventual pena. De todo modo, pelo princípio da presunção de inocência, investigações e processos em curso, sem trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não poderão, em hipótese alguma, servir para preencher os conceitos de habitualidade, reiteração e profissionalismo.

13) A insignificância das condutas previamente praticadas pelo investigado depende de reconhecimento judicial, de acordo com os parâmetros jurisprudenciais fixados pelo STF para sua aplicação. Contudo, nada impede que o membro do Ministério Público, em interpretação sempre favorável ao investigado, entenda, no caso concreto, que as infrações anteriores são “insignificantes” a partir de critérios objetivos de proporcionalidade, não tornando insuficiente à reprovação e prevenção do crime a celebração de ANPP.

14) A vedação legal refere-se apenas “ao agressor” em caso de violência doméstica ou crime contra a mulher, em razão da condição do sexo feminino, de modo que não se pode ampliar a previsão legal, sob pena de interpretação extensiva desfavorável ao investigado.

15) A rescisão do ANPP só pode ocorrer perante o juízo que originalmente homologou o acordo; o juízo da execução é competente apenas para fiscalização do seu cumprimento.

16) O juiz que homologa o acordo, posteriormente rescindido, fica contaminado para decidir sobre o recebimento da acusação formal.

15 REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. Justiça Consensual e Plea Bargaining. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Franciso Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP*

com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2 ed, ver. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 217-237.

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, dez. 2017.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. 2 ed. Madri: Civistas, 2018, p. 470

BARROS, Francisco Dirceu de. *Acordo de não persecução penal: Teoria e prática*. Leme/SP: JHMizuno, 2019.

BINDER, Alberto. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BITTAR, Walter Barbosa. O encerramento do procedimento administrativo e a questão da punibilidade da tentativa nos crimes contra a ordem tributária. *Jornal de ciências criminais*, São Paulo, vol. 1, n. 1, jul-dez.2018, p. 59-70.

BRITO, Alexis Couto; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antonio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BVerfG, 2 ByR 2628/10, ByR 2883/10 und ByR 2155/11, vom 19/03/2013. Berlim: Bundes-Verfassungs-Gericht, 2013a. Disponível em: <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2013/bvg13-017.html>>. Acesso em 11 jun. 2020.

CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. Um Panorama sobre o Acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 21-47.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil? In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração Premiada: Lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, Fabris, 2002.

CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2015.

CONJUR. *Crime sem violência*: Diplo homologa primeiro acordo de não persecução penal de São Paulo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-07/dipo-homologa-primeiro-acordo-nao-persecucao-penal-sp>>. Acesso em 15 jun. 2020.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CPP, CPP e LEP*. Salvador: ed. Juspodvm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*: Lei n. 13.964/2019. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de Admissão de Culpa no Processo Penal*. Salvador: Ed. Podivm, 2019.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. *Quais caminhos o STJ pode seguir na aplicação retroativa do ANPP?* Disponível em: <<https://www.abracrim.adv.br/artigos/quais-caminhos-o-stj-pode-seguir-na-aplicacao-retroativa-do-anpp>>. Acesso em 15 jun. 2020

DIAS, Gabriel Bulhões N. *Manual Prático de Investigação Defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. Florianópolis: EMais Editora, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Application no. 9043/05*: Amiran NATSVLISHVILI and Rusudan TOGONIDZE against Georgia. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-122692%22%5D%7D>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GEMAQUE, Silvio. *A possibilidade de devolução do termo circunstanciado para a realização de diligências complementares*. *Revista da Ajufe*, vol. I, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais*: Lei 9.099/95. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.) *Plea Bargaining*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2019.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Niterói: Impetus, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. all. *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 5 ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades do Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JOSITA, Higyna; LOPES JR., Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Revista Consultor Jurídico*. 6 mar. 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/glJK9>>. Acesso em 16 jun. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. I, 3ª Edição, Lumen Juris.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
MARTINELLI, João Paulo; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal: lições fundamentais, parte geral*. 5 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei n. 13.964/2019*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Tássia Louise. O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Boletim ESMPU*, Brasília, a. 16, n. 49, jan./jun. 2017.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

SAMPAIO, Karla da Costa; LIMA, Camile Eltz. ANPP comprova a evolução no sistema jurídico penal brasileiro. *Revista Consultor Jurídico*. 16 jun. 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/3XBjn>>. Acesso em 16 jun. 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global. In: *Obras*. Tomo II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Juliana Ferreira da. O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 27, n. 318, mai. 2019, p. 8-11.

SOARES JR., Antonio Coêlho. As regras de Tóquio e as medidas não privativas de liberdade no Brasil e na Itália: breves considerações. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<https://bit.ly/3d0AsMU>>. Acesso em: 1 jun. 2020.

SOUZA, Renee do Ó Souza. Acordo de não persecução penal: o papel da confissão e a inexistência de plea bargain. *Revista Consultor Jurídico*, 7 jan 2019, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain>>. Acesso em: 16 jun. 2020.

SOUZA, Renee do Ó. O acordo de não-persecução penal nos crimes funcionais. *Conjur*, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-12/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-crimes-funcionais#_ftn1>. Acesso em 13 jun. 2020.

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A Legalidade do Acordo de Não Persecução Penal: Uma Opção Legítima de Política Criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Franciso Dirceu;

SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2 ed, ver. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

STF, ADC 12, Relator(a): Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237, DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-01 PP-00011 RT V. 99, N. 893, 2010, P. 133-149.

STF, HC 136053, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgado em 07/08/2018, Processo Eletrônico Dje-201 Divulg 21-09-2018 Public 24-09-2018.

STF, HC 84412, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00029 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963.

STF, MS 27621, Relator(a): Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2011, Acórdão Eletrônico DJe-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012.

STJ, AgRg no AREsp n. 607.902/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 17/2/2016.

STJ, EAREsp 221.999/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015.

STJ, EREsp 1.416.247, relator ministro Ribeiro Dantas, julgado em 22 de junho de 2016, DJe 28 de junho de 2016.

STJ, HC 224.792/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013.

STJ, REsp 123169, Relator: Felix Fischer, 5ª turma, DJe: 08/09/97.

STJ, RESP nº 636701, rel. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 13/12/2004.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público*. Brasília: Fundação Escola, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRF-4, ACR:5004135-89.2018.4.04.7016, Rel. João Pedro Gebran Neto, 8ª Turma, DJ 13/05/2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, ano 25, nº. 299, out. 2017, p. 7-9.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça negociada: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VENTINHAS, António. Legalidade e oportunidade: uma questão de confiança. Lisboa, *Sábado*, disponível em: <<https://bityli.com/nbQXs>>. Acesso em 13 jun. 2020.

ZUNINO NETO, Nelson. Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=641>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

COMPETÊNCIA PARA EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA A PARTIR DA LEI 13.964/19

COMPETENCE FOR THE EXECUTION OF THE FINE PENALTY UNDER LAW 13.964/19

Cezar Roberto Bitencourt¹

RESUMO

Uma revisão das alterações na aplicação da pena de multa. A nova competência para a execução da pena de multa. A prescrição da pena de multa.

ABSTRACT

A revision of the alterations in the application of fine penalty. The new competence to execute the fine penalty. The prescription of the fine penalty.

SUMÁRIO: 1 A superação da interpretação equivocada sobre competência para a execução da pena de multa a partir da lei n. 9.268/96. 2 Dosimetria da pena de multa. 3 Sistema trifásico da aplicação da pena de multa, a partir da Lei 13.964/19. 3.1 As três fases do cálculo da pena de multa. 4 Fase executória da pena pecuniária. 4.1 Pagamento da multa. 4.2 Formas de pagamento da pena de multa. 4.3 Conversão da multa na versão da Reforma Penal de 1984. 4.4 Destinação do resultado da multa penal. 5 Prescrição da pena de multa e a inercia estatal. 6 Referências.

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 tem o mérito de, pelo menos, afastar a dificuldade interpretativa de grande parte da doutrina e da jurisprudência sobre a *competência para a execução da pena de multa*, ao definir, expressamente, que é do juiz da vara de execução penal. Na nossa concepção, sempre foi do *juízo da execução penal* e da atribuição do correspondente representante do Ministério Público com atribuição naquela vara criminal², mas esse nosso entendimento sempre foi *amplamente* minoritário. Agora, com o texto da lei 13.964/19, não resta mais qualquer dúvida sobre essa competência e respectiva atribuição do *Parquet*.

1 Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha, Professor Universitário, advogado criminalista com sede em Brasília, autor de 33 livros de Direito Penal.

2 Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 26ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2.020, p. 801.

1 A SUPERAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA SOBRE COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO DA PENA DE MULTA A PARTIR DA LEI N. 9.268/96

Sustentamos, desde sempre, que a Lei nº 9.268/96 não alterou a competência para a execução da pena de multa como previa a Reforma Penal de 1984, ao contrário do que passaram a sustentar, a nosso juízo equivocadamente, doutrina e jurisprudência nacionais. O processo executório da pena de multa, inclusive para esse diploma legal, continuou sendo regulado pelos arts. 164 e 169 da LEP, que, propositalmente, não foram revogados por referido diploma legal. Sempre defendemos que

A competência, portanto, para a execução da pena de multa continuou sendo do Juiz das Execuções Criminais, bem como a legitimidade para a sua promoção continua sendo do Ministério Público correspondente. Assim, todas as questões suscitadas na execução da multa penal, como, por exemplo, o quantum da execução ou causas interruptivas ou suspensivas, eventualmente suscitadas em embargos de execução, não serão da competência do juízo cível. Referida lei, além de não fazer qualquer referência sobre a execução da pena de multa, deixou vigentes os dispositivos penais relativos à sua execução³

Nesse sentido, orientou-se o STF, ao decidir na AP470, que a competência para a execução da penal multa é do Ministério Público criminal, que tem a obrigação funcional de acompanhar a sua execução da pena, segundo o voto do Ministro Luiz Roberto Barroso⁴.

A redação do art. 51 do Código Penal, definida pela Lei n. 9.268/96, passou a ser a seguinte: *“transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas de interruptivas e suspensivas da prescrição”*. O fundamento político-legislativo da definição da pena de multa como dívida de valor objetivou, somente, justificar a *inconvertibilidade da pena de multa* não paga em prisão, e, ao mesmo tempo, satisfazer os hermeneutas civis, segundo os quais, “dívida de valor” pode ser atualizada monetariamente.

A edição da Lei n. 9.2668/96, que definiu a condenação criminal como “dívida de valor”, acabou sendo objeto de *grande desinteligência* na doutrina e

3 Essa definição sempre constou em todas as edições de nosso *Tratado de Direito Penal*, cujo volume 1º, já se encontra na 26ª edição (2.020), bem como em nosso “Falência da pena de prisão”, 5ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2017.

4 Barroso, Luiz Roberto, Ação Penal 470, com voto condutor da referida decisão.

jurisprudência nacionais, particularmente sobre a competência para a execução da pena de multa e sua natureza jurídica. A corrente, maciçamente majoritária, passou a entender que a competência passava a ser das varas da *Fazenda Pública*, além de a condenação dever ser lançada em *dívida ativa*. Outra corrente, humilhanteramente minoritária, à qual nos filiamos, entende que nada mudou: a *competência* continua com a vara das execuções criminais e a condenação à pena de multa mantém sua *natureza* de sanção criminal, além de ser juridicamente *impossível inscrever em dívida ativa uma sentença penal condenatória*. Ademais, aquela redação do dispositivo citado não falava em “inscrição na dívida ativa da Fazenda Pública”. Ao contrário, limitava-se a referir que são aplicáveis “as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

Definir, juridicamente, nome, título, ou espécie da obrigação do condenado não altera, por si só, a *natureza jurídica de sua obrigação*, ou melhor, da sua condenação. A mudança do rótulo não altera a essência da substância! Na verdade, a natureza jurídica da pena de multa criminal não sofreu qualquer alteração com a terminologia utilizada pela Lei n. 9.268/96, considerando-a “dívida de valor”, após o trânsito em julgado. *Dívida de valor* ou não a pena de multa (ou pena pecuniária) continua sendo uma sanção criminal. Não se pode esquecer que a sanção criminal – seja de natureza pecuniária ou não – é a *consequência jurídica do crime* e, como tal, está restringida pelos *princípios limitadores do direito repressivo penal*, dentre os quais destacam-se os *princípios da legalidade* e da *personalidade da pena*. Pelo princípio da *personalidade da pena* – aliás, a grande característica diferenciadora da pena criminal pecuniária das demais penas pecuniárias -, ao contrário do que se chegou a afirmar, por alguns intérpretes - pouco afeitos à teoria geral do delito - herdeiros e sucessões não respondem por essa sanção. Ademais, não se pode esquecer que a *morte do agente* é a primeira *causa extintiva de punibilidade* (art. 107, I, do CP).

A rigor, como no passado as condenações a penas de multas eram, normalmente, irrisórias, especialmente para os crimes comuns do Código Penal, levaram o Ministério Público a repelir a função que lhe cabia de exercer execução da pena de multa, como determina a LEP, impondo que a Fazenda Pública assumisse tal ônus. Ademais, o procedimento adotado pela Lei de Execução Penal (arts. 164 a 1969) era mais trabalhosa e, ao mesmo tempo mais democrática, na medida em que

possibilita ao condenado executado defender-se, em juízo, sobre as exigências formas desejadas pela acusação. Contudo, a nova era dos “crimes contra o colarinho braço”, possibilitando cifras estratosféricas, despertou o interesse do *Parquet*, possibilitando, inclusive que alguns tenham dado destinação equivocada aos seus resultados.

Inúmeras questões de ordem sistemática impedem que se admita a possibilidade de inscrição em dívida ativa da pena de multa transitada em julgado como se defendia, de um lado e, de outro lado, que a competência para a sua execução fosse transferida para as varas da Fazenda Pública, como já sustentávamos no passado (há 25 anos). Afinal, qual seria a vantagem ou finalidade de *inscrição em dívida ativa* da pena de multa? Por que, por exemplo, se inscreve em dívida ativa os créditos tributários? Simplesmente porque só se pode executar, judicialmente, a cobrança de algum crédito mediante a execução de um título judicial ou extrajudicial, v. g., títulos de crédito.

Ora, certidão de inscrição em dívida ativa é o título de crédito que permite ao Poder Público executar judicialmente os créditos tributários, caso contrário teria que ter um título judicial, isto é, uma sentença condenatória, com tudo o que demanda um processo de conhecimento. Portanto, não havia nenhum sentido em inscrever em *dívida ativa* a pena de multa, que já é resultado de uma decisão judicial, portanto, á é um título judicial, e transformá-la em título extrajudicial, seria prejudicial, além de dispendiosos e perda de tempo, ficaria mais sujeito a impugnações etc.

Sem falar-se que a autoridade competente para inscrever créditos públicos em dívida ativa é o Procurador da Fazenda Nacional, o qual, consultado para tanto, respondeu que não pode inscrever em dívida ativa a multa penal, porque não faz parte do rol *numerus clausus* dos créditos passíveis de serem inscritos em dívida ativa. Aliás, sua inscrição em dívida ativa seria uma absoluta inutilidade, menos mal que referida inscrição é juridicamente impossível!

Enfim, a Lei n° 9.268/96 *não revogou o art. 49* do Código Penal, que continuou em pleno vigor. Aliás, reforçando a previsão desse dispositivo, a *Lei Complementar n. 79/94*, que criou o *Fundo Penitenciário Nacional*, prevê como uma de suas receitas a pena de multa (art. 2º, V). O fato de a multa penal passar a ser considerada *dívida de valor, repetindo*, além de não alterar a natureza jurídica dessa sanção penal, como já afirmamos, também não pode alterar a sua destinação final,

qual seja, o *Fundo Penitenciário Nacional*. A execução de sanções criminais – privativas de liberdade, restritivas de direitos ou multas – é competência exclusiva do juízo criminal!

Finalmente, a previsão da Lei 13.964/19 deu a seguinte redação ao art. 51 do CP, *verbis*: “Art. 51. Transitada em julgado sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.”.

Enfim, passa reinar tranquilidade e harmonia na interpretação do texto legal e da competência para a execução da pena de multa que, à luz da legislação brasileira sempre foi do *Juiz da execução Penal* e atribuição do *Parquet* vinculado à referida vara.⁵ A execução ou “cobrança” da pena de multa integra a *persecução penal*, cujo único órgão do Estado com “competência” para exercitá-la é o Ministério Público com assento no *juízo criminal*. Com efeito, o Processo de Execução Penal é o instrumento legal que o Estado pode utilizar, coercitivamente, para tornar efetivo o conteúdo decisório de uma sentença penal condenatória. Contudo, a despeito da vigência da nova lei, alguns doutrinadores ainda resistem a admitir que, realmente, a competência, corretamente, para a execução da pena multa criminal é da vara das execuções penais. Nesse sentido, por todos, o douto Prof. Rogerio Sanches, um dos mais prestigiados deste país, insiste em sentido contrário, destacando o seguinte: “O Tribunal decidiu, efetivamente, sobre a pena de multa, o que, com a devida vênia, não nos parece adequado, pois desvirtua o propósito da Lei 9.268/96, que, como vimos, modificou o tratamento conferido à pena de multa ao vedar sua conversão em privativa de liberdade no caso de não pagamento”⁶.

2 DOSIMETRIA DA PENA DE MULTA — SISTEMA TRIFÁSICO ADOTADO PELA REFORMA PENAL DE 1984

Há um grande equívoco no entendimento que sustenta a aplicabilidade do tradicional *sistema trifásico* do cálculo de pena assegurado no art. 68 do Código Penal, o qual seguiu a orientação resultante do conhecido debate de Roberto Lyra (bifásico) e Néelson Hungria (trifásico), vencido por este. A rigor, a Reforma Penal de

⁵ Cunha, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal, 8ª ed., Salvador, Ed. Jus PODIVM, 2020, P. 94/95.

⁶ Cunha, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal ...* p. 595/6.

1984 adotou o “sistema dias-multa”, por isso, mudou toda a sistemática relativamente à pena de multa, desvinculando-a, por completo, da pena privativa de liberdade, e em especial da gravidade do crime e dos próprios tipos penais, vinculando-a expressamente à situação econômico-financeira do infrator.

Nesse sentido é a previsão constante dos arts. 49, 58 e 60, todos do Código Penal, os quais deixam claros os limites da pena de multa, destacando, inclusive, que na sua aplicação “o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu” (art. 60). Logo, há completa desvinculação da gravidade do crime e das penas a ele cominadas. Ademais, estabelece seus próprios critérios, os quais denomina de *especiais*, para a fixação da pena de multa, nos termos do art. 60 do CP, alheios, portanto, aos critérios estabelecidos no art. 68. Aliás, adota, como veremos adiante, o seu próprio sistema *trifásico* de aplicar a pena de multa.

Esses aspectos resultam cristalinos, inclusive quando autoriza o pagamento da multa, até mesmo *com desconto em folha*, nos seguintes termos: “O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família” (art. 50, §§ 1º e 2º). Nessa linha, calha ressaltar que *as agravantes e as causas de aumentos da pena de prisão referem-se somente à gravidade do crime e não à situação econômico-financeira do infrator*, que é prioritária para aplicação da pena de multa, segundo a dicção do *caput* do art. 60 do Código Penal. Por isso, essas *causas modificadoras da pena* (gravidade do crime, circunstâncias judiciais, legais e causas de aumento ou diminuição) não podem e não devem ser consideradas individualmente na dosimetria da pena de multa, exatamente porque o *sistema de seu cálculo* é absolutamente distinto, como demonstraremos abaixo.

Enfim, constata-se que o *sistema dias-multa* tem sua própria *metodologia de aplicação de penas* (diversa daquela descrita no art. 68 do CP), a qual deve ser operacionalizada em duas ou três fases, dependendo das circunstâncias casuísticas, como demonstramos acima. Inegavelmente, os fundamentos e os elementos a serem utilizados na *dosimetria da pena de multa* são absolutamente diversos daqueles adotados no cálculo da pena privativa de liberdade, sintetizados no art. 68 do Código Penal, tanto que para a pena de multa não existe sequer a denominada “pena-base” sobre a qual as demais *causas modificadoras da pena*, relacionadas no art. 68, incidiriam. Ora, se não existe sequer a pena-base, tampouco poderá haver pena provisória ou definitiva. Essa linguagem não existe para a pena de multa dentro do sistema dias-multa consagrado pela Reforma Penal

de 1984. Na verdade, a pena de multa tem seu próprio *sistema trifásico de aplicação da pena de multa*, distinto daquele previsto no art. 68 para a pena de prisão, com outros parâmetros, com outros fundamentos e outros critérios, como demonstraremos no tópico seguinte.

3 SISTEMA TRIFÁSICO DA APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA, A PARTIR DA LEI 13.964/19

Não se pode ignorar o verdadeiro sentido da adoção, pela Reforma Penal de 1984, do *sistema dias-multa*, que não se resume a simples previsão do *dia multa*, mas na adoção do seu próprio *sistema de aplicação da pena de multa*⁷ previsto nos arts. 49 e 60, e seus respectivos parágrafos, o qual leva em consideração, prioritariamente, a condição financeira do infrator, e não, repetindo, a gravidade da infração penal. De notar-se que, ao contrário da filosofia do Código Penal de 1940, os tipos penais não estabelecem mais, ao lado da pena de prisão, a quantidade mínima e máxima da pena de multa, mas tão somente se lhe é aplicável esta pena ou não. Essa é outra grande demonstração da desvinculação da pena de multa da gravidade do crime e de sua metodologia de aplicação de pena (68), caso contrário, continuaria com a previsão em cada tipo penal dos limites mínimo e máximo da pena de multa.

Com efeito, a criação de uma seção exclusiva, a III (arts. 49 a 52, acrescida dos artigos 58 e 60), para a cominação e aplicação da pena de multa, tem sido, equivocadamente, desprezada pela orientação que sustenta a aplicabilidade do *sistema trifásico tradicional* (art. 68) também na aplicação da pena de multa. Na realidade, a interpretação deve ser feita do conjunto de todo o Código Penal, e não individualmente deste ou daquele dispositivo legal, para não se perder a grande harmonia que esse diploma penal consagra.

Nesse sentido, vejamos como restou definida a aplicação das respectivas sanções penais, quais sejam, da pena de privativa de liberdade e da pena de multa. Dispõe o art. 53 que “*as penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime*”. Por sua vez, o art. 58 determina que “*a multa, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites*

⁷ No mesmo sentido, ver nosso *Código Penal Comentado*, 10ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2.020, p. 241.

fixados no art. 49 e seus parágrafos deste Código”, adotando-se, portanto, critérios diferentes para dimensionar as penas aplicáveis às infrações penais que tipifica. Essa distinção é complementada pelo art. 60, segundo o qual, “na fixação da pena de multa o juiz deve atender, *principalmente*, à situação econômica do réu”, mas o referido dispositivo não faz nenhuma referência à gravidade do crime ou suas consequências!

Essa disposição legal sobre a pena de multa não representa somente uma previsão programática, mas se trata de *norma imperativa orientadora da política de aplicação da pena de multa*, considerando prioritária a *situação econômica do denunciado*, ao contrário da pena de prisão, cujo fundamento básico é a gravidade do crime e a culpabilidade do agente. Toda essa sistemática, criteriosamente disciplinada pelo legislador, para a aplicação da pena de multa, não pode ser ignorada pelo intérprete-aplicador, mesmo na tentativa de dar-lhe atendimento similar, pois contraria diretamente a disciplina diferenciada que atribuiu a cada uma das duas espécies de penas que então cominara aos crimes que tipificou.

Com efeito, o Código Penal ao cominar a *pena de multa*, agora com caráter afliitivo, considerou *dois aspectos* absolutamente distintos: (i) *a renda média* que o condenado auferir em um dia, de um lado, e (ii) *a gravidade do crime* e a *culpabilidade* do agente, de outro lado, priorizando, contudo, aquela. Para que se possa aplicar a *pena de multa*, com equidade, entendemos que o seu cálculo, de regra, deve ser feito em *duas fases*, ou seja, em duas operações, e, excepcionalmente, em *três fases*, aliás, semelhante à pena de prisão, cuja *terceira fase* somente ocorrerá se houver causas de aumento ou de diminuição de pena.

Na pena de multa, por sua vez, somente haverá a terceira fase, se o valor da *multa* resultante da segunda fase, for considerada *insuficiente* em razão das condições sócio-econômicas do infrator, sem qualquer relação com a gravidade do crime. Pois nisso reside o *sistema trifásico da aplicação da pena de multa*, devendo-se adotar os seus próprios critérios. Repetindo, na *primeira fase* deve ser encontrada a quantidade de dias-multa (art. 49, *caput*); na *segunda fase* deverá ser encontrado o *valor do dia-multa* (§ 1º do artigo 49), por fim, na *terceira fase* – se for necessária – o julgador poderá elevar o valor do *dia-multa* até o triplo (§ 1º do art. 60), dependendo da condição econômico-financeira do condenado.

3.1 As três fases do cálculo da pena de multa

Assim, destacamos *as três fases* de aplicação da pena de multa, no sistema dias-multa adotado pela Reforma Penal de 1984, devendo-se destacar que não foi apenas uma mudança do sistema antigo pelo *dia-multa*, mas, a rigor, a adoção de um novo sistema, o denominado sistema dias-multa, com sua própria metodologia de aplicação e dosimetria da pena de multa. Vejamos, a seguir, cada uma dessas três fases do cálculo (dosimetria) da pena de multa.

Primeira fase: estabelece-se o *número de dias-multa* dentro do limite estabelecido de 10 a 360 dias-multa (art. 49). Na escolha desse número deve-se levar em conta a gravidade do crime, em respeito ao *princípio da proporcionalidade*, visto que não há mais a cominação individual para cada crime, como ocorria no sistema anterior. Deve-se, por outro lado, considerar ainda a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como todas as circunstâncias legais, inclusive as majorantes e minorantes, nessa fixação.

Nesse aspecto, a aplicação da pena de *multa* diferencia-se da pena de prisão. Aqui, o critério para a pena de multa é outro. Nesse sentido, também é o magistério de dois grandes doutrinadores, especialistas em matéria de aplicação de pena, quais sejam, Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Salomão Shecaira, os quais, como nós, sustentam que para encontrar adequadamente a quantidade de dias-multa aplicável, o julgador deve considerar nessa primeira fase as agravantes e atenuantes, bem como as causas especiais de aumento e diminuição da pena, ao lado das circunstâncias judiciais.

Ou seja, nessa *primeira fase*, examina-se as circunstâncias judiciais do art. 59, as agravantes e atenuantes (da 2ª fase da pena de prisão), bem como as majorantes e minorantes, se existirem (que seriam da 3ª fase da pena de prisão). Tudo somente para encontrar a *quantidade de dias-multa*, entre 10 e 360 previstos no *caput* do art. 49 do CP. Imaginemos, nesta primeira fase, em um *cálculo hipotético*, um crime de corrupção ativa praticado por um rico empresário, ou seja, com grande capacidade de pagamento. Pela gravidade do crime e demais circunstâncias etc., podemos aplicar *cem dias-multa*, hipoteticamente, falando.

Segunda fase: nesta *fase* do cálculo da pena de multa deverá ser encontrado o *valor* de cada dia-multa, e, nessa oportunidade, o julgador valorará somente as

condições econômico-financeiras do sentenciado, dando-lhes especial importância, segundo determinação do *caput* art. 60. Com efeito, aqui, nesta fase não se deverão valorar *circunstâncias judiciais, agravantes e causas de aumento*, pois elas já foram consideradas, na primeira fase, para fixar a *quantidade* de dias-multa a ser aplicada em eventual sentença condenatória. Merece destaque aqui, que todos os aspectos que se referem ao crime propriamente, gravidade, circunstâncias, inclusive quanto ao infrator, já foram considerados na primeira fase, ou seja, na fixação da quantidade de dias-multa.

Assim, de posse da quantidade de *dias-multa* obtido na *primeira fase*, examinando os dados acima mencionados, passa-se, nesta *segunda fase*, ao exame dos aspectos necessários para fixar o *valor de cada dia-multa*, nos limites estabelecidos no § 1º do art. 49, já referido. Enfim, para a fixação do *valor* do dia-multa, leva-se em consideração, tão somente, a *situação econômica* do acusado e sua capacidade de pagamento, pois a gravidade do crime e a culpabilidade do agente e demais circunstâncias já foram valoradas na primeira operação (primeira fase) para fixar a quantidade de dias-multa.

Para a verificação da *real situação financeira* do apenado, especialmente o quanto ganha por dia, o magistrado poderá determinar diligências para apurar com mais segurança a verdadeira situação do infrator, para se evitar a aplicação de pena exorbitante, algumas vezes (para o pobre), e irrisória e desprezível, outras vezes (para o rico). Dessa forma, atende-se à previsão do ordenamento jurídico-penal, que determina que se leve em conta, *principalmente*, e não *exclusivamente*, a situação econômica do acusado.

Assim, no caso hipotético que imaginamos na primeira fase, empresário rico e corruptor, pode-se, em tese, examinando bem a situação econômica e a proporcionalidade, aplicar-se o valor máximo do dia-multa, prevista em cinco salários mínimos, consoante disposto no § 1º do 49 do CP. Dessa forma, nessas duas fases chegou-se a quinhentos salários mínimos, que atinge, nas circunstâncias imaginadas, um bom valor, ou seja, mais de 500 mil reais.

Não havendo, contudo, elementos probatórios necessários, nos autos, para permitir que a fixação do valor do dia-multa se afaste do mínimo legal, qual, seja, um trigésimo do salário mínimo,, como prevê o Código Penal, essa pena deverá ser fixada no mínimo legal, ou próximo do seu valor mínimo, dependendo das condições do acusado.

Terceira fase: finalmente, esta fase somente poderá ocorrer quando, por exemplo, mesmo aplicando o valor do dia-multa no máximo previsto (cinco salários mínimos), o juiz constate que, em virtude da situação econômica do acusado, ela não seja suficiente para puni-lo adequadamente. Nesses casos, poderá elevá-la até o triplo (art. 60, § 1º, do CP), ajustando-a ao fato e ao agente. Observa-se, no entanto, que existem algumas leis extravagantes cominam a penas mais elevadas, mesmo violando as previsões do Código Penal e, nesses casos, deve-se atendê-las, ante o princípio da especialidade (art. 12 do CP).

Continuando no cálculo da pena de *dias-multa* que imaginamos, na primeira e segunda fases, aqui, considerando que foi aplicado *cem dias multa*, e, na segunda fase, foi fixado o valor de cinco salários mínimos o *dia multa*, mas como se trata de rico empresário e a necessidade de maior valor do dia-multa, em consideração ao poder econômico-financeiro do acusado, e também respeitando o *princípio da proporcionalidade*, pode-se elevar o valor do dia-multa até o triplo, aplicando no limite máximo permitido da pena imaginada, pois, na hipótese imaginada, referida multa atingiria o valor de 1.500 (mil e quinhentos) salários mínimos, que convenhamos, trata-se de um valor bem elevado, que ultrapassa a um milhão e meio de reais. Não é multa para qualquer cidadão, não. Mas, lembrando que se poderia, por exemplo, aumentar somente em 20%, por exemplo, ou até metade, ou dobrá-la, quando as circunstâncias econômico-financeiras do condenado recomendarem, a critério do julgador. Elevar até o triplo representa a possibilidade do valor máximo da pena de multa aplicável.

Aliás, aplicando-se o máximo de dias-multa possível (360), bem como o valor máximo do *dias-multa*, que é de cinco salários mínimos, e na hipótese de elevação a até o triplo (§ 1º do art. 60), ou seja, pode-se chegar até a 5.400 salários mínimos de multa). Observa-se, por outro lado, que existem algumas leis extravagantes que cominam penas mais elevadas, mesmo violando as normas gerais do CP, contudo, deve-se atendê-las, ante o *princípio da especialidade*, ressalvada no art. 12 deste Código.

Nesta terceira fase, é bom que se destaque, não há nenhum fundamento legal para se acrescer dias-multa na sanção imposta, portanto, relativamente a quantidade de dias-multa não se pode alterar, por falta de previsão legal. A quantidade de dias-multa, repetindo, somente pode ser fixada na primeira fase da dosimetria penal, fundamentando-se, sempre, nas circunstâncias judiciais, nas

circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) e nas majorantes e minorantes, nos limites previstos no *caput* do art. 49, como já demonstramos, não podendo ultrapassar o limite máximo de 360 dias.

4 FASE EXECUTÓRIA DA PENA PECUNIÁRIA

4.1 Pagamento da multa

Na análise dessa questão faz-se necessário conciliar dois diplomas legais: o Código Penal e a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), os quais, embora elaborados e revisados pelas mesmas comissões, apresentam algumas discrepâncias, como veremos a seguir. O Código Penal (art. 50) determina que a multa deve ser paga dentro de 10 dias depois de transitada em julgado a sentença. No entanto, a Lei de Execução Penal determina que o Ministério Público, de posse da certidão da sentença penal condenatória, deverá requerer a citação do condenado para, no prazo de 10 dias, pagar o valor da multa, ou nomear bens à penhora (art. 164). Dessa discrepância entre os dois dispositivos, que regulam diferentemente a mesma matéria, extraem-se algumas consequências ou interpretações. Afinal, quando se inicia efetivamente o prazo para o pagamento da multa: a partir da data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como determina o Código Penal, ou a partir da citação para pagar ou nomear bens à penhora, como determina a Lei de Execução Penal (art. 164, § 1º)? E não se trata de questão meramente acadêmica, como possa parecer à primeira vista.

Já vimos que a multa, hoje, pode chegar a somas astronômicas (até 5.400 salários mínimos), dependendo das circunstâncias. Por outro lado, o prazo a partir do trânsito em julgado da sentença corre automaticamente. E o prazo referido na Lei de Execução Penal depende de providências processuais e administrativas que podem significar meses ou até anos. E — o que é mais importante —, no caso do Código Penal, o condenado deverá tomar a iniciativa para pagar a multa, uma vez que a sentença condenatória tem força coercitiva, mas, de qualquer sorte, será pagamento espontâneo, porque a Lei de Execução Penal determina que transitada em julgado a sentença condenatória o Ministério Público deverá executá-la. Com efeito, no caso previsto na Lei de Execução, a iniciativa caberá ao Estado, através do Ministério Público, de movimentar outra

vez o aparelho judiciário para constranger o cumprimento de uma decisão condenatória com trânsito em julgado.

Poder-se-á argumentar que o prazo do Código Penal é para a multa ser paga e o prazo da Lei de Execução Penal é para a multa ser cobrada, ou, em outros termos: a previsão do Código Penal é para pagamento voluntário, espontâneo, e a previsão da Lei de Execução Penal é para pagamento compulsório. *A contrario sensu, ad argumentandum*, então, se passados os 10 dias do trânsito em julgado e só depois o réu comparecesse para pagamento, este não poderia ser recebido, por que extemporâneo? Qual a diferença, afinal, de o acusado pagar dentro dos 10 dias ou depois deles, sempre voluntariamente? Nenhuma?! Então aquele prazo do art. 50 do Código Penal não tem sentido e finalidade alguma!

4.2 Formas de pagamento da pena de multa

Pelas disposições legais conclui-se que pode haver três modalidades de pagamento da pena pecuniária, que são: a) *pagamento integral*; b) *pagamento parcelado*; c) *desconto em folha (vencimentos e salários)*. A forma normal de cumprir a pena de multa é o pagamento integral, através de recolhimento ao Fundo Penitenciário. Entretanto, o legislador brasileiro sabia que a pena pecuniária incidiria mais frequentemente no menos privilegiado, no desafortunado. Por isso, previu, desde logo, a possibilidade de que esse pagamento pudesse ser feito parceladamente, em prestações mensais, iguais e sucessivas, ou então em descontos na remuneração mensal. Para verificar a situação econômica do réu e constatar a necessidade de parcelamento, o juiz poderá determinar diligências e, após audiência do Ministério Público, fixará o número de prestações.

O prazo de 10 dias para o pedido de parcelamento é o previsto no art. 164 da Lei de Execução Penal (10 dias), a partir da citação para pagamento, e não aquele do Código Penal, a partir do trânsito em julgado da sentença (constata-se mais uma vez que nem para essa finalidade aquele prazo serve). Se houver atraso no pagamento, ou seja, se o condenado for impontual, ou, então, se melhorar de situação econômica, será revogado o parcelamento. A expressão “revogará o benefício” deixa claro que se trata de norma cogente e não de mera faculdade do juiz. Finalmente, a última modalidade de pagamento é o desconto no vencimento ou no salário do condenado.

Tratando-se de réu solto, esse *desconto* pode ocorrer quando a pena pecuniária for: a) *aplicada isoladamente*, em caso de contravenções penais ou de multa substitutiva; b) *aplicada cumulativamente* com pena restritiva de direitos; c) *em caso de “sursis”*, como também de livramento condicional, quando esta ainda não tiver sido cumprida. Entendemos também cabível em caso de livramento condicional, apesar de o legislador não tê-la consagrado expressamente, pela flagrante semelhança de situações.

Referido desconto deverá ficar dentro do limite de um décimo e da quarta parte da remuneração do condenado, desde que não incida sobre os recursos indispensáveis ao seu sustento e ao de sua família (art. 50, § 2º). O responsável pelo recolhimento — no caso, o empregador do acusado — será intimado para efetuar o recolhimento na data e no local estabelecido pelo juiz da execução, sob pena de incorrer em crime de desobediência. Se o condenado estiver preso, a multa poderá ser cobrada mediante desconto na sua remuneração (art. 170 da Lei de Execução Penal).

4.3 Conversão da multa na versão da reforma penal de 1984

Mesmo antes da edição da Lei nº 9.268/96, já apontávamos algumas dificuldades para aceitar a conversão, pura e simples, da pena de multa em prisão, tão somente pelo não pagamento. O Código Penal fazia pensar que se o réu, para usar uma expressão de Basileu Garcia, “se furta ao pagamento da multa, deve esta ser convertida, sem delongas, em privação da liberdade”. No entanto, o art. 164 da Lei de Execução Penal estabelece, como já referimos, que o Ministério Público, de posse da certidão de sentença condenatória, com trânsito em julgado, deverá proceder à citação do condenado para, no prazo de 10 dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. Logo, a finalidade da citação não é para pagar a multa *sob pena de prisão*, o que corresponderia melhor aos enunciados dos arts. 50 e 51 do CP, já alterados, com a redação anterior. Essa citação, na verdade, tem três finalidades alternativas: a) *pagar a multa imposta*; b) *nomear bens à penhora*; ou c) *depositar a importância correspondente*, para, por exemplo, discutir em embargos à execução a validade e legitimidade do valor aplicado, por parecer-lhe excessivo, discutir, enfim, a justiça do seu *quantum*

Essas duas últimas hipóteses serão para garantir a execução, nos termos

característicos da execução de títulos judiciais e extrajudiciais. Porém, se decorridos os 10 dias e o condenado não tomar nenhuma das três providências acima referidas, ainda assim não lhe seria possível converter a multa em prisão. Mas ser-lhe-ão penhorados tantos bens quantos bastem para garantir a execução, nos termos do art. 164, § 1º, da Lei de Execução Penal.

Conclusão: o deixar de pagar não acarreta a conversão, mas tão somente a cobrança judicial. Porém, é possível que o condenado, além de deixar de pagar, venha a criar embaraços que obstem à cobrança da multa, ou, na linguagem da lei, “frustre a sua execução”, agora, sem qualquer consequência jurídico-penal. Constata-se que o condenado malicioso poderá, naturalmente, dificultar o pagamento da multa sem qualquer consequência, procrastinando, legitimamente, o cumprimento da condenação, até atingir a prescrição.

Definir, juridicamente, *nome, título* ou *espécie da obrigação* do condenado não altera, por si só, a *natureza jurídica* de sua obrigação, ou melhor, da sua condenação. A mudança do rótulo não altera a essência da substância! Na verdade, a natureza jurídica da pena de multa criminal não sofreu qualquer alteração com a terminologia utilizada pela Lei n. 9.268/96, considerando-a “dívida de valor”, após o trânsito em julgado. *Dívida de valor* ou não, a pena de multa (ou pena pecuniária) continua sendo *sanção criminal*. Não se pode esquecer que a *sanção criminal* — seja de natureza pecuniária ou não — é a consequência jurídica do crime e, como tal, está restringida pelos *princípios limitadores do direito repressivo penal*, dentre os quais destacam-se os princípios da *legalidade e da personalidade* da pena. Pelo princípio da *personalidade da pena* — aliás, a grande característica diferenciadora da pena criminal pecuniária das demais penas pecuniárias —, ao contrário do que se chegou a afirmar, herdeiros e sucessores não respondem por essa sanção. Ademais, não se pode esquecer que *a morte do agente* é a primeira *causa extintiva da punibilidade* (art. 107, I, do CP).

Finalmente, passa reinar tranquilidade e harmonia na interpretação do texto e da competência para a execução da pena de multa que, à luz da legislação brasileira, sempre foi do *Juiz da Execução Penal* e atribuição do *Parquet* vinculado a referida vara. A execução ou “cobrança” da pena de multa integra a *persecução penal*, cujo único órgão do Estado com “competência” para exercitá-la é o Ministério Público com assento no *juízo criminal*. Com efeito, o Processo de Execução Penal é o instrumento legal que o Estado pode utilizar, coercitivamente, para tornar efetivo o conteúdo

decisório de uma sentença penal condenatória.

4.4 Destinação do resultado da multa penal

Não se desconhece a *competência concorrente* dos Estados para legislar sobre a matéria (art. 24, I, da CF). No entanto, a *competência concorrente*, para legislar sobre determinada matéria, destina-se: a) *a suprir a ausência de normas federais sobre o tema*; b) *a adicionar pormenores à lei federal básica já editada*. Destarte, não pode haver *conflito* entre as legislações estaduais e a legislação federal, que, se ocorrer, prevalecerá a legislação federal. Por isso, as leis estaduais que *instituíram Fundos Penitenciários Estaduais*, nos respectivos Estados, atribuindo-lhes a arrecadação das multas penais, *são inconstitucionais*, pois chocam-se com o art. 49 do Código Penal e com a Lei Complementar n. 79/94, que destinam ao Fundo Penitenciário Nacional a arrecadação das multas criminais. Se não houvesse essas previsões legais, as Unidades Federativas poderiam dispor livremente sobre os destinos das referidas arrecadações. No entanto, ante a existência das previsões do Código Penal e da Lei Complementar em análise, os Estados não lhes podem dar destinações diversas. Ademais, a arrecadação proveniente das multas penais sempre se destinou ao aparelhamento (construções e reformas) do *Sistema Penitenciário Nacional*, desde a sua origem, com a criação do *Selo Penitenciário*, através do Decreto n. 24.797/34, regulamentado pelo Decreto n. 1.141. Seguindo essa orientação, a Lei Complementar n. 79/94, em seu art. 1º fixa os objetivos do *Fundo Penitenciário Nacional*, quais sejam “proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário brasileiro”. Logo, *o produto da arrecadação dessas multas*, em sua totalidade, *está destinado*, de forma vinculada, ao *Fundo Penitenciário Nacional* (art. 2º da LC n. 79/94). Dar-lhe outra destinação, como atribuí-lo a *entidades sociais* ou *filantrópicas*, ao arrepio da lei — fazendo-se uma análise desapaixonada —, poderá configurar *improbidade administrativa* e *malversação de verbas públicas*. Com efeito, por muito menos que isso, *prefeitos têm sido levados à prisão por aplicarem verbas em rubricas diferentes*.

Tratar-se de crimes da competência da Justiça Federal ou da Justiça dos Estados é discussão bizantina. A Lei Complementar n. 79/94 destinou a arrecadação proveniente das sanções criminais pecuniárias, em um primeiro momento, ao Fundo

Penitenciário Nacional, independentemente da natureza do crime ou da Jurisdição competente para julgá-lo. Somente em um momento posterior, através de convênios celebrados, prevê o repasse de parcelas dessa arrecadação às unidades federativas (Estados e Distrito Federal). Em outros termos, embora, a rigor, a utilização dos recursos arrecadados destine-se, em última instância, às unidades federativas, a *gestão* e o *gerenciamento* de sua aplicação — vinculada expressamente aos objetivos definidos na lei criadora do FUNPEN — *são prerrogativas exclusivas da União*.

Finalmente, é injustificável a interpretação segundo a qual, após o trânsito em julgado, *as multas penais devem ser inscritas em dívida ativa da Fazenda Pública*, nos termos da lei. Que lei? Em primeiro lugar, a indigitada Lei n. 9.268/96, revogada no particular, não previa que a multa penal, em momento algum, devesse ser inscrita em *dívida ativa*, como se afirmou, erroneamente, nesse período; em segundo lugar, se previsse, seria uma *heresia jurídica*, pois transformaria um *título judicial* (sentença penal condenatória) em *título extrajudicial* (dívida ativa). Este, por conseguinte, mais sujeito a impugnações e embargos, demandando todo um procedimento administrativo, inadmissível para quem já dispõe de um título judicial, com toda sua carga de certeza; em terceiro lugar, *deslocaria, ilegalmente, o crédito do Fundo Penitenciário Nacional para um crédito comum, extraorçamentário, da União*.

Por derradeiro, a quem competiria promover a inscrição da dívida ativa da União? A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, instada a se manifestar, emitiu o judicioso Parecer n. 1.528/97, afastando de suas atribuições, por falta de previsão legal, entre outros argumentos, inscrever em dívida ativa as multas penais. E, afora essa instituição, ninguém mais detém tal atribuição.

Ficou interessante, por fim, a confusão criada por essa nova lei: o lapso prescricional continua sendo regulado pelo Código Penal (art. 114), mas as causas interruptivas e suspensivas da prescrição são as previstas pela Lei de Execução Fiscal (6.830/80), com exceção, é claro, da morte do agente.

5 PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA E A INERCIA ESTATAL

Constitui erro crasso afirmar-se que agora, a partir da Lei 13.964, a prescrição da pena de multa ocorrerá em 5 anos, nos termos aplicáveis a legislação da Fazenda Pública, conforme se anda comentando por aí, ante a absoluta falta de

previsão legal, pois referida lei foi expressa no que quis alterar. Ou seja, apenas destacou expressamente que o *juízo da execução penal* é o competente para executar a pena de multa, como afirmamos ao longo dos últimos 25 anos (desde a Lei 9.268/96). Portanto, a prescrição da pena de multa ocorre, quando for a única cominada ou aplicada, no prazo de dois anos, nos termos do inciso I do art. 114 do Código Penal. Contudo, para os tementes com o decurso desse prazo prescricional, há um antídoto para que não se esvaia rapidamente: basta que o órgão ministerial, com assento na vara de execuções penais, obediente ao disposto no art. 164 da Lei de Execução Penal, proponha sua execução judicial nos termos do art. 51.

Deve-se destacar, ademais, que durante a execução judicial, de qualquer pena, não há que se falar em curso de prescrição, pois, nessa hipótese, não há inércia do Estado, que é o *fundamento político* do instituto da prescrição, na medida em que está exercitando o *ius execucione*. A menos que, nessa fase, o processo executório não flua e o seu executor não o impulse deixando o tempo escoar sem agir. Com efeito, nenhum processo judicial, criminal ou não, pode eternizar-se pela desídia do Estado, que deve arcar com as consequências de sua inércia, e, nesses casos, logicamente, correrá o referido prazo de dois anos, e, nesse caso, seria uma *prescrição intercorrente*. Em outros termos, o processo executório da pena de multa não pode ficar parado por mais de dois anos por culpa do Estado, pois, nesses casos, verificar-se-á o lapso prescricional.

Mas, para concluir, conhecendo-se os dilemas da justiça brasileira, os entraves no andamento dos processos, a morosidade e a burocracia que norteiam os feitos judiciais, é de perguntar-se: qual será o percentual de penas pecuniárias que será efetivamente executado e recolhido? Sim, porque há um dado que não se pode ignorar: a prescrição da pena de multa, isoladamente aplicada, continua ocorrendo em apenas dois anos, que começa a correr a partir do trânsito em julgado para a acusação. E como toda essa parafernália para cobrar a pena de multa não interrompe nem suspende a prescrição, a maioria das condenações à pena pecuniária escapará pela porta larga da prescrição, especialmente as mais elevadas, que naturalmente estarão sendo tratadas pelos profissionais do Direito mais competentes e mais experientes e, certamente, usarão de todos os recursos que o ordenamento jurídico lhes possibilita. Logicamente, como afirmamos acima, durante o processo executório a prescrição não corre, salvo se o processo executório resultar inerte, sem movimentação do Estado, acabará prescrevendo por

culpa do Estado.

A pena de multa, através do louvável sistema dias-multa, atende de forma mais adequada aos objetivos da pena, sem as nefastas consequências da falida pena privativa de liberdade. É um dos institutos que, inegavelmente, melhor responde aos postulados de política criminal com grande potencial em termos de resultados em relação à pequena criminalidade e alguma perspectiva em relação à criminalidade média.

5 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Ação Penal 470*, com voto condutor da referida decisão.

Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*, 26ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2.020, p. 801.

Código Penal Comentado, p. 241. 10ª Ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches, *Manual de Direito Penal*, 8ªed., Salvador, Ed Jus PODIVM, 2020. P94/95.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*, p.595/6.

Falência da pena de prisão. 5ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2017.

Tratado de Direito Penal, cujo volume 1º, já se encontra na 26ª edição 2020.

LEGALIDADE PROCESSUAL E A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM PROCESSOS EM CURSO

PROCEDURAL LEGALITY AND THE APPLICATION OF THE NON-PROSECUTION AGREEMENT IN ONGOING CASES

Daniela Dora Eilberg¹
Laura Gigante Albuquerque²

RESUMO

A legalidade, compreendida como princípio norteador do direito penal material e processual penal, vem sofrendo tensionamentos em que corriqueiramente é coagida. A observância de tal princípio assume papel imprescindível no processo de mitigação de arbitrariedades cometidas pelos juízes dentro do espectro de um processo penal democrático e de matriz acusatória. A questão enfrentada assume papel protagonista quanto aos limites da legalidade face à lógica massiva de negociação penal. O Pacote Anticrime, dentro dessa dinâmica negocial, previu o acordo de não persecução penal (ANPP) como uma nova prática procedimental dentro do processo penal. Portanto, este artigo visa a questionar dogmaticamente, por meio de pesquisa bibliográfica, a aplicabilidade do ANPP em processos penais em curso.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal (ANPP). Retroatividade. Lei processual penal. Legalidade. Pacote anticrime.

ABSTRACT: Legality, understood as a guiding principle of Substantive Criminal Law and Procedural Criminal Law, has been subject to tension in which it is currently coerced. The observance of this principle assumes an essential role in the process of mitigating arbitrariness committed by the judges within the spectrum of a democratic and accusatory criminal process. The issue faced assumes a leading role as to the limits of legality in view of the massive logic of criminal negotiation. The Anti-crime Package, within this negotiation dynamic, foresaw the Non-Prosecution Agreement (NPA) as a new criminal proceedings practice within the Criminal Procedure. Therefore, this article aims to question dogmatically, through bibliographic research, the applicability of NPA in ongoing criminal proceedings.

KEYWORDS: Non-Prosecution Agreement. Ex post facto law. Criminal Procedural Law. Legality. Anti-crime Law.

1 Doutoranda e Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS com período sanduíche na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Bacharela pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período sanduíche junto à Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Professora da Especialização em Direito Processual Penal Contemporâneo Aplicado UCS/IBRASPP. Advogada criminalista. Orcid: 0000-0002-3240-6318. E-mail: danielaeilberg@gmail.com.

2 Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Bacharela pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Curso de Direito da Universidade La Salle (Unilasalle/RS). Advogada criminalista. Orcid: 0000-0002-3459-6741. E-mail: lauragigante@gmail.com.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Legalidade processual penal e aplicação da lei penal e processual penal no tempo. 3 A aplicação do acordo de não persecução penal em ações penais em curso. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Pacote Anticrime, desde o seu desenho de proposição legislativa, foi alvo de reiteradas críticas doutrinárias – não apenas pela ausência de técnica legislativa do documento acompanhada pela péssima redação de alguns dos seus dispositivos, mas principalmente pelo seu conteúdo. De um lado, verificava-se no projeto de lei o acirramento de um discurso autoritário, bélico e de recrudescimento penal. A intenção da proposta era justamente difundir a (falsa) ideia de que o endurecimento da lei penal conduziria ao “combate à criminalidade”. E é importante contextualizar que o projeto de lei acompanhou as medidas de caráter armamentista³ tomadas pelo novo governo federal e alinou-se ao seu discurso punitivista em torno da defesa do “cidadão de bem” em face dos “criminosos”.

Muitas das propostas iniciais do projeto de lei contrariavam frontalmente a Constituição Federal brasileira – como era o caso da execução antecipada de pena –, além de serem medidas que poderiam causar efeitos perversos na segurança pública – como a ampliação das circunstâncias excludentes de ilicitude para condutas praticadas por policiais –, o que poderia agravar ainda mais o problema de violência e letalidade policial e também de mortalidade de agentes de segurança pública.

Por outro lado, ainda no que tange ao conteúdo do projeto de lei, é importante explicitar a farsa (consciente) da proposta de recrudescimento penal como “saída” para o combate à criminalidade. Pesquisadores e pesquisadoras da área das Ciências Criminais vêm, há muito tempo, demonstrando a ausência de efetividade do endurecimento da lei penal como estratégia de segurança pública. Como bem apontado por Betina Saraiva, a “tolerância zero traz uma (falsa) sensação de segurança à população”⁴. Punir mais não significa punir melhor e, muito menos, que

3 Decreto nº 9.685, de 15 de janeiro de 2019; Decreto 9.785, de 07 de maio de 2019; Decreto 9.797, de 21 de maio de 2019; e Decretos nº 9.845 e 9.847, ambos de 25 de junho de 2019.

4 SARAIVA, Betina Heike Krause. Estado penal máximo e tolerância zero ao crime como meios de aplicação de justiça social: para quê (m)? **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 23, abril de 2019, p. 72. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/201911/19100528-revista-23.pdf>. Acesso em 09 jul.

isso reduzirá o índice de criminalidade. A ausência de efetividade prática da maioria das mudanças propostas pelo então Ministro Sérgio Moro fez com que o seu projeto de lei fosse apontado como mero exercício de populismo punitivo ou, em termos mais simples, como um grande engodo.

Ao adentrar às inúmeras alterações promovidas pela Lei n.º 13.964/2019, percebe-se que o teor punitivo delineado e proveniente da proposta inicialmente crua parece destoar quando observadas algumas importantes novidades trazidas: o modelo do juizado de garantias e a realização da audiência de custódia devidamente prevista no CPP. Dentre outras inovações, também se encontra o acordo de não persecução penal, adicionado ao Código de Processo Penal pelo dispositivo 28-A. Sua inclusão dá vazão maior às práticas negociais na realidade do processo penal brasileiro, nova dinâmica cada vez mais presente no país. Dessa inserção em nosso CPP, insurgem questionamentos intrínsecos às próprias matrizes inquisitorial e acusatória, uma vez que adentramos em aspectos como a voluntariedade de adesão do acordo acompanhada à coação que o próprio processo penal por si só já implica.

O princípio da legalidade, enquanto fundante do Estado Democrático de Direito e desenhado nas esferas material e processual, acaba por sofrer constrangimentos resultantes do tensionamento das práticas de cunho inquisitorial cada vez mais abordadas no ordenamento jurídico brasileiro e a matriz supostamente acusatorial declarada com a Constituição de 1988. Debater legalidade se torna uma ferramenta essencial para o impedimento de arbitrariedades cometidas não apenas pelo juiz como também pelo Ministério Público dentro do processo penal.

É sob essa perspectiva que o presente artigo busca desenvolver, no âmbito das dimensões da legalidade processual, o questionamento dogmático acerca da (ir)retroatividade da Lei n.º 13.964/2019 especificamente no que tange à aplicabilidade do ANPP em processos criminais já em curso, bem como as consequências dessa nova prática processual não apenas na esfera da ampla defesa e presunção da inocência, como também na base fundante do processo penal democrático.

2 LEGALIDADE PROCESSUAL PENAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL E PROCESSUAL PENAL NO TEMPO

A observância do princípio da legalidade assume papel imprescindível no processo de mitigação da discricionariedade dos juízes, a fim de evitar o risco do decisionismo – fundado no e fundante do autoritarismo – e superar o “dogma da completude lógica”, como bem aponta Lopes Jr.⁵. Sobre a concepção da legalidade, Nereu Giacomolli é assertivo ao compreender tal princípio “numa acepção mais estrita”, com a necessidade de todos os atos processuais estarem pautados em previsões legais e “[...] não podem depender da vontade subjetiva dos órgãos que têm o dever jurídico de atuar segundo o ordenamento jurídico vigente”⁶.

Tal como na dogmática material, o princípio da legalidade – acompanhado da tipicidade processual – se apresenta como edificador da dogmática processual que visa à garantia de um processo penal democrático. É por isso, inclusive, que autores como Zanoide de Moraes afirmam que o princípio da presunção de inocência – na sua máxima do *in dubio pro reo* – está intrinsecamente ligada à tipicidade processual⁷.

Adentrar no estudo do princípio da legalidade implica compreender as suas dimensões. Caso seja levado em conta o tradicional latim forense, temos essas dimensões expressas nos famosos “*nullum*”s: i) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (não há crime nem pena sem lei prévia, do qual deriva o princípio da anterioridade); ii) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (não há crime nem pena sem lei escrita, do qual se compreende o impedimento da criminalização penal social); iii) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (não há crime nem pena sem lei estrita, do qual advém a noção do impedimento de analogia *in malam partem*) e iv) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (não há crime nem pena sem lei certa, do qual se extrai o princípio da taxatividade, da determinação prévia imprescindível do tipo processual certo).

5 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

6 GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 50

7 MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 315-316

Ainda, cabe menção de destaque ao *nulla coactio sine lege*, explorado de maneira ímpar no trabalho de Bruzzone⁸, que explicita a necessidade da observância da legalidade ao sustentar a imprescindibilidade da previsão em lei da medida de coação a ser aplicada. A tese sustentada por diversos autores, inclusive, é a da previsibilidade legal ligada à produção da prova – como Daniel Pastor explora ao escrever sobre tipo e prova⁹ – e, ainda, da necessidade de compreender a máxima da “legalidade processual (constitucional) penal”¹⁰, nas palavras de Luís Greco.

A legalidade, na esfera da dogmática processual penal, desperta debates não apenas quanto às necessárias previsões dos tipos processuais certos e as medidas coercitivas a serem utilizadas ao longo do processo, como também da aplicabilidade de uma lei processual penal e a sua (ir)retroatividade. Por mais que corriqueiramente se defenda que a lei processual teria aplicabilidade imediata, a partir de uma interpretação literal do artigo 2º do Código de Processo Penal¹¹, independente do prejuízo causado ao réu, trabalhos como o de Paulo Queiroz e Antonio Vieira¹² abordam a necessidade de irretroatividade na mesma concepção da *lei penal para a lei processual penal*. Como os autores bem citam Binder¹³ para a compreensão da lei enquanto forma também como garantia, a retroatividade da lei processual penal em perspectiva garantista passa a ser explorada sob o aspecto *in malam partem* ou *in bonam partem*.

Dessa forma, rompe-se com a lógica da doutrina tradicional¹⁴ em classificar as normas penais em leis penais puras, leis processuais penais puras e leis mistas ou híbridas. Usualmente, em relação à norma puramente processual, afirmava-se a sua aplicação imediata, independentemente do seu conteúdo, e somente as demais

8 BRUZZONE, Gustavo. La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coacción en el proceso penal. In: **Estudios sobre Justicia Penal** – Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 251-253

9 PASTOR, Daniel. Problemas processuais dos crimes de posse. **Revista Liberdades**. n. 12 jan/abr, 2013.

10 PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 63.

11 Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

12 QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. **Boletim IBCCRIM**. v. 12 n. 143, 2004. pp. 14-16.

13 BINDER, Alberto M. Introdução ao Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

14 PACELLI, Eugênio. **Curso de direito processual penal**. 22. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. E-book.

normas seriam submetidas ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa e da retroatividade da lei mais benéfica.

Partindo da perspectiva introduzida por Queiroz e Vieira, Aury Lopes Jr.¹⁵ propõe uma reinterpretação do artigo 2º do Código de Processo Penal, a partir de uma filtragem constitucional, especialmente à luz do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal¹⁶. Nesse sentido, os autores suscitam a unidade entre o direito penal material e o direito processual penal:

Enfim, o processo penal é parte do direito penal, porque nada mais é do que um *continuum* deste, ou seja, o direito processual penal é o direito penal em movimento, e, pois, formam uma unidade. Note-se ainda que a distinção entre um e outro não preexiste à interpretação, mas é dela resultado.¹⁷

É irrelevante, portanto, a recorrente distinção entre lei material e lei processual, uma vez que o princípio da legalidade se estende à toda a repressão penal e ao próprio direito processual penal¹⁸. Tanto a lei penal quanto a lei processual penal, para Queiroz e Vieira, cumprem a função político-criminal de garantia da parte mais fraca (o acusado) frente à parte mais forte (o Estado) na relação do *ius puniendi*. Ademais, em sua visão, o direito deve ser uno, não podendo ser garantista em um momento (penal) e antigarantista em outro (processual).¹⁹ E concluem:

Significa dizer, entre outras coisas, que o princípio da legalidade no processo penal repercute diretamente na necessidade de que somente a lei (reserva legal) possa dispor sobre a ordenação do processo; que as normas em questão não podem ser vagas, ambíguas ou incertas (taxatividade); e que só podem retroagir em favor do acusado.²⁰

15 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

16 “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

17 VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre direito penal e direito processual penal. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 471.

18 FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 112.

19 VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre direito penal e direito processual penal. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 474.

20 VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre direito penal e direito processual penal. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 474.

Considerando a complexidade da reforma proposta pelo “Pacote Anticrime”, que provocou alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal, entre outras legislações ordinárias, de caráter penal e processual penal, mostra-se completamente insuficiente e inócua a sua análise tão somente a partir das regras de aplicação imediata da lei processual penal (artigo 2º do CPP) e de anterioridade da lei penal material (artigo 1º do Código Penal).

Como bem apontado por Paulo Queiroz, a reforma “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”²¹. Como exemplo, o autor resgata o tratamento mais completo e adequado que foi conferido pelo Código de Processo Penal português, em seu artigo 5º. O referido dispositivo determina: i) a aplicação imediata da lei processual penal sem prejuízo da validade dos atos realizados na vigência da lei anterior, bem como ii) a sua não aplicabilidade quando sua aplicação imediata resultar em hipótese de 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 atos do processo.

Ainda que considere o modelo português mais adequado, Paulo Queiroz reitera que é preciso ir além da clássica distinção de natureza da norma, eis que “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”²² e, portanto, devem estar adstritos aos mesmos princípios. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. entende que as regras da (ir)retroatividade da lei “devem ser compreendidas dentro da lógica sistêmica, ou seja, retroatividade da lei penal ou processual penal mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei (penal ou processual penal) mais gravosa ao réu”²³.

De mesma forma, a legalidade processual é explorada por Juarez Cirino dos Santos, ao trazer à tona as controvérsias de sua submissão ao princípio

21 QUEIROZ, Paulo. **Retroatividade da lei anticrime**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

22 QUEIROZ, Paulo. **Retroatividade da lei anticrime**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

23 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

constitucional da irretroatividade da lei penal *in malam partem*. Nesse sentido, tendo em vista i) a exclusão, pela teoria dominante, das leis processuais penais *in malam partem* – já que o tempo seria regido pelo ato processual ao invés de ser regido pelo fato punível; e ii) a teoria minoritária atentar à lei penal mais favorável enquanto condicionante da legalidade processual penal ii.i) pela relação direta da coação punitiva com a coerção processual e, portanto, da extensão das garantias do princípio da legalidade ao subsistema de imputação e ii.ii) pelo princípio fundamental ser o mesmo da lei penal material e da lei penal processual, ambos compreendidos dentro da nomenclatura *lei penal*²⁴.

Dessa forma, considerando todas as modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019, bem como a irrelevância da “natureza” de cada um de seus dispositivos normativos – se é “mais material” ou “mais processual”, já que ambas são compreendidas como *leis penais* –, o que importa é indagar se a alteração legal é favorável ou prejudicial ao réu, ao investigado, ao condenado ou ao apenado: se favorável, retroage; se prejudicial, não retroage.

3 A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM AÇÕES PENAIS EM CURSO

As mudanças pelas quais vem passando o sistema de justiça criminal brasileiro não são exclusividade do nosso país. Como apontado por Ricardo Gloeckner, o modelo “negociado” de justiça penal tem sido objeto das principais reformas penais na América Latina, além de alvo de alterações em muitos dos ordenamentos jurídicos europeus, tendo como principal justificativa a busca pela “eficiência”²⁵. Ao passo que a lógica da justiça negocial vem invadindo as reformas penais que sofremos ao longo dos últimos anos, as formas de consenso vêm sendo acrescentadas “ao gênero do princípio da oportunidade”²⁶ no processo penal.

24 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal - Parte Geral**. 6a ed. amp. e atual. Curitiba: ICPC, 2014. p. 52-53.

25 GLOECKNER, Ricardo. Apresentação. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 5.

26 GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 72.

Nesse sentido, como bem explora Vinícius Vasconcellos²⁷, a forte tendência internacional da agilidade processual tem se somado à importação de institutos de barganha e alavancado discussões em torno de questões como “obrigatoriedade” e “consenso”. Os mecanismos procedimentais de consenso ocupam a lógica procedimental brasileira e impulsionam problemáticas a serem debatidas pela doutrina como, por exemplo, a existência de um “direito” a um acordo pelo imputado *versus* o dever discricionário do Ministério Público²⁸.

Se analisado sob um aspecto histórico retroativo, a previsão do *acordo* em si não é nova, mas já estava inserida no ordenamento jurídico brasileiro com o advento de outras leis. Em um primeiro olhar atento, já se pode observar a legislação que determina o procedimento de responsabilização penal de adolescentes, a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), com uma espécie de previsão de “acordo” entre o Ministério Público e o adolescente, em seus artigos 126 a 128, com o denominado instituto da *remissão*.

Por conta da natureza jurídica híbrida da medida socioeducativa, pode-se resvalar em questionamentos acerca do procedimento de apuração do ato infracional, razão pela qual se volta às leis próprias do sistema de responsabilização penal de adultos. Cinco anos após a promulgação ECA, tem-se a Lei nº 9.099/1995 com a previsão da transação penal e a suspensão condicional do processo. Anos mais tarde, com o advento da Lei nº 12.529/2011, tem-se a inserção do acordo de leniência e, dois anos depois, a expansão das práticas consensuais ganha protagonismo com a Lei nº 12.850/2013 e a denominada “colaboração premiada”.

Finalmente, com a promulgação da Lei nº 13.964/2019 tivemos diversas alterações legislativas e, entre elas, a inovação do chamado acordo de não persecução penal (ANPP). O instituto – anteriormente previsto em resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e alvo de críticas pela incompetência legislativa do referido órgão – agora passa a integrar definitivamente

27 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

28 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

a legislação ordinária, seja considerado como uma “inovação cansada”²⁹ ou uma inovação excepcional. Em razão dos diversos impactos que poderá causar no processo penal – ocasionando importantes mudanças de procedimento – e, também, no sistema carcerário como um todo³⁰, o acordo de não persecução penal vem sendo objeto de pesquisa e debates desde a tramitação do projeto de lei.

Primeiramente, é fundamental lançar um olhar crítico quanto à inserção do ANPP no ordenamento jurídico-penal brasileiro, a despeito do entusiasmo com o qual foi recebido por certos atores jurídicos – em especial magistrados e membros do Ministério Público. A importação de um modelo oriundo do sistema adversarial norte-americano, informado por princípios diversos do nosso, por si só, já aponta para a inadequação da reforma. Enquanto a atuação do Ministério Público no processo penal brasileiro é pautada pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, a atuação do órgão acusador na justiça estadunidense guia-se pelo princípio da oportunidade³¹, possibilitando, em tese, os espaços de consenso no processo penal. Face à incorporação massiva das práticas negociais, tem-se a crescente relativização de ambos princípios³², sendo o ANPP mais um catalisador nesse processo de incorporação de espaços de consenso.

Não obstante, mesmo no contexto americano, onde o modelo processual penal baseia-se no princípio da oportunidade e da disponibilidade, o *plea bargaining* é alvo de severas críticas, como se verifica da seguinte passagem do artigo de Albert Alschuler, Professor de Processo Penal e Criminologia da Universidade de Chicago:

Um livro de casos da faculdade de Direito pergunta se o *plea bargaining* “condena acusados que são de fato inocentes (e que seriam absolvidos [em um julgamento])”. [...] Uma vez que ninguém pode saber quantas condenações incorretas são produzidas, seja por julgamentos ou por admissões de culpa, a pergunta pode parecer irresponsável. Mas na realidade a resposta é fácil. Condenar acusados que

29 MATTOS, Saulo. Acordo de não persecução penal: uma novidade cansada. Boletim Trinchira Democrática. v. 3, n. 7. 2020. pp. 12-13.

30 Nesse sentido, Ricardo Gloeckner aponta que a introdução de mecanismos de negociação ao processo penal vem ocasionando “efeitos deletérios em longo prazo, como a inexorável tendência ao hiperencarceramento”. GLOECKNER, Ricardo. Apresentação. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 5.

31 LOPES Jr., Aury; PACZEK, Vitor. O *plea bargaining* no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 151-152.

32 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

seriam absolvidos em um julgamento é um dos principais objetivos do *plea bargaining*.³³

Portanto, o objetivo deste trabalho não é abandonar as críticas já reiteradas sobre as problemáticas em relação às mudanças trazidas ao processo penal brasileiro pela barganha. Pelo contrário, reafirma-se que a expansão da lógica consensual evidencia, de maneira ainda mais visceral, as desigualdades da lógica do sistema penal em termos de seletividade e impulsiona a condenação de pessoas inocentes em prol do efficientismo. Isso deságua em inúmeras controvérsias sobre a “abertura perversa e perigosa de um *plea bargaining* sem limite de pena”³⁴ e a condução a “resultados jusnaturalistas e voláteis”³⁵.

Também não se pode ignorar o fato de que vivemos em um país em que diversas Comarcas do Judiciário carecem de Defensoria Pública e, por vezes, sequer possuem advogado dativo disponível – além da hipótese de um mal assessoramento ser recorrente. Frente a esses casos, três cenários prejudiciais poderiam ser atentados: i) a aplicação indevida de um ANPP quando o caso, em verdade, trata-se de hipótese de arquivamento; ii) a intenção de rescisão de acordo de réu que não estava bem assessorado no momento do ANPP; iii) as consequências decorrentes do descumprimento de um ANPP. Nesse sentido, frente à disparidade de armas que se tem tradicionalmente no sistema penal brasileiro, é necessária uma defesa adequada no acompanhamento das práticas consensuais.

Todavia, por mais que estejam pontuadas as devidas críticas a esse instituto, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, em 23 de janeiro de 2020, o acordo de não persecução penal tornou-se uma realidade no sistema de justiça criminal brasileiro. Em sendo realidade, cabe à doutrina e aos pesquisadores da área a realização de estudos críticos e aprofundados sobre a temática, com especial atenção deste trabalho à perspectiva defensiva. Considerando a ausência de uma regra de direito transitório e, portanto, de previsão legal sobre o limite temporal de retroatividade da referida inovação legislativa, caberá à jurisprudência a definição dos seus critérios de aplicabilidade. Nesse contexto, adentrando à análise do ANPP

33 ALSCHULER, Albert W. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. *In*:

GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 127.

34 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

35 GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 101.

à luz do princípio da legalidade e, mais especificamente, à dimensão da aplicação da lei no tempo, tem-se a importância de uma perspectiva constitucional e integral na leitura do novo instrumento processual.

Percebe-se que o ANPP teria como proposta ocorrer em momento anterior ao oferecimento da denúncia. Não há, todavia, qualquer previsão legal no sentido da impossibilidade de ser proposto o acordo em demais momentos processuais³⁶. O ponto essencial deste trabalho circunscreve a (ir)retroatividade do acordo de não persecução penal em processos penais que já se encontram em andamento no momento da entrada em vigor da nova lei. Tal como explorado na seção anterior, não há dúvidas quanto à retroação da lei processual penal em benefício à pessoa imputada. A dúvida que paira diz respeito à compreensão do ANPP como instituto mais prejudicial ou mais benéfico ao réu ou investigado.

A despeito das muitas críticas, é possível perceber que o acordo de não persecução penal possibilita situação mais favorável ao réu, uma vez que este poderá, em tese, avaliar a situação processual e os riscos envolvidos acerca de uma possível condenação e optar por negociar diretamente com o Ministério Público as condições penais alternativas. Evitando uma sentença condenatória, é inegável que se afastam também todos os demais efeitos penais de uma condenação – principalmente a reincidência. Assim, compreendido como um instituto despenalizador, o ANPP estará configurado como hipótese de *novatio legis in melius* e deverá, portanto, embasado na legalidade (constitucional) processual penal ter aplicação retroativa.

A compreensão do ANPP como um benefício atinge debates dogmáticos acerca da possibilidade de recusa de oferecimento de acordo pelo *parquet* ou as eventuais arbitrariedades pela parte ministerial. Essa, inclusive, é a posição majoritária e adotada pelos tribunais superiores, sobre a necessidade de separação de funções acusatórias e, portanto, o encaminhamento ao Procurador-Geral de Justiça pelo magistrado³⁷ – a exemplo do procedimento até então previsto em caso

36 A título de exemplo, pode-se considerar um caso em que, no momento da denúncia oferecida pelo Ministério Público, o delito imputado não cumpria os requisitos objetivos de propositura do acordo de não persecução penal e, posteriormente, no momento da sentença, opera-se a desclassificação para outro tipo penal, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Neste caso, verifica-se plenamente a possibilidade de oferecimento do ANPP em momento posterior ao oferecimento da denúncia, quando do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

37 Quanto ao ponto, Vinícius Vasconcellos bem explora as posições doutrinárias existentes. Ver: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 105-106.

de não oferecimento de denúncia pelo órgão acusatório (artigo 28 do CPP, com redação anterior à Lei nº 13.964/2019). No entanto, outro posicionamento é o daqueles que compreendem o ANPP como um direito subjetivo do imputado, como Giacomolli, Vasconcellos e Lopes Jr.³⁸, e sustentam frente à ausência da proposição do ANPP pelo Ministério Público que o juiz deva atuar como garantidor desse direito, seja por meio de requerimento da defesa, seja de ofício. Na tentativa de sanar a lacuna, a Lei Anticrime incluiu a previsão do § 14 do artigo 28-A, no sentido de que a recusa do Promotor de Justiça ou Procurador do caso poderá ser objeto de requerimento, pelo acusado, ao órgão imediatamente superior. Todavia, ainda não há uniformidade no modo como a regra será operacionalizada.

No que tange à aplicabilidade da retroação do ANPP em processos penais em curso, ainda que compreendida sob o aspecto da dogmática tradicional, tratar-se-ia o artigo 28-A de uma “norma mista” ou de caráter híbrido. Isso porque, embora prevista no Código de Processo Penal, a norma evidencia elementos penais, ou seja, de direito material, e apresenta conteúdo despenalizador. Portanto, mesmo sob a perspectiva tradicionalista, a conclusão seria de que o acordo de não persecução penal deve retroagir para beneficiar o réu³⁹.

Diante disso, por se tratar de *novatio legis in melius*, compreende-se que o ANPP deve ser ofertado mesmo em caso de processos em andamento. Ademais, não há qualquer impedimento para que o acordo seja possibilitado independentemente da instância em que se encontra o feito, havendo possibilidade de oferecimento em grau recursal e, inclusive, encontrando-se o recurso em tramitação perante os Tribunais Superiores.

38 “Portanto, seja a partir de requerimento da defesa ou, até de ofício, o juiz deve garantir a sua concretização, se houver o consentimento do suposto autor do fato.” VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 107. GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. “Contudo, pensamos que é possível cogitar de outra alternativa. Como se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional.” LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

39 Nesse sentido, inclusive, têm sido as decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), exemplificativamente: Apelação criminal nº 5046133-85.2018.4.04.7000 (Oitava Turma) e Embargos Infringentes e de Nulidade nº 5001103-25.2017.4.04.7109 (Quarta Seção).

Situação semelhante à que ora se analisa foi enfrentada pelo sistema de justiça criminal na época da promulgação da Lei nº 9.099/1995, quando da criação do instituto da transação penal. Ao apreciar a matéria, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a transação penal era uma medida despenalizadora e, portanto, a sua previsão poderia retroagir em favor do réu. Assim, a partir do julgamento pelo Tribunal Pleno do STF, tornou-se possível a aplicação do novo instituto mesmo em processos em curso e/ou que tratassem de fatos anteriores à vigência da Lei nº 9.099/1995.⁴⁰

Em recente análise sobre a temática, Paulo Queiroz resgatou seus estudos sobre legalidade penal e aplicação da lei no tempo – compreendida a lei em sentido amplo e em sua unidade e, portanto, abrangendo lei penal material e processual –, e dedicou-se a analisar a (ir)retroatividade das principais disposições trazidas pela Lei Anticrime. Em relação ao acordo de não persecução penal, compreende o autor que a nova lei é “evidentemente” mais favorável ao investigado, pois tem o condão de evitar a sua prisão cautelar, bem como eventual condenação criminal e, juntamente com ela, os seus efeitos (cumprimento de pena, reincidência etc.). Dessa forma, o autor conclui, como decorrência lógica, ser plenamente possível a sua retroatividade em favor do réu, mesmo em processos já instaurados e, ainda, com sentença condenatória recorrível. Mas Queiroz ainda vai além e propõe a possibilidade de celebração do ANPP também em processos com sentença condenatória *transitada em julgado*⁴¹.

Pode-se dizer que a perspectiva de Paulo Queiroz é audaciosa, pois o autor propõe uma interpretação analógica da regra contida no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal⁴² que seria capaz de gerar um colapso no sistema de justiça criminal: basta imaginar como seria se todas as pessoas condenadas por delitos com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos resolvessem postular a realização do acordo de não persecução penal e a anulação dos efeitos da sentença condenatória transitada em julgado. Ainda assim, são oportunos os questionamentos expostos

40 “[...] As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.” (STF, Tribunal Pleno, Inq-QO 1055, Relator: Min. Celso De Mello, j. em 24/04/1996, publicado em 24/05/1996)

41 QUEIROZ, Paulo. **Retroatividade da lei anticrime**. Disponível em:

<https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

42 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.

pelo doutrinador: se a lei penal retroage em casos de *abolitio criminis* ou de atenuação da pena, mesmo em casos de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, por que motivo não haveria de retroagir na hipótese de um instituto como o acordo de não persecução penal, que impede a condenação e eventual execução penal, com todos os efeitos penais que implicam, e evita até mesmo o processo penal?⁴³

Nesse sentido, em que pese sejam frequentes as objeções de caráter logístico e financeiro, utilizadas como justificativa para obstaculizar a efetivação de direitos e garantias individuais – à semelhança do que ocorreu em relação à audiência de custódia e, mais recentemente, quanto à figura do juiz de garantias –, não se pode legitimar argumentos utilitaristas para barrar avanços civilizatórios. Portanto, eventuais argumentos no sentido de que a proposição de ANPP para apenados com condenação transitada em julgado geraria a “sobrecarga” do Poder Judiciário não têm o condão de obstar a observância ao princípio da legalidade processual. Ao verificar-se que, a despeito de todas as necessárias críticas ao instituto, o acordo de não persecução penal pode representar um instrumento de caráter despenalizador e, desde que assegurada ampla defesa do imputado no caso concreto, pode resultar para ele efeitos benéficos, deve ser garantida a retroatividade da sua previsão legal, por se tratar de *novatio legis in melius*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As inovações trazidas pelo Pacote Anticrime culminam em resultados que abalam as bases fundantes de um processo penal acusatório e democrático, ao serem problematizadas enquanto decorrentes de práticas inquisitoriais e corroboradoras de discricionariedades. Acompanham, ainda, o cenário internacional propenso à adesão máxima de espaços consensuais e à lógica eficientista de processo penal.

O acordo de não persecução penal apresenta-se dentro dessa lógica que, de maneira geral, transparece ilações visceralmente perversas da maximização do *plea bargaining*. Em contrapartida, expõe uma faceta benéfica, ao configurar como

43 QUEIROZ, Paulo. **Retroatividade da lei anticrime**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

medida despenalizadora importante àqueles que possuem sua defesa garantida nos termos constitucionais exigidos. Dessa forma, considerando a complexidade das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 e a ausência de uma regra de direito transitório, mormente no que tange ao acordo de não persecução penal, tem-se o problema central que guiou o presente trabalho e vem sendo objeto de disputa e construção jurisprudencial no sistema de justiça criminal: existe possibilidade de oferecimento do ANPP em ações penais em curso? Qual é o limite para a aplicação retroativa dessa regra?

Para buscar possíveis respostas às complexas questões que se apresentem, é imprescindível compreender o princípio da legalidade, porque dele desabrocham dimensões processuais basilares do processo penal democrático, como o princípio da anterioridade da lei penal e a (ir)retroatividade da lei penal e da lei processual penal. As normas basilares que se desdobram do princípio da legalidade podem e devem ser aplicadas com o intuito de evitar arbitrariedades cometidas não apenas pelo juiz, como também pelo Ministério Público, no contexto dos novos espaços de consenso no processo penal.

O questionamento dogmático acerca da retroatividade da Lei nº 13.964/2019 evidencia-se de extrema relevância para compreender o novo instituto e possibilitar uma aplicação dentro dos limites da legalidade, mesmo neste momento de transição, após a entrada em vigor da nova lei. Partindo-se da conclusão de que toda lei processual penal benéfica deve retroagir, a argumentação do trabalho circunscreveu se seria o ANPP instituto benéfico ou não.

À parte das necessárias críticas que devem ser realizadas aos espaços de consenso em termos de maximização de falhas estruturais do sistema penal – como penalizar inocentes e exacerbar a filtragem racial e classista –, quando atinada atenção à defesa casuística e bem realizada, o ANPP se apresenta como instituto despenalizador, capaz de evitar os efeitos decorrentes de uma sentença condenatória e do próprio processo criminal. Portanto, revelando-se como um instituto benéfico para o investigado ou acusado – ou até mesmo ao condenado –, a introdução do acordo de não persecução penal na legislação processual, a partir da Lei nº 13.964/2019, enseja a aplicação da regra da retroatividade da lei penal mais benéfica, devendo retroagir inclusive para fatos anteriores à lei, sendo necessário

garantir a sua oferta mesmo em processos criminais que já se encontravam em curso quando da sua entrada em vigor.

5 REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. *In: GLOECKNER, Ricardo (org.). Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 127-147.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRUZZONE, Gustavo. La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal. *In: Estudios sobre Justicia Penal – Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 251-253

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal - Parte Geral*. 6a ed. amp. e atual. Curitiba: ICPC, 2014. p. 52.

EDITORIAL. Pacote anticrime, lavajatismo e o sono da razão. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 28, n. 331, junho de 2020, p. 2-3. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/51>. Acesso em 09 jul. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

GRECO, Luis. *Introdução – o inviolável e o intocável no direito processual penal*. *In: WOLTER, Jürgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. Coleção Direito Penal & Criminologia.

GUIMARÃES, Rodrigo R. C.; RIBEIRO, Sarah G. A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 147-174, jan./abr. 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

LOPES Jr., Aury; PACZEK, Vitor. O *plea bargaining* no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 149-174.

MATTOS, Saulo. Acordo de não persecução penal: uma novidade cansada. *Boletim Trincheira Democrática*. v. 3, n. 7. 2020. pp. 12-13.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 315-316

PASTOR, Daniel. Problemas processuais dos crimes de posse. *Revista Liberdades*. n. 12 jan/abr, 2013.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. *Boletim IBCCRIM*. v. 12 n. 143, 2004. pp. 14-16.

QUEIROZ, Paulo. *Retroatividade da lei anticrime*. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SARAIVA, Betina Heike Krause. Estado penal máximo e tolerância zero ao crime como meios de aplicação de justiça social: para quê (m)? *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 23, abril de 2019, p. 65-78. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/201911/19100528-revista-23.pdf>. Acesso em 09 jul. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 21ª ed., 1999.

VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre direito penal e direito processual penal. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 469-477.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, PRIMEIRAS LEITURAS: PANORAMA, DIFICULDADES E ENFRENTAMENTO

*NON-PROSECUTION AGREEMENT, FIRST READINGS: OVERVIEW,
DIFFICULTIES AND CONFRONTATION.*

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira¹
Rafael Braude Canterji²

RESUMO

A Lei 13.964/19 ampliou o escopo do já conhecido direito penal consensual. Com maior abrangência do que a transação penal e a suspensão condicional do processo, juntou-se a elas e trouxe para o campo da possibilidade de composição a maioria das condutas penalmente típicas. Diversos temas da nova previsão legal merecem destaque nestas primeiras leituras e certamente ainda serão objeto de muito debate doutrinário e jurisprudencial. No presente escrito procuramos apresentar a situação do direito penal consensual no Brasil, abordar questões principiológicas, revisar as hipóteses de cabimento e problematizá-las frente as características e harmonia do sistema processual penal, bem como abordar a problemática do excesso acusatório em relação ao tema.

PALAVRAS-CHAVES: Acordo de não persecução penal. Consenso. Processo Penal. Garantias. Lei anticrime.

ABSTRACT

Law 13.964/19 expanded the scope of the already known consensual criminal law. With greater scope than the criminal transaction and the conditional suspension of the process, it joined them and brought to the field of the possibility of composition most of the typical criminal conduct. Several themes of the new legal provision deserve to be highlighted in these first readings and certainly will still be the subject of much doctrinal and jurisprudential debate. In this paper we seek to present the situation of consensual criminal law in Brazil, to address principiological issues, to review the hypotheses of appropriateness and to problematize them in view of the characteristics and harmony of the criminal procedural system, as well as to address the problem of accusatory excess in relation to the subject.

KEYWORDS: Non-prosecution agreement. Consensus. Criminal proceeding. Guarantees. Anti-crime law.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Processo penal consensual. 3 Princípio da legalidade vs. Oportunidade. 4 O acordo de não persecução penal. 4.1 Requisitos previstos na Lei 13.964/2019. 5 Problematizações necessárias em nome da isonomia e harmonia do funcionamento do sistema processual penal brasileiro. 5.1 Inexistência de limite temporal absoluto para o acordo de não persecução pena. 5.2 Excesso de acusação e erro. 6 Considerações finais. 7 Referências.

¹ Advogado, Doutor em Direito (PUCRS) e Professor de Processo Penal e Criminologia da PUCRS.

² Advogado, Professor de Direito Penal da PUCRS e Conselheiro Federal da OAB.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, introduziu no Código de Processo Penal brasileiro o acordo de não persecução penal (ANPP). Tal novidade legislativa seguiu tendência de ampliação dos institutos penais consensuais que já se verificava na *praxis*, em especial em processos de atribuição do *parquet federal*, que os propunha com base nas Resoluções 181/2017 e 183/2019 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que, a despeito da ausência de lei a regular a matéria, ditavam, inclusive, regras de atuação para as Autoridades Judiciárias³.

O ingresso do ANPP na legislação adjetiva brasileira teve origem no Projeto de Lei 10.372/2018, da Câmara dos Deputados, como produto do trabalho de uma comissão de juristas⁴ presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, instituída em 10 de outubro de 2017, por ato da presidência daquela casa legislativa⁵.

Em meio à tramitação do Projeto, em janeiro de 2019, o então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, encaminhou o Projeto de Lei 882/2019, batizado de Pacote Anticrime, que, no que pertine ao tema, previa o acordo de não persecução penal para as infrações penais com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos.

Os projetos que inicialmente tramitaram em paralelo foram, juntamente com o Projeto de Lei 10.373/2018, apensados ao primeiro e desaguaram no Substitutivo do

3 Referência aos parágrafos 5º e 6º da Resolução 183/2018 do CNMP que assim dispõe:

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências (...). Em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>. Acessado em 15/05/2020.

4 Além do Min. Alexandre de Moraes, compunham a Comissão, os juristas Cesar Mecchi Morales (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Doutor em Direito Constitucional e Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária), Érica de Oliveira Hartmann (Defensora Pública Federal, Doutora em Direito Processual Penal), Gianpaolo Poggio Smanio (Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Doutor em Direito Processual Penal), José Bonifácio Borges de Andrada (Subprocurador-geral da República, ex-Advogado-Geral da União), Mônica Barroso Costa (Promotora de Justiça do Estado da Bahia, mestre em Ciências Penais e Criminologia, integrante do CNPCP), Patrícia Vanzolini (Advogada, Doutora em Direito Penal), Renato da Costa Figueira (ex-Presidente da OAB/RS, Conselheiro Federal da OAB) e Renato de Mello Jorge Silveira (Advogado, Professor Titular de Direito Penal na USP).

5 É comum se atribuir a origem das alterações da legislação penal trazidas pela Lei 13.964 ao “Pacote Anticrime” do então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, contudo, na tramitação do Projeto 882/2019, ele acabou sendo declarado prejudicado em face da aprovação em Plenário do Substitutivo ao Projeto de Lei 10.372, de 2018 (<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>).

Projeto de Lei 10.372, da Relatoria do Deputado Federal Lafayette de Andrada⁶, aprovado pela Câmara e pelo Senado e sancionado pela presidência da República.

Cumpram ainda ressaltar que o conteúdo do texto legal, em vários dos dispositivos do CPP, é idêntico ao da Resolução 183/2018 do CNMP.

A importância do tema é enorme, tendo em vista que o acordo de não persecução penal é apto a abarcar um percentual altíssimo da quantidade de infrações penais. Assim, oportuno nos debruçarmos sobre este instrumento para apresentarmos as nossas primeiras impressões sobre o tema.

2 PROCESSO PENAL CONSENSUAL

Muito embora seja possível encontrar na história da elaboração e da construção da legislação brasileira um sopro de justiça penal consensual já no art. 233, §1º, do Projeto de Lei 633/75⁷, foi a partir de 1995, com a entrada em vigor da Lei 9.099, que o direito processual penal brasileiro passou a conviver com medidas de justiça consensual positivadas e que se contrapuseram às concepções construídas doutrinariamente a partir do conjunto de normas extraídas do Código de 1941⁸, como o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública⁹.

6 O Substitutivo do Projeto está disponível no site da Câmara dos Deputados, em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1841955&filename=Tramitacao-PL+10372/2018, acessado em 16 de maio de 2020, e o Projeto de Lei 10.372/2018 em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E68B0A86E5E3D5F8D40E88F0B2E24618.proposicoesWebExterno1?codteor=1718746&filename=Avulso+-PL+10372/2018, acessado em 16 de maio de 2020.

7 Tal Projeto teve seu Anteprojeto elaborado pelo Prof. José Frederico Marques e revisado, inicialmente, pelos Professores Benjamin Moraes Filho e José Salgado Martins, e, posteriormente, pelo Prof. Helio Tornaghi, além de seu próprio autor. Assim dispunha o Projeto no art. 233, § 1º. *“Tratando-se de processo de ação penal pública, dar-se-á a perempção nos casos expressamente previstos neste Código, quando o réu, por aceitar a pena de multa imposta, desistir, tacitamente, de exercer os poderes e faculdades inerentes a seu direito de defesa, para que se extinga a relação processual”*. Disponível no site eletrônico da Câmara dos Deputados, em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_A.pdf#page=1. Acesso em 07 de maio de 2020.

8 Cumpre recordar que antes do Código de Processo Penal de 1941 não existia uma legislação processual penal unitária na Federação, sendo elaborada pelos Estados da Federação. Com ensina Gloeckner em *Autoritarismo e Processo Penal*, até a Constituição de 1934, que definiu a competência da União para legislar sobre matéria processual penal, vigia um sistema penal pluralista, cujas características, bases ideológicas e políticas de cada Estado definia o andar e a forma do Processo Penal.

9 Entendemos inadequado e constitucionalmente inadaptado o tratamento da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada como um princípio processual. Defendemos a posição de que o princípio que rege a atuação do Ministério Público no processo penal brasileiro é o da legalidade, o que é possível extrair do disposto no art. 98, I, da Constituição Federal, quando prevê a transação, o que será abordado no próximo tópico.

A partir de então, vários outros dispositivos legais positivaram o alargamento e a ampliação da justiça consensual no Brasil.

As Leis 9.807/99¹⁰ e 12.850/13¹¹, com as alterações também introduzidas pela Lei 13.964/19¹², preveem a possibilidade de composição com o Ministério Público, com o fim de obter redução de pena, melhor regime de cumprimento ou, até mesmo, o perdão judicial em sentença penal condenatória, em troca da confissão e do acesso a elementos de prova capazes de demonstrar a responsabilidade criminal de terceiros.

Diferentemente destas, a transação penal (Lei 9.099) e o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) não se constituem em acordos que se vinculam a um juízo penal condenatório. Da mesma forma, a suspensão condicional do processo, do art. 89 da Lei 9.099. Em nenhum destes institutos há juízo de culpabilidade em relação ao réu ou sentença que enfrente o mérito dos fatos imputados. Tanto na transação como no Acordo, a prestação jurisdicional se dá por meio de uma sentença homologatória da composição que não gera reincidência, maus antecedentes ou qualquer outro efeito que não a impossibilidade de lançar mão de nova transação penal ou acordo de não persecução penal¹³. A suspensão

10 Lei de Proteção a vítimas e testemunhas:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: (...)

Art 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

11 Art. 4º 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: (...)

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

12 Dentre outros dispositivos:

Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico-processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

13 A composição por transação penal impede a realização de nova transação penal ou acordo de não persecução pelo prazo de cinco anos. Não há previsão legal de que a existência de acordo de não persecução penal impeça uma futura transação penal.

condicional do processo, por sua vez, se dá com o recebimento da denúncia, sendo que após sua oferta pelo titular da ação penal, aceitação e cumprimento, pelo réu, das condições entabuladas, é declarada extinta a punibilidade.

Independentemente das diferenças entre elas, tais leis foram, pouco a pouco, alterando o papel desempenhado pela advocacia, defensoria e Ministério Público, a exigir uma maior atuação fora do processo propriamente dito e criar espaços de interlocução e negociação.

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE VS. OPORTUNIDADE

Durante décadas reconheceu-se sem qualquer reparo, no processo penal brasileiro, em relação aos crimes de ação penal pública, o princípio da obrigatoriedade, segundo o qual *é dever do Ministério Público oferecer denúncia quando há um ato aparentemente delitivo*¹⁴. Embora sem previsão expressa no Código de Processo Penal, foi dele erigido a partir do seu conjunto de normas e sustentado, de forma ao que consta uníssona, durante décadas pela doutrina brasileira. Obrigatoriedade esta que vedaria ao *parquet*, apesar da titularidade da ação penal pública, *qualquer juízo de discricionariedade ou qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença da conduta delituosa e desde que satisfeitas as condições da ação penal*¹⁵.

A transação penal e o acordo de não persecução subvertem a regra de que o Ministério Público deverá oferecer denúncia diante de fato que apresentem consistentes indícios de materialidade e autoria. A partir da entrada em vigor da Lei 13.964, é potencialmente maior a possibilidade de construção de consensos do que o oferecimento formal da acusação. A quantidade de tipos penais à disposição para a celebração de composições é maior do que para o oferecimento direto da denúncia.

Frente a tal situação, vemo-nos obrigados a traçar algumas linhas sobre o reforço do princípio da legalidade. Ao mesmo tempo em que não podemos conceber

14 Brandão, Cláudio. *Ontologia da Ação Penal*. Revista de Informação Legislativa. p. 242. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/436/r140-24.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acessada em 07 de maio de 2020.

15 OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal* – 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121.

a obrigatoriedade da ação penal como um princípio do processo penal brasileiro, pós-1988, da mesma forma, a nós parece bastante incorreta a afirmação de que passamos a adotar o princípio da oportunidade no nosso sistema processual.

O princípio que rege o funcionamento do processo penal brasileiro é o da legalidade. Princípio assim trazido na lição de Jorge Figueiredo Dias¹⁶:

A consagração do princípio da legalidade, em princípio e face ao que fica dito, de aplaudir; ele preserva um dos fundamentos essenciais do Estado de Direito, enquanto põe a justiça penal a coberto de suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio. Se fosse possível aos órgãos públicos encarregados do procedimento penal apreciar da conveniência do seu exercício e omiti-lo por inoportuno, avolumar-se-ia o perigo do aparecimento de influências externas, da ordem mais diversa, na administração da justiça penal e, mesmo quando tais influências não lograssem impor-se, o perigo de diminuir (ou desaparecer) a confiança da comunidade na incondicional objetividade daquela administração.

Nereu Giacomolli é preciso ao estabelecer que a oportunidade se encontra em contraposição teórica à legalidade processual. Para ele, um sistema processual se fundamenta na oportunidade quando os responsáveis pela persecução penal, diante de fatos com aparência de infração criminal, investigam ou não, denunciam ou não, e dispõem sobre fatos, sobre a classificação jurídica, sobre a pena e sobre quem sofrerá ou não a *persecutio*; além disso, o Ministério Público poderia manter ou não uma acusação e sua forma procedimental¹⁷.

As previsões do art. 98, I, da Constituição Federal, do art. 76, da Lei 9.099/95, e do art. 28-A, do Código de Processo Penal, não consagram de forma alguma o princípio de oportunidade, mas indicam a presença de requisitos e dispositivos que conduzem à conclusão de que impera o princípio da legalidade.

O entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça, de que a suspensão condicional do processo não é um direito subjetivo do acusado e tampouco uma liberalidade do Ministério Público, mas sim um poder-dever¹⁸ do órgão acusatório, indica claramente que não se está diante de uma oportunidade, mas de uma clara exigência legal. Cumpre ao Ministério Público não optar por apresentar ou não a oferta da suspensão, mas sim oferecê-la toda vez que estiverem preenchidos os

16 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 128.

17 GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 278.

18 Em http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%20C3%AAncia%20em%20teses%2096%20-%20Juizados%20Especiais%20Criminais%20-%20II.pdf. Acesso em 16 de maio de 2020.

requisitos. É o que se espera numa perspectiva republicana de instituição tão importante para a efetivação da democracia.

Na lição de Nereu Giacomolli, *o poder de dispor sobre a dedução ou não de uma imputação, de propor ou não a suspensão condicional do processo, limita-se pelos pressupostos fáticos e jurídico-legais*¹⁹. A atuação do Ministério Público se limita ao legalmente estabelecido²⁰. Lição perfeitamente aplicável ao acordo de não persecução penal.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Em meio a toda celeuma existente acerca da introdução ou não do *plea bargaining* no Brasil, o modelo consensual aprovado foi o acordo de não persecução penal, que podemos sintetizar nos seguintes termos: é uma composição realizada entre o Ministério Público e o Acusado, devidamente representado, na qual, diante da confissão, preenchidos determinados requisitos e cumpridas certas condições, não será oferecida denúncia e declarada extinta a punibilidade.

Em que pese o detalhamento dos requisitos e condições trazido no CPP, não temos a menor dúvida de que se dependerá bastante da construção jurisprudencial para a superação de lacunas e construir a hermenêutica adequada das normas, assim como cremos que muito dela estará diretamente ligada à interpretação já construída pela jurisprudência em relação à transação penal e à própria suspensão condicional do processo.

Cumpra, finalmente, ingressarmos no cerne da presente análise: os requisitos exigidos para a realização do acordo de não persecução penal.

4.1 Requisitos previstos na Lei 13.964/2019

A partir da leitura do *caput* e parágrafos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964, identificam-se os requisitos para a oferta do acordo de não persecução penal. Ainda que com brevidade, respeitados os limites do texto e sua característica de ser resultado de *primeiras leituras*, cumpre-nos comentar tais requisitos:

¹⁹GIACOMOLLI, Nereu. Op. cit. p. 279.

²⁰Idem.

(i) Não ser caso de arquivamento do procedimento criminal

Antes mesmo da proposta de acordo de não persecução penal, é necessário que o Ministério Público faça a devida análise do preenchimento dos requisitos para oferta de denúncia. Eventual proposta referente a fato que não esteja amparado nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 395 do Código de Processo Penal - preenchimento dos pressupostos processuais e das condições para o exercício da ação penal, além da existência de justa causa para o oferecimento da denúncia - constitui constrangimento ilegal.

Cabível, no ponto, analogicamente, a aplicação de procedimento defendido em relação à oferta de Transação Penal. Infrutífera a composição civil, é necessário o respeito à ordem cronológica prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95²¹.

Dessa forma, cumpre, primeiramente, ao agente do Ministério Público, em observância ao princípio da legalidade, analisar se o fato trazido ao seu conhecimento deve ser arquivado ou não, para, somente após, caso não o seja, propor a aplicação imediata de pena. O acordo de não persecução, assim como já fazia a Lei dos Juizados Especiais, exige, portanto, do órgão do Ministério Público uma conduta comprometida com um Processo Penal Democrático. O desrespeito da ordem prevista no referido dispositivo legal geraria evidente constrangimento ilegal, uma vez que importaria apreciação prematura de proposta de acordo de não persecução em procedimento criminal por fato que não ensejaria o oferecimento de denúncia.

No que diz respeito à existência de suporte probatório mínimo para a transação penal, no que entendemos aplicável, igualmente, ao acordo de não persecução penal, há quase uma década o Superior Tribunal de Justiça mantém o seguinte entendimento: *“4. Para que se dê início à persecução penal, ainda que na forma de proposta de transação penal, deve haver suporte probatório mínimo, uma vez que a responsabilidade penal não pode ser presumida, mas deve ser demonstrada. 5. Ordem concedida para extinguir a proposta de transação penal e trancar o procedimento investigatório criminal, por ausência de justa causa²².”*

21 Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

22 STJ. HC 226.512/RJ. Sexta Turma. Relator Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 09.10.2012.

(ii) Confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal

Dois temas são objeto de atenção em relação ao segundo requisito do art. 28-A: momento para a confissão e no que ela consiste.

Mesmo que discordemos da previsão, uma vez que ela viola a presunção de inocência em caso de desfazimento futuro do acordo e conseqüente oferecimento da denúncia²³, não temos a menor dúvida acerca da necessidade da confissão para a formalização do ANPP, independentemente de qualquer manifestação anterior do acusado.

É importante salientar, contudo, que a confissão que se exige do Investigado para a celebração do Acordo pode ocorrer independentemente da verificação de silêncio ou da apresentação de versão dos fatos diversa da confissão na fase investigatória.

Tal ponderação tem relevância para que não se viole, sob nenhum argumento, o direito ao exercício da defesa pessoal do acusado no processo penal brasileiro.

A mudança de versão do acusado sobre os fatos é corolário do exercício do direito fundamental à ampla defesa, podendo ocorrer na fase processual em comparação ao que fora dito na investigação ou mesmo, como sói ocorrer no procedimento relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri, em interrogatórios diversos já durante a instrução do processo.

Assim, a não confissão até que preenchido o requisito da pena mínima ser inferior a 4 anos, não poderá ser impedimento à oferta - hipótese que será mais adiante desenvolvida, relativa ao preenchimento do requisito apenas quando da apreciação judicial da imputação excessiva.

Ainda, consta que a confissão deva ser formal e circunstanciada. A partir do uso de tais adjetivos, concluímos que o legislador pretende que ela se dê perante o Ministério Público ou, até mesmo, diante da Autoridade Policial, em ato voltado para ouvir o Investigado. Além disso, deve ele explicitar as circunstâncias em que o crime fora praticado.

²³ Art. 28-A. (...) § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

Importante consignar que um acordo de não persecução penal não pode se confundir com um acordo de colaboração premiada, não sendo exigível do Investigado que traga ao conhecimento do *parquet* detalhes sobre a participação de outras pessoas na prática delitiva.

O ANPP não é um instrumento investigatório. Não há nada no texto legal que possa levar à conclusão diversa, diferentemente do que se viu em relação às leis 9.807 e 12.850. O acordo de não persecução é uma forma de desobrigar a realização do processo, diante de um investigado que, cumpridor dos requisitos fixados, não responderá a um processo criminal e, ao final, terá extinta a sua punibilidade.

A própria veracidade da confissão não necessita ser demonstrada. Cumpre ao Investigado assumir a prática do fato imputado (e não da classificação jurídica), com descrição coerente e compatível com o que se lhe atribui.

Por fim, justamente por estarmos diante de relevante decisão, deverá ser concedido razoável tempo à defesa para a apreciação da proposta. Não há obrigatoriedade de pronta resposta. A pretensão de se ter celeridade processual não pode ser fonte para atropelos. O termo *acordo* parte do pressuposto que as partes concordem, cheguem a um bom termo para ambas, não sendo decisão e imposição acusatória. Ainda que em situação diversa, mas analógica, já houve manifestação do Poder Judiciário neste sentido:

“A despeito do silêncio da Lei Processual Penal quanto ao prazo mínimo de antecedência com o qual as partes devem ser intimadas para comparecer em juízo, é certo que, para que sejam efetivamente assegurados o contraditório e a ampla defesa, é indispensável que a intimação do acusado para comparecer em audiência seja feita com antecedência razoável, mormente em se tratando de ato designado para formalização de proposta de suspensão condicional do processo.”²⁴.

(iii) Infração penal cometida sem violência ou grave ameaça

A exigência de aplicabilidade do ANPP apenas para as infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça é opção de política criminal. A vedação a tais formas de conduta segue linha de pensamento identificada desde a Lei 9.714/98, que alterou os artigos do Código Penal que tratavam da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, passando a autorizá-la quando

²⁴TJMT. Apelação Criminal n. 00027464020148110009329482018. Terceira Câmara Criminal. Relator Desembargador Gilberto Giraldelli. Julgado em 13.06.2018.

a pena aplicada não fosse superior a quatro anos e o crime no fosse cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa²⁵.

Trata-se de um critério objetivo em que o legislador desconsidera o tipo e o grau de violência empregado na conduta. Há casos em que o potencial lesivo da violência ou da ameaça, mesmo que grave, são baixos, tanto que as penas atribuídas pelo legislador são mínimas e a ação penal depende, em algumas situações, de representação da vítima. Seja pelo fato de termos um desvalor da ação e/ou do resultado desprezíveis, mais adequado seria avaliar a compatibilidade do tipo penal com a instituição político-criminal do ANPP. Tais avaliações poderiam decorrer da própria pena cominada. Fato é que muitas vezes temos penas cominadas desproporcionalmente aos bens jurídicos ofendidos.

(iv) Pena mínima abstratamente prevista inferior a 4 (quatro) anos

Mesmo que a opção legislativa tenha sido expressiva e contemple grande número de tipos penais, entendemos que a opção quanto ao limite temporal em questão contrariou a harmonia do sistema no que tange às hipóteses de aplicação de medidas descarcerizadoras.

Desde o *sursis*, na parte geral de 1984, que previu a possibilidade de suspensão condicional da pena quando ela não fosse superior a dois anos, passando pela possibilidade de transação penal, na redação original da Lei 9.099/95 (pena máxima não superior a um ano) ou na alteração trazida pela Lei 11.613 (pena máxima não superior a dois anos), pela suspensão condicional do processo (crimes com pena mínima cominada igual ou inferior a um ano) assim como nas alterações trazidas pela Lei 9.714/98 (pena não superior a quatro anos), os dispositivos legais que traziam normas descarcerizadoras utilizaram o critério de inclusão do tempo limite. Tal técnica faz todo sentido, uma vez que ao se estabelecer um limite para a aplicação de uma regra jurídica, tal marco deve ser dotado de máxima certeza e clareza possível ao destinatário da norma.

Explicamos.

25 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Até o presente momento, não temos em nosso ordenamento jurídico penas cujo mínimo cominado seja maior do que 3 (três) e menor do que 4 (quatro) anos de detenção ou reclusão - não há, por exemplo, nenhum delito com pena cominada de três anos e seis meses de pena privativa de liberdade. Dessa forma, o presente requisito, ressalvada a incidência *a priori* de causas de diminuição de pena (minorantes), em verdade, tem aplicação limitada aos crimes cujas penas mínimas cominadas não ultrapassam três anos de privação de liberdade.

Por todos os exemplos acima, tanto do ponto de vista de política criminal como do de construção harmônica da legislação penal²⁶, mais adequada seria a aplicabilidade do ANPP para imputações referentes a infrações penais com penas mínimas inferiores ou iguais a quatro anos.

(v) Ser o acordo necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

A amplitude da previsão trará necessidade de que o Ministério Público fundamente adequadamente a recusa em oferecer o acordo de não persecução penal. Não se trata de um requisito que exija fluxo de demonstração no sentido de ser o acordo suficiente e necessário para a prevenção e repressão do crime pelas partes. Exige-se fluxo contrário, no sentido da necessidade de justificar-se o motivo pelo qual o acordo não é suficiente e necessário para a reprovação da infração penal.

Para tal conclusão, pelas características da exigência legal, ao que nos parece, a jurisprudência deverá adotar o mesmo critério interpretativo utilizado em relação ao inciso III do §2º do art. 76 da Lei 9.099²⁷.

26A falta de harmonia é explicável, uma vez que a redação do *caput* do art. 28-A é muitíssimo próxima a do art. 18 da Resolução 181/2017, do CNMP, alterada pela Resolução 183/2018. “Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:”. É possível que o legislador tenha se preocupado mais em utilizar os critérios sugeridos pelo Ministério Público do que com a harmonia do sistema legal brasileiro.

27 “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 3º, I, E ART. 4º, A, AMBOS DA LEI N. 4.898/65. NULIDADE. DETERMINAÇÃO DE INDICIAMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRANSAÇÃO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Com o recebimento da denúncia, a princípio, não mais se justifica o indiciamento formal do acusado (precedentes). II - O recorrente foi denunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 3º, i, e no art. 4º, a, ambos da Lei n. 4.898/65, sendo-lhe negado o benefício da transação e da suspensão condicional do processo. III - O Ministério Público, ao não ofertar os benefícios da Lei

(vi) Não cabimento de transação penal

Neste ponto, relevante referir que naqueles casos em que é cabível a transação penal, não pode o acusador decidir pela oferta de ANPP. Trata-se de previsão que pretende garantir ao imputado a prevalência de direito que mais o beneficia. A transação penal é mais benéfica pois não exige a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, a renúncia a bens e direitos indicados como instrumento, proveito ou produto do crime, e, principalmente, por não estabelecer como condição para sua implementação a confissão do acusado, o que reduz, inclusive, efeitos cíveis da transação penal, em relação ao ANPP

(vii) Investigado não reincidente e inexistência de elementos probatórios que indiquem conduta habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

Ainda que a previsão seja compatível com demais hipóteses “despenalizadoras”, tem-se mais um exemplo da opção político-criminal que privilegia o “direito penal do autor” em detrimento ao “direito penal do fato”. Quanto ao tema, assim define Claus Roxin²⁸, citando Blockelmann:

Por **Derecho penal del hecho** se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de esse tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en futuro se esperam del mismo. Frente a esto, se tratará de un **Derecho penal de autor** cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su associalidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. “Lo que hace hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea ‘tal’ se convierte en objeto de censura legal”; “alli donde entre los presupuestos de la cominación penal se incluye algo distinto y más que el si y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autos, estamos ente un sistema en que la pena se dirige al autor como tal”.

9.099/95, deve fundamentar adequadamente a sua recusa. A recusa concretamente motivada não acarreta, por si, ilegalidade sob o aspecto formal (precedentes). Recurso ordinário parcialmente provido apenas para anular a determinação judicial de indiciamento do recorrente e todos os efeitos dela decorrentes.” RHC 60445/SP. STJ. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. DJe 13/05/2016.

28 ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General* - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito. 1ª Ed. 2ª Reimpresão. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 176 e 177.

Por tais razões, aliás, que a reincidência só persiste no Código Penal da Alemanha como um elemento de análise para a concessão do livramento condicional. Quanto à derrogação do § 48 do Código Penal Alemão, é o próprio Claus Roxin quem explica²⁹:

Lo propio sucede en la agravación de la pena por reincidencia del § 48 v a., que pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de vida y por tanto inconciliable con el principio de la culpabilidad por hecho; pues bien, tal precepto fue derogado, bajo la presión de la crítica contra el mismo, por la 23ª StrÄg de 13-04-1986. Y de tal decisión legislativa cabe deducir que también hay que dar preferencia em los demás terrenos a las interpretaciones propias del Derecho penal del hecho frente a las interpretaciones eventualmente posibles em el sentido del Derecho penal del autor, em los casos em que estas últimas fundamentaran una pena más elevada.

Vê-se, portanto, a reincidência como uma opção que não se coaduna com o Direito e o Processo Penal democráticos.

Além da reincidência, a lei traz a impossibilidade de realização do acordo diante de habitualidade, reiteração ou do agir profissional criminoso.

É importante salientar que a demonstração da habitualidade/reiteração/agir profissional deve ser precisa e **não se confundir com continuidade delitiva ou com a prática de delito que se prolongue no tempo** (crime permanente).

Na fundamentação, o órgão do Ministério Público deverá demonstrar, a partir da existência de outras condenações, sob pena de se atribuir a habitualidade a infrações penais que sequer ensejaram juízo definitivo de culpabilidade em relação ao acusado.

(viii) Não ter o agente realizado, nos cinco anos que precedem o cometimento da infração penal, transação penal, suspensão condicional de processo ou acordo de não persecução penal

A presente previsão traz a necessidade de ainda mais cautela à decisão de aceitar proposta de transação penal, assim como reforça a importância de se analisarem os requisitos para oferecimento de denúncia antes do oferecimento de transação penal.

O alerta aqui é importante. O aceite da transação penal não pode ser concebido como uma saída mais cômoda ao autor do fato em um processo de

²⁹ *Ibid.* p. 186.

competência do Juizado Especial Criminal. A vedação do art. 28-A, § 2º, III, traz mais uma consequência decorrente da aceitação de tal oferta e que deve ser do conhecimento do investigado.

Quanto à impossibilidade de já ter aceito suspensão condicional do processo, trata-se de inovação legislativa, uma vez que, segundo a previsão legal de tal instrumento, sua aceitação não traz como consequência qualquer vedação a uma nova concessão. Agora, temos um óbice a um eventual acordo de não persecução penal futuro.

Por fim, o critério de 5 (cinco) anos adotado se enfileira de acordo com a regra-geral da produção de efeitos em prejuízo ao investigado/denunciado/réu, nas previsões características de Direito penal do autor do direito material e processual penal brasileiro, construída a partir do limite dos efeitos da reincidência.

(ix) Inaplicabilidade aos casos de violência doméstica ou familiar³⁰ ou praticados contra mulheres por razões da condição do sexo feminino

A previsão é compatível com recentes alterações legislativas e políticas afirmativas de gênero. A proibição de aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher adveio do art. 41 da Lei Maria da Penha³¹ e da interpretação consolidada do Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 536, e do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19.

A vedação trazida não se refere aos crimes praticados com violência física ou grave ameaça, pois, como regra, em relação a tais casos já haveria impossibilidade de realização do Acordo, pelo requisito analisado no item “iii”.

30 A Lei 11.340/06 define no que consiste a violência doméstica: *Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.*

31 Lei n.º 11.340/2006. (...) Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Contudo, além da violência física e sexual, são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme o art. 7º da Lei 11.340³², a violência psicológica, a violência patrimonial e a violência moral.

Assim, a prática de qualquer crime em que se verifique alguma destas três formas de violência doméstica e familiar contra a mulher impedirá a realização do Acordo.

5 PROBLEMATIZAÇÕES NECESSÁRIAS EM NOME DA ISONOMIA E HARMONIA DO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Cumpra, diante de todas as inquietações que surgem do tema, expor algumas problematizações que entendemos pertinentes e cujo posicionamento se exigirá do Poder Judiciário.

5. 1 Inexistência de limite temporal absoluto para o acordo de não persecução penal

A leitura do *caput* do artigo 28-A do CPP traz a impressão de que o único momento oportuno para que seja firmado o acordo de não persecução penal é anteriormente ao oferecimento de denúncia. Somado a isso, o próprio conceito corrobora com esta ideia, uma vez que é firmado acordo para que não ocorra o processo, ou seja, não seja iniciada a persecução penal.

32 Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Pretendemos apresentar, neste tópico, algumas situações concretas que nos conduzem à interpretação diversa, concluindo ser cabível o acordo ainda que em momento posterior à própria instrução processual, tanto nos processos iniciados antes da entrada em vigor da lei, como naqueles que tiverem início quando já era possível a realização do Acordo.

Inicialmente, cabe referência aos processos em andamento. Nestes casos, preenchidos os requisitos legais, ainda que com denúncia recebida, entende-se que deve ser questionado o réu sobre interesse em promover o acordo de não persecução penal. Não caberia interpretação de que a irretroatividade da lei processual penal inviabilizaria a oferta. Trata-se de novo direito público subjetivo dos acusados - ou poder-dever do Ministério Público - que deve ter aplicação imediata ou, ainda, de imposição de análise quanto ao cabimento da oferta, pelo Ministério Público, decorrente do princípio da legalidade. Tal circunstância ensejaria análise mesmo naqueles casos que estão em fase recursal. Pela pertinência temática, merece ser integralmente transcrita ementa de recente acórdão do Tribunal Regional da 4ª Região:

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME. NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. ATENUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONDUTA DELITIVA. APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019. QUESTÃO DE ORDEM SOLVIDA.

1. O acordo de não persecução penal consiste em novatio legis in melius, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento.

2. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. no 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma).

3. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo grau), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP.

4. Descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias.

5. É permitido ao Tribunal examinar, desde logo, a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal.

6. Hipótese em que se afasta eventual invalidade da sentença pela lei posterior à sua prolação, mas cria-se instrumento pela via hermenêutica de efetividade da lei mais benéfica.

7. Constatada pela Corte Recursal a ausência dos requisitos objetivos para oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, admite-se o prosseguimento, desde logo, do processo no estado em que se encontrar.

8. Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo.

9. Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários.

10. Não sendo oferecido o acordo de não persecução penal, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP.

11. O art. 28-A do Código de Processo Penal silencia quanto a eventual restrição de aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes praticados em concurso (seja material ou formal) e o concurso de crimes apenas se mostra relevante e intransponível para o oferecimento do acordo de não persecução penal quando o somatório das penas mínimas ou a pena concreta - no caso de sentença condenatória já proferida - for igual ou superior a 4 (quatro anos).

12. Questão de ordem solvida para determinar a suspensão do feito e da prescrição, para que seja remetido ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019.³³

O Ministério Público Federal, por sua 2ª Câmara Criminal, editou o enunciado número 98, segundo o qual “É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes. Alterado na 184ª Sessão Virtual de coordenação, de 09/06/2020.”.

Agir de modo diverso poderia ensejar tratamento diferenciado injustificado e aleatório. Digamos que duas pessoas, “A” e “B”, em situação similar, praticam infrações penais idênticas contra vítimas diferentes no mesmo dia. Realizada a investigação, o inquérito de “A” é distribuído, num mesmo dia, à Promotora “X” e o da “B”, ao Promotor “Y”. Suponhamos que a Promotora “X” seja mais diligente que o Promotor “Y”, e, assim, oferece a denúncia no dia 21 de janeiro de 2020, tendo sido recebida pelo Juiz “W” no dia seguinte. O Promotor “Y”, apenas resolve acessar o conteúdo do inquérito em 18 de maio de 2020, quando percebe ser cabível o ANPP e entra em contato com o defensor de “B” para propor ao acordo. O aleatório precisa ser limitado pela jurisprudência para que se administre a justiça de forma isonômica.

33TRF4. Apelação Criminal n. 5004135-89.2018.4.04.7016. Oitava Turma. Relator Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Julgado em 13.05.2020.

5. 2 Excesso de acusação e erro

Outra questão que merece máxima relevância decorre das hipóteses de não cabimento do ANPP por haver excesso de acusação ou erro. Tais circunstâncias poderão apenas ser reconhecidas quando da sentença ou mesmo na fase recursal, seja por desclassificação da imputação, seja por parcial absolvição. Em qualquer das situações, passará, tanto na sentença, quanto no acórdão, a ser preenchido o requisito objetivo da quantidade mínima de pena cominada para o crime, o que deverá fazer com que o Ministério Público ofereça a proposta. Desta forma, deve ser lido o instituto não apenas como um acordo para não persecução penal completa, mas também como para o não prosseguimento de persecução penal já existente.

O excesso da acusação, reconhecido pelo Poder Judiciário, não poderá trazer prejuízo ao réu, ainda maior do que já trouxe no processo, e inviabilizar que exerça direito público subjetivo - ou o poder-dever do Ministério Público. De outro modo, alterada a imputação a partir do reconhecimento pelo julgador, passa o Ministério Público a ter o dever de analisar o cabimento de oferta do acordo. Passível de debate como deveria acontecer o procedimento para instruir o expediente do ANPP. Evitando que seja proferida decisão e encerre a jurisdição, deve o julgador, ao absolver parcialmente o acusado ou desclassificar a imputação, provocar o Ministério Público a avaliar a possibilidade de oferta do ANPP.

O tema trazido acima não é novo, ainda que o instituto o seja. Situação similar já ocorre com a suspensão condicional do processo, que também tem entre um de seus requisitos a pena cominada no tipo penal imputado. Por isso, entendemos tratar-se de hipótese de interpretação análoga à dada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 337, segundo a qual, *é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva*.

Por outro lado, ganha ainda mais importância a não protocolar apreciação de uma denúncia ofertada, seja no primeiro dos recebimentos, seja na análise dos argumentos trazidos quando apresentada Resposta à Acusação. No mesmo sentido, cuidadosa análise deverá ser feita no julgamento de Habeas Corpus impetrado para atacar decisão que receber a denúncia e/ou deixar de rejeitá-la ou absolver sumariamente o réu. Responder processo indevido é causa de constrangimento

ilegal desde sempre. No caso específico, além disso, ensejaria efeito prático que é a inviabilização do acordo de não persecução penal.

Em qualquer das hipóteses, o fato de o réu não ter confessado a prática do crime imputado ao longo da instrução processual não pode ser fundamento da negativa do ANPP pelos motivos antes expostos quando tratamos dos requisitos para a oferta. Uma vez reconhecida a possibilidade de acordo em decorrência de excesso acusatório, deve-se possibilitar ao réu sua efetivação, independentemente da estratégia defensiva adotada ao longo do processo, porquanto o exercício regular de um direito constitucionalmente assegurado não pode ser, em qualquer hipótese, interpretado em seu desfavor.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema é daqueles que instiga por possibilitar estudos acadêmicos de efeitos práticos. Trata-se de oportunidade de transformação no processo penal brasileiro por meio do consenso, mas sob risco de banalização e aplicação apenas como instrumento de redução de volume de processos. A maturidade no estudo da matéria está produzindo outros textos, já encaminhados. Muitos interessantes temas não foram abordados no presente trabalho, pelos limites existentes, e o serão futuramente. Destacamos o aprofundamento da via consensual no processo penal marcado pelo litígio, a aplicabilidade do ANPP nas ações penais privadas, a capacitação dos profissionais para se adaptarem à nova cultura processual, o cabimento do acordo em relação à parte das imputações, tanto quando houver confissão limitada a um crime quanto quando o concurso de delitos inviabilizar o acordo global, a exigências de reparação do dano como requisito para o acordo em processos em que imputados crimes tributários, a aplicabilidade do acordo aos crimes ambientais imputados à pessoa jurídica e tantos outros.

Por fim, concluímos com as palavras de Nereu Giacomolli, ao tratar da transação penal, mas que se estendem ao presente tema...

...é imprescindível à prestação da tutela jurisdicional efetiva, bem como ao gozo do amplo direito de defesa, que o autor do fato tenha ciência e compreenda todas as possibilidades que possui no processo penal, para que possa fazer sua opção com capacidade cognitiva e intelectual entre a aceitação da medida antecipada e o processo penal tradicional. A aceitação há de resultar de um ato voluntário, sem qualquer espécie de coação, indução ou outro vício que possa macular a vontade do autor do fato. Para

tanto é imprescindível uma prévia discussão acerca das possibilidades à disposição, sem negação do processo³⁴.

7 REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. *Ontologia da Ação Penal*. Revista de Informação Legislativa. p. 242. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/436/r140-24.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 07 mai. 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal – 16ª ed.* São Paulo: Atlas, 2012.

PORCIÚNCULA, José Carlos. “Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada (art. 4º da lei 12.850/13)” - Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais do VII. Seminário Nacional do IBADPP 2018 [livro eletrônico] / Diana Furtado Caldas; Gabriela Lima Andrade ; Lucas P. Carapiá Rios. - 1. ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General* - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. 1ª Ed. 2ª Reimpresión. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

34 GIACOMOLLI, Nereu. *Op. cit.* p. 284.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, PRIMEIRAS LEITURAS: PANORAMA, DIFICULDADES E ENFRENTAMENTO

NON-PROSECUTION AGREEMENT, FIRST READINGS: OVERVIEW, DIFFICULTIES AND CONFRONTATION.

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira¹
Rafael Braude Canterji²

RESUMO

A Lei 13.964/19 ampliou o escopo do já conhecido direito penal consensual. Com maior abrangência do que a transação penal e a suspensão condicional do processo, juntou-se a elas e trouxe para o campo da possibilidade de composição a maioria das condutas penalmente típicas. Diversos temas da nova previsão legal merecem destaque nestas primeiras leituras e certamente ainda serão objeto de muito debate doutrinário e jurisprudencial. No presente escrito procuramos apresentar a situação do direito penal consensual no Brasil, abordar questões principiológicas, revisar as hipóteses de cabimento e problematizá-las frente as características e harmonia do sistema processual penal, bem como abordar a problemática do excesso acusatório em relação ao tema.

PALAVRAS-CHAVES: Acordo de não persecução penal. Consenso. Processo Penal. Garantias. Lei anticrime.

ABSTRACT

Law 13.964/19 expanded the scope of the already known consensual criminal law. With greater scope than the criminal transaction and the conditional suspension of the process, it joined them and brought to the field of the possibility of composition most of the typical criminal conduct. Several themes of the new legal provision deserve to be highlighted in these first readings and certainly will still be the subject of much doctrinal and jurisprudential debate. In this paper we seek to present the situation of consensual criminal law in Brazil, to address principiological issues, to review the hypotheses of appropriateness and to problematize them in view of the characteristics and harmony of the criminal procedural system, as well as to address the problem of accusatory excess in relation to the subject.

KEYWORDS: Non-prosecution agreement. Consensus. Criminal proceeding. Guarantees. Anti-crime law.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Processo penal consensual. 3 Princípio da legalidade vs. Oportunidade. 4 O acordo de não persecução penal. 4.1 Requisitos previstos na Lei 13.964/2019. 5 Problematizações necessárias em nome da isonomia e harmonia do funcionamento do sistema processual penal brasileiro. 5.1 Inexistência de limite temporal absoluto para o acordo de não persecução pena. 5.2 Excesso de acusação e erro. 6 Considerações finais. 7 Referências.

¹ Advogado, Doutor em Direito (PUCRS) e Professor de Processo Penal e Criminologia da PUCRS.

² Advogado, Professor de Direito Penal da PUCRS e Conselheiro Federal da OAB.

LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E OS DESAFIOS À SUA EFETIVIDADE

ABUSE OF AUTHORITY LAW AND THE CHALLENGES TO ITS EFFECTIVENESS

Fernanda Marinela¹

RESUMO

A produção normativa não é garantia total de efetividade do texto legal. Partindo dessa reflexão, diversos são os desafios à efetividade da Lei n. 13.869/2019, intitulada “Lei de Abuso de Autoridade”. A norma criou 23 novos tipos penais, prevendo também sanções administrativas e cíveis aplicadas a qualquer agente público. Apesar de representar uma evolução e revogar a antiga Lei n. 4.898/1965 que tratava do tema, a norma atual já é alvo de sete ADIs propostas por diversas associações de autoridades jurídicas. Diante disso, com o intuito de apontar os principais percalços à efetividade da nova Lei de Abuso de Autoridade, este trabalho traça um panorama da evolução normativa acerca do tema, avaliando a Lei n. 13.869/2019 em paralelo com a Lei n. 4.898/1965.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso de autoridade. Efetividade. Lei 13.869/2019.

ABSTRACT

The normative production is not a complete guarantee of effectiveness of the legal text. Based on this reflection, there are several challenges to the effectiveness of Law no. 13.869/2019, entitled “Abuse of Authority Law”. The standard created 23 new criminal types, also providing for administrative and civil sanctions applied to any public agent. Despite representing an evolution and repealing the old Law no. 4.898/1965 that dealt with the subject, the current rule is already the target of seven Direct Actions of Unconstitutionality proposed by several associations of legal authorities. Therefore, in order to point out the main obstacles to the effectiveness of the new Abuse of Authority Law, this work traces an overview of the normative evolution on the subject, evaluating Law no. 4.898/1965.

KEYWORDS: Abuse of authority. Effectiveness. Law 13.869/2019.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 panorama da evolução normativa acerca do abuso de autoridade no brasil. 2.2 Desafios a efetividade da Lei n. 13.869/2019. 3 Considerações finais. 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A sistemática do ordenamento jurídico e da produção normativa não é garantia total de efetividade do texto legal, ou seja, do vigor da norma no meio social.

¹ Fernanda Marinela é Advogada, Conselheira no Conselho Nacional do Ministério Público, Conselheira Federal da OAB pelo Estado de Alagoas, Coordenadora de Comunicação da OAB Nacional, Professora do G7 Jurídico, Presidente de Honra da Comissão Nacional da Mulher Advogada – OAB/Mulher.

Compete à técnica legislativa – que desenvolve as hipóteses fáticas ínsitas nos textos legais – a tarefa de dosar a taxatividade necessária para que a letra da lei atinja à sua finalidade. A despeito disso, a incidência da Lei, transmutada em norma jurídica, é obra de interpretação motivada.

Partindo dessa reflexão, diversos são os desafios à efetividade da Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019, intitulada “Lei de Abuso de Autoridade”, haja vista que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade e representa evolução, revogando a Lei n. 4.898/1965 que tratava do tema.

A norma criou 23 novos tipos penais, prevendo sanções administrativas, cíveis e penais que podem ser aplicadas a qualquer agente público, servidor ou não, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes dos entes federados e Territórios como consta no seu artigo 2º². A abrangência do rol de sujeitos ativos é o mais amplo possível, incluindo a possibilidade de coautoria e participação de particulares.

Alvo de diversas ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em sua maioria manejadas por associações que representam a Magistratura, Ministério Público, Polícia Federal e Receita Federal, a norma tem sofrido diversas críticas de cunho político e jurídico. Contudo, a criminalização do abuso de autoridade não é novidade no direito comparado.

A legislação alemã, por exemplo, criminaliza a “violação ou torsão a direito” (*Rechtsbeugung* do §339 StGB) e a “persecução do inocente” (*Verfolgung Unschuldiger* do §344 StGB). A legislação espanhola pune o juiz ou magistrado que, intencionalmente, ditar sentença ou resolução injusta (artigo 446 do Código Penal espanhol).

O rigor francês, por sua vez, é vigoroso no combate ao abuso de autoridades, prevendo crimes como prolongamento indevido de prisão, desrespeito a inviolabilidade de domicílio e ao sigilo de correspondência. E nos Estados Unidos,

² Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; II - membros do Poder Legislativo; III - membros do Poder Executivo; IV - membros do Poder Judiciário; V - membros do Ministério Público; VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas. Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo.

no âmbito federal, há o crime de *privação do direito dos cidadãos* cujas punições são aplicação a quaisquer autoridades públicas.

A nova Lei que entrou em vigor em 03 de janeiro de 2020, embora reafirme muito do que já existe no direito brasileiro, representa um avanço ímpar na discussão dos limites e impessoalidade necessários ao *múnus* público de exercício do poder estatal.

Assim, o presente trabalho apresenta um panorama da evolução normativa acerca do abuso de autoridade no Brasil, possibilitando a compreensão dos afluentes que culminaram no texto da Lei n. 13.869/2019 para, então, sem pretensão de exaurir a discussão, apontar os principais percalços à efetividade da nova Lei de Abuso de Autoridade.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Panorama da evolução normativa acerca do abuso de autoridade no brasil

Apesar da Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019, figurar como marco moderno da repressão ao abuso de autoridade, esta pauta é debatida no Brasil desde 1891, quando na Constituição que inaugurou a era republicana foi previsto o seguinte:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 9º É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.

Afirmando a concepção republicana e democrática – inspirada na constituição estadunidense – em detrimento do regime monárquico, esta Constituição traz em seu bojo a representação da ideia de que o efetivo controle do poder estatal investido nas autoridades é intrínseco a concepção de república e democracia, haja vista que tal poder decorre do *múnus* público destas autoridades – o poder é em prol do interesse público, supremo e indisponível.

Esta expressão da repressão ao abuso de poder como garantia individual de denunciar e requestar punições às autoridades abusivas foi perpetrada pelas demais

constituições (Constituição de 1934 – artigo 113, 10³; Constituição de 1946 – artigo 141, § 37⁴; Constituição de 1967 – artigo 150, § 30⁵; Constituição de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional de 1969 – artigo 153, § 30⁶).

Todavia, a criminalização do abuso de autoridade somente ocorreu em 1965 com o advento da Lei n. 4.898, período de Ditadura Militar no Brasil e, segundo afirmações do autor do Projeto de Lei, Deputado Bilac Pinto⁷, a finalidade da norma, em suma, era auxiliar na efetivação das garantias e direitos constitucionalmente conquistados, os quais foram fortemente vilipendiados durante este período antidemocrático.

Importante ressaltar, fazendo um paralelo com a gênese da nova lei de abuso de autoridade (Lei n. 13.869/2019), a relevância do contexto histórico do nascedouro da antiga lei (Lei n. 4.898/1965), pois a gênese de uma norma, cartesianamente marcada pelo tempo-espaço, aponta um resultado ontológico de peculiares valores, propósitos e conceitos que ensejam sua criação e constituem-se balizas para sua compreensão e aplicação.

Observe que o período de ditadura militar, referência de autoritarismo extremo, que iniciou em 1º de abril de 1964 acabou servindo como “catalizador” para o processo de criminalização do abuso de autoridade, considerando que a discussão iniciada em 1956, ano da propositura do PL n. 952, somente teve fim em 09 de dezembro de 1965, com o início da vigência da Lei n. 4.898 – pouco mais de um ano do início da Ditadura Militar no Brasil.

Outrossim, para a nova Lei 13.869/2019 a doutrina tem apontado como “catalizador” a operação Lava Jato⁸, considerando-a como uma reação política contrária. Mas não somente ela, desde a operação Lava Jato percebe-se uma onda

³ Art. 113 (...) 10) É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.

⁴ Art. 141 (...) § 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.

⁵ Art. 150 (...) § 30 - É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade.

⁶ Art. 153 (...) § 30. É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade.

⁷ Discurso de apresentação do Projeto de Lei nº 952 proferido pelo Deputado Bilac Pinto em 10 de janeiro de 1956. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17JAN1956SUP.pdf#page=3>>. Acesso em: jul 2020.

⁸ ANGELO, Thiago. Combate à inquisição - catapultada por excessos da "lava jato", lei contra abuso entra em vigor. Revista Consultor Jurídico, 3 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/lei-abuso-autoridade-entra-vigor-nesta-sexta>>. Acesso em: jul 2020.

de normas voltadas ao controle de autoridades, de suas decisões, exemplo disto são as alterações na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) – realizadas pela Lei n. 13.655/2018 e pelo Decreto n. 9.830/2019 – e o próprio pacote anticrime (Lei n. 13.964/2019) que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

Em que pese representar um contraponto ao período antidemocrático, a Lei n. 4.898/1965 não foi tão efetiva em razão. Uma das principais razões da inefetividade desta norma foi a força do autoritarismo do Regime Antidemocrático: que se torna evidente em face do longo período que perdurou a Ditadura Militar (1964-1985), dominando as esferas de poder, e dos seus horrores.

Outra razão, bastante apontada pela doutrina, foi a atecnicidade legislativa. Acerca disto, Mendes e Fernandes⁹ frisam que:

As tentativas de definição dos excessos na ação dos agentes públicos inculpidas no diploma careciam de uma taxatividade que conferisse segurança mínima à aplicação da norma penal. A conceituação dos atos de abuso foi remetida a um rol demasiadamente amplo de condutas atentatórias à liberdade de locomoção e a outros direitos individuais descritos nos artigos 3º e 4º.

Em que pese a doutrina majoritária defender a inconstitucionalidade da redação genérica dos tipos penais dos artigos 3º e 4º¹⁰ da Lei n. 4.898/1965, considerando afronta direta ao princípio da taxatividade, tal inconstitucionalidade

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de autoridade e o reencontro com o estado de direito. Revista Consultor Jurídico, 3 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniaio-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade#sdfootnote4sym>>. Acesso em: jun 2020.

¹⁰ Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio; c) ao sigilo da correspondência; d) à liberdade de consciência e de crença; e) ao livre exercício do culto religioso; f) à liberdade de associação; g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; h) ao direito de reunião; i) à incolumidade física do indivíduo; j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. (Incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79). Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. (Incluído pela Medida Provisória nº 111, de 1989) i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

nunca foi formalmente reconhecida e há uma parcela da doutrina que defende a tessitura aberta destes tipos penais sob a alegação de que não é possível prever todas as hipóteses de abuso.

Volvendo para o desenrolar histórico, com o advento do movimento de redemocratização que culminou na Constituição de 1988, a pauta da criminalização do abuso de autoridade voltou a tona.

Um ponto alto pós CF/88 foi a assinatura do II Pacto Republicano de Estado, onde os Três Poderes uniram forças em prol um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, pois em seu Anexo de Metas Prioritárias foi elencada a revisão da legislação relativa ao abuso de autoridade, a fim de incorporar os atuais preceitos constitucionais de proteção e responsabilização administrativa e penal dos agentes e servidores públicos em eventuais violações aos direitos fundamentais.

Os resultados práticos desta meta foram materializados no Projeto de Lei 6.418/2009, de autoria do Deputado Raul Jungmann, os quais contribuíram na construção dos Projetos de Lei de números 280/2016 e 85/2017 que originaram a nova Lei 13.869/2019.

É inegável a representatividade desta nova lei de abuso de autoridade para a democracia e a proteção dos direitos e garantias fundamentais, contudo, assim como ocorreu em 1965, diversos obstáculos já se apresentam à sua efetividade e avaliá-los é essencial para que o novo diploma não seja apenas uma figura de avanço, mas sim um instrumento de mudança.

2.2 Desafios a efetividade da Lei n. 13.869/2019

Rememorando o dito alhures, a Lei n. 13.869/2019 representa um grande avanço normativo à repressão do abuso de autoridade, não apenas na seara criminal, mas também na civil e administrativa.

Ocorre que, semelhantemente como se deu com a antiga lei (Lei n. 4.898/1965), já se observa diversos percalços a sua efetividade, sejam de cunho jurídico, sejam de cunho político.

Os percalços políticos, por exemplo, já se observam antes mesmo do nascimento da nova Lei que foi votada “a toque de caixa” no dia 14 de agosto de 2019, pautada em regime de urgência na Câmara dos Deputados, não permitindo o debate minucioso.

Resultado disto foram os 19 vetos presidenciais, dos quais 10 foram derrubados pelo Congresso Nacional, o que denota a efervescência de questões políticas influenciando a edição da Lei. Mas esta efervescência não partiu somente dos entes políticos, mas também de entidades do judiciário.

Diversas associações da Magistratura, Ministério Público e Segurança Pública se moveram para defender a inconstitucionalidade do dispositivo legal no Supremo Tribunal Federal. Já foram propostas 07 (sete) Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade contra diversos dispositivos da Lei n. 13.869/2019.

A primeira a questionar a nova lei de abuso de autoridade foi a Associação Nacional dos Auditores Fiscais de Tributos dos Municípios e Distrito Federal (Anafisco) através da ADI n. 6.234, afirmando que esta *promove uma retaliação à Justiça e prejudica o combate à corrupção e a apuração das ações lesivas ao interesse público e à correta administração fiscal tributária do Estado*¹¹. Pugnou, liminarmente, pela suspensão da vigência dos artigos 27, 29 e 31 por entender que restringem o exercício das funções de auditoria fiscal e, no mérito, pede a declaração de inconstitucionalidade dos respectivos artigos.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), por sua vez, na ADI n. 6.236 aponta que a nova lei *torna o exercício da jurisdição uma atividade de risco inaceitável em um Estado Democrático de Direito*¹² e ofende os princípios constitucionais. Questionou-se o artigo 9º, parágrafo único e incisos I, II, III; 10; 19; artigo 20; artigo 27, *caput* e parágrafo único; e os artigos 30, 32, 33, 36, 37 e 43.

Conjuntamente, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e a Associação Nacional dos Procuradores da República, por intermédio da ADI n. 6.238, questionam a validade dos artigos 25, 27, 30, 31, 32, 33, 38 e 43. Segundo elas, tais dispositivos ofendem princípios do serviço público, como os da eficiência, publicidade, moralidade e legalidade, e não observa os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da isonomia, da liberdade de expressão e da separação dos Poderes.

Na ADI n. 6.239, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) alega que o a nova lei *avança indevidamente no espaço próprio de atuação dos membros do*

¹¹ SCHUQUEL, Thayná. Conheça as 7 ações no STF contra a Lei de Abuso de Autoridade. Metrópole, 20 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/conheca-as-7-acoes-no-stf-contr-a-lei-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em: jul 2020.

¹² Ibidem.

*Poder Judiciário*¹³, pois os tipos penais incidem diretamente sobre a conduta destes no exercício da prestação jurisdicional, além de criminalizar as condutas de magistrados e ferir frontalmente suas prerrogativas constitucionais. Afirmam ainda que há reserva de Lei Complementar para regulamentação de atividades da magistratura na Constituição Federal, não sendo possível fazê-lo através de lei ordinária como intentando pela Lei n. 13.869/2019. Questionou-se o artigos 9º, 10, 20, 25, 26, 36 e 46.

Já a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) argumenta na ADI n. 6.266 *que a lei é genérica ao tipificar como crime diversas condutas, sem, no entanto, especificar porque devem ser consideradas abuso de autoridade. Além disso, afirma que muitas dessas condutas são inibidas pelo ordenamento jurídico, e a nova determinação legal ameaça e intimida os agentes estatais, especialmente os membros da Polícia Federal, do Ministério Público e do Poder Judiciário*¹⁴. Questionou-se o artigo 9º; artigo 13, inciso III; artigo 15, inciso I e parágrafo único; e os artigos 16, 20, 30, 32, 38 e 43.

Por fim, o Partido Podemos também foi ao Supremo e assim como os Delegados da Polícia Federal, questionaram na ADI n. 6.302 o caráter genérico da nova lei, *o que impossibilita a correta interpretação do seu alcance e do seu conteúdo*¹⁵. Questionou-se os artigos 9º, 11, 19, 25, 27, 30 e 34.

A partir dos posicionamentos destas entidades observa-se, aprioristicamente e para além das questões jurídicas, um discurso político contrário aos anseios da nova lei de abuso de autoridade por enxergarem-na como amarras as atividades de persecução penal e do poder de polícia administrativa.

Esta perspectiva é relevante quando consideramos que a maioria destas entidades, como visto, correspondem aos interpretes autênticos da norma (numa linguagem kelseniana¹⁶) e se estes demonstram rejeição, não se espera alta efetividade.

Frisa-se que não se está fazendo juízo de valor negativos aos posicionamentos levantados, pois, muitos dos percalços jurídicos levantados nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades são coerentes.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Para Kelsen, a interpretação autêntica é realizada pelo órgão aplicador, encarregados oficiais da aplicação do do direito, de modo que ao aplicar a Lei, criam normas.

O que se pretende analisar e demonstrar é que as mesmas razões que levaram a inefetividade da antiga lei de abuso de autoridade – dificuldades de aceitação em razão do contexto político-social e atecnicidade legislativa – se apresentam a nova lei, em proporções diferentes obviamente.

Assim, demonstrados os percalços políticos, debruçar-nos-emos a partir de então sobre os jurídicos.

A primeira dificuldade jurídica que merece destaque está inscrita no § 1º do artigo 1º¹⁷ do diploma legal em discussão, quando o legislador estabelece que:

“§ 1º as condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.”

Ou seja, para que se enquadrem as condutas tipificadas como abuso de autoridade, faz-se necessário comprovar a existência de uma das 05 (cinco) finalidades específicas elencadas, que podem ser sintetizadas da seguinte forma: a) prejudicar outrem; b) beneficiar a si mesmo; c) beneficiar terceiro; d) por mero capricho; e) por satisfação pessoal.

Esta tipificação da conduta é o que a doutrina chama de *dolo específico*, definido por Fernando Pedroso¹⁸ da seguinte forma:

“surge o dolo específico quando exija o tipo, como condição da própria tipicidade, que o agente realize a ação visando a uma determinada finalidade (...) observa-se o acréscimo de certa intenção à vontade genérica de realizar o comportamento incriminado”.

Importante destacar que a doutrina diverge desta classificação. Para a Escola Finalista o dolo é único, sendo o fim especial. A divisão entre genérico e específico é defendida pela Escola Clássica.

Esta divergência segue na jurisprudência dos tribunais pátrios, exemplo disto é o crime de dispensa imotivada de licitação previsto no artigo 89¹⁹ da Lei n. 8.666/1993.

¹⁷ Art. 1º (...) § 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

¹⁸ PEDROSO, Fernando de Almeida. Direito Penal, 2ª ed., Ed. Leud, 1997, p. 214.

¹⁹ Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em Lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Porém, hodiernamente, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento pela imprescindibilidade da apresentação do dolo específico de lesar o erário. Observe o entendimento pacificado através do julgado a seguir:

“Ementa: RECURSO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO PREJUÍZO AO ERÁRIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (...) 2. **Os crimes previstos nos arts. 89 da Lei n. 8.666/1993** (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) **e 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 201/1967** (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) **exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal** (APn n. 480/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 15/6/2012). 3. A inicial acusatória não faz nenhuma menção, ainda que en passant, a respeito do especial fim de agir de causar prejuízo ao erário (dolo específico), nem aponta qual seria o dano, ainda que aproximado, suportado pela Administração Pública, configurando, a sua inépcia. 5. Recurso em habeas corpus provido para trancar a Ação Penal n. 1000762-81.2018.8.26.0288, em curso na 1ª Vara Criminal de Ituverava/SP, sem prejuízo de que outra denúncia seja formulada, devidamente calcada nos elementos considerados indispensáveis por este Superior Tribunal. (RHC 108.813/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 17/09/2019”.

A necessária prova do dolo específico torna mais difícil a acusação, haja vista a subjetividade inerente, portanto é uma etapa a ser contornada para que se efetivem os comandos da nova Lei de Abuso.

Ato contínuo tem-se a problemática referente ao Ministério Público. É que os crimes previstos na Lei de abuso de autoridade são de ação penal pública incondicionada conforme menção expressa no *caput* do artigo 3º²⁰ – que inclusive faz parte do rol de artigos que tiveram o veto rejeitado pelo Congresso – e, segundo o artigo 100, § 1º²¹ do Código Penal e o *caput* do artigo 24²² do Código de Processo Penal, o Ministério Público é o titular desta ação.

²⁰ Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada.

²¹ Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a Lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a Lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

²² Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a Lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Então, questionou-se: como seriam processadas as denúncias oriundas da nova Lei de abuso que tivessem como sujeito ativo os membros do Ministério Público? Seria através de ação pena privada subsidiária da pública?

Diante da problemática iminente, a Procuradoria-Geral da República publicou a Orientação nº 39, no dia 22.01.2020, tratando do procedimento em caso de denúncia por abuso de autoridade cometido por procuradores do Ministério Público Federal.

A orientação é de que as notícias-crime por abuso de autoridade de membros do MPF devem ser imediatamente remetidas ao PGR pelas autoridades policiais, civis ou militares²³.

Além disso, deverá ser liminarmente arquivada a notícia crime que não apresentar, “*de forma clara e delimitada, elementos concretos de informação mínimos e plausíveis*”, indicando que o procurador “*agiu com alguma das finalidades específicas previstas no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 13.869/19*”.

Observa-se então que a orientação da Procuradoria-Geral da República reforça a exigência da comprovação do dolo específico o que angustia ainda mais a efetividade da nova Lei, pois desencoraja denúncias e dificulta a evolução dos inquéritos.

Prosseguindo, há que se ressaltarem ainda certas peculiaridades envolvendo os efeitos administrativos previstos no artigo 4º, incisos II e III²⁴ da nova Lei, quais sejam: a) a inabilitação do agente para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a cinco anos; b) ou a perda do cargo, do mandato ou da função pública.

Observa-se que ao agente, no que se refere à inabilitação, será permitido retornar às suas atividades, apesar da condenação por abuso e em um curto período de tempo – dentre 1 a 5 anos – ficando a cargo do julgador a dosimetria.

²³ 1. As notícias-crime por abuso de autoridade de membros do Ministério Público Federal devem observar rigorosamente o artigo 18, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, impondo-se a qualquer autoridade policial, civil ou militar proceder à sua imediata remessa ao Procurador-Geral da República, a quem incumbe designar membro do Ministério Público Federal para prosseguir na apuração do fato, salvo hipótese de arquivamento liminar.

²⁴ Art. 4º São efeitos da condenação: (...) II - a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos; III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do caput deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença.

O segundo efeito – perda do cargo, mandato ou função – é reflexo da legislação penal vigente, como efeito secundário da sentença (artigo 92, I do Código penal²⁵).

Não obstante isto, consoante o parágrafo único do artigo 4º, a aplicação de quaisquer dos efeitos pressupõe, necessariamente, a reincidência específica, condição que dificulta ainda mais a incidência, juntamente com o dolo específico mencionado.

Diante disso, percebe-se fragilidade no caráter coercitivo da norma, e se este é frágil, o caráter pedagógico indireto o é ainda mais. Infere-se então que, apesar de aplicada a Lei, a “impunidade” administrativa é esperada.

Por fim, imperioso frisar as dificuldades decorrentes da aplicação da Lei 9.099/1995 (Lei dos juizados especiais), pois a nova Lei de Abuso de Autoridade, em seu artigo 39²⁶, prevê a aplicação das disposições da lei de juizados quando compatível.

Nessa toada, a princípio, a consequência da privação de liberdade para quem comete um dos tipos penais que seja compatível com as competências do juizado é uma realidade distante, considerando que o Código Penal, em seu artigo 33, *caput*, e no § 2º, alínea “c”²⁷, estabelece que a pena de detenção será cumprida em regime aberto, desde o início, em caso de condenação em até 4 (quatro) anos, desde que o condenado não seja reincidente. Logo, não responderá no estabelecimento prisional.

Outrossim, a Lei 9.099/1995 traz em seu bojo os institutos despenalizadores: a transação penal e a suspensão condicional do processo.

²⁵ Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (...) Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

²⁶ Art. 39. Aplicam-se ao processo e ao julgamento dos delitos previstos nesta Lei, no que couber, as disposições do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

²⁷ Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

A transação penal é o meio pelo qual o Ministério Público, em audiência preliminar, conforme preconiza a Lei n.º 9.099/95, artigo 76²⁸, propõe a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa ao invés da pena estabelecida no tipo penal.

Já a suspensão condicional do processo (*sursis processual*), coloca o condenado num período de observação, suspendendo o processo por 2 (dois) ou 4 (quatro) anos. Findo o prazo sem intercorrências, declara-se extinta a punibilidade do agente.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, são patentes as angústias para aplicação da nova Lei e demonstração do que seja abuso de autoridade, desencorajando as denúncias e inviabilizando as punições.

Destaque entre as angústias normativas é a prova do dolo específico que foi intensificada pela Orientação n. 39 da Procuradoria-Geral da República ao prever que a notícia-crime do abuso de autoridade despida de justa-causa será considerada crime de calúnia.

Esta ausência de justa causa está intrinsecamente ligada à indicação do dolo específico que, em razão da subjetividade, dificultará bastante a evolução dos inquéritos.

Ainda na senda das angústias, ressalta-se a reincidência necessária para aplicação dos efeitos administrativos da condenação, frustrando o que seria “inovação” por parte da nova Lei de abuso, posto que acaba reproduzindo o previsto no código penal.

Não obstante isso, o ponto alto é a aplicação da Lei de Juizados e seus institutos despenalizadores, os quais obstam em demasiado a punibilidade das autoridades abusivas.

²⁸ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Esta realidade fragiliza o caráter coercitivo e pedagógico da norma, dificultando a repressão direta e indireta perseguida com a edição da nova Lei.

Entretanto, há que se reconhecer que nenhuma norma já nasce pronta, bem como que esta nova Lei é um avanço na discussão acerca do controle da autoridade e apesar dos defeitos técnicos, a legislatura foi além do proposto na antiga lei.

A independência funcional das autoridades não pode funcionar como uma carta branca, os poderes conferidos o foram nos ditames legais e para fins de interesse público, não podendo este ser vilipendiado pelo interesse individual.

Ficam a cargo dos resultados das discussões no Supremo Tribunal Federal, da doutrina e jurisprudência as balizas de aplicação da nova lei, conferindo a legitimidade e a mudança cultural necessária ao cumprimento da finalidade contemporânea normatizada.

4 REFERÊNCIAS

ANGELO, Thiago. Combate à inquisição - catapultada por excessos da "lava jato", lei contra abuso entra em vigor. *Revista Consultor Jurídico*, 3 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/lei-abuso-autoridade-entra-vigor-nesta-sexta>>. Acesso em: jul 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Abuso de autoridade e o reencontro com o estado de direito. *Revista Consultor Jurídico*, 3 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade#sdfootnote4sym>>. Acesso em: jun 2020.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal*, 2ª ed., Ed. Leud, 1997.

SCHUQUEL, Thayná. Conheça as 7 ações no STF contra a Lei de Abuso de Autoridade. *Metrópole*, 20 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/conheca-as-7-acoes-no-stf-contr-a-lei-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em: jul 2020.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito – primeiras lições*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO E O COMPORTAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

NON-PERSECUTION AGREEMENTS AND THE BEHAVIOR OF PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN LEGAL ASSISTANCE

Franklyn Roger Alves Silva¹

RESUMO

O presente artigo examina a reforma do Código de Processo Penal no tocante à disciplina dos acordos de não persecução penal, a partir de suas especificidades e como a Defensoria Pública deve prestar assistência jurídica em favor dos imputados, lhes assegurando um acordo que apresente vantajosidade em detrimento da instauração do processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Negócios Processuais. Acordo de não persecução penal. Defesa Técnica. Defensoria Pública.

ABSTRACT

This article examines the reform of the Criminal Procedure Code with regard to the discipline of non-prosecution agreements, based on their specificities and how the Public Defender's Office should provide legal assistance in favor of the accused, ensuring an agreement that presents advantages to the detriment criminal proceedings.

KEYWORDS: Criminal proceedings. Procedural Business. Non-prosecution agreement. Thecnical Defense. Public defender's office.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Instrumentos negociais no ordenamento processual penal brasileiro. 3 O acordo de não persecução e experiências comparadas. 3.1 O acordo conforme a normativa do CNMP. 3.2 O acordo conforme a disciplina do CPP. 3.2.1 Da avaliação da impertinência do acordo de não persecução penal. 3.2.2. Da formalização e consequências do acordo de não persecução penal. 3.2.3 Da homologação do acordo de não persecução penal. 3.2.4 Da ciência da vítima quanto ao acordo de não persecução penal. 3.2.5 Do descumprimento do acordo de não persecução penal e a necessidade do contraditório. 3.2.6 Impedimento do prazo prescricional. 4 Parâmetros de observância pela defesa técnica. 4.1 A presença da defesa técnica em todas as fases do acordo de persecução (proposição, discussão, homologação e cumprimento). 4.2 A utilização do inquérito defensivo como forma de orientar a atividade persecutória na avaliação da pertinência do acordo de não persecução. 4.3 A divergência entre autodefesa e defesa técnica no tocante à aceitação do acordo de não persecução. 4.4 A recorribilidade e impugnação do acordo de não persecução. 4.5 As regras de direito intertemporal. 4.6 A vantajosidade da suspensão condicional do processo em detrimento do acordo de não persecução penal. 4.7 Da sigilosidade da confissão em caso de recusa de

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor da UCAM e da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

homologação do acordo de não persecução penal. 4.8 Da desclassificação de tipos penais e o acordo de não persecução penal. 4.9 Da impossibilidade de notificação do investigado para se manifestar sobre o acordo de não persecução penal e a possibilidade e apresentação da proposta por ocasião da citação. 4.10 Do acordo de não persecução penal em crimes de ação penal privada. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Durante a segunda metade do ano de 2019 houve intenso debate no parlamento brasileiro a respeito do projeto de lei Anticrime, apresentado como mecanismo de aperfeiçoamento das normas penais e processuais penais diante do clima de insatisfação social com a corrupção que assola o país.

Dentre os diversos mecanismos de modernização do processo penal brasileiro, o legislador enfim, incorpora à legislação um tema que já era veiculado por meio de ato normativo editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, os chamados acordos de não persecução penal.

A iniciativa do CNMP não foi das melhores. A falta de um debate prévio a respeito dessa nova forma de conduzir a pretensão punitiva pelo Ministério Público impactou negativamente no ato normativo, a ponto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ns. 5.790 e 5.793) serem ajuizadas no Supremo Tribunal Federal contra a disciplina infralegal dos acordos de não persecução.

Talvez essa realidade tenha sido o principal estímulo a edição da Lei n. 13.964/2019 com o novo instrumento de dispensa de persecução pelo Ministério Público. Então, o propósito do presente estudo é debruçar-se sobre a disciplina dos acordos de não persecução penal no âmbito normativo do CPP e da resolução do CNMP, de modo a compreender essa nova forma de lidar com a persecução penal.

Uma rápida análise no direito comparado, somada às reflexões atinentes ao papel da defesa técnica durante a apresentação da proposta também serão eixos do presente estudo, de forma a propor um atuar mais qualificado da Defensoria Pública e advocacia.

2 INSTRUMENTOS NEGOCIAIS NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL

O tema dos negócios processuais, até então negligenciado pela doutrina processual por ocasião da vigência do CPC/73 ganhou fôlego no novo Código de

Processo Civil, diante da possibilidade de negócios processuais atípicos tendentes à adequação procedimental.

Na mesma proposta de construção de um processo civil participativo e de adequação procedimental, o legislador incorpora ao regime processual a fixação de um calendário para a prática de atos processuais, como consta do art. 191 do CPC/15, tal como ocorre em outros sistemas processuais.

Em verdade, a disciplina processual do CPC de 1973 já contemplava a existência de negócios processuais típicos, a exemplo da cláusula de eleição de foro, a possibilidade de suspensão consensual do processo e a convenção de arbitragem dentre outros, cuja validade nunca foi questionada.

No entanto, o espírito do novo Código de Processo Civil é, seguindo a linha do *contrat de procédure* do direito francês, estabelecer uma amplitude no tema das convenções processuais, rompendo o paradigma do CPC/73 que previa algumas poucas hipóteses de negócios processuais típicos, muito bem trabalhadas por José Carlos Barbosa Moreira² e Leonardo Greco³.

Por definição, as convenções processuais constituem negócios jurídicos de caráter bi ou plurilateral que podem ser celebrados em fase antecedente ou durante o próprio processo⁴, para a definição, modificação ou supressão de situações processuais. Para Antonio Cabral⁵, a celebração de um acordo processual independe de qualquer intermediação ou homologação de terceiro, posto se tratar da autonomia das partes contratantes.

É dizer, a existência do negócio jurídico-processual independerá da concordância do órgão jurisdicional que exercerá o controle da validade das cláusulas, nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC.

² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Vol. 26. P. 197-210. Acesso em 05 de fev 2016. Disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista26.asp>

³ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. I, dezembro de 2007.

⁴ “Las partes no están condenadas a esperar a que tenga lugar un proceso entre ellas para pensar en la posibilidad de resolverlo amistosamente. Antes de que surja la controversia, el principio de libertad contractual les ofrece la posibilidad de prever, dentro de su convención, cláusulas relativas a la solución de un litigio eventual, cláusulas contractuales relativas a la acción en justicia, también llamadas, simplificando, cláusulas relativas al reglamento de las discrepancias, cláusulas relativas a los litigios o, de manera aún más concisa, cláusulas de discrepancia.” (CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en francia. Civil Procedure Review. n. 03. 2012. Acesso em www.civilprocedurereview.com. P. 5).

⁵ “Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram procedimento”. (CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 68).

Apesar de os negócios processuais típicos continuarem previstos no CPC/15, o seu art. 190 busca estabelecer uma regra ampla, reforçando a possibilidade de atos de disposição de caráter atípico, destinados a ajustes dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

É verdade, no entanto, que os contratos de procedimento não se confundem com a transação quanto ao próprio direito em que se funda a pretensão⁶. Isto significa reconhecer que a indisponibilidade do direito material não significa a impossibilidade de se firmar uma convenção processual, já que seu propósito é diverso.

É por esta razão que o novo CPC se utiliza da expressão “*direitos que admitam autocomposição*”, de modo a abarcar os direitos processuais previstos em causas que veiculem direitos indisponíveis⁷.

Não obstante esta distinção conceitual, não se pode negar o fato de a doutrina estabelecer certas limitações à autonomia da vontade na adequação do procedimento, seguindo a temática dos negócios jurídicos. A adoção de acordos de procedimento será sempre vantajosa para as partes envolvidas no litígio, já que os ajustes se adequarão às particularidades do objeto deduzido em juízo.

Contudo, não podemos nos afastar da necessária cautela para combater eventuais acordos de procedimento que sejam introduzidos em contratos de adesão ou quando evidenciada a situação de vulnerabilidade de uma das partes, na forma do art. 190, parágrafo único do CPC/15⁸, recusando a validade de atos de disposição processual que tornem excessivamente onerosa a relação processual.

A grande pergunta que se faz refere-se ao processo penal. Como fica a disciplina em matéria de convenções processuais? O mesmo refinamento do processo civil tem incidência no campo adjetivo penal.

O processo penal é uma área processual repleta de peculiaridades, já que em todas as demandas o Estado ocupa a relação processual como parte principal ou interveniente, sendo apenas substituído processualmente na ação penal privada.

⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 550.

⁷ É a mesma conclusão do Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. (A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.)

⁸ O Enunciado n. 18 do FPPC considera indício de vulnerabilidade o fato de um acordo de procedimento ter sido celebrado sem assistência técnico-jurídica.

Apesar da conformação estruturante desse ramo processual, podemos indicar algumas hipóteses expressas de atos jurídicos processuais convencionais. São elas, de caráter unilateral: a possibilidade de o querelante, nos casos de exclusiva ação penal privada, escolher o foro de domicílio ou da residência do querelado, ainda quando conhecido o lugar da infração (art. 73 do CPP); a retratação da representação, a renúncia ao direito de queixa e o perdão do ofendido (arts. 25, 50 e 51 do CPP).

De caráter bilateral, é a possibilidade de ajuste da divisão de tempo para exposição oral pela defesa nos debates perante o Tribunal do Júri (art. 477, §1º do CPP) na fase do juízo da causa.

Apesar destes poucos casos apontados, temos situações processuais penais que preconizam as vontades unilaterais ou bilaterais das partes, constatadas mediante as manifestações de vontade externadas em determinados momentos do processo ou em fase antecedente à sua instauração.

O fato de o processo penal ser eminentemente publicista⁹ não quer dizer que as partes devam necessariamente seguir a cartilha literal do código, vedada a possibilidade de exercício da autonomia da vontade com o propósito de ajustar o procedimento¹⁰.

No entanto, por conta do interesse público que norteia a persecução penal não podemos admitir uma liberdade plena para convenções processuais em matéria penal, sob risco de o ajuste do procedimento obstaculizar a própria apuração do fato criminoso.

Isto não implica negar a própria incidência dos negócios processuais no processo penal. O art. 190 do CPC é bem-vindo ao rito processual penal, já que o CPP contempla certos negócios processuais típicos¹¹.

9 “A concepção publicista do processo relegou a segundo plano a reflexão sobre os limites da autonomia da vontade das partes a respeito da multiplicidade de questões que podem ser suscitadas no processo ou, simplesmente, a considerá-la sempre dependente da aprovação ou homologação do juiz, vigilante guardião dos fins sociais e do interesse público a serem atingidos e preponderantemente tutelados”. (GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 59).

10 Em sentido oposto, rejeitando a possibilidade de acordos processuais: “O processo não é ‘coisa das partes’, mas sim um instrumento público através do qual o Estado presta a sua jurisdição. O interesse público, cristalizado na legislação cogente, está fora do alcance do poder dispositivo da acusação e da defesa. É o princípio da legalidade, fundante do sistema da civil law, que nos foi legado pela tradição grega e romana”. (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Direito processual penal: estudos e pareceres. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 593).

11 Quando analisa o direito italiano, Paolo Tonini encara o patteggiamento italiano como uma forma de negociação (TONINI, Paolo. Manuale di procedura penale. Milano: Giuffrè. 2009. P. 710.).

O que se torna necessário é definir limites ainda mais rígidos que aqueles propostos ao Direito Processual Civil, levando em conta o interesse da sociedade na apuração do fato criminoso, nas garantias processuais do acusado e na indisponibilidade da defesa técnica.

Assim, convenções processuais tendentes a dilação do prazo processual, elevação da quantidade de testemunhas, utilização da tecnologia de videoconferência, por exemplo, seriam bem-vindas ao processo penal.

A consensualidade no processo penal é tema que vem paulatinamente ocupando a pauta do sistema jurídico brasileiro, desde a criação dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95, passando pela colaboração premiada até desaguar nas tendências modernas dos acordos de não persecução, autêntico exemplo de convenção processual no campo penal.

Se pensarmos no processo penal como marcante expressão do publicismo penal, em razão do caráter indisponível da pretensão punitiva, chegaríamos à conclusão de que neste ramo do direito processual não há espaço para negociação. Entretanto, já com o advento da Lei n. 9.099/95, tivemos os primeiros exemplos de ruptura dos dogmas da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, um fenômeno que não se restringe apenas ao Brasil, mas também é encontrado ao longo do mundo todo.

Posteriormente, ideais de uma Justiça Restaurativa também avançaram em solo brasileiro, inclusive com regulamentação pela Resolução n. 225/2016 do CNJ, com o objetivo de pacificação social e aproximação de vítima e agressor e o propósito de reparar os danos provenientes da conduta delituosa.

Na década de 90, o legislador surpreendeu a comunidade processual com a edição da Lei n. 9.099/95 e a proposta inovadora de um órgão jurisdicional com competência para crimes de menor complexidade, pautado nos princípios da oralidade, informalidade, economia processual, celeridade, reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade.

As disposições da novel lei eram revolucionárias, especialmente por trazerem a figura de institutos despenalizadores, a exemplo da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

O objetivo da Lei do Juizado Especial Criminal foi apresentado como sendo a maneira mais rápida de reparação do dano sofrido pela vítima em virtude da infração

de menor potencial ofensivo e, ao mesmo tempo, aplicar uma sanção que não correspondesse a uma pena privativa de liberdade.

A resistência inicial foi tamanha, especialmente se considerarmos que grande parte dos institutos trazidos na Lei n. 9.099/95 flexibilizavam premissas clássicas do processo penal, a exemplo da simplificação da exigência de corpo de delito (art. 77, §1º), da exceção ao princípio da obrigatoriedade (art. 76) e indisponibilidade (art. 89) da ação penal e a dispensa de prisão em flagrante no caso de compromisso de comparecimento aos atos do processo (art. 69, parágrafo único).

A suspensão condicional do processo (*sursis processual*) e a transação penal previstas nos arts. 89 e 76 da Lei n. 9.099/95 apresentam como formas de acordo, modalidades de negócios processuais, cuja existência depende da presença dos requisitos previstos na Lei n. 9.099/95 e a validade se condiciona a homologação judicial.

Embora constituam institutos processuais, é importante registrar que seus efeitos têm maior irradiação no campo material (extinção da punibilidade)¹² e o acusado não tem aptidão para discutir os termos da transação e da suspensão, podendo o próprio juiz interferir no processo de imposição das condições (art. 76, §1º e 89, §2º da Lei n. 9.099/95).

Há um estudo muito interessante desenvolvido por Máximo Langer em que o autor procura comparar institutos negociais na Europa e América Latina que foram implementados ao retrato do *plea bargain* norte-americano e indicar que nem todas as figuras negociais são efetivamente reproduções do instituto¹³. Apesar de não abordar o direito brasileiro propriamente dito, as observações do autor permitiriam

12 “A mesma tendência se percebe no processo sancionador brasileiro. O termo de compromisso para as infrações nos mercados de capitais (art. 11, §5º da Lei n. 6.385/76), o compromisso de cessação e o acordo de leniência nas infrações à ordem econômica (arts. 85 e 86 da Lei n. 12.529/2011), este último também previsto na recente legislação anticorrupção (arts. 16 e 17 da Lei n. 12.846/2013), são todos expressão dessa mesma constelação de ideias, e apontam no sentido da convencionalidade em torno desse tipo de pretensão.” (CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. Coleção repercussões: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 159).

13 “The importation of plea bargaining exemplifies the translation of a legal practice that could potentially Americanize inquisitorial jurisdictions. There are few mechanisms or institutions more characteristic of the U.S. adversarial system and, more specially, of the model of the dispute. By definition, American plea bargaining, assumes an adversarial conception of criminal procedure as a dispute between two parties facing a passive decision-maker. It makes sense in a dispute model that the parties be allowed to reach an agreement over a plea bargain. That is, the parties may negotiate in order to reach such an agreement, and if the parties agree that the dispute is over, the decision-maker should not have any power (or only a relatively minor and formal power) to reject this decision”. (LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal / Vol. 45. N. 1, 2004. P. 36).

concluir que apelar a transação penal e o *sursis* processual de *plea bargain* não se afigura correto.

Por fim, aponta-se a disciplina dos acordos de colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013) como uma forma de negócio processual penal¹⁴. Não obstante a qualidade dos argumentos expostos, com eles não concordamos.

Apesar de o dever de colaboração ter o aspecto processual, já que a contribuição do colaborador leva a apuração do fato delituoso, trata-se de uma consequência da colaboração premiada.

Quando confessa e contribui para apuração da conduta criminosa, o agente não está definindo, modificando ou suprimindo uma situação processual. A confissão é uma garantia processual, inclusive reconhecida pelo Código Penal como circunstância atenuante.

O réu pode confessar com ou sem acordo de colaboração premiada e o ordenamento jurídico já lhe assegura essa posição processual. Não há um acordo processual quando se faz a colaboração premiada, até porque a redução da pena, sua substituição ou o próprio perdão judicial dependem da interveniência do órgão jurisdicional (art. 4º da Lei n. 12.850/2013), descaracterizando a característica preponderante dos acordos processuais – a autonomia das partes.

O §6º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 poderia nos levar à falsa impressão de que a colaboração premiada não dependeria da interveniência do órgão jurisdicional¹⁵, bastando apenas o ajuste entre as partes da relação processual penal vindoura e a Polícia Judiciária.

Ocorre que os §§ 7º e 8º do mesmo artigo nos mostram a existência da participação ativa do magistrado nos termos do acordo, especialmente quando exige a homologação, condicionada à verificação judicial de sua regularidade, legalidade e voluntariedade. A lei permite ainda que o juiz possa recusar a homologação à proposta quando não atendidos os requisitos legais, podendo, inclusive, adequá-la ao caso concreto.

14 “Por fim, cuida-se de contrato de natureza mista: nele, a vontade atua na definição e escolha de categorias jurídicas processuais e materiais. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual e material”. (DIDIER JR., Fredie. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. Coleção repercussões: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 194)

15 §6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Toda essa estruturação normativa está a indicar que o objetivo da colaboração premiada é estritamente material, ou seja, a apuração do fato criminoso, com reflexos naturais no campo processual, tal como ocorre em uma transação no processo civil, cujo reflexo é a extinção do processo.

Por fim, o exemplo mais marcante da consensualidade é, talvez, o de maior controvérsia atual, pois se refere ao acordo de não persecução penal. Inicialmente previsto na Resolução n. 181/2017 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, foi o instituto incorporado ao Código de Processo Penal, através da inclusão do art. 28-A, conforme reforma operada pela Lei n. 13.964/2019. Passaremos então a abordar o instituto à luz da Resolução do CNMP e também sob a ótica da nova disciplina do Código de Processo Penal.

3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E EXPERIÊNCIAS COMPARADAS

A pretensão legislativa de ampliação de institutos negociais representa uma tendência contemporânea de alguns sistemas jurídicos que veio a ser incorporada no Brasil desde a década de 90 com a Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Na Itália, temos uma série de instrumentos dedicados à consensualidade entre acusação e defesa, como forma de evitar, abreviar ou concluir a persecução penal. O direito à prova guarda relação direta com alguns destes institutos de simplificação procedimental.

O Código de Processo Penal prevê diversos procedimentos especiais destinados a otimizar a máquina processual, reduzindo uma ou mais fases do procedimento comum (*indagine, udienza preliminare e giudizio*).

Estas três fases estão reguladas nos arts. 326 a 415 (fase investigatória), 416 a 437 (audiência preliminar) e 465 a 548 (fase de julgamento) e compoariam o que podemos denominar de procedimento ordinário. Já os procedimentos especiais representam verdadeira simplificação procedimental e trazem uma compensação ao acusado que anui com a sumarização, mediante uma série de benefícios, a exemplo da redução de pena e do afastamento da prisão perpétua, por exemplo.

Os procedimentos especiais tiveram seu estopim na década de 1980, a exemplo do art. 87 da Lei n. 689/1981 que permitia a negociação entre as partes. Com o Código de Processo Penal de 1988 buscou-se relativizar a legalidade penal e

procedimental ao introduzir novas fórmulas de concentração processual, que sofreram sucessivos ajustes legislativos ao longo dos anos.

O primeiro dos ritos regulados pelo CPP é o chamado *giudizio abbreviato* (juízo abreviado), consistente em um procedimento especial regulado pelo livro sexto do Código de Processo Penal italiano. O art. 438, *comma 1* autoriza que o acusado possa requerer, por escrito ou oralmente, que o processo seja definido na própria audiência preliminar, caracterizando-se o rito abreviado ordinário, acolhido pelo juiz por meio de decisão (*ordinanza*).

Diante dos elementos colhidos no inquérito policial, o acusado pode avaliar que o exercício do contraditório e da ampla defesa não represente uma vantagem para o resultado final da apuração de sua culpabilidade, autorizando a apreciação do fato no estado em que se encontra.

Apesar de representar uma renúncia deduzida pelo imputado, existe uma vantagem na existência legal do juízo abreviado. Há uma natural pressão nos ombros do Ministério Público quando desenvolve a atividade investigativa, cabendo-lhe instruir a ação penal com elementos fortes de materialidade e autoria, considerando a possibilidade de sua utilização para a valoração da conduta, caso adotado o juízo abreviado. É mais um freio à possibilidade de imputações lacônicas ou genéricas¹⁶.

O Código de Processo Penal permite que o acusado postule a realização de atividade probatória integrativa como condição à abreviação procedimental, cabendo ao juiz levar em consideração se a sua realização não atrapalha a economia processual pretendida pelo rito abreviado, que agora é denominado condicionado (*giudizio abbreviato condizionato*)¹⁷. Essa atividade integrativa ocorre com o propósito de o acusado indicar fatos que mereçam melhor esclarecimento para a apuração do delito e permitir também que o Ministério Público possa realizar eventual contraprova.

O preço da recusa da parte às suas garantias processuais asseguradas pelo rito regular é compensado no *comma 2*, do art. 442 do Código de Processo Penal. O acusado goza da redução de 1/3 (um terço) de sua pena. Em se tratando de crimes

¹⁶ GRILLI, Luigi. *I procedimenti speciali: i riti alternativi nel giudizio penale*. Milano: CEDAM, 2011. P.9-10.

¹⁷ GRILLI, Luigi. *I procedimenti speciali: i riti alternativi nel giudizio penale*. Milano: CEDAM, 2011. P.9.

com prisão perpétua (*pena dell'ergastolo*) a pena é substituída pela reclusão por 30 anos.

Em se tratando de eventual absolvição no juízo abreviado, o art. 443 define que tal decisão é irrecorrível para ambas as partes. Do mesmo modo, em se tratando de sentença condenatória, o Ministério Público também encontra limitações ao duplo grau, podendo manejar o apelo apenas quando há modificação na capitulação do delito.

O segundo procedimento especial regulado pelo art. 449 do Código de Processo Penal é o denominado *giudizio direttissimo*. Neste procedimento, aplicável nos casos de prisão em flagrante, o Ministério Público apresenta a proposta de adoção do juízo diretíssimo por ocasião da audiência de convalidação da prisão.

Sendo a prisão em flagrante convalidada e havendo consenso de ambas as partes, caberá ao juiz, na forma do comma 2 do art. 449, aplicar o rito diretíssimo, procedendo imediatamente à fase final (*giudizio*).

O *comma 4* do mesmo artigo permite que o Ministério Público formule igual proposta se a prisão em flagrante já tiver sido convalidada, contanto que o requerimento seja apresentado no prazo de até 30 dias contados da data da prisão.

É vedada a adoção do juízo diretíssimo nos casos em que ocorra possível prejuízo à investigação. Igualmente será inviável a sumarização aqui examinada quando houver o concurso de crimes que não comportem a simplificação ou até mesmo no caso de concurso de agentes, casos em que será adotado o procedimento ordinário.

No rito diretíssimo o Ministério Público é encarregado de conduzir o indiciado diretamente à audiência e, em caso de o indiciado estar solto, promover a sua citação para comparecimento ao ato processual, na forma do art. 450 do código de ritos. Além da citação do indiciado, deve o defensor ser notificado da data do ato, facultando-lhe o acesso aos documentos do inquérito e permitindo-se a extração de cópias.

O Código de Processo Penal italiano contempla ainda um terceiro rito especial, o denominado *giudizio immediato* (juízo imediato), regulado pelos arts. 453 e seguintes. Neste procedimento especial, o Ministério Público postula a sumarização quando a prova da conduta é evidente e o indiciado, durante seu interrogatório, presta declarações que confirmam a veracidade dos elementos (confissão) ou quando intimado a se apresentar, permanece inerte.

O *comma 2* do art. 453 do CPP contém regra interessante, por permitir que, no caso de conexão entre crimes que não admitem o juízo imediato, que haja a separação de causas, salvo se tal ato prejudicar a investigação, caso em que será mantida a unidade de processos e aplicado o procedimento ordinário.

O quarto rito especial é o denominado *patteggiamento*. O Código de Processo Penal trata o instituto como uma forma de negociação entre as partes, um acordo que tem por escopo não só a simplificação procedimental, mas também a transação quanto à pena ser infligida ao acusado.

Trata-se de uma forma de justiça consensual, um protótipo italiano de ruptura ao sistema processual tradicional, com forte aproximação ao *plea bargain* norte-americano¹⁸. O art. 444 condiciona a aplicação de pena a requerimento das partes (*applicazione dela pena su richiesta delle parti*) ao consenso de ambas (acordo), com a consequente definição da sanção, com a redução de até 1/3 (um terço) da pena, aspecto muito importante do instituto.

A voluntariedade do acusado é elemento essencial para a validade do instituto, como se observa das regras do art. 446. Não pode o Ministério Público impor a negociação ao acusado.

Para assegurar que aquela manifestação é despida de qualquer influência, o juiz pode intimar o imputado para confirmar se é de livre vontade a manifestação pela negociação no processo. Diverge o *patteggiamento* dos demais ritos especiais pelo fato de haver uma margem de variação para a redução da pena (até um terço), enquanto que no juízo abreviado, por exemplo, há uma redução integral de 1/3 (um terço) na pena.

O requisito objetivo exigido pelo código é que na aplicação da pena detentiva ou sanção substitutiva de pena pecuniária, levando-se em conta as circunstâncias e a redução de até um terço, não se alcance patamar superior a 5 anos de pena detentiva, isolada ou conjuntamente à pena pecuniária, na forma do art. 444, *comma*

18 “Nevertheless, despite their ambivalence, the Italian translation of plea bargaining is faithful to the original American mechanism in that it is a procedure through which the prosecution and the defense can actively negotiate sentences and the judge is assigned a relatively passive position. In this sense, the adoption of the *patteggiamento* has had, from the very beginning, a potential Americanization effect; if accepted and internalized by Italian legal actors as a negotiating mechanism, and accompanied by the other adversarial reforms, the *patteggiamento* has the potential to move Italian criminal procedure practices toward the model of the dispute, replacing the predominant inquisitorial internal dispositions of the legal actors and the structure of interpretation and meaning, and shifting the distribution of procedural power”. (LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal / Vol. 45. N. 1, 2004. P. 52).

1 do CPP. O referido dispositivo também contém outras vedações ao instituto, baseadas na natureza do crime praticado (pornografia, por exemplo).

Durante o inquérito, o art. 447 permite que seja apresentada a proposta, cabendo ao juiz fixar uma audiência para seu acolhimento, caso em que todas partes serão intimadas. Três dias antes da sua realização, o Ministério Público deverá depositar os autos do inquérito, permitindo-se que as partes tenham vista e possam se manifestar na audiência, sobre os termos propostos.

O *comma* 3 do citado artigo traz uma regra excepcional, permitindo que a proposta seja construída com a intervenção jurisdicional. Havendo interesse de uma das partes em negociar, o juiz pode fixar prazo para que a outra se manifeste.

Como consequência da negociação, o art. 445, *comma* 1, impede a condenação ao pagamento das despesas processuais e a aplicação de pena acessória, quando a pena aplicada não exceder dois anos. A parte pode ainda condicionar a eficácia do *patteggiamento* a uma aplicação da suspensão condicional da pena, caso em que o juiz, entendendo pela inviabilidade da suspensão, não acolherá os termos da negociação.

No caso de deferimento da suspensão da pena, haverá a sua extinção se, no prazo de dois anos (contravenções) ou cinco anos (crimes) o acusado não se tornar reincidente, suprimindo-se todos os eventuais efeitos penais da condenação.

A sentença que acolhe o *patteggiamento* não é uma sentença condenatória, mas se equipara a uma condenação em alguns aspectos por conta de suas particularidades e limitações impostas pelo código.

Não é possível manejar um recurso ordinário (*appello*) contra a sentença que acolhe o *patteggiamento*, salvo no caso em que o juiz defere o benefício contra a vontade do Ministério Público (art. 448, *comma* 2). No entanto, a via para o Recurso de Cassação e para a pretensão revisional permanece sempre aberta.

Outro rito especial do sistema italiano é o chamado procedimento por decreto, cabível nos casos em que os crimes são processados por iniciativa de ofício ou quando condicionados à manifestação da vítima (*querela*), nos termos do art. 459, *comma* 1 do CPP.

Trata-se de um instituto peculiar que permite ao Ministério Público postular a aplicação de uma pena pecuniária, ainda que substitutiva à pena privativa de liberdade – vedada a imposição de medida de segurança (art. 459, *comma* 5) –, diante do juiz da investigação, observado o prazo máximo de seis meses contados

da data da inscrição do nome do acusado no registro oficial, através de decisão condenatória.

A depender da circunstância, o Ministério Público pode postular que haja uma redução pela metade da pena, na forma autorizativa do *comma 2* do citado artigo e, uma vez proferida a decisão, o juiz notificará o acusado do seu conteúdo (*comma 4*).

Há um paralelo muito distante entre o procedimento por decreto e a transação penal, ao menos na parte em que versa sobre a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos. No caso italiano, há uma verdadeira sumarização procedimental sem o correspondente contraditório, cujo exercício é postergado para o momento seguinte à prolação da decisão condenatória.

O art. 461 do CPP italiano prevê que no prazo de 15 (quinze) dias contados da data da notificação da decisão, o acusado pode, pessoalmente ou por meio de defensor refutar os termos da decisão condenatória e a consequente adoção do procedimento por decreto (*comma 1*).

Na petição de impugnação o acusado pode postular a adoção do juízo imediato, abreviado ou até mesmo a negociação, na forma indicada no *comma 3*. Restando preclusa a decisão que aplicou a pena restritiva, o juiz determinará o início do cumprimento da pena.

O reflexo dos procedimentos especiais italianos se distingue do modelo processual penal estadunidense¹⁹ onde a consensualidade entre as partes é uma de suas características marcantes. O exemplo modelo da negociação entre acusação e defesa é encontrado no instituto denominado *plea bargain*.

Trata-se de acordo firmado entre a acusação e o imputado onde é assumida a responsabilidade pelo fato criminoso em contrapartida à redução da pena ou retirada de parte das acusações, submetendo-se o acordo à chancela do juízo. Se o juízo entender que o acordo não deve ser homologado, oportunizará ao acusado o direito de se declarar inocente ou anuir com as novas condições impostas ao acordo²⁰.

¹⁹ “O processo penal estadunidense é, portanto, marcado pela disputa entre as partes, a elas cabendo a responsabilidade de produzir as provas que lhes sejam favoráveis (inclusive por meio de investigações paralelas), competindo ao juiz assegurar o respeito às regras do jogo. 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, Flávio da Silva. Justiça penal consensual. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 120).
²⁰ SCHEB II, John M; SHARMA, Hemant. *An introduction to the American legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2013. P. 364.

A depender do estado da federação norte-americana, o juiz é autorizado a participar do processo de negociação, ainda que haja uma visão negativa deste modelo, especialmente por colocar a defesa em uma posição desvantagem, se vendo obrigada a aceitar o acordo em virtude das intervenções do juiz, capazes de indicar uma possível tendência de julgamento.

A possibilidade de negociação não é bem vista por parte da doutrina. Encara-se o *plea bargain* como principal culpado da redução da severidade das penas e até como uma forma inconstitucional de afastar o devido processo legal²¹. Os que defendem o instituto apontam que sua existência contribui para a redução dos custos da máquina judiciária (são menos processos submetidos a julgamento)²².

Há na doutrina quem aponte o *plea bargain* como uma forma de abreviar o percurso²³ de uma causa criminal desde o seu início até o trânsito em julgado, além de tornar previsível o resultado do julgamento²⁴.

É verdade que durante o processo de negociação, o promotor de justiça é quem conduz as tratativas, por ser ele o detentor dos elementos colhidos durante a investigação, o que lhe permite avaliar em quais casos é oportuna a negociação e quais os seus limites, sempre com uma maior liberdade dispositiva quando comparada com a acusação em outros países²⁵.

O processo de negociação então, é permeado por três fases não estanques, assim compreendidas como: Verificação do interesse do órgão acusatório em barganhar (*assessing the D.A.'s offer*); negociação dos termos da proposta (*parleying the D.A.'s offer*); e o próprio aconselhamento da defesa técnica quanto a oportunidade e conveniência da proposta (*counseling and deciding*).

A *American Bar Association* possui um rol de *Standards* para o desempenho da função acusatória (*American Bar Association Criminal Justice Standards for the Prosecution Function*). O ato possui natureza de mera recomendação²⁶ para a

21 LEE, Cynthia; RICHARDSON, L. Song; LAWSON, Tamara. *Criminal procedure: cases and materials*. Minnesota: West Academic, 2016. P. 781.

22 SCHEB II, John M; SHARMA, Hemant. *An introduction to the American legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2013. P. 364.

23 LEE, Cynthia; RICHARDSON, L. Song; LAWSON, Tamara. *Criminal procedure: cases and materials*. Minnesota: West Academic, 2016. P. 781.

24 SCHEB II, John M; SHARMA, Hemant. *An introduction to the American legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2013. P. 364.

25 VITIELLO, Michael. Bargained-for-justice: Lessons from the Italians. *The University of the Pacific Law Review*. Vol. 48. 2017. P. 258.

26 CLINE, Richard. *Defense investigation and discovery criminal cases*. Minnesota: Aspatore. 2011. P. 98.

postura destes profissionais no sistema de justiça, devendo ser registrado que a Suprema Corte já utilizou estes *Standards* como critério de fundamentação para violação do direito previsto na Sexta Emenda (caso *Padilla v. Kentucky*).

Dentre os princípios propostos, merece destaque o Standard 3-1.13 que recomenda a constante capacitação desses profissionais²⁷, a exemplo da compreensão do papel do sistema de justiça, técnicas de litigância e negociação, lealdade nos procedimentos de compartilhamento de informações (*Discovery*), atualização quanto ao sistema processual e evitabilidade de comportamentos tendenciosos e preconceituosos.

No Brasil, o acordo de não persecução veio introduzido por instrumento normativo de duvidosa legalidade, enquanto se aguardava o processo legislativo reformador. Em nossa visão, poder-se-ia propor a premissa de que o acordo de não persecução constitui espécie de convenção processual, com amparo na aplicação do art. 190 do CPC combinado com o art. 3º do CPP e reconhecer a sua incidência no processo penal com certos limites.

Essa, no entanto, não parece ser a opinião da doutrina ministerial. Rodrigo Cabral, por exemplo, procura desvincular a natureza processual do acordo de não persecução, lhe atribuindo a natureza de um “negócio jurídico extrajudicial”²⁸ e que o acordo não envolve matéria penal, por “não haver aplicação de pena”²⁹.

27 Standard 3-1.13 Training Programs (b) In addition to knowledge of substantive legal doctrine and courtroom procedures, a prosecutor’s core training curriculum should address the overall mission of the criminal justice system. A core training curriculum should also seek to address: investigation, negotiation, and litigation skills; compliance with applicable discovery procedures; knowledge of the development, use, and testing of forensic evidence; available conviction and sentencing alternatives, reentry, effective conditions of probation, and collateral consequences; civility, and a commitment to professionalism; relevant office, court, and defense policies and procedures and their proper application; exercises in the use of prosecutorial discretion; civility and professionalism; appreciation of diversity and elimination of improper bias; and available technology and the ability to use it. Some training programs might usefully be open to, and taught by, persons outside the prosecutor’s office such as defense counsel, court staff, and members of the judiciary.

28 “O acordo é um negócio jurídico extrajudicial, que não envolve o prévio oferecimento de denúncia, nem exige uma prestação jurisdicional do Estado-Juiz. Nesses casos, não há que se falar em norma processual. Isso porque, conforme já assentou o Pleno do Supremo Tribunal Federal: São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição. Na espécie, nenhum desses elementos se faz presente no acordo de não persecução”. (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 31).

29 “No acordo não há aplicação de pena. No plea bargain há efetivamente a aplicação de uma sanção penal. No acordo, uma vez ocorrendo o seus descumprimento, faz-se necessário o oferecimento de denúncia, com plena instrução processual para a aplicação de pena. No plea bargain não é necessária instrução; simplesmente executa-se a pena”. (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 32).

Arremata ainda que na ótica do Supremo Tribunal Federal as normas de direito processual penal referem-se apenas ao princípio do devido processo legal, aos poderes e ônus advindos da relação processual e ao próprio conceito de jurisdição.

Por conta do pensamento reducionista proposto pelo citado autor é que o estudo da teoria geral do processo se torna elementar. A afirmativa de que o acordo de não persecução penal não constitui norma de direito processual apenas reforça a premente necessidade de se compreender melhor a teoria geral do processo e sua relação com o direito processual penal.

Não há como desvincular o acordo de não persecução penal do conteúdo processual e material penal. A avença entre imputado e Ministério Público contém disposições de natureza processual, no ponto em que se flexibiliza o ajuizamento da ação penal, mediante a renúncia ao contraditório e ao devido processo legal.

Ao mesmo tempo, a negociação envolve aplicação de prestação de serviços e prestação pecuniária que, pelo art. 43, I e IV do Código Penal são modalidades de pena restritiva de direitos.

Assim, analisemos a primeira disciplina dos acordos de não persecução estabelecida pela Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

3.1 O acordo conforme a normativa do CNMP

É inegável que a proposta do órgão nacional de controle da atuação e do cumprimento das funções do Ministério Público (art. 130-A, §2º da CRFB) foi a de promover um certo grau de desjudicialização dos conflitos penais.

Entretanto, pensamos que parte da nova resolução não veio regulamentar um espaço de atuação já consolidado em nosso sistema jurídico, como é o caso da investigação direta amparada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pelas próprias regras da Constituição e das leis que regem o *parquet*.

O que houve foi uma verdadeira inovação normativa, veiculada por meio instrumento de índole administrativa, criando uma nova figura processual de flexibilização da obrigatoriedade da ação penal³⁰.

³⁰ É fato que a característica da obrigatoriedade da ação penal é discutida na Itália, onde também há procedimentos específicos para abreviação do processo. (ILLUMINATI, Giulio. *modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto alegre, vol. 4, n. 2, p. 533-557, mai./ago. 2018. P. 551-552).

É certo que o dogma da obrigatoriedade da ação penal tem causado fortes debates na Itália, especialmente em razão de inúmeras orientações editadas no âmbito do Ministério Público daquele país com o intuito de relativizar o princípio, ainda que tais medidas sofram críticas na doutrina³¹.

As modernas concepções dos processos de negociação no campo penal precisam observar determinados limites, evitando-se o arbítrio do membro do Ministério Público na condução da proposta.

Neste ponto, enxergamos que a nova disciplina envolve aspectos penais (aplicação de sanção) e processuais penais (não ajuizamento da ação penal), vulnerando a constitucionalidade do ato administrativo, posto que parte de seu conteúdo dependeria de lei em sentido formal (art. 22, I da CRFB), diante do princípio da legalidade e da própria repartição constitucional de competências³².

Note-se que o fato de estarmos diante de uma norma com potencial positivo ao cotidiano do sistema de justiça criminal, como uma alternativa à já tradicional persecução ao advinda da ação penal, não quer dizer que devemos ser lenientes com práticas normativas de duvidosa constitucionalidade.

A própria doutrina do Ministério Público encontra certa dificuldade em justificar o desenho normativo da Resolução n. 181/2017, a ponto de argumentar que os atos normativos emanados pelo CNMP possuem “natureza primária” e que sendo o Conselho um componente da União, estaria ele legitimado a “editar normas que abordem temas de direito penal e processual penal”.

A dificuldade em justificar o instituto sem um referencial teórico e normativo seguro é tamanha que essa mesma doutrina afirma:

“Ademais, mesmo que se refutem os argumentos apresentados supra, isto é, caso entendamos que as resoluções do CNMP não são atos normativos primários e que aquele órgão não está legitimado para tratar de direito penal e processual penal, ainda assim, a Resolução n. 181 ora analisada deve ser considerada livre da pecha de inconstitucionalidade. Isto porque o acordo de não-persecução penal é anterior ao processo e às normas que o

31 ANGIOLINI, Giulia. I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale tra legalità costituzionale ed esigenze di effettività. Tese (Doutorado in Direito Público, giustizia penale e internazionale). Università degli studi di Pavia, Pavia, P. 408. 2018. P. 397).

32 “Esses motivos revelam que há mesmo necessidade de reflexão sobre um possível aprimoramento dos instrumentos brasileiros de consenso no campo do processo penal, com o objetivo de simplificar e acelerar a resolução de casos em que o acusado é confesso e admite a culpa. Entretanto, como ficará evidenciado, na ânsia de inovar (e talvez já não suportando mais aguardar uma solução pela via legislativa), o CNMP usurpou a competência privativa da União para legislar sobre o assunto e também ignorou que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal deve ser implementada pela via legislativa”. (ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 267).

regulamentam possuem natureza procedimental. Desta feita, a Resolução n. 181 do CNMP não trata de direito processual, de modo que não viola o inciso I do art. 22 da Constituição Federal”³³.

Avançou-se ainda no campo do direito internacional, procurando-se amparar a norma do CNMP nas Regras de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não Privativas de Liberdade), apesar de o referido instrumento não ser um Tratado incorporado ao sistema jurídico interno³⁴.

Melhor teria sido a veiculação de um instituto desta envergadura imediatamente por meio de lei, tal como ocorreu no âmbito da Lei n. 9.099/95 e da Lei n. 12.850/2013³⁵, o que só ocorreu ao final do ano de 2019, dois anos após a elaboração do ato normativo do CNMP.

A falta de um debate pelo Ministério Público criou certa resistência no sistema jurídico brasileiro, a ponto de duas Ações Direta de Inconstitucionalidade (ns. 5.790 e 5.793) serem ajuizadas no Supremo Tribunal Federal contra a disciplina administrativa dos acordos de não persecução penal.

Esse ambiente de críticas e a fragilidade jurídica do ato normativo levaram o CNMP a rever a disciplina através da Resolução n. 183/2018 que dentre as inúmeras modificações no texto, passou a prever o necessário controle judicial posterior à assinatura da proposta pelas partes.

Em seu art. 18 a Resolução n. 181/2017 do CNMP trata dos acordos de não persecução firmados pelo Ministério Público. Essa norma tem gerado acalorado debate na doutrina, especialmente por inovar no sistema jurídico penal, criando mais uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal sem previsão legal expressa. O dispositivo ora mencionado encontra-se com a seguinte redação:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal

33 BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 62

34 “No entanto, tal resolução não possui força vinculante, tratando-se de mera recomendação dirigida aos Estados-membros da entidade, com a expressa ressalva de que deve haver compatibilidade com sistema jurídico de cada país”. (ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 279).

35 “Naturalmente, é possível e desejável a criação de novos institutos que aprimorem o sistema de justiça criminal de um país, como defendido ao longo desta obra, mas essas novas ferramentas devem ser fruto de regular processo legislativo como aconteceu com a transação penal, com a suspensão condicional do processo, com o acordo de leniência e com a colaboração premiada”. (ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 275-276).

e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo 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 Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 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.

§ 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.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado;

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa

própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado, também, poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não-oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Nota-se, pela leitura do §3º do art. 18 do ato normativo que a defesa é elemento essencial do acordo de não persecução, devendo ela firmar o seu conteúdo, com a consequente submissão da avença à homologação judicial.

Muitas das regras constantes do ato normativo foram incorporadas à disciplina do Código de Processo Penal através das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, como veremos a seguir.

3.2. O acordo conforme a disciplina do CPP

A Lei n. 13.964/2019 introduz o art. 28-A à disciplina do Código de Processo Penal, incorporando o acordo de não persecução penal. De acordo com o *caput* do dispositivo, sempre que a hipótese não recomendar o arquivamento, poderá o Ministério Público propor o acordo, observando determinados pressupostos.

Pensamos que o acordo de não persecução penal, como modalidade de convenção processual é composto por 4 (quatro) fases: a proposição, a discussão, a homologação e o cumprimento.

Na fase de proposição, caberá ao Ministério Público, convencido de que há indícios de materialidade e autoria da infração penal (afasta-se, portanto, a hipótese de arquivamento), verificar a presença dos pressupostos legais.

O primeiro deles corresponde a necessária confissão formal e circunstancial pelo investigado da prática de infração penal (crimes e contravenções). Pensamos que essa confissão não corresponde a uma delação. É dizer, assegura-se o direito a acordo de não persecução penal pelo simples reconhecimento da prática da infração delituosa, independentemente do apontamento de outros coautores ou partícipes.

Um segundo pressuposto definido em lei é que a infração penal tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça e que a pena mínima cominada ao tipo seja inferior a 4 (quatro) anos.

A utilização do verbo “poderá” tal como ocorre no art. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95 resgata, mais uma vez, o debate sobre se o instituto constitui direito subjetivo do acusado ou mera faculdade do *Parquet* na apresentação da proposta. À época da Lei n. 9.099/95, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado n. 696 da Súmula de sua jurisprudência para afirmar que: “*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 CPP*”.

Foi uma saída da Corte Suprema para compatibilizar a independência funcional do membro do Ministério Público com o possível arbítrio que esse poder conferiria à instituição, criando, então um controle interno provocado pelo juiz.

O Ministério Público de São Paulo em seu Enunciado n. 21 destaca que: “*A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento da política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado*”.

Ao menos em relação ao acordo de não persecução, o próprio legislador se antecipou à potencial controvérsia, quando no art. 28-A, §14 do CPP determina que no caso de recusa por parte do Ministério Público em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Aqui, no entanto, há um problema de ordem prática. Com a reforma da Lei n. 13.964/2019, houve alteração na disciplina do art. 28 do Código de Processo Penal.

Até então, a disciplina do arquivamento esteve sujeita a uma função anômala de controle por parte do Juiz, sempre que o Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requeresse o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação. Então, o juiz, considerando improcedentes as razões invocadas, fazia remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, a quem caberia reexaminar as razões apresentadas pelo membro do MP.

Depois da reforma, o CPP passou prever que o próprio Ministério Público

ordenaria o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, dando ciência a vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhando os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma de lei regulamentadora no âmbito de cada Ministério Público. Ou seja, encerrou-se a intervenção judicial no ato de arquivamento do inquérito policial, criando uma revisão obrigatória.

A nova lei trouxe ainda a possibilidade de a vítima ou representante legal, bem como o órgão de representação judicial da União, dos Estados e Municípios, quando comunicados da decisão de arquivamento, apresentarem, 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.

Essa e outras modificações geraram muito debate em torno da reforma processual, com manifestações favoráveis e contrárias, estas últimas de índole predominantemente corporativa apresentadas magistratura e Ministério Público.

Não por outra é a razão de já termos quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ns. 6298, 6299, 6300 e 6305) ajuizadas, respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros, Partidos Podemos e Cidadania, Partido Social Liberal e CONAMP, questionando a constitucionalidade das novas disposições de lei.

Na ADI n. 6305, de iniciativa da CONAMP, foi postulada a suspensão da vigência da nova redação do art. 28, sendo deferida medida cautelar pelo Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, suspendendo monocraticamente e *sine die*, a eficácia do art. 28 do CPP com a nova redação da Lei n. 13.964/2019, ripristinando-se, portanto, a redação originária do art. 28 e o controle anômalo exercido pelo juiz.

Portanto, tanto o juiz como o investigado, antevendo a possibilidade de acordo de não persecução penal, poderão encaminhar o procedimento ao Procurador-Geral a quem caberá a palavra final sobre o cabimento do acordo de não persecução penal.

Outro pressuposto legal para o acordo diz respeito a um exame de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. Não se pode deixar de registrar uma certa carga de subjetividade da norma com o emprego das expressões “*necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”.

A incorporação de elementos que fogem ao padrão da objetividade legislativa certamente estimulará o arbítrio do Ministério Público que poderá se valer dessa “válvula de escape” normativa para negar o acordo de persecução forçando a judicialização do debate sobre o cabimento da proposta.

Além deste critério revestido de subjetividade, o legislador estabelece uma série de condições ajustadas cumulativa e alternativamente: 1 – reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; 2 – renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; 3 – prestação de serviços 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, na forma do 46 do Código Penal; 4 – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do 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; 5 – cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Nota-se, portanto que a realização do acordo de não persecução pressupõe a confissão por parte do investigado e a aceitação quanto ao cumprimento da pena restritiva imposta pelo Ministério Público como condição ao negócio, abrindo-se se não das garantias do contraditório e ampla defesa.

Parece-nos que quanto maior a gravidade da infração praticada, mais intensa será a cumulatividade das obrigações previstas no acordo de não persecução. A ideia a ser incorporada é que o acordo tenha o caráter restaurativo (art. 28-A, I e II) e ressocializador (art. 28-A, III, IV e V).

3.2.1 Da avaliação da impertinência do acordo de não persecução penal

O legislador estabelece algumas condicionantes para a pertinência do acordo de não persecução. A primeira delas encontra-se na combinação do caput do art. 28-A, com seu parágrafo primeiro e refere-se a um requisito objetivo, a quantidade de pena mínima cominada ao tipo penal.

O computo do prazo de 4 (quatro anos) deve levar em consideração a incidência de eventuais causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, as de aumento calculadas em sua fração máxima enquanto as de diminuição em sua fração mínima. Certamente, teremos ponto de vista diverso que defenda a aplicação do acréscimo mínimo nas causas de aumento e a redução máxima nas causas de diminuição, de modo a potencializar o instituto.

Não será possível firmar acordo de não persecução, nos termos do inciso I, do §2º do art. 28-A do CPP, caso a infração penal comporte transação penal sob o rito de competência dos Juizados Especiais Criminais (art. 76 da Lei n. 9.099/95). Há uma razão simples. As consequências da transação penal são menos rigorosas do que aquelas estabelecidas pelo legislador para o acordo de não persecução penal.

Portanto, em infrações penais que se amoldem tanto ao art. 76 da Lei n. 9.099/95 e ao art. 28-A do CPP, há direito subjetivo do indiciado em firmar transação penal em detrimento do acordo de não persecução.

De igual modo, restringe-se a possibilidade de acordo de não persecução quando o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, nos termos do inciso II, do §2º do art. 28-A do CPP.

O fato de já ter gozado de outros institutos negociais a exemplo da transação penal, da suspensão condicional do processo ou do próprio acordo de não persecução nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração é fator impeditivo, na forma do inciso III, do §2º do art. 28-A do CPP.

Por fim, em crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, impedem a adoção do acordo, conforme vedação contida no inciso IV, do §2º do art. 28-A do CPP. Há uma coerência do legislador nesse ponto, já que o art. 41 da Lei n. 11.340/2006, veda a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 no contexto dos crimes de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.

Considerando que o art. 90-A da Lei n. 9.099/95 veda a aplicação de suas disposições e, conseqüentemente, os seus institutos despenalizadores, no âmbito da Justiça Militar e tendo em vista que o art. 18, §12 da Resolução CNMP n. 181/2017 já também restringia a aplicação do acordo de não persecução no âmbito

de crimes militares que afetassem a hierarquia e disciplina, possível antever a construção teórica quanto à inaplicabilidade do art. 28-A do CPP no âmbito do processo penal militar.

Argumentos também surgirão no sentido de que houve verdadeiro silêncio eloquente do legislador, tendo em vista que a Lei n. 13.964/2019 realizou alterações nos Códigos Penal e Processual Penal Militar.

Ainda que a corporação castrense esteja sujeita a hierarquia e disciplina e que os tipos do Código Penal Militar procurem preservar estas características, inegável que a legislação processual penal militar é ultrapassada e precisa ser modernizada à realizada constitucional e convencional.

3.2.2 Da formalização e consequências do acordo de não persecução penal

Diante da necessidade de confessar a prática do delito, anuir com o cumprimento de pena restritiva de direitos antecipada e abrir mão de sua ampla defesa e contraditório, a lei exige que o acordo de não persecução penal seja formalizado (fase de discussão) por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público e pelo investigado na presença de advogado ou membro da Defensoria Pública, conforme §3º do art. 28-A do CPP.

Aqui inicia-se a segunda fase do negócio processual, onde o Ministério Público e as partes delinearão os termos do acordo de não persecução. A defesa deve primar para que a relação que se estabeleça com a acusação tenha estrutura paritária, ou seja, que seja possível debater os termos do acordo, evitando-se que o negócio processual não tome forma de um contrato de adesão.

A necessidade e suficiência prevista no caput do art. 28-A do CPP não deve se submeter a uma análise privativa do Ministério Público, sendo lícito à defesa técnica, durante a discussão, demonstrar à acusação eventual excesso nas condições impostas (caráter paritário da cláusula não persecutória).

Uma vez firmado o acordo de não persecução penal, ainda que confessado o delito e cominada sanção restritiva, a avença processual não constará da certidão de antecedentes criminais, exceto para fins de impedimento de gozo de um novo acordo de persecução durante o prazo de 5 (cinco) anos (art. 28-A, §2º, III do CPP), na forma do art. 28-A, §12 do CPP.

Tal como ocorre na suspensão condicional do processo (art. 89, §5º da Lei n.9.099/95) o cumprimento integral do acordo de não persecução penal, garante ao investigado a extinção de punibilidade, mediante decisão judicial.

Nota-se, portanto, que entre as inúmeras vantagens do acordo de não persecução penal temos: ausência de instauração de ação penal com incidência de custas processuais em caso de condenação; inoportunidade de reincidência em caso de cometimento de nova infração penal; não cominação de pena privativa de liberdade e pena de multa.

3.2.3 Da homologação do acordo de não persecução penal

Apesar de o acordo de não persecução representar mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, nos mesmos moldes da transação penal prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95, há participação judicial na terceira fase, a de homologação, de modo que o juiz possa controlar a validade das cláusulas avençadas, nos moldes do que ocorre no Código de Processo Civil, a luz do art. 190, parágrafo único.

O §4º do art. 28-A do CPP determina que a homologação do acordo de não persecução penal seja realizada em audiência na qual o juiz verificará voluntariedade do investigado, por meio da oitiva de oitiva na presença do seu defensor, além do próprio controle quanto a sua legalidade.

Curiosamente, o Ministério Público de São Paulo pretende não participar da audiência de homologação, como consta do Enunciado n. 26: “Não é obrigatória a participação do membro do Ministério Público na audiência de homologação do acordo de não persecução penal prevista no §4º do art. 28-A do CPP”.

O entendimento ministerial não encontra respaldo legal, principalmente porque na audiência de homologação pode ser possível que se realizem pequenos ajustes sem a necessidade de retornar a proposta, em uma perspectiva de aproveitamento de atos procedimentais.

Encare-se que a fase de proposição e discussão ocorre “em gabinete” no âmbito do Ministério Público, a quem caberá, em sua investigação direta ou através do inquérito policial convocar o investigado e sua defesa para comparecer em reunião de composição para discussão dos termos do acordo.

De acordo com a prerrogativa contida no art. 128, I da LC n. 80/94, os membros da Defensoria Pública detêm a possibilidade de intimação pessoal mediante entrega dos autos com vista. Isso permite que a Defensoria Pública possa se obstar ao comparecimento na fase de debates perante o Ministério Público sem que haja o prévio envio da proposta de acordo de não persecução penal.

Esse envio da minuta permite que a Defensoria Pública possa, desde logo, sinalizar eventual desinteresse do investigado na realização do acordo de não persecução, anuir com os termos propostos ou preparar-se para debater alternativas às cláusulas do acordo em futura reunião.

Melhor seria se a fase de proposição fosse feita em gabinete e que a discussão e homologação fossem concentrados em um único ato perante o Poder Judiciário. Apesar de provisoriamente suspenso, o art. 3º-B, XVII do CPP prevê apenas que a homologação de acordo de não persecução penal fique a cargo do juiz das garantias.

Essa concentração de atos tornaria o processo de concretização do acordo de não persecução penal mais dinâmico, já que as condições seriam debatidas e o próprio juiz já controlaria a validade do acordo, abreviando-se as fases.

Por lei, caberá ainda ao Ministério Público, assegurar-se que o investigado esteja sempre acompanhado de advogado ou membro da Defensoria Pública nas duas fases (proposição e discussão), de modo que a voluntariedade do investigado possa ser confirmada por ocasião da homologação.

O acordo de não persecução poderá ser devolvido ao membro do Ministério Público, na forma do §5º do art. 28-A do CPP se o juiz verificar que as condições avançadas são inadequadas, insuficientes ou abusivas. Neste caso, há a necessidade de reformulação da proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

Trata-se de regra similar à da colaboração premiada prevista no art. 4º, §8º da Lei n. 12.850/2013, que permite ao juiz recusar a homologação da proposta de colaboração que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.

A Lei não deixou claro se a devolução do acordo é feita ao próprio órgão do Ministério Público que a elaborou de início ou se aqui também seria aplicável a regra do art. 28-A, §14 do CPP, encaminhando-se ao órgão superior para promover os ajustes, como forma de preservar a independência funcional.

Pensamos que o juiz deva encaminhar a proposta obstada ao próprio órgão do Ministério Público que a elaborou de início e se, o membro do Ministério Público entender pela sua adequação, deverá ele submetê-la a órgão superior, no caso, o Procurador-Geral de Justiça. Se o órgão de cúpula ratificar a proposta apresentada pelo membro, só restará ao juiz negar a sua homologação, na forma do §7º do art. 28-A do CPP.

Aqui há outra diferença quando comparado o acordo de não persecução com o *sursis* processual, na medida em que o art. 89, §2º da Lei n. 9.099/95 permitia a intervenção do juiz na proposta de suspensão, podendo ele especificar outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

No acordo de não persecução penal o legislador procurou preservar a iniciativa do Ministério Público e a necessária inércia do juiz, em linha do princípio acusatório que está previsto no art. 3º-A do CPP, temporariamente suspenso por decisão do Min. Luiz Fux no julgamento da Medida Cautelar nas ADIs ns. 6298, 6299, 6300 e 6305.

Com a homologação do acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao órgão do Ministério Público, a fim de que seja instaurado o incidente de execução perante o órgão jurisdicional com competência para execução penal, na forma do art. 28-A, §6º do CPP.

Pensamos que a depender das condições de cumprimento, a Vara de Execuções Penais possa deprecar a fiscalização do cumprimento das cláusulas do acordo na comarca onde seja domiciliado o investigado, de modo a não onerá-lo no adimplemento das obrigações penais.

Diferente da hipótese de devolução prevista no §5º, o juiz poderá recusar a homologação de proposta que não atenda aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação decorrente da prévia devolução (§5º).

Outra decorrência da homologação é a de que os autos serão devolvidos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, na forma do art. 28-A, 8º do CPP.

Há que se fazer uma crítica a hipótese de “complementação das investigações”. Se um dos requisitos para o acordo de não persecução penal era exatamente a inexistência de fundamentos para o arquivamento, isto representa afirmar que o Ministério Público dispunha de indícios suficientes de materialidade e

autoria para a instauração da ação penal, não fazendo sentido admitir que a investigação retomasse seu rumo.

3.2.4 Da ciência da vítima quanto ao acordo de não persecução penal

Seguindo a linha do art. 201, §2º do CPP que assegura ao ofendido o direito de ser comunicado dos atos processuais concernentes ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem, o art. 28-A, §9º do CPP também determina que a vítima seja intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

No entanto, o Código de Processo Penal não confere a vítima nenhum poder para se opor ao acordo de não persecução penal ou se manifestar sobre as condições impostas, realidade que também ocorre na transação penal e suspensão condicional do processo.

É importante o destaque que a fase de proposição e discussão não deve contar com a participação da vítima, já que ali pode ocorrer a confissão da conduta delituosa e esse comportamento tem reflexos na esfera privada.

Faça-se um destaque para o fato de que a Lei n. 13.964/2019 buscou empoderar a vítima de outra forma, a exemplo das regras constantes do art. 28, §§1º e 2º do CPP (provisoriamente suspenso por decisão em MC nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305) ao permitirem a postulação de revisão da promoção de arquivamento do inquérito policial ou procedimento investigatório.

3.2.5 Do descumprimento do acordo de não persecução penal e a necessidade do contraditório

O descumprimento do acordo de não persecução penal é regulado nos §§10 e 11 do art. 28-A do CPP. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

Aqui, no entanto, parece-nos que antes da rescisão deva o juízo oportunizar o contraditório ao investigado, a fim de que se manifeste sobre a promoção do Ministério Público, com base no art. 10 do CPC³⁶.

Apesar de o art. 15 do CPC/15 não determinar sua aplicação supletiva e subsidiária ao processo penal, cremos que o art. 3º do CPP, quando admite a interpretação extensiva, aplicação analógica e o suplemento pelos princípios gerais de direito, mantém o elo de conexão com o ramo do direito processual.

Em todos os institutos processuais penais em que houver uma omissão e cuja disciplina processual civil seja expressa a respeito, parece-me que a aplicabilidade do novo CPC/2015 será de excelente utilidade, modernizando o processo penal e buscando alinhá-lo ao perfil democrático-constitucional, desde que o instituto não descaracterize os princípios norteadores do procedimento penal, especialmente os de índole constitucional e convencional.

No processo penal, tanto acusação quanto defesa técnica não só podem como devem participar, ou melhor, ter a oportunidade de cooperar, na construção da decisão judicial. Dentro da perspectiva de cooperação e influência impõe-se ao juiz o dever de clarificação e de consideração da contribuição das partes na relação processual. O diálogo do juiz com as partes, sempre que antever a possibilidade de utilização de fundamento ou qualificação jurídica diversa reflete a construção de um processo democrático.

Quando o art. 10 do novo CPC adverte ao juiz a impossibilidade de prolação de decisão sem que as partes tenham a oportunidade de se manifestar, ainda que a matéria deva ser decidida de ofício³⁷, nos parece que o processo penal não deva seguir na contramão dessa regra.

O que se pretende evitar é a chamada “decisão-surpresa” e por isso o art. 10 do novo CPC inaugura, de acordo com os processualistas civis, um princípio que

³⁶ O mesmo pensamento é compartilhado pela Defensoria Pública de Minas Gerais, através do seu Enunciado n. 19: *Ante a notícia de descumprimento de condição estipulada no acordo de não persecução penal (artigo 28-A, §10, do CPP), em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente determinados, a análise da rescisão pressupõe a oitiva do investigado e da defesa técnica.*

³⁷ “Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar o conteúdo da decisão.” (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 79. Vol. I).

veda a possibilidade de utilização de argumentos que não tenham sido debatidos ou ao menos ventilados durante a relação processual.

Não pode o juiz, por ocasião da avaliação da rescisão do acordo e diante dos paradigmas aqui apontados, manifestar-se a esse respeito sem assegurar o contraditório. Há, portanto, um verdadeiro dever de consulta, oriundo da própria cooperação processual³⁸.

Decretada a rescisão do acordo de não persecução penal em razão de descumprimento pelo investigado e oferecida a denúncia, poderá o Ministério Público deixar de apresentar proposta de *sursis* processual, quando cabível, utilizando como motivação o inadimplemento do acordo anteriormente firmado (art. 28-A, §11 do CPP).

Aqui também caberá ao juiz analisar os motivos do descumprimento e ponderar se aquelas razões podem, de algum modo, também frustrar o cumprimento de eventuais condições da suspensão condicional do processo.

Interessante notar que o legislador não tornou a prática de nova infração penal como motivo justificador da revogação do acordo de não persecução penal, tal como prevê nos §§3º e 4º do ar. 89 da Lei n. 9.099/95, na parte que trata das hipóteses de revogação obrigatória e facultativa do *sursis* processual.

3.2.6 Impedimento do prazo prescricional

O art. 116, III do Código Penal foi alterado pela Lei n. 13.964/2019 prevendo que não correrá o prazo prescricional enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

Evita-se com a disposição que o investigado aceite acordo de não persecução penal com o fim escuso de estimular a ocorrência da prescrição durante o prazo de cumprimento das condições.

4 PARÂMETROS DE OBSERVÂNCIA PELA DEFESA TÉCNICA

Quando analisamos a estrutura do Ministério Público, percebemos que o órgão

³⁸ “O dever de consulta é variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se.” (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 129. Vol. I).

dispõe do suporte da Polícia Judiciária (que conta com investimento do Estado) e também de seus próprios departamentos, a exemplo dos grupos de apoio técnico especializado, o que não ocorre em relação à defesa técnica.

Por outro lado, o imputado não dispõe de equivalente aparato para a realização de diligências de seu interesse, contando apenas com a disponibilidade restrita do Delegado de Polícia que aceite realizar atos de investigação na forma e condições do art. 14 do Código de Processo Penal.

Então, pretendemos abordar neste tópico, alguns aspectos que devam ser observados pelo defensor por ocasião do exercício da defesa técnica no acordo de não persecução penal, garantindo que o investigado tenha representação adequada.

4.1 A presença da defesa técnica em todas as fases do acordo de persecução (proposição, discussão, homologação e cumprimento)

No campo processual penal, a defesa técnica é exercida pelos advogados regidos pela Lei n. 8.906/94 e pela Defensoria Pública, cujo regramento se extrai da Lei Complementar n. 80/94. A figura de uma instituição estatal, dotada de autonomia funcional, administrativa e financeira é um modelo de serviço custoso, mas que se apresenta como densificador do direito à assistência jurídica das pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua finalidade estatutária³⁹, que não possuem recursos financeiros para contratar um advogado para o exercício de pretensões⁴⁰.

Quando voltamos nosso olhar para o texto constitucional, especificamente o art. 5º, LV da CRFB, percebemos a preocupação do constituinte, quando confere a todos os acusados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

39 O Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado n. 481 de sua Súmula, reconhecendo às pessoas jurídicas que enfrentem insuficiência de recursos o direito a assistência jurídica, enquanto que o art. 4º, V da Lei Complementar n. 80/94 reconhece a possibilidade de a Defensoria Pública prestar assistência jurídica a estes entes.

40 “A Defensoria Pública é fruto da compreensão de que o próprio fenômeno jurídico é multifacetado e demanda enfrentamento inovador, múltiplo e corajoso, na exata medida em que não só a comunidade jurídica, mas principalmente os destinatários dos serviços de todo o Sistema de Justiça já identificaram e denunciaram a (famosa) falta de efetividade, e exigem sua superação com a prestação de um serviço eficiente sob todos os pontos de vista (muito longe, alias, da atuação rasa de quem se contenta em simplesmente seguir modelos legais sem preocupação com o resultado prático do que desenvolve).” (KETTERMANN, Patricia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015. P. 24.).

No plano internacional, o art. 8º, 2, 'd' e 'e' da Convenção Americana de Direitos Humanos é o norte central de proteção da garantia do devido processo legal.

A alínea 'd' do referido tratado contempla o direito de qualquer acusado se defender pessoalmente ou ser patrocinado por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com ele. Ao mesmo tempo, e já com foco na questão da hipossuficiência econômica e da indispensabilidade da defesa técnica, a alínea 'e' prevê o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não.

A nível internacional Vladimir Aras⁴¹ destaca que tanto a Suprema Corte dos Estados Unidos da América como a Corte Europeia de Direitos do Homem preconizam a necessidade de participação da defesa técnica, em caráter efetivo, na fase de discussão do acordo penal.

No julgamento do caso *Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia*, a Corte Europeia reconheceu a alegação dos imputados de que a aplicação do acordo penal dependeria da ciência de todos os elementos que gravitam em torno da imputação e da própria assessoria de uma defesa técnica⁴².

Razão de decidir semelhante é encontrada no caso *Missouri vs. Frye* decidido pela Suprema Corte dos EUA, onde a aplicação de um benefício negociado exige o prévio e completo entendimento do imputado a respeito do conteúdo e das consequências do acordo, mediante orientação adequada a ser prestada pela defesa técnica⁴³.

41 ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: Uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 311.

42 "92. The Court thus observes that by striking a bargain with the prosecuting authority over the sentence and pleading no contest as regards the charges, the first applicant waived his right to have the criminal case against him examined on the merits. However, by analogy with the above-mentioned principles concerning the validity of such waivers, the Court considers that the first applicant's decision to accept the plea bargain should have been accompanied by the following conditions: (a) the bargain had to be accepted by the first applicant in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner; and (b) the content of the bargain and the fairness of the manner in which it had been reached between the parties had to be subjected to sufficient judicial review". (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. Caso *Natsvlishvili e Togonidze vs. Geórgia*. 2014. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-142672"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{); acesso em 22 nov. 2018).

43 "2. As a general rule, defense counsel has the duty to communicate formal prosecution offers to accept a plea on terms and conditions that may be favorable to the accused. Any exceptions to this rule need not be addressed here, for the offer was a formal one with a fixed expiration date. Standards for prompt communication and consultation recommended by the American Bar Association and adopted by numerous state and federal courts, though not determinative, serve as important guides. The prosecution and trial courts may adopt measures to help ensure against late, frivolous, or fabricated claims. First, a formal offer's terms and processing can be documented. Second, States

A escolha do profissional ou órgão encarregado da elaboração da defesa técnica recai única e exclusivamente no acusado. Não pode o magistrado ou o Ministério Público, por ocasião do acordo de não persecução querer impor defesa técnica ao investigado.

O Ministério Público deve se revestir de todas as cautelas necessárias para que o investigado possa, por livre escolha, indicar advogado de sua confiança ou a Defensoria Pública para acompanhá-lo nas fases de proposição, discussão, homologação e cumprimento. Pensamos, inclusive, que a presença do defensor não pode ocorrer a título pró-forma, apenas como testemunha instrumentária do ato.

O imputado deve contar com uma defesa técnica capacitada para expor toda a dinâmica do processo penal brasileiro, as vantagens e desvantagens de se submeter à persecução penal ou anuir com o acordo, bem como as obrigações assumidas naquela avença⁴⁴.

Por tais razões, parece-nos temerária a realização de acordos de não persecução penal em sede de audiência de custódia, dada a imediatidade do ato e a falta de tempo e elementos para uma avaliação acurada dos fatos. Reconheça-se, no entanto, inexistir impeditivo à realização do acordo nesse ato de controle da legalidade da prisão.

É importante deixar claro que só é possível admitir uma negociação justa quando estamos diante de um “jogo de cartas abertas” no qual o investigado conhece todos os elementos de convicção produzidos em seu desfavor e dispõe de meios próprios para colher elementos que possam ser apresentados como contradita ao material de que dispõe o órgão persecutório.

Hoje o Código de Processo Penal contempla a disciplina da cadeia de custódia cuja quebra pode ter repercussão no material probatório e na sua própria

may require that all offers be in writing. Third, formal offers can be made part of the record at any subsequent plea proceeding or before trial to ensure that a defendant has been fully advised before the later proceedings commence. Here, as the result of counsel’s deficient performance, the offers lapsed. Under Strickland, the question then becomes what, if any, prejudice resulted from the breach of duty. Pp. 8–11.” (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Caso Missouri vs. Frye. 2012. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/134/> acesso em 22 nov. 2018).

44 “À toda evidência, o acordo de não persecução penal somente poderá ser firmado na presença do defensor do investigado, conforme estabelece a nova redação do §3º do art. 18 da Resolução 181 do CNMP, contudo, ressaltamos a necessidade de garantir ao investigado a escolha de seu advogado, como mecanismo de autodefesa”. (MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. Acordo de não persecução penal. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 352).

credibilidade, o que exigiria do membro da defesa técnica maior apuro na análise do acordo no calor do evento criminoso.

Nessa linha de ideias, torna-se também importante compreender que a autodefesa e a defesa técnica, apesar de integrarem o princípio da ampla defesa, com ele não se confundem e possuem características próprias, materializadoras do direito de defesa⁴⁵.

A importância da defesa técnica no momento do debate da construção do acordo de não persecução reside no fato de que o profissional da defesa, de posse do inquérito policial ou procedimento investigatório, verificará a presença dos indícios de materialidade e autoria necessários a instauração da persecução penal e justificadores do acordo.

Convencido, então, de que a proposta é plausível, passa a fase de discussão e a defesa deve se entrevistar com o investigado de modo a verificar se é o seu intento confessar a conduta delituosa para fazer jus ao benefício. Esse momento, realizado através de entrevista pessoal e reservada (prerrogativa dos advogados e membros da Defensoria Pública), é de extrema importância, já que o negócio processual exige voluntariedade e consciência dos reflexos do acordo.

Importante notar que essa fase de proposição e discussão ocorre “em gabinete” no âmbito do Ministério Público, a quem caberá, em sua investigação direta ou através do inquérito policial convocar o investigado para comparecer em reunião para discussão dos termos do acordo.

Isto significa dizer que em razão da autonomia da Defensoria Pública, do princípio do defensor natural (art. 4º-A, IV da LC n. 80/94) e da discricionariedade técnica do advogado, deve o Ministério Público agir de forma concertada na marcação da reunião, respeitando as particularidades e prerrogativas destes profissionais.

A aquiescência com o acordo de não persecução penal não deve ser enxergada como um ato instantâneo. Penso que o investigado e a defesa técnica possuem o direito de pensar e analisar a proposta, devendo ser concedido o prazo de 10 (dez) dias, em analogia com o prazo da Resposta do réu prevista no art. 396-

45 “El derecho a defenderse en un complejo que integra una serie de garantías tales como la igualdad de armas; la presunción de inocencia; el derecho a un tribunal imparcial e independiente; el derecho a ser juzgado en plazo razonable; el derecho a guardar silencio; el derecho a ser oído y el derecho a presentar pruebas y otras que, en conjunto, conocemos como el derecho a un juicio justo.” (LANGEVIN, Julián Horacio. **Sin defensa no hay juicio**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editores, 2013.p. 35).

A do CPP, para comparecerem à reunião de composição

Caberá ainda ao Ministério Público, assegurar-se que o investigado esteja sempre acompanhado de advogado ou membro da Defensoria Pública nas duas fases (proposição e discussão), de modo que a voluntariedade do investigado possa ser confirmada por ocasião da homologação.

O art. 28-A, §3º do CPP condiciona a validade do acordo de não persecução penal a assinatura dos seus termos pelo membro do Ministério Público, investigado e defesa técnica. Todavia, a atuação defensiva não se encerra no aceite do acordo.

Como o art. 28-A, §4º do CPP submete o acordo de não persecução penal a homologação em audiência, teremos aqui na terceira fase (homologação) uma nova intervenção defensiva, devendo o juízo respeitar a atribuição do órgão correspondente da Defensoria Pública, mediante intimação pessoal mediante entrega dos autos com vista.

Por fim, com a remessa dos autos do inquérito ou procedimento investigatório onde foi encartado o acordo de não persecução ao juízo com competência para execução penal, teremos uma última atuação defensiva, que acompanhará o cumprimento dos termos do negócio e assegurará o contraditório sempre que houver questionamento ou alegação de descumprimento de alguma cláusula, conforme enunciado n. 19 da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

4.2 A utilização do inquérito defensivo como forma de orientar a atividade persecutória na avaliação da pertinência do acordo de não persecução

O tema da investigação criminal defensiva, aqui nominado investigação direta pela defesa, tem merecido novos olhares da doutrina em razão do recente Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB, que regulou a atividade em prol da advocacia.

A investigação direta desenvolvida pela defesa guarda relação com os princípios constitucionais e convencionais da ampla defesa e do contraditório, em paralelo ao chamado direito à prova no processo penal.

Quando a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu art. 8º, itens 1 e 2, 'b', 'c', 'd', 'e' e 'f', as garantias judiciais mínimas para o acusado e dali se extrai o direito à atividade probatória, especialmente quando são assegurados a defesa técnica, o tempo e os meios necessários para preparação da defesa.

A menção à defesa técnica e aos meios para a preparação da defesa compreende não só a presença de um defensor com capacidade para exercer a representação na fase investigatória e no processo penal, mas também a disponibilização dos recursos e meios de provas admitidos no ordenamento jurídico.

Por trás do direito a um defensor e da garantia de tempo e dos meios necessários para o exercício da defesa se insere a possibilidade de produzir provas na relação processual e, conseqüentemente, o direito à realização da busca e coleta de informações de interesse da defesa.

A investigação defensiva, como bem pontua André Mendes, é: “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa”⁴⁶.

Na atividade de investigação direta o papel da defesa técnica é arrecadar informações e elementos que possam direcionar o exercício da resistência à pretensão acusatória e nortear a proposição das provas na relação processual, permitindo que ambas as partes tenham o controle e a previsibilidade de suas ações no processo.

Essa arrecadação de informações ocorre através da realização de diligências com o propósito exclusivo de identificar elementos que possam favorecer a sua situação jurídica, sem a necessária preocupação com a apuração da verdade. A defesa poderá, entretanto, agir imbuída no espírito de clarificação da verdade, trazendo ao conhecimento da acusação informações negligenciadas pelos órgãos de Polícia Judiciária⁴⁷, de acordo com a impressão de Susan Haack.

Entretanto, se é fato que o direito à produção probatória se extrai da ampla defesa e do devido processo legal, não podemos nos esquecer de que nosso sistema busca preservar a segurança jurídica. Assim, para a validade do que denominamos de binômio validade/veracidade da informação colhida pela defesa,

46 MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

47 “A atividade de um investigador é descobrir a verdadeira resposta à sua pergunta; portanto, sua obrigação é buscar as evidências que ele puder e avaliar o mais razoavelmente possível. Então, novamente, estritamente falando, “investigador desinteressado e imparcial é meio que um pleonasma; um investigador interessado e tendencioso e um oximoro. Mas na vida real, obviamente, é muito mais confuso. Provavelmente ninguém é de integridade intelectual sólida, e até os mais honestos inquiridores têm seus preconceitos e pontos cegos; e um defensor ansioso para evitar ser pego de surpresa pode perguntar com escrupulosa meticulosidade. (tradução livre)” (HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 30).

nada mais natural que haja uma regulamentação sobre o tema, de modo a conferir maior fiabilidade ao conteúdo do inquérito defensivo.

Assim, os meios atípicos⁴⁸ de coleta de informações no curso da investigação defensiva poderão ser empregados desde que moralmente legítimos e mesmo que não expressos nas normas do Código de Processo Penal.

Diversos são os atos típicos de investigação direta, a exemplo da colheita e registro de depoimentos, a requisição de documentos e informações, os Exames e contraprova pericial, o exame de local, o depoimento de especialistas e apoio de equipes multidisciplinares, o acesso aos bancos de dados públicos e às informações pessoais do imputado e a coleta de dados pessoais da vítima e de seu comportamento em espaços públicos, tudo é claro em um ambiente de licitude e lealdade.

Dentre vários escopos, a investigação direta pela defesa se prestará a permitir a coleta de elementos que forneçam a construção de teses defensivas baseadas em certos fatos; favorecer a aceitação dessas teses defensivas; permitir a formação de um percurso defensivo no processo quando o agente tenha parcela de responsabilidade pelo fato praticado; desanuviar a percepção da defesa quanto à oportunidade e conveniência na aceitação de institutos despenalizadores; antecipar a visualização de futuras colidências de defesa entre acusados; refutar a validade de provas produzidas pela acusação; ou até mesmo na própria elucidação da conduta criminosa, nesse caso, situação mais comum quando a vítima quiser participar da apuração por meio de investigação própria.

É por isso que o aspecto negocial do sistema processual moderno demanda do imputado que a incorporação da investigação defensiva se torne uma verdadeira bússola, permitindo que o defensor interprete o “melhor norte” a ser seguido, avaliando se a proposta de acordo de não persecução é o melhor rumo a ser tomado.

48 “No primeiro caso, seriam então atípicos os eventuais instrumentos não previstos em lei, embora não seja fácil identificar meios diversos daqueles já referidos pelo legislador, dado que as fontes de prova são limitadas, assim como o são as possíveis modalidades da função representativa. Isso vale até para os meios resultantes do desenvolvimento tecnológico porque se reduzem sempre às noções de documento ou perícia, submetendo-se às regras que disciplinam tais modalidades probatórias.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DSJ Ed., 2005. p. 303-318, p. 314).

Para os profissionais da defesa que já realizam a investigação direta, a utilização de um inquérito defensivo pode ser muito pertinente na fase de proposição e discussão do acordo de não persecução penal.

E como a investigação defensiva não é estanque e pode ocorrer após o cometimento do crime, durante a fase de investigação, da ação penal e até mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória, o seu resultado pode estimular a revisão ou rescisão do acordo por iniciativa do próprio investigado.

4.3 A divergência entre autodefesa e defesa técnica no tocante à aceitação do acordo de não persecução

Questão tormentosa tem sido determinar qual a vontade prevalecente na hipótese de conflito entre a vontade do assistido e a vontade da defesa técnica – seja quando o desejo de firmar o acordo do investigado se contrapõe a manifestação de impertinência do negócio externa pelo defensor.

No campo processual penal esse conflito se afigura bastante comum em matéria recursal, pois o acusado e a defesa técnica devem ser autonomamente intimados da sentença e da decisão de pronúncia (arts. 392 e 420 do CPP).

Em virtude disso, restam apresentadas duas manifestações de vontade distintas no processo: a primeira, externada pelo acusado no momento em que informa ao oficial de justiça seu desejo de recorrer ou de não recorrer da decisão; e a segunda, externada pelo Defensor Público ao interpor ou ao deixar de interpor o competente recurso.

Por conta dessa autonomia de manifestação, muitas vezes os acusados mais humildes acabam declarando ao oficial de justiça que não desejam recorrer da decisão condenatória, com receio de contrariar o juiz prolator ou com medo de ver sua pena agravada pelo tribunal. Nesses casos, poderia a manifestação recursal do Defensor Público prevalecer sobre a vontade do acusado, garantindo a remessa dos autos ao reexame pela superior instância?

A situação inversa também pode ser encontrada, com relativa frequência, no procedimento bifásico do tribunal do júri, quando o acusado é intimado da decisão de pronúncia. Em se tratando de réu preso, a interposição de recurso geralmente acarreta apenas o prolongamento do período de encarceramento e a postergação do julgamento em plenário, onde sabidamente o acusado possui melhores chances

de absolvição do que teria em eventual sede recursal.

No entanto, sem compreender esse quadro de probabilidades jurídicas e desconhecendo o próprio significado da decisão de pronúncia, o réu muitas vezes acaba manifestando irrefletidamente o desejo de recorrer ao ser intimado pelo oficial de justiça. Nessa hipótese, poderia a manifestação do Defensor Público prevalecer sobre a vontade do acusado, evitando a protelatória e prejudicial remessa dos autos ao Tribunal de Justiça?

Ao enfrentar esses questionamentos e ao determinar qual seria a vontade prevalecente na hipótese de conflito entre assistido e Defensoria Pública, a doutrina restou dividida em duas correntes distintas.

De acordo com parcela da doutrina, a titularidade do direito de recorrer pertenceria exclusivamente ao acusado, não podendo a manifestação da Defensoria Pública se sobrepôr à vontade do assistido; afinal, quem teria sucumbido seria o denunciado e não seu defensor. Além disso, o direito de recorrer seria renunciável e o denunciado, ao manifestar seu desejo de não interpor recurso, estaria exercendo um direito assegurado em lei. Por fim, sustentam que o recurso teria como característica a voluntariedade, não sendo admitida a figura do recurso contra a vontade do sucumbente.

Seguindo essa linha de raciocínio, defende o renomado professor DAMÁSIO E. DE JESUS, *in verbis*:

Réu que, intimado pessoalmente, diz que não quer apelar. Apelação do defensor: a) não conhecimento do recurso: RT 501/314; b) conhecimento do recurso: RT 520/423, 538/325, 538/371, 547/326, 577/371, 597/289, 602/365 e 702/362; RJDTACrimSP 8/256. Nossa posição: a titularidade do direito de recorrer pertence ao réu, não ao defensor. Nesse sentido: JTACrimSP 68/374. Tratando-se de direito renunciável, não se vê como possa o defensor apelar contra a vontade do réu (...). Se réu pessoalmente renunciou ao direito de apelar, tendo recorrido o defensor, subindo os autos, deve o tribunal homologar a renúncia, não sendo caso de não conhecimento. (JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo: Saraiva, 1988, pág. 381)

Do mesmo modo, alguns precedentes mais antigos do Supremo Tribunal Federal já chegaram a reconhecer a inadmissibilidade do recurso interposto pela defesa técnica, quando o réu expressamente manifesta seu desejo de não recorrer da sentença:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. RÉU QUE RENUNCIA AO DIREITO DE RECORRER. VALIDADE. INTERPOSIÇÃO SUPERVENIENTE DE APELAÇÃO CRIMINAL POR SEU DEFENSOR. INADMISSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL A

QUO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PLENITUDE DE DEFESA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. O exercício do direito de recorrer em sede processual penal reveste-se de caráter voluntário. Assiste ao condenado, desse modo, a faculdade de livremente renunciar, por ato próprio, a interposição do recurso criminal cabível. Precedentes. Não se conhece de recurso criminal interposto pelo defensor, se o acusado, em momento anterior, e por ato pessoal, vem a renunciar, validamente, ao direito de apelar contra a sentença que o condenou. A decisão do Tribunal que, em tal circunstância, não conhece desse recurso não ofende a cláusula constitucional que assegura aos acusados a plenitude de defesa em juízo penal. (STF – Primeira Turma – RE nº 140869/RJ – Relator Min. CELSO DE MELLO, decisão: 19-11-1991)

Em sentido oposto, uma segunda corrente sustenta que a manifestação técnica do Defensor Público deve prevalecer sobre a vontade do assistido, tendo em vista possuir aquele melhores condições de avaliar a necessidade e a conveniência de interposição do recurso. Esse posicionamento busca privilegiar a ampla defesa e prevenir a ocorrência de injustiças, cujos efeitos são nefastos no âmbito penal⁴⁹.

Importante salientar, ainda, que o art. 577 do CPP confere legitimidade para recorrer concorrentemente ao Ministério Público, ao querelante, ao réu, ao seu procurador e ao seu defensor. Em virtude dessa legitimação concorrente ou disjuntiva, o defensor constituído ou nomeado possui não apenas capacidade postulatória para recorrer em nome do acusado, mas também legitimação própria para interpor autonomamente o recurso.

Da mesma forma, não tem o réu apenas legitimação para recorrer – fato que decorre naturalmente de sua condição de parte da relação jurídico-processual –, sendo dotado também de capacidade postulatória para realizar a interposição do recurso, independentemente da intervenção de advogado ou de Defensor Público⁵⁰.

Assim, estando acusado e defensor concorrentemente legitimados a recorrer, não existe razão para que o tribunal deixe de conhecer recurso interposto exclusivamente pela defesa técnica, mesmo que o acusado tenha manifestado expressamente seu desejo de não recorrer.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que o desejo externado pelo acusado de não recorrer da sentença não

49 De acordo com Sérgio Demoro Hamilton, “sempre que não for possível obter-se a desejável interação da autodefesa com a defesa técnica em matéria de interposição de apelo, há que prevalecer o caminho traçado pelo expert em favor do recurso, sem dúvida mais benéfico ao réu, bem como por atender ele, da melhor técnica, aos princípios que tutelam o direito de defesa no campo da lei processual penal e, principalmente, perante a Constituição Federal.” (HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, pág. 121)

50 GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pág. 76.

impede o conhecimento do recurso pela superior instância, conforme enunciado 705 da Súmula: “A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”.

No caso oposto, quando o acusado deseja recorrer e o Defensor Público entende ser inconveniente a remessa dos autos ao tribunal, deverá também prevalecer a manifestação da defesa técnica, que possui melhores subsídios para determinar a necessidade e a conveniência da interposição do recurso, não estando afastada a possibilidade de responsabilização funcional quando evidenciada a desídia.

Pensamos, no entanto, que em matéria de acordos de não persecução penal, a manifestação de vontade prevalente deva sempre ser do investigado, seja pela realização ou objeção ao acordo de não persecução penal, tendo em vista que ele é quem suportará os efeitos de uma sentença condenatória, caso renuncie à proposta de acordo.

Ao mesmo tempo, se anui com o negócio processual, o faz ciente de sua responsabilidade e após entrevista prévia com sua defesa técnica, avaliando que para sua situação pessoal, a renúncia de certas garantias lhe é mais compensadora.

Nesse conflito de vontades, nada impede que o Defensor Público possa registrar sua opinião pessoal contrária ao negócio processual, mas não me parece ser hipótese de aplicação do art. 4º, §8º e art. 128, XII da LC n. 80/94 permitindo-se que o Defensor Público possa se recusar em atuar na assinatura do acordo de não persecução.

4.4 A recorribilidade e impugnação do acordo de não persecução

O Código de Processo Penal não prevê meios de impugnação contra o acordo de não persecução penal, notadamente sobre a presença de indícios de materialidade e autoria para a deflagração da penal, como obstáculo a sua realização ou quando apesar de ajustados os seus termos, houver recusa judicial no tocante à sua homologação.

Apesar de inúmeras as possibilidades, possível já antever o interesse defensivo em três situações claras: 1 – acordo ofertado pelo MP sem que haja justa causa para ação penal; 2 – acordo não ofertado pelo MP, inobstante a presença dos

requisitos legais; 3 – acordo firmado pelas partes com negativa judicial de homologação.

Como vimos nesse estudo, o pressuposto para a elaboração do negócio processual é exatamente a não configuração de hipótese de arquivamento do inquérito policial ou procedimento investigatório.

Em um primeiro momento, seria possível admitir a impetração de *Habeas Corpus* para discutir aspectos da conveniência acordo de não persecução quando ausentes elementos que suportem uma imputação penal, ante o risco potencial do direito de locomoção com eventual instauração da ação penal seja pela negativa do Ministério Público no seu oferecimento ou quando houver negativa judicial à sua homologação.

Acórdão antigo do Supremo Tribunal Federal já admitira a possibilidade de impetração de *Habeas Corpus* para discutir justa causa em hipótese de aceitação da transação penal, conforme decisão abaixo transcrita:

1. AÇÃO PENAL. Justa causa. Inexistência. Delito de furto. Subtração de garrafa de vinho estimada em vinte reais. Res furtiva de valor insignificante. Crime de bagatela. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Extinção do processo. HC concedido para esse fim. Precedentes. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser extinto o processo da ação penal, por atipicidade do comportamento e conseqüente inexistência de justa causa.
 2. AÇÃO PENAL. Suspensão condicional do processo. Inadmissibilidade. Ação penal destituída de justa causa. Conduta atípica. Aplicação do princípio da insignificância. Trancamento da ação em habeas corpus. Não se cogita de suspensão condicional do processo, quando, à vista da atipicidade da conduta, a denúncia já devia ter sido rejeitada
- STF - HABEAS CORPUS 88393-1 – Origem: RJ - RIO DE JANEIRO - Relator: MIN. CEZAR PELUSO

Pensamos que o investigado ou a defesa podem, durante o cumprimento das cláusulas, terem acesso a elementos de formação do convencimento que justifiquem a revisão dos termos do acordo de não persecução penal, surgindo o interesse na sua desconstituição com vistas a obtenção do arquivamento da investigação.

Todavia, é importante registrar que o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, decidiu que a aceitação de transação penal pelo autor do fato o impede de discutir a própria justa causa para a ação penal, conforme vemos da transcrição abaixo:

A defesa impetrou, perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, *habeas corpus*, no qual aduziu a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa para a ação penal. Nesse interregno, sobreveio alteração da capitulação legal dos fatos narrados e, por conseqüente, a

formulação de proposta de transação penal, que foi aceita pela defesa, razão pela qual o referido *writ* foi julgado prejudicado de forma monocrática. A transação penal, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995, prevê a possibilidade de o autor da infração penal celebrar acordo com o Ministério Público (ou querelante), mediante a imposição de pena restritiva de direitos ou multa, obstando, assim, o oferecimento da denúncia (ou queixa). Trata-se de instituto cuja aplicação, por natureza e como regra, ocorre na fase pré-processual. Por conseguinte, visa impedir a instauração da *persecutio criminis in iudicio*. E é por esse motivo que não se revela viável, após a celebração do acordo, pretender discutir em ação autônoma a existência de justa causa para ação penal. Trata-se de decorrência lógica, pois não há ação penal instaurada que se possa trancar. Por fim, vale asseverar que a impossibilidade de impetração de *habeas corpus* neste caso não significa malferimento à garantia constitucional insculpida no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal. Tal entendimento decorre da constatação de que, por acordo das partes, em hipótese de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, deixou-se de formular acusação contra o acusado, possibilitando a solução da *quaestio* em fase pré-processual, de forma consensual. Portanto, seria incompatível e contraditório com o instituto da transação permitir que se impugne em juízo a justa causa de ação penal que, a bem da verdade, não foi deflagrada. STJ - HC 495.148-DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, por maioria, julgado em 24/09/2019, DJe 03/10/2019

Adotando a mesma premissa para os acordos de não persecução penal, pode ser possível antever jurisprudência restritiva quanto à possibilidade de se discutir termos de acordo já homologado e em cumprimento. Ao menos a via para impugnação de comportamentos ministeriais ou judiciais que afastem o instituto permanecerá aberta através do remédio garantidor do direito de locomoção.

4.5 As regras de direito intertemporal

Aspecto sempre importante em relação às reformas penais e processuais penais diz respeito ao período de transição, sendo necessário enfrentar os conflitos de direito intertemporal advindos da vigência da Lei n. 13.964/2019 no tocante ao art. 28-A do CPP.

Pensamos que a incidência das novas normas atinentes ao acordo de não persecução penal nos leva a analisar os seguintes questionamentos: 1 – Suas disposições se aplicam aos crimes praticados antes de sua vigência? 2 – É possível celebrar acordo de não persecução em relação as investigações instauradas antes da entrada em vigor da lei; 3 - É possível celebrar acordo de não persecução em relação as ações penais instauradas antes da entrada em vigor da lei; 4 - É possível celebrar acordo de não persecução em relação a condenações já transitadas em julgado?

Sobre a primeira indagação, parece-nos que a norma do art. 28-A, apesar de encartada no corpo do Código de Processo Penal não possui caráter preponderantemente processual, mas deve ser lida como uma norma de conteúdo misto, ou seja, aspecto penal e processual penal.

O acordo de não persecução penal interfere não só no exercício da pretensão acusatória, mas também na pretensão punitiva, já que é causa de extinção da punibilidade, na forma do art. 28-A, §13 do CPP⁵¹.

A questão, por esse aspecto, mereceria solução a partir das disposições do art. 2º do Código de Processo Penal que apresenta norma responsável pela solução das questões intertemporais provenientes do influxo de normas processuais em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, a lei processual tem aplicação imediata, respeitando-se a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior (teoria do isolamento dos atos processuais). Entretanto, como exposto linhas acima, a norma aqui analisada, inobstante apresentar caráter processual penal, repercute no campo do Direito Penal, de sorte que a solução não se dá pela mera aplicação do art. 2º do Código de Processo Penal, diante do prejuízo ao investigado.

Parece-nos que se praticada a conduta antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, deve ser oportunizada a possibilidade de acordo de não persecução penal, com base no princípio da retroatividade previsto no art. 5º, XL da CRFB somado ao princípio da imediatidade das normas processuais penais.

A segunda pergunta parece ser respondida sob o mesmo fundamento da primeira. Ainda que o inquérito policial ou procedimento investigatório do Ministério Público tenha sido instaurado antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, parece-me possível admitir que os princípios da retroatividade da lei penal mais benigna e da imediatidade das normas processuais devam assegurar ao investigado o direito de ter o acordo de não persecução, caso preenchidos os requisitos legais. Neste sentido, destacamos o art. 1º, parágrafo único da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP n. 20/2020 do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que admite a

51 “Dessa forma, fácil concluir que uma norma que verse sobre ação penal é norma processual penal, porquanto a ação é instituto do Direito Processual, como um direito instrumental para fazer valer em juízo uma pretensão. É o instrumento provocador da jurisdição e que vai realizar-se no processo. Ora, é por meio da ação penal que o Estado torna efetivo o seu direito de punir. Logo, a ação é instituto eminentemente processual. Entretanto, às vezes, numa norma sobre ação podem coexistir “prevalentes caracteres de derecho penal material”. Quando tal ocorre, aplicam-se os princípios da temporalidade das leis penais”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pp. 117.Vol. I).

realização do acordo de não persecução para fatos anteriores a vigência da lei e até o momento da denúncia.

A terceira pergunta reveste-se de maior complexidade. Em relação às ações penais que foram iniciadas antes da reforma seria possível, de forma incidental, suspender o seu andamento para que fosse apresentada proposta de acordo de não persecução.

A ideia do instituto, como sua própria denominação alerta, é evitar a persecução penal. Então, uma vez iniciada a ação penal seria despropositado o oferecimento da proposta. Entretanto, não nos parece que essa visão reducionista possa obstar a realização do acordo com o objetivo de interromper a persecução.

O art. 2º do Código de Processo Penal é expresso ao reconhecer a aplicabilidade imediata das normas processuais, sem prejuízo dos atos praticados sob a égide da lei antiga.

A situação aqui não apresenta solução de fácil conclusão. Como é cediço, em matéria processual, a aferição das condições para o regular exercício do direito de ação ocorre até o momento da prolação da sentença⁵².

Entretanto, tomando como premissa o fato de que o art. 28-A do CPP representa norma de natureza mista (penal e processual penal), parece-nos que deva ser também oportunizado, nos processos em curso, em qualquer grau de jurisdição, a possibilidade de acordo de não persecução penal, com base no princípio da retroatividade da norma penal previsto no art. 5º, XL da CRFB.

Nesse sentido, o Enunciado n. 17 da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais afirma que: *“O artigo 28-A do CPP é aplicável aos feitos em curso e em qualquer fase processual, visto que se trata de norma que também possui caráter penal e consiste em direito subjetivo do indivíduo.”*

Por fim, considerando os efeitos benéficos que o acordo de não persecução pode trazer à esfera individual do apenado, defendemos também a possibilidade de aplicação por ocasião da condenação, inclusive com trânsito em julgado, desfazendo-se todos os seus efeitos, a exemplo da aplicação de pena privativa de liberdade e reincidência, tudo com base no art. 5º, XL da CRFB, criando-se uma

⁵² Esta concepção é consequência da adoção da teoria da asserção, eis que as condições para o regular exercício do direito de ação são feitas a partir das alegações feitas pelo autor na inicial (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 122). Todavia, não se pode deixar de levar em consideração que a ação penal tem contornos distintos das demandas reguladas pelo Código de Processo Civil. Ao receber a queixa-crime o magistrado criminal realiza um juízo de delibação, analisando regularidade da peça acusatória.

situação em que a condenação penal seja equiparada ao resultado decorrente da assinatura e homologação de um acordo de não persecução.

4.6 A vantajosidade da suspensão condicional do processo em detrimento do acordo de não persecução penal

Do ponto de vista da ordem procedimental, resta claro pela leitura do art. 28-A do CPP que o acordo de não persecução antecede a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

No entanto, se comparadas as condições e as consequências do acordo de não persecução e da suspensão condicional do processo, perceberemos, que o *sursis* processual tem efeito menos gravoso na esfera do imputado.

Em primeiro lugar, o acordo de não persecução penal exige: 1 – confissão formal do crime; 2- reparação do dano ou restituição da coisa; 3 – cumprimento de prestação de serviço à comunidade, prestação pecuniária ou outra condição indicada pelo Ministério Público.

A suspensão condicional do processo exige: 1 – período de prova de 2 (dois) a 4 (quatro) anos; 2 – reparação do ano; 3 – proibição de frequentar lugares e de se ausentar da comarca onde reside sem autorização judicial; 4 – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; 5 – imposição de outras condições adequadas ao fato e indicadas pelo juiz.

Do ponto de vista das consequências, ambos os institutos possuem o mesmo efeito: 1 – impossibilidade de gerar reincidência; 2 – levar a extinção da punibilidade. Nessa linha de ideias, parece-nos que o acordo de não persecução penal em relação aos crimes que comportem suspensão condicional do processo mereça um tratamento mais suavizado, já que ele poderia se tornar mais desproporcional do que o próprio *sursis* processual, caso instaurada a ação penal.

Caberia ao Ministério Público, por homogeneidade, impor apenas a reparação do dano e condições equivalentes à da suspensão condicional do processo. Inclusive, a exigência de confissão seria desconsiderada nos crimes abrangidos pelo art. 89 da Lei n. 9.099/95, já que o efeito prático de ambos os institutos será o mesmo, a extinção da punibilidade, sendo que no *sursis* processual não há exigência de confissão.

4.7 Da sigilosidade da confissão em caso de recusa de homologação do acordo de não persecução penal

Um detalhe silenciado pelo legislador e que possui total repercussão na esfera defensiva diz respeito aos reflexos processuais decorrentes da recusa de homologação do acordo de não persecução. Isto porque, uma das condições do negócio processual consiste na confissão formal e circunstanciada do investigado.

Pensamos que na hipótese em que o investigado se vê impedido de efetuar o acordo de não persecução penal pela negativa do juiz no tocante à homologação, a confissão por ele apresentada, com o propósito de obter o acordo de não persecução penal, mereça ser analisada com ressalvas.

Por ocasião da fase de proposição, deve a defesa exigir que seja consignado que aquela confissão está condicionada à homologação do acordo de não persecução penal em juízo, sob pena de tornar ineficaz aquela declaração do investigado, devendo ser desconsiderada para efeitos da ação penal, sequer admitindo-se a sua juntada.

Há dois aspectos em jogo. O primeiro deles, de reflexo civil, concerne a forte carga persuasiva da confissão na esfera da responsabilidade civil a ser perseguida pela vítima. Quando confessa para a obtenção da vantagem processual, o investigado é orientado de todas as consequências, inclusive de efeitos cíveis, decorrentes daquele comportamento. Portanto, a frustração do acordo pode municiar a vítima com informações que a coloquem em posição de vantagem em outras esferas jurídicas, o que reforça a premissa de que a confissão apresentada a com a finalidade de negociar seja descartada.

O segundo aspecto, de natureza processual, diz respeito à possibilidade de utilização da confissão apresentada pelo investigado por ocasião do processo penal a ser instaurado, frustrando comportamentos e estratégias processuais que poderiam ser articuladas pela defesa, o que também se apresenta como reforço para a necessidade de descarte da confissão.

Portanto, a confissão apresentada em acordo de não persecução penal que deixa de ser homologado pelo juiz deve ser tornada sem efeito, facultando-se ao investigado, por ocasião da ação penal, ter a liberdade para ficar em silêncio, confessar ou apresentar outra versão sobre o fato.

4.8 Da desclassificação de tipos penais e o acordo de não persecução penal

A reforma operada pela Lei n. 13.964/2019 não deixou clara a possibilidade de aplicação dos benefícios advindos do acordo de não persecução penal em casos de desclassificação das infrações imputadas, sendo o novo tipo penal adequado aos requisitos previstos no art. 28-A do CPP.

O controle da tipicidade do fato imputado na denúncia raramente ocorre por ocasião do recebimento da exordial, mas tão somente ao final da instrução, quando do exame do mérito da causa, o que dificulta um controle de adequação entre o fato imputado e a possibilidade de aplicação do art. 28-A do CPP.

Pensamos que no caso em que ocorra a desclassificação para um crime que comporte o acordo de não persecução penal deveria o juiz interromper o ato decisório e abrir vista ao Ministério Público para se manifestar sobre a nova capitulação, caso comporte o benefício do acordo de não persecução penal.

Se a desclassificação do delito ocorrer no momento do julgamento do réu pelo Tribunal do Júri, o juiz que presidir o julgamento deve prolatar a sentença de acordo com a decisão dos jurados, desclassificando o delito para infração que comporte o acordo de não persecução. Neste caso, pensamos também que deva ser oportunizada ao Ministério Público a possibilidade de se manifestar sobre a hipótese.

Do ponto de vista prático, a ideia do acordo de não persecução penal é evitar a movimentação da máquina estatal com a instauração do processo penal. Na desclassificação a máquina foi efetivamente movimentada, o que tornaria sem sentido firmar um acordo para uma pretensão que foi efetivamente exercida.

No entanto, não se pode deixar de considerar que o acordo traz uma série de vantagens quando comparado com um decreto condenatório. Então, em casos de desclassificação, o propósito do acordo seria afastar o rigor da aplicação da pena derivada de sentença condenatória e a reincidência, cabendo ao Ministério Público propor negócio, agora de caráter processual, com a aplicação das condições do art. 28-A, incisos I a V do CPP. Teríamos, então, um acordo impróprio de não persecução penal.

Aqui há um aspecto peculiar, já que a impossibilidade de se firmar o acordo ocorreu não por um comportamento negativo do investigado, mas por uma interpretação diversa por parte do Ministério Público em relação ao fato imputado. Dessa forma, não nos parece que o acusado possa ser penalizado por conta da

independência funcional do membro do Ministério Público, sendo necessário compatibilizar os interesses em jogo.

4.9 Da impossibilidade de notificação do investigado para se manifestar sobre o acordo de não persecução penal e a possibilidade e apresentação da proposta por ocasião da citação

Ainda que o desenho do acordo de não persecução penal pressuponha proposição e discussão por ocasião da fase de investigação, possivelmente teremos casos em que o Ministério Público não logrará notificar o investigado para se manifestar sobre o interesse, o que certamente levará o Parquet a prosseguir com o oferecimento da denúncia.

Realizada a citação, parece-nos plenamente possível que na Resposta o acusado possa provocar o Ministério Público indicando o seu interesse na realização do acordo de não persecução penal.

No âmbito dos Juizados Especiais Criminais o art. 79 da Lei n. 9.099/1995 trata da hipótese em que não é possível realizar a composição civil e a transação penal na fase preliminar do procedimento. De acordo com o dispositivo, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, serão elas realizadas naquele momento processual.

Então, ao abrir a audiência, estando presentes a vítima, seu representante civil, quando for o caso, o representante do Ministério Público, o autor do fato e sua defesa, deve o juiz togado renovar a proposta de conciliação, objetivando a reparação dos danos civis causados à vítima.

Aceita a proposta, lavrará o termo do acordo celebrado, extinguindo-se a punibilidade do acusado se o delito for de ação penal pública condicionada à representação ou de ação penal privada. Sendo o delito de ação penal pública incondicionada, ou não tendo havido a composição do dano civil, deve dar a palavra ao Ministério Público para renovar a proposta de transação penal.

Poder-se-ia, portanto, interpretar a possibilidade de apresentação da intenção de celebrar o acordo por ocasião da primeira intervenção do acusado no processo penal, dando-lhe a oportunidade de demonstrar o interesse no acordo de não persecução, em virtude de não ter sido encontrado para manifestar sua vontade na

fase investigatória, em analogia ao que prevê o art. 79 da Lei n. 9.099/95.

4.10 Do acordo de não persecução penal em crimes de ação penal privada

Apesar de o legislador não mencionar a possibilidade de acordos de não persecução penal em crimes de ação penal privada, parece-nos necessário debater a possibilidade de convenção processual entre querelante e querelado.

A grande maioria dos crimes deflagrados por meio de ação penal privada encontram-se inseridos na competência dos Juizados Especiais Criminais, como é o caso dos arts. 138 (calúnia), 139 (difamação), 140 (injúria), 161 (alteração de limites), 164 (introdução ou abandono de animais em propriedade alheia) , 179 (fraude à execução), 184 (violação de direito autoral) e 236 (induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento) e 345 (exercício arbitrário das próprias razões) que não possuem pena máxima cominada superior a dois anos.

Por estarem sujeitos ao procedimento sumaríssimo, onde haverá a incidência dos institutos despenalizadores da composição civil e da transação penal, afasta-se a aplicabilidade do acordo de não persecução penal, na forma do art. 28-A, §2º, I do CPP.

À época da sanção da Lei nº 9.099/95 houve debate sobre o cabimento da transação penal e da suspensão condicional do processo em crimes de ação penal privada, tendo em vista que os arts. 76 e 89 fazem alusão apenas ao Ministério Público propondo os institutos despenalizadores.

O Enunciado nº 90, editado pelo Fórum Nacional dos Juizados Especiais, realizado em março de 2002, orientava no sentido de que na ação penal de iniciativa privada são perfeitamente cabíveis a transação penal e suspensão condicional do processo, inclusive por iniciativa do querelante.

Posteriormente, o tema foi revisto, passando-se a se entender que as propostas deveriam ser apresentadas pelo Ministério Público, conforme redação do Enunciado n 112:

ENUNCIADO Nº 90 – “Na ação de iniciativa privada cabe a transação penal e suspensão condicional do processo, inclusive por iniciativa do querelante.” Ocorre que no XXVII do FONAJE, realizado em Palmas/TO, em maio de 2010, o Enunciado nº 90 foi substituído pelo de nº 112, para continuar admitindo a transação penal e a suspensão condicional nas ações penais privadas; mas, agora, mediante proposta do Ministério Público, e não mais por iniciativa do querelante, como era antes, até porque, na prática, o autor da ação penal

privada resistia sempre em fazer proposta de transação penal e de suspensão condicional do processo, pois o objetivo perseguido na ação penal privada era a condenação do querelado, o que obrigava o Ministério Público, na condição de custos legis, fazer a proposta quando havia resistência do querelante. Veja o novo Enunciado:

ENUNCIADO Nº 112 – “Na ação penal de iniciativa privada, cabem a transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público.”

Pensamos que o mesmo debate ressurgirá. O crime do art. 163, IV (dano qualificado) tem pena mínima de 1 (um) ano e pena máxima de 3 (três) anos, afastando-se, portanto, a competência do Juizado Especial Criminal e a possibilidade de transação penal.

Nesse caso, haveria, uma única infração penal que se enquadraria nos pressupostos para o acordo de não persecução penal, visto que não cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa⁵³, mas por motivo egoístico ou com prejuízo considerável à vítima.

Se adotarmos o mesmo raciocínio utilizado para a transação penal ou *sursis* processual, onde prevaleceu a legitimidade do Ministério Público para ofertar os institutos despenalizadores, teríamos aqui hipótese em que o acordo de não persecução penal firmado entre Ministério Público e querelado teria o condão de obstar o exercício da ação penal pelo querelante.

5 CONCLUSÃO

Há um grande avanço com a disciplina do acordo de não persecução, em especial, sob a ótica da desjudicialização. Um exercício adequado do novo instituto certamente contribuirá para uma diminuição das ações penais e da atividade jurisdicional em matéria penal.

É necessário, no entanto, que a defesa tenha muita atenção na condução dos acordos de não persecução, principalmente do ponto de vista da sua vantajosidade, evitando confissões e aplicações de penas restritivas de direito de modo indevido.

Para isso, torna-se imprescindível que se discuta a investigação criminal direta pela defesa como forma de qualificar o debate entre Ministério Público, defesa técnica e investigado por ocasião da fixação dos termos do acordo de não persecução.

⁵³ Nesse sentido, o Enunciado n. 23 do Ministério Público de São Paulo: “*É cabível acordo de não persecução penal em infrações cometidas com violência contra a coisa, devendo-se interpretar a restrição do caput do art. 28-A do CPP como relativa a infrações penais praticadas com grave ameaça ou violência contra a pessoa (lex minus dixit quam voluit)*”.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual*. Salvador: Juspodivm, 2019

ANGIOLINI, Giulia. I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale tra legalità costituzionale ed esigenze di effettività. Tese (Doutorado in Diritto Pubblico, giustizia penale e internazionale). Università degli studi di Pavia, Pavia, P. 408. 2018.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: Uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Vol. 26. P. 197-210. Acesso em 05 de fev 2016. Disponível em <http://www.ablj.org.br/revistas/revista26.asp>

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. Acordos processuais no processo penal. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Coleção repercussões: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*. n. 03. 2012. Acesso em www.civilprocedurereview.com.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CLINE, Richard. *Defense investigation and discovery criminal cases*. Minnesota: Aspatore. 2011.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM. Caso Natsvlshvili e Togonidze vs. Geórgia. 2014. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-142672"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{); acesso em 22 nov. 2018).

DIDIER JR., Fredie. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual

civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. *Coleção repercussões: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.
_____. *Curso de direito processual civil*. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 79. Vol. I.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DSJ Ed., 2005. p. 303-318.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. I, dezembro de 2007.

GRILLI, Luigi. *I procedimenti speciali: i riti alternativi nel giudizio penale*. Milano: CEDAM, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *Temas de Processo Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ILLUMINATI, Giulio. modelo processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto alegre, vol. 4, n. 2, p. 533-557, mai./ago. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo: Saraiva, 1988.

KETTERMANN, Patricia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal* / Vol. 45. N. 1, 2004.

LANGEVIN, Julián Horacio. *Sin defensa no hay juicio*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editores, 2013.

LEE, Cynthia; RICHARDSON, L. Song; LAWSON, Tamara. *Criminal procedure: cases and materials*. Minnesota: West Academic, 2016.

MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et ali. *Acordo de não persecução penal*. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SCHEB II, John M; SHARMA, Hemant. *An introduction to the American legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2013.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Caso Missouri vs. Frye. 2012. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/566/134/> acesso em 22 nov. 2018.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. Milano: Giuffrè. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pp. 117. Vol. I.

VITIELLO, Michael. Bargained-for-justice: Lessons from the Italians. *The University of the Pacific Law Review*. Vol. 48. 2017.

OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO E O COMPORTAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA ASSISTÊNCIA JURÍDICA

NON-PERSECUTION AGREEMENTS AND THE BEHAVIOR OF PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN LEGAL ASSISTANCE

Franklyn Roger Alves Silva¹

RESUMO

O presente artigo examina a reforma do Código de Processo Penal no tocante à disciplina dos acordos de não persecução penal, a partir de suas especificidades e como a Defensoria Pública deve prestar assistência jurídica em favor dos imputados, lhes assegurando um acordo que apresente vantajosidade em detrimento da instauração do processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Negócios Processuais. Acordo de não persecução penal. Defesa Técnica. Defensoria Pública.

ABSTRACT

This article examines the reform of the Criminal Procedure Code with regard to the discipline of non-prosecution agreements, based on their specificities and how the Public Defender's Office should provide legal assistance in favor of the accused, ensuring an agreement that presents advantages to the detriment criminal proceedings.

KEYWORDS: Criminal proceedings. Procedural Business. Non-prosecution agreement. Thecnical Defense. Public defender's office.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Instrumentos negociais no ordenamento processual penal brasileiro. 3 O acordo de não persecução e experiências comparadas. 3.1 O acordo conforme a normativa do CNMP. 3.2 O acordo conforme a disciplina do CPP. 3.2.1 Da avaliação da impertinência do acordo de não persecução penal. 3.2.2. Da formalização e consequências do acordo de não persecução penal. 3.2.3 Da homologação do acordo de não persecução penal. 3.2.4 Da ciência da vítima quanto ao acordo de não persecução penal. 3.2.5 Do descumprimento do acordo de não persecução penal e a necessidade do contraditório. 3.2.6 Impedimento do prazo prescricional. 4 Parâmetros de observância pela defesa técnica. 4.1 A presença da defesa técnica em todas as fases do acordo de persecução (proposição, discussão, homologação e cumprimento). 4.2 A utilização do inquérito defensivo como forma de orientar a atividade persecutória na avaliação da pertinência do acordo de não persecução. 4.3 A divergência entre autodefesa e defesa técnica no tocante à aceitação do acordo de não persecução. 4.4 A recorribilidade e impugnação do acordo de não persecução. 4.5 As regras de direito intertemporal. 4.6 A vantajosidade da suspensão condicional do processo em detrimento do acordo de não persecução penal. 4.7 Da sigilosidade da confissão em caso de recusa de

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor da UCAM e da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

A NOVA FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS E SUA INTERPRETAÇÃO PARA A CONTRIBUIÇÃO DO MODELO ACUSATÓRIO

THE NEW FIGURE OF THE GUARANTEE JUDGE AND ITS INTERPRETATION FOR THE CONTRIBUTION OF THE ACUSATORY MODEL

Franklyn Roger Alves Silva¹
Rodrigo Baptista Pacheco²

RESUMO

O presente artigo examina a reforma do Código de Processo Penal no tocante à criação da figura do Juiz das Garantias, seus impactos em relação às normas vigentes do Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Código de processo penal. Juiz das garantias. Controvérsias.

ABSTRACT

The present article examines the recent law reforms and the creation of the judge of guarantees in order to understand its impacts on criminal procedural law.

KEYWORDS: Criminal procedure rules. Judge of guarantees. Controversies.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 As características do juiz das garantias no Código de Processo Penal. 3 Conclusão. 4 Referências

1 INTRODUÇÃO

Durante a segunda metade do ano de 2019 houve intenso debate no parlamento brasileiro a respeito do projeto de lei Anticrime, apresentado como mecanismo de aperfeiçoamento das normas penais e processuais penais diante do clima de insatisfação social com a corrupção que assola o país.

Nos últimos dias do ano o Presidente da República sancionou a Lei n. 13.964/2019, com alguns vetos e, dentre as novidades da reforma, veio a lume a figura do juiz das garantias. Trata-se de uma nova figura orgânica da fisiologia do processo penal brasileiro, similar ao *giudice per le indagini preliminari* - GIP do sistema italiano e ao Juiz de Instrução de Portugal.

A novidade sempre desperta a desconfiança no imaginário do indivíduo. E, no

1 Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ com período sanduíche na *Università degli studi di Pavia*. Professor da UCAM e da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

2 Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro

campo jurídico, a regra se repete. Dentre as inúmeras críticas e elogios, talvez a previsão do juiz das garantias seja o tema que mais divida a comunidade nos dias de hoje.

O que se verifica são manifestações favoráveis à nova fisiologia de atuação do juiz na relação processual, pautada em uma ótica de aperfeiçoamento de garantias e construção de um processo de índole mais acusatória, em contraposição à crítica corporativa deduzida pela própria magistratura.

Não por outra é a razão de já termos quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ns. 6298, 6299, 6300 e 6305) ajuizadas, respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros, Partidos Podemos e Cidadania, Partido Social Liberal e CONAMP, questionando a constitucionalidade das novas disposições sobre o instituto.

Permeado de controvérsias, a figura do juiz das garantias merece uma análise despida de paixões e corporativismos. Assim, o propósito deste estudo é compreender a essência do instituto e debater até que ponto ele pode contribuir para a necessária consolidação do modelo processual acusatório no Brasil

2 AS CARACTERÍSTICAS DO JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A reforma de 2019 introduz uma sequência de normas ao art. 3º do Código de Processo Penal, ainda em suas disposições preliminares (Título I), sob a rubrica “Juiz das Garantias”, deixando claro que se trata de um conjunto de normas estruturantes do sistema processual penal brasileiro.

Apesar de o processo penal brasileiro optar pela estrutura acusatória, nunca houve norma expressa nesse sentido. Então, o art. 3º-A enfim determina que o processo penal seja amoldado sob uma estrutura acusatória, vedando-se ao juiz o exercício de iniciativas na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A nova disposição procura estabelecer, legislativamente, dois paradigmas sempre advertidos pela doutrina: a opção de um modelo acusatório com divisão clara de funções e a decorrência de que em sistemas dessa natureza o juiz deve procurar manter-se em uma posição de distância e neutralidade das partes.

Por ocasião da reforma do capítulo das provas pela Lei n. 11.690/2008, o

legislador manteve a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, ainda que não iniciada a ação penal, mesmo quando vários autores alertavam a necessidade de ruptura desse paradigma inquisitorial.

Sempre se questionou até que ponto a atuação probatória do magistrado antes de iniciada a ação penal não violaria o sistema acusatório, visto que estaria ele reunindo elementos capazes de permitir que o Ministério Público deflagre a ação penal, arvorando-se, portanto, em encargo que não lhe pertence.

O Código de Processo Penal também permitia que o magistrado determinasse, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

De igual modo, essa previsão legal também iria de encontro à estrutura do sistema acusatório, tendo em vista a necessária divisão de funções entre os diversos órgãos, cabendo à acusação a produção de provas que levem à condenação, enquanto a defesa resistir à pretensão e buscar a inocência do réu, estando o magistrado numa posição neutra, sem que haja sua interferência na iniciativa probatória, a fim de garantir sua própria imparcialidade.

Com a alteração legislativa da Lei Anticrime, há expressa vedação ao juiz para a iniciativa na fase de investigação e a substituição da atuação probatória.

Por isso, pensamos que o art. 3º-A revoga tacitamente a menção à iniciativa de ofício contida no *caput* do art. 156 e seu inciso I do Código de Processo Penal, quando faculta ao juiz ordenar, antes ou durante a ação penal, as provas consideradas urgentes e relevantes. O juiz, como sendo um personagem processual de salvaguarda de garantias não pode pender a balança para o prato da acusação e agir em substituição ao ator encarregado de coletar elementos para formação da culpa.

Ainda nessa linha de ideias, pensamos que o inciso II do art. 156 do CPP e o art. 209 também estariam acobertados por essa regra, mas antevemos controvérsias nesse ponto. De certa maneira, inclusive, argumentos favoráveis à iniciativa do juiz em tema de provas que partam do Ministério Público nos causam certa perplexidade.

Uma instituição da envergadura do *parquet*, com uma série de responsabilidades atribuídas pelo constituinte não deveria tolerar a atividade

probatória realizada pelo juiz, em autêntica substituição ao seu atuar. O que se tem visto é que o Ministério Público é árduo defensor de suas funções perante outras instituições (o confronto da investigação direta com a polícia judiciária e a resistência à legitimidade da Defensoria Pública para a Ação Civil Pública) mas tolera a invasão judicial em tema de provas, quase como se tivesse a certeza de que sua atuação probatória nunca é suficiente, sendo necessário deixar “as portas abertas” para a atuação judicial suplementar.

A nosso ver, o art. 3º-A está inserido no Título I (Disposições Preliminares) do Livro I (Processo em geral) o que implicaria reconhecer que se trataria de uma regra estruturante do processo penal como um todo, ainda que sob a rubrica do juiz das garantias.

Notemos, todavia, que a posição topográfica, da forma como posta pelo legislador induziria também ao pensamento de que a regra da vedação à iniciativa probatória estaria circunscrita apenas ao juiz das garantias, enquanto que o juiz com função instrutória continuaria tendo liberdade para realizar atividade supletiva.

Em uma estrutura acusatória, com uma divisão clara de funções, a iniciativa probatória deve recair sobre as partes, cabendo ao juiz adotar uma postura de equidistância, tal como preconizado pelo art. 3º-A do CPP, conforme já expusemos linhas acima.

Quando a norma veda que o juiz se substitua à atividade probatória do órgão de acusação, parece-me claro que o legislador não quer que o juiz de instrução e julgamento determine durante a fase probatória ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Havendo dúvida, o resultado natural é a absolvição pautada no art. 386, VII do CPP.

Com a divisão de funções e a vedação à iniciativa de ofício somada à impossibilidade de participar da fase de julgamento, reforça-se a certeza da imparcialidade do juiz na decisão da causa penal, por assegurar que a decisão se baseie, tão-somente em elementos colhidos sob o crivo do contraditório.

Essa linha de raciocínio, por exemplo, é encontrada na decisão cautelar na ADI 6298 MC/DF, quando o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Dias Toffoli afirma que:

Tendo isso em vista, conclui-se que a instituição do “juiz das garantias” pela Lei no 13.964/2019 veio a reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988. Tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual tem, paulatinamente,

caminhado para um reforço do modelo acusatório.

Em suma, parece-nos hoje não haver espaço para a atuação judicial em substituição ao ônus probatório das partes na ação penal e à atividade de arrecadação de elementos de formação do convencimento que ocorre na fase pré-processual.

A Câmara de Estudos Criminais e Processual Penal e a Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais comunga de pensamento semelhante, como se observa do Enunciado n. 09: *O artigo 3o-A, do CPP, revogou tacitamente os dispositivos que dispõem sobre a possibilidade de produção probatória de ofício pelo juiz, notadamente o artigo 156, caput, parte final, e incisos I e II, e o artigo 209, todos do CPP.*

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão do art. 3º-A do CPP.

2.1 A natureza e competência do juiz das garantias

Na sequência das novas disposições, o art. 3º-B traz a definição do que seria o juiz das garantias contrapondo-se à função processual de juiz de instrução e julgamento, cabendo-lhe ser responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e da salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, inclusive quanto a ocorrência de eventuais infrações penais elencadas na Lei de Abuso de Autoridade, a exemplo dos arts. 16, 22, 23, 24, 25, 31 e 33 da Lei n. 13.869/2019.

Nota-se, portanto, que toda a investigação criminal (seja a realizada pela Polícia Judiciária, seja pelo Ministério Público) será objeto de controle sempre que houver a necessidade de verificação dos atos praticados e de suporte ao exercício de diligências que dependam de autorização judicial.

Isto não quer dizer que o juiz das garantias seja parte integrante da investigação criminal. Essa atividade se desenvolverá pelos seus respectivos protagonistas e quando houver a necessidade, intervirá o juiz das garantias, na forma de algum dos incisos do art. 3º-B do CPP. Há, então, a existência de duas funções processuais a serem exercidas pelo magistrado: a de juiz das garantias e a de juiz da instrução e julgamento.

Assim, são atos de competência do juiz das garantias: receber a comunicação imediata da prisão; receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão; zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral; decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; determinar a instauração de incidente de insanidade mental; decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput do art. 3º-B do CPP.

O rol de competências do juiz das garantias não é exaustivo, como deixa claro o inciso XVIII do art. 3º-B do CPP, o que implica dizer que outras atividades relacionadas ao controle da investigação criminal ou à salvaguarda de direitos poderão ser exercidas pelo magistrado.

No art. 3º-F, por exemplo, há uma outra função atribuída ao juiz das garantias

referente à necessidade de salvaguardar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal, dispositivo esse que se compatibiliza com a infração penal prevista no art. 13 da Lei n. 13.869/2019 (abuso de autoridade).

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão dos arts. 3º-B e 3º-F do CPP.

2.2 O controle das prisões pelo juiz das garantias

Considerando que a competência do juiz das garantias se esgota com o recebimento da ação penal (denúncia ou queixa), parece-nos que todas as prisões cautelares decretadas e, conseqüentemente cumpridas durante esse intervalo procedimental deverão ser comunicadas ao juiz das garantias, inclusive o flagrante, na forma dos incisos I e II do art. 3º-B do CPP, cabendo ao juiz verificar a possível ocorrência de crime de abuso de autoridade previsto no art. 12 da Lei n. 13.869/2019, quando verificada ilegalidade na restrição celular.

Esta competência poderá criar impactos nos órgãos judiciários que exercem funções de plantão e que realizam audiências de custódia. Isto, todavia, não desconstrói a premissa de que o juiz das garantias é uma função processual e não um órgão jurisdicional. Assim, magistrados plantonistas e audiencistas poderão, a depender da organização judiciária do respectivo Estado, receberem estes comunicados e ao mesmo tempo exercerem a função de magistrados garantes.

2.3 A similitude do juiz das garantias com o *giudice per le indagini preliminari* do sistema processual italiano

A ideia do juiz das garantias muito se assemelha ao sistema processual italiano. Durante a fase investigatória, todos os atos jurisdicionais eventualmente necessários para a apuração de indícios são realizados pelo *giudice per le indagini preliminari* (GIP).

Com o encerramento da investigação é realizada a audiência preliminar, uma

segunda fase do procedimento consistente em um ato processual de extrema importância, pois ali se realiza a avaliação dos elementos apresentados na ação penal, permitindo que o juiz possa avaliá-la positivamente, caso em que é instaurado o processo acusatório por meio do envio a outro órgão jurisdicional, ou entender que aquela imputação deve ser rejeitada (*non luogo a procedere*).

Uma vez instaurado o procedimento, abre-se a terceira fase, a da ação penal e seu processamento (*giudizio*), agora com a intervenção de outro juiz, o *giudice per il dibattimento*, que jamais poderá ter oficiado nas fases antecedentes, tal como ocorrerá com o juiz da instrução e julgamento de nosso código. Essa restrição quer evitar que um juiz que teve contato com os elementos do inquérito policial também seja o responsável pela apuração das provas na ação penal. Nesta última fase, predominantemente oral, realizam-se os atos instrutórios necessários para o julgamento da causa.

2.4 O juiz das garantias e a possibilidade de requisição do preso

O inciso III do art. 3º-B traduz um importante instrumento de uso defensivo, ao permitir que o juiz das garantias possa determinar a condução do preso à sua presença, a qualquer tempo. Os advogados e a Defensoria Pública poderão utilizar deste poder do juiz para realizar provas que dependam da apresentação do preso, a exemplo de torturas e maus-tratos nos estabelecimentos prisionais ou quando autoridade policial ou prisional frustrar a entrevista prévia e reservada, conduta, inclusive, tipificada no art. 20 da Lei n. 13.869/2019 (abuso de autoridade).

2.5 A comunicação das investigações ao juiz das garantias e a releitura do art. 10, §1º do CPP

Entendemos que o poder concedido no art. 3º-B, IV ao obrigar a comunicação ao juiz sobre a instauração de qualquer investigação criminal, representa um desdobramento da regra do *caput*, onde estabelece que o juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal.

Com esse comando, creio que deva o juiz verificar se as regras do CPP a respeito do inquérito policial e a Resolução n. 181/2017 do CNMP que trata da investigação direta pelo Ministério Público foram observadas, inclusive quanto ao

crime previsto no art. 27 da Lei n. 13.869/2019 (abuso de autoridade).

Essa regra do art. 3º-B, IV traz uma ressignificação ao art. 10, §1º do CPP que determina o encaminhamento dos inquéritos policiais relatados ao juiz. Sempre se defendeu que o certo seria a tramitação direta para o Ministério Público³. No entanto, se cabe ao juiz controlar a legalidade da investigação (art. 3º-B, caput), prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo (art. 3º-B, VIII) determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento (art. 3º-B, IX), parece-me que não o inquérito policial, mas a notícia de sua conclusão deva ser também informada ao juiz das garantias.

Registre-se que com a nova redação do art. 28, uma vez manifestado o arquivamento do inquérito policial cabe ao Ministério Público comunicar a vítima e submeter sua promoção à instância de revisão criminal para fins de homologação do arquivamento.

Assim, propomos uma reinterpretação do art. 10, §1º a partir da leitura do art. 3º-B, IV combinado com a nova disciplina do art. 28 do CPP que afasta, por completo, a intervenção judicial em tema de arquivamento do inquérito policial.

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão do art. 28 do CPP.

2.6 O juiz das garantias e a necessidade de contraditório em audiência pública e oral

O Código de Processo Penal agora inova no tocante ao trato da imposição da prisão ou demais medidas cautelares. Isto porque, a prorrogação de prisão provisória ou medida cautelar pressupõe o exercício do contraditório em audiência pública e oral (art. 3º-B, VI).

O mesmo deve ser dito em relação ao requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, onde também se assegurará o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral (art. 3º-B, VII).

³ Na ADI 2886 o STF declarou inconstitucional a norma estadual que determinava tramitação direta do inquérito policial entre Polícia Judiciária e Ministério Público. O tema, no entanto, será objeto de nova análise pela ADI n. 4305 e pelo RE 660.814.

Neste caso, há um fator interessante que dependerá da atuação da Defensoria Pública. Nem sempre a produção antecipada de provas conta com a presença do investigado, mas a exigência de ampla defesa e contraditório obrigará a Defensoria Pública a atuar na tutela de interesses daquele imputado, dentro da linha das funções institucionais previstas no art. 4º da Lei Complementar n. 80/94 e do art. 8º da CADH.

2.7 A requisição de documentos pelo juiz das garantias

O inciso X do art. 3º-B precisa ser compatibilizado com o princípio acusatório do art. 3º-A, de modo que a requisição de documentos, laudos e informações ao delegado de polícia se restrinjam apenas ao andamento da investigação e não a diligências de iniciativa do próprio juiz, sob pena de assim agindo, imiscuir-se na atividade de investigação, rompendo o dogma da inércia previsto no artigo anterior.

2.8 O juiz das garantias e a cláusula de reserva de jurisdição

Com os incisos XI, XII e XIII do art. 3º-B, confere-se ao juiz a competência para apreciar medidas que estejam sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição (interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; busca e apreensão domiciliar; acesso a informações sigilosas, além de outras providências necessárias a proteção dos direitos fundamentais.

Some-se ainda a competência para julgar *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia em relação às autoridades coatoras que devam ser processadas em primeiro grau de jurisdição e a competência para determinar a instauração de incidente de insanidade mental quando requerido na fase pré-processual com suporte no art. 149 do CPP.

2.9 O juiz das garantias e o suporte à atividade defensiva

O conteúdo das prerrogativas dos advogados e membros da Defensoria Pública previstos em seus estatutos jurídicos e na Súmula Vinculante n. 14 é

incorporado ao inciso XV do art. 3º-B, de modo que o juiz das garantias deve assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de acesso a todos os elementos informativos produzidos no âmbito da investigação criminal, excetuadas às diligências ainda em andamento, sem prejuízo da responsabilidade criminal daquele que obstaculizou o acesso, na forma do art. 32 da Lei n. 13.869/2019 (abuso de autoridade).

2.10 O juiz das garantias e a ressignificação da atividade do assistente técnico no processo penal

Importante aspecto também é ressaltado no inciso XVI do art. 3º-B, quando outorga ao juiz das garantias a competência para deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia.

Rompe-se, então o paradigma do art. 159, §4º do CPP, quando condicionava a atuação do assistente técnico à conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais. Agora, as partes que indicarem os assistentes técnicos contarão com a participação destes profissionais desde o momento da perícia, sendo possível entender que o art. 3º-B, XVI revoga tacitamente o art. 159, §4º do CPP nesse ponto.

A imediatidade do assistente técnico com a produção da prova pericial, quando possível, apenas contribui para uma maior qualidade das afirmações e conclusões que serão relevadas na investigação e no processo.

2.11 O juiz das garantias e as audiências de custódia por videoconferência

O art. 3º-B contém alguns parágrafos regulamentando as hipóteses de seus incisos. Houve veto ao §1º que assegurava ao preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória o encaminhamento à presença do juiz das garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizaria a audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

O motivo do veto foi a impossibilidade de se realizar a audiência por meio de videoconferência, tendo o Presidente da República afirmado que: *“gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo*

do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo”

Como adverte Caio Paiva em seu prestigioso estudo sobre a audiência de custódia: *“a realização da audiência de custódia mediante videoconferência, embora sem dúvida alguma signifique um avanço considerável se comparada com o sistema atual puramente cartorial (decisão com base na apreciação dos autos do flagrante/processo), certamente reduziria o impacto humanizatório da medida, adiando o pleno cumprimento da CADH”⁴.*

Encaramos como verdadeiro retrocesso o veto manifestado pelo Presidente da República. A imediatidade do contato entre magistrado e pessoa presa é imprescindível para assegurar que as finalidades da audiência de custódia sejam alcançadas. É inegável que a tecnologia vem sendo paulatinamente incorporada à realidade jurídica. Todavia, para assegurar a verificação da necessidade e adequação da medida e a própria ocorrência da tortura, eficiente será o ato processual quando praticado na presença física do juiz e do preso.

2.12 O excesso de prazo e o controle pelo juiz das garantias

No §2º do art. 3º-B o legislador prevê que se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias.

Há aqui uma regra que estabelece eventual excesso de prazo tornando ilegal a prisão, caso a investigação não seja concluída após a prorrogação, determinando-se o imediato relaxamento da custódia cautelar.

2.13 Da inaplicabilidade do juiz das garantias em certos órgãos jurisdicionais – reflexos legais

O art. 3º-C traz grande impacto no sistema processual. O dispositivo prevê que

4 PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. P. 121-122.

a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

Importante notar que além dos Juizados Especiais Criminais (órgão jurisdicional com competência para infrações de menor potencial ofensivo), há também a exclusão do juiz das garantias nos casos conduzidos pelas Varas Criminais Colegiadas. No primeiro caso, parece que o objetivo do legislador foi o da simplicidade e informalidade do rito dos juizados especiais criminais, incompatível com a rígida separação entre a fase investigativa e a fase processual pressuposta pela sistemática do juiz das garantias.

No caso das Varas Criminais colegiadas, a lei anticrime em seu art. 13 altera Lei n. 12.694/2012 (Organizações Criminosas) para, introduzindo o art. 1º-A, §1º que confere competência para os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena, afastando assim, a existência de uma competência funcional do juiz das garantias, sobre esse ponto, abordaremos o tema mais adiante quando tratarmos da decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal.

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão do art. 3º-C do CPP.

2.14 O momento processual do recebimento da denúncia a partir da atuação do juiz das garantias – Reacende-se o debate entre os arts. 396 e 399 do CPP

Um outro aspecto importante do art. 3º-C refere-se ao marco de recebimento da denúncia ou queixa, considerando a expressa menção ao art. 399 deste Código, também constante do art. 3º-B, XIV.

Aqui é importante fazer uma breve contextualização. A reforma procedimental realizada pela Lei n. 11.719/2008 trouxe importante paradigma, ainda que controverso, a respeito do contraditório por ocasião da instauração da ação penal. O art. 396 do CPP determina que nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ao recebê-la fundamentadamente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias.

Num primeiro momento, fez-se uma leitura superficial do Código de Processo

Penal, o que levou alguns autores a afirmarem que o momento para o recebimento da denúncia seria aquele do art. 396 do CPP.

Todavia, o art. 399 do Código de Processo Penal, também alterado pela reforma, trata do recebimento da denúncia, que ocorreria em momento posterior à citação e conseqüente oferecimento da resposta do réu. Àquela época, então, formaram-se três linhas de pensamento acerca do conflito de dispositivos sobre o tema.

Um primeiro posicionamento defendeu que o recebimento da denúncia se dá na forma do art. 396 do Código de Processo Penal, haja vista que esta foi a vontade do legislador ao alterar o Projeto de Lei nº 4.207/01, no qual não constava, inicialmente, tal previsão, dando ensejo à aprovação da atual redação da Lei nº 11.719/08.

Uma segunda orientação buscou encarar que o legislador pretendeu instituir dois recebimentos da inicial acusatória, um perfunctório, de caráter temporário, na forma do art. 396, e outro definitivo, à luz da resposta do réu, nos termos do art. 399, encerrando, assim, o juízo de admissibilidade da acusação.

Esta orientação foi defendida pelo professor Antonio Scarance Fernandes, em Boletim publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – *IBCCRIM* nº 190, de setembro de 2008, sustentando que a existência de dois juízos de admissibilidade no Direito Processual Penal não é novidade, pois igual providência ocorre no Tribunal do Júri, com o recebimento da denúncia e a admissão da acusação através da pronúncia, implicando, assim, duas admissibilidades da acusação.

Por fim, desenhou-se um outro pensamento, no sentido de que o recebimento da denúncia se daria na forma do art. 399, pois assim era a vontade da Comissão Redatora do Projeto de Lei, em sua grande maioria, composta por membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual – *IBDP*.

Foi a opinião do Prof. Geraldo Prado, em artigo publicado no Boletim nº 190, de setembro de 2008, do *IBCCRIM*, sustentando a necessidade de se promover uma interpretação corretiva ao art. 396, reconhecendo-se que a dicção do art. 399, por ser mais ampla, englobando o comando legal do art. 396.

A par de toda a divergência doutrinária instaurada em razão da confusa redação dos arts. 396 e 399 do Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça acabou por entender que o recebimento da denúncia deve ser interpretado à

luz do art. 396 do Código de Processo Penal.⁵

Agora com a redação dos arts. 3º-C e 3º-B, XIV do CPP, pensamos que o art. 396 estaria revogado tacitamente na parte que menciona o recebimento da denúncia e a jurisprudência do STJ superada.

Note-se que a discussão que aqui se trava entre o momento efetivo para o recebimento da denúncia (art. 396 X art. 399) não constitui preciosismo processual. Primeiro porque está a se tratar se existe um contraditório prévio ao juízo de admissão da inicial acusatória, o que efetivamente ocorrerá com a definição do marco processual do art. 399 do CPP.

Em segundo, como é cediço, o Código Penal, em seu art. 117, I, determina a interrupção do prazo prescricional com o recebimento da denúncia. Assim, a definição do efetivo momento em que a denúncia é recebida passa a ter grande relevância, pois certamente influirá na contagem do prazo prescricional.

Esse mesmo raciocínio é defendido pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, conforme se verifica do recém editado Enunciado n. 13: *“Em todos os procedimentos, o juízo de admissibilidade da peça acusatória deve ser realizado após a apresentação da defesa escrita, pelo juiz de garantias, pelas seguintes razões: a) menção expressa ao art. 399 do CPP (artigos 3º-B, inc. XIV, e 3º-C, caput); b) evitar a análise ampla do procedimento inquisitorial pelo juiz da instrução e julgamento, especialmente quando da apreciação dos pedidos de rejeição da peça acusatória e/ou absolvição sumária; c) evitar o impedimento do juiz da instrução e julgamento que reconhecer nulidade na fase inquisitorial arguida na resposta inicial”*.

⁵ RECEBIMENTO. DENÚNCIA. ART. 396 DO CPP.

A Lei nº 11.719/08, como consabido, reformou o CPP, mas também instaurou, na doutrina, polêmica a respeito do momento em que se dá o recebimento da denúncia oferecida pelo MP, isso porque tanto o art. 396 quanto o art. 399 daquele *Codex* fazem menção àquele ato processual. Contudo, melhor se mostra a corrente doutrinária majoritária no sentido de considerar como adequado ao recebimento da denúncia o momento previsto no citado art. 396: tão logo oferecida a acusação e antes mesmo da citação do acusado. Por sua vez, o art. 396-A daquele mesmo diploma legal prevê a apresentação de revigorada defesa prévia, na qual se podem arguir preliminares, realizar amplas alegações, oferecer documentos e justificações, especificar provas e arrolar testemunhas. Diante disso, se o julgador verificar não ser caso de absolvição sumária, dará prosseguimento ao feito ao designar data para audiência. Contudo, nessa fase, toda a fundamentação referente à rejeição das teses defensivas apresentadas dar-se-á de forma concisa, pois o juízo deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada sob pena de indevido prejudgamento, caso acolhido o prosseguimento do processo-crime. Daí que, no caso, a decisão ora combatida, de prosseguir no processo, apesar de sucinta, está suficientemente fundamentada. Precedente citado: HC nº 119.226/PR, *DJe* de 28.09.2009. HC nº 138.089/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. em 02.03.2010.

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão dos arts. 3º-B e art. 3º-C do CPP.

2.15 A regra de impedimento decorrente da atuação como juiz das garantias

O art. 3º-D traduz uma regra obstativa de atuação ao magistrado. Todo o juiz que tenha atuado na fase de investigação ou que tenha exercido qualquer das competências previstas no art. 4º ou 5º do CPP fica impedido de funcionar no processo após o recebimento da denúncia. Neste ponto, o Min. Dias Toffoli afirma na decisão proferida na ADI n. 6298:

Ao instituir o juiz das garantias, a Lei no 13.964/19 criou nova regra de competência funcional, delimitando a atuação do juiz em função da fase da persecução criminal e criando, a partir da rígida separação das fases de investigação e do processo, uma regra de impedimento, para a fase da ação penal, ao magistrado que houver atuado como juiz das garantias na fase da investigação (art. 3º-D do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei no 13.964/19).

Há, entretanto, um recorte que merece registro. Torna-se necessário compatibilizar o art. 3º-D com o art. 3º-C para que melhor compreendamos quando cessa a função do juiz das garantias e quando se inicia a hipótese de impedimento do juiz da instrução e julgamento.

A instauração da relação processual tem início com o oferecimento da denúncia e se perfaz com o ato de citação do réu. No processo penal hoje regulado pelos arts. 3º-C e 3º-B, XIV do CPP, vimos que o recebimento da denúncia ocorrerá após a citação e oferecimento da resposta.

Então, quando, no art. 3º-D, o legislador fala em funcionar no processo, esta expressão deve ser compatibilizada com o art. 3º-C, de modo que o impedimento surge a partir de pronunciamentos judiciais posteriores ao recebimento da denúncia, quando cessada a atuação do juiz das garantias e iniciada a atuação do juiz de instrução e julgamento.

Com o recebimento da denúncia mencionado no §1º do art. 3º-C, todas as questões pendentes deverão ser decididas pelo juiz da instrução e julgamento, figura diversa da do juiz das garantias.

Inclusive, como forma de preservar a independência dos membros da magistratura e o seu livre convencimento motivado, o §2º deixa claro que as decisões prolatadas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento. Mesmo após o recebimento da denúncia ou queixa, caberá a ele reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão dos arst. 3º-C e 3º-D do CPP.

2.16 Da retenção do material produzido na investigação pelo juiz das garantias – impossibilidade de utilização no processo

Há na nova disciplina do juiz das garantias disposições sobre a utilização do material produzido na fase pré-processual. O §3º do art. 3º-C determina que os autos referentes às matérias tratada pelo juiz das garantias deverão ser acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa. Igualmente o §4º do art. 3º-C assegura às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias, ampliando o espectro do parágrafo anterior que mencionava apenas o Ministério Público e defesa.

Apesar de amplo o acesso, a utilização de seu conteúdo sofre restrição. O §3º proíbe que esse conteúdo possa ser apensado aos autos do processo enviado ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Pensamos que essa regra possui um reforço normativo à regra do art. 155 do CPP quando veda ao juiz a possibilidade de fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

Se não lhe é facultado o acesso aos elementos da fase investigatória, a exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, igualmente as partes têm o encargo de não transportarem cópias desses elementos para o processo, sob pena de tornar ilegítimo aquele conteúdo.

Neste ponto, lamenta-se que o STF, na ADI n. 6298, tanto pela decisão monocrática do Presidente e do relator, tenha suspenso a aplicação do art. 157,

§5º CPP, também introduzido pela reforma, quando vedava ao juiz que conhecesse do conteúdo da prova declarada inadmissível a possibilidade de proferir a sentença ou acórdão.

Ao nosso lado está a Defensoria Pública mineira através de seus Enunciados n. 14 – *“Por força do artigo 3o-C, §3o, do CPP, os autos do inquérito policial ou de qualquer outro procedimento investigatório não serão encaminhados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas”*; e n. 15 – *“É vedada, por parte da acusação, a juntada aos autos encaminhados ao juiz da instrução e julgamento de cópias dos elementos de informação existentes nos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias, ressalvados apenas os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas (artigo 3o-C, §3o, do CPP)”*.

2.17 O juiz das garantias e sua implantação nas normas de organização judiciária

Como forma de organizar a atuação do juiz das garantias, o parágrafo único do art. 3º-D prevê que nas comarcas onde funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de regular a atividade do juiz das garantias e o impedimento dela derivado.

Sobre esta disposição específica, vale aqui o registro de sua suspensão pela decisão proferida em Medida Cautelar pela Presidência do STF na ADI n. 6298-DF. O Min. Dias Toffoli concluiu que:

Situação diversa ocorre com o art. 3o-D, parágrafo único, o qual não dispõe propriamente sobre o processo penal, ingressando em questão de organização judiciária, pois determina que se adote um sistema de rodízio de magistrados como mecanismo de efetivação do juízo das garantias.

Na ótica do Presidente do Supremo Tribunal Federal, estar-se-ia legislando sobre matéria de organização judiciária, cuja competência, pelo texto da CRFB pertenceria aos tribunais (art. 125, §1º). Registre-se que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, manteve, monocraticamente, a decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal e determinou a suspensão do dispositivo.

Pensamos que a simples previsão de um rodízio não represente vício afeto à matéria de organização judiciária, posto que o rodízio poderia ser organizado de inúmeras maneiras conforme a regulamentação de cada Estado. Até mesmo o estabelecimento de regras de tabelamento seria possível para suprir a necessidade de normatização da nova função processual.

O próprio art. 3º-E tinha ciência de que a matéria de organização judiciária é de competência dos entes federados, tanto que a menciona quando afirma que: “será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.”

Apenas a título exemplificativo, o art. 1º, §2º da Lei n. 12.694/2012 tratou da formação do colegiado para apuração de crimes envolvendo organizações criminosas, prevendo a atuação do “*juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição*” e nem por isso a norma foi tida por inconstitucional em virtude do seu tratamento em tema de organização judiciária.

Embora o art. 3º-D, parágrafo único esteja suspenso, não haverá qualquer juízo à implementação do instituto, mesmo que com um sistema de rodízio regulamentado no âmbito de cada tribunal, com base no permissivo constante do art. 3º-E do CPP.

Todavia, o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, determinou também a suspensão do art. 3º-E do CPP, por tempo indeterminado, ampliando a restrição inicialmente estabelecida pelo Min. Dias Toffoli.

2.18 Da inaplicabilidade do juiz das garantias em certos órgãos jurisdicionais – reflexos jurisprudenciais derivados da medida cautelar decidida monocraticamente na ADI n. 6298

Como vimos linhas acima, a própria lei afasta a incidência do Juiz das Garantias ao Juizados Especiais Criminais e às Varas Criminais com competência colegiada. Todavia, é importante no registro de que a decisão cautelar proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 6298-DF realizou alguns recortes na disciplina legislativa do juiz das garantias, restringindo a sua incidência.

O primeiro caso a ser mencionado diz respeito à inaplicabilidade da figura do juiz das garantias às ações penais que tramitem em órgãos de natureza colegiada, a exemplo dos tribunais locais e tribunais superiores. Na ótica do STF, a colegialidade é uma garantia de reforço da imparcialidade, o que tornaria despicando o impedimento advindo da atuação na fase de investigação ao Desembargador ou Ministro por ocasião do julgamento da ação penal. Em sua decisão Dias Toffoli afirma:

Além disso, conforme demonstrado anteriormente, o juiz das garantias tem como objetivo amenizar os riscos de contaminação subjetiva do julgador e reforçar a imparcialidade do juiz. Ocorre que, nos tribunais, as ações penais são julgadas por órgão colegiado, forma de julgamento que já garante um incremento de imparcialidade.

Seguindo o raciocínio de que órgãos coletivos possuem a imparcialidade assegurada pela sua própria estrutura colegiada, o STF afasta a incidência do juiz das garantias no Tribunal do Júri. Se pensarmos que os jurados acompanham apenas a segunda fase do procedimento, onde há instrução probatória em plenária, seria palatável aceitar a conclusão do STF:

Do mesmo modo, deve ser afastada a aplicação do juiz de garantias dos processos de competência do Tribunal do Júri, visto que, nesses casos, o veredicto fica a cargo de um órgão coletivo, o Conselho de Sentença. Portanto, opera-se uma lógica semelhante à dos Tribunais: o julgamento coletivo, por si só, é fator de reforço da imparcialidade.

Entretanto, não nos parece ter agido acertadamente o STF também nesse ponto, visto que o Juiz Presidente exerce atividade decisória na primeira fase do procedimento, analisando o conteúdo produzido no inquérito policial e na instrução processual para verificar a presença da prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria capazes de suportar a decisão de pronúncia do acusado na forma do art. 413 do CPP.

Assim, se o juiz presidente atua na primeira fase do procedimento, inclusive durante o inquérito policial, não se pode ter certeza da sua imparcialidade por ocasião da prolação da decisão de pronúncia.

O segundo recorte realizado pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu no âmbito dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Para o STF, criar a cisão entre juiz das garantias e juiz de instrução e julgamento em crimes desta natureza impediria o magistrado de “*conhecer toda a dinâmica do contexto da agressão*”:

De fato, a violência doméstica é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão.

Pensamos que a necessária proteção das mulheres vítimas de violência doméstica não deva levar o sistema processual a admitir a contaminação do magistrado para melhor compreensão dos fatos. A argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal apenas reforça o ideário de que a melhor jurisdição é aquela em que o magistrado julga a partir dos elementos construídos no inquérito policial e que posteriormente são submetidos a tradicional ratificação em juízo, muito comum no cotidiano forense.

Não é possível encontrar argumentos que justifiquem o afastamento do juiz das garantias nos procedimentos de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Nos crimes praticados contra crianças, idosos e demais pessoas vulneráveis, também não é necessário conhecer a dinâmica e o contexto da agressão?

A negativa de aplicação também se estendeu à Justiça Eleitoral, em razão de questões estruturais do próprio órgão, cuja essência é a de ser constituído por magistrados da Justiça Estadual que atuam por meio de designação:

Neste juízo precário da liminar, por ora, também entendo que o juiz das garantias não deve, ainda, ser aplicado aos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.

Não se pode ignorar que a Justiça Eleitoral brasileira, em sua arquitetura ímpar, estruturada para conduzir o processo democrático, dotada de competências administrativa e jurisdicional, não dispõe de quadro próprio de magistrados, sendo composta por membros oriundos de outros ramos da Justiça, situação que poderá dificultar a aplicação do juiz de garantias.

Com efeito, é possível que um magistrado que atue como juiz das garantias em uma investigação de competência estadual fique impedido, em seguida, de atuar no processo criminal, caso se entenda que há crime eleitoral no fato investigado, causando embaraços ao regular andamento do processo, em prejuízo dos princípios da celeridade e da preclusão, que regem o processo eleitoral.

Registre-se que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, ao determinar a suspensão dos dispositivos do Juiz das Garantias, torna inócuas as exceções estabelecidas pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

2.19 Da suspensão do prazo de vigência do juiz das garantias – reflexos jurisprudenciais derivados da medida cautelar decidida monocraticamente na ADI n. 6298

A vigência da lei, em relação ao juízo de garantias também sofreu impactos pela decisão proferida pelo STF. Este talvez seja um dos poucos pontos com o qual concordamos com a decisão proferida na ADI n. 6298, já que o prazo de 30 (trinta) dias estabelecido pelo art. 20 da Lei n. 13.964/2019 é exíguo para permitir uma implantação adequada do instituto, como mencionado em sua decisão:

Em razão disso, é forçoso reconhecer que o prazo de 30 dias fixado no art. 20 da Lei no 13.964/2019 é insuficiente para que os tribunais promovam essa adaptação. Impõe-se, portanto, a fixação de um regime de transição mais adequado e razoável, que viabilize, inclusive, sua adoção de forma progressiva e programada pelos tribunais.

Assim, em uma construção não muito usual, o Min. Dias Toffoli suspendeu a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei no 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais. Estabeleceu ainda que essa implantação deveria ocorrer em até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão, adotando tal prazo a partir da leitura do art. 3º-F, parágrafo único da lei.

O grande risco à figura do juiz das garantias é que a sua implementação possa ser prorrogada, já que a vigência do dispositivo não está atrelada a um comando normativo, mas ao arbítrio do Supremo Tribunal Federal na gestão de uma medida cautelar.

Registre-se que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, ao determinar a suspensão dos dispositivos do Juiz das Garantias, por tempo indeterminado, prejudica o prazo até então estabelecido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

2.20 Das regras de direito intertemporal do juiz das garantias – reflexos jurisprudenciais derivados da medida cautelar decidida monocraticamente na ADI n. 6298

O juiz das garantias também já sofre limitações em matéria de direito intertemporal. Na decisão cautelar proferida na ADI 6298, o STF conferiu

interpretação para afastar a incidência do instituto às ações penais já instauradas por ocasião de seu “início de vigência”, não havendo impedimento a ser reconhecido em virtude de pretérita atuação do magistrado.

No mesmo sentido, se manifestou o STF no tocante às investigações em andamento que sofrem intervenção judicial. O juiz que as conduzir permanecerá responsável, sendo desnecessária a redistribuição para um novo magistrado que passe a exercer a função de garante, como restou explicitado:

(i) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento em que os tribunais efetivamente implementarem o juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias fixado por esta decisão), o início da eficácia da lei, ora protraído, não acarretará qualquer modificação do juízo competente.

(ii) quanto às investigações que já estiverem em andamento no momento da efetiva implementação do juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação continuará a conduzir a investigação do caso específico. Portanto, não será necessário, a partir do início de eficácia da lei, designar novo juiz para officiar como juiz de garantias na respectiva investigação. Neste caso, uma vez recebida a denúncia ou queixa e instaurada a ação penal, o processo será enviado ao juiz da instrução e do julgamento. Nessa hipótese, do mesmo modo, evita-se a necessidade de redistribuição de inúmeras investigações já em curso no país.

Não discordamos desse ponto em relação à transição do juiz das garantias. O Código de Processo Penal adota a teoria do isolamento dos atos processuais como determina o art. 2º, o que significa dizer que as ações penais em curso e as investigações não devam sofrer nenhum impacto quando a nova função processual estiver em pleno vigor.

Todavia, com a decisão do Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, ao determinar a suspensão dos dispositivos do Juiz das Garantias por tempo indeterminado, cria um clima de incerteza a respeito da questão intertemporal das disposições de lei.

Inobstante esse quadro assustado criado pelo Supremo Tribunal Federal, é inegável que o juiz das garantias constitui verdadeiro avanço no sistema processual brasileiro e traduz importante instrumento de reforço à necessária imparcialidade da atividade jurisdicional e divisão de funções no sistema acusatório.

3 CONCLUSÃO

É inegável que o juiz das garantias constitui verdadeiro avanço no sistema processual brasileiro e traduz importante instrumento de reforço à necessária imparcialidade da atividade jurisdicional e divisão de funções no sistema acusatório.

Apesar dos recortes operados pelo STF no julgamento monocrático da Medida Cautelar ADI n. 6298, é certo que o instituto pode modernizar o processo penal brasileiro e contribuir ainda mais para afastar o ranço inquisitório que ainda permeia o Código de Processo Penal.

4 REFERÊNCIAS

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DSJ, 2005

HAACK, Susan. **Evidence matters: science, proof and truth in the law**. New York: Cambridge University Press, 2014.
LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo J. **Investigação preliminar no processo penal**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DSJ Ed., 2005.

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA NECESSÁRIA CLIVAGEM CONSTITUCIONAL

THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE PENALTY IN THE FRAMEWORK OF THE COURT OF THE JURY: A CONSTITUTIONAL CLEAVAGE NEEDED

Gabriel Saad Travassos do Carmo¹

Roberta Eifler Barbosa²

RESUMO

O presente artigo tem por objeto de pesquisa a execução provisória da pena após a decisão condenatória de primeiro grau no Tribunal do Júri cuja pena seja igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão. O problema de pesquisa recai sobre a validade jurídica da mencionada norma em confronto com a Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação processual penal. A modalidade de pesquisa é bibliográfica, no nível exploratório, correlacionando doutrina e jurisprudência em torno de princípios fundacionais do processo penal no Estado Democrático de Direito. O objetivo de pesquisa é analisar se a alteração legislativa é compatível com a ordem constitucional vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória da pena, Tribunal do Júri, controle de constitucionalidade, direitos e garantias fundamentais.

ABSTRACT

The purpose of this article is to research the provisional execution of the sentence after the first degree condemnatory decision in the Jury Court whose sentence is equal to or greater than 15 (fifteen) years of imprisonment. The research problem lies in the legal validity of the mentioned rule in comparison with the Federal Constitution, international human rights treaties and criminal procedural legislation. The research modality is bibliographic, at the exploratory level, correlating doctrine and jurisprudence around foundational principles of criminal proceedings in the Democratic State of Law. The research objective is to analyze whether the legislative change is compatible with the current constitutional order.

KEYWORDS: Provisional execution of the sentence, Jury Court, constitutionality control, fundamental rights and guarantees.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O estado de inocência, a plenitude de defesa e a (in)compatibilidade endonormativa da execução provisória da pena no Tribunal do Júri. 3. O duplo grau de jurisdição, o dever de motivação das decisões judiciais e a irretroatividade da lei penal. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 Defensor Público Federal. Defensor Regional de Direitos Humanos Substituto. Mestrando em Direito e Justiça Social pela Universidade do Rio Grande (FURG).

2 Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estácio de Sá concluída em março de 2016 e em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público concluída em maio de 2020.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a alteração efetivada pela Lei nº 13.964/2019 no artigo 492, inciso I, alínea 'e' do Código de Processo Penal que buscou determinar a execução provisória da pena no caso de condenações iguais ou superiores a 15 (quinze) anos de reclusão no âmbito do Tribunal do Júri.

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, alterou diversos dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da legislação extravagante, buscando, conforme seu próprio preâmbulo anuncia “aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”. O verbo *aperfeiçoar*, de acordo com o dicionário Michaelis, assume o sentido daquilo que se torna perfeito, aprimora-se³.

O legislador pretendeu então se assenhorar enquanto instrumento de condução da legislação penal e processual penal ao destino da perfeição. Assim, em um ordenamento jurídico edificado sobre o vértice constitucional, tem-se que a melhor posição que uma lei pode assumir depende de sua congruência com a Constituição Federal enquanto norma que emana diretamente da norma hipotética fundamental⁴.

A esse respeito, Paulo Bonavides assenta que:

O órgão legislativo, ao derivar da Constituição sua competência, não pode obviamente introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida.⁵

O problema de pesquisa recai sobre a validade jurídica da mencionada norma em confronto com a Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação processual penal.

Compreendida essa premissa, é imprescindível a clivagem constitucional dos dispositivos legais a fim de verificar se o legislador logrou seu intento de aperfeiçoar a legislação. Para os limites deste trabalho, a filtragem que se propõe restringe o objeto de pesquisa à alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 no artigo 492, inciso I, do Código de Processo Penal que acrescentou na alínea 'e' a seguinte previsão:

3 Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=ylzw>. Acesso em 09.04.2020.

4 DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 42ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 41.

5 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 297.

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

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; (g.n);**

A primeira parte do dispositivo não tem utilidade, uma vez que o decreto de prisão preventiva já encontra previsão legal no artigo 312, do Código de Processo Penal. Como espécie de medida cautelar, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer momento do processo, conforme prevê o artigo 282, §5º, do Código de Processo Penal. Sujeita-se ao binômio adequação e necessidade (art. 282, I e II, CPP), bem como à absoluta excepcionalidade, conforme art. 282, §4º, do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, a primeira parte do dispositivo traz uma possibilidade de decretação da prisão preventiva na sentença que já existia no processo penal, motivo pelo qual é desnecessária. Já a segunda parte do artigo 492, inciso I, alínea 'e', altera substancialmente o rito processual, atingindo direitos materiais com assento constitucional.

Foi estabelecido que o juiz-presidente do Tribunal do Júri, 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 de recursos que vierem a ser interpostos.

Diante desse dispositivo inserido a partir da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, a pesquisa se debruça em uma revisão bibliográfica que correlaciona o direito processual penal ao direito constitucional, a fim de verificar a compatibilidade ou não da norma com o ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, a sua própria coesão dentro do sistema processual penal.

A metodologia de pesquisa se concentra no espectro qualitativo da produção bibliográfica sobre o estado de inocência, a plenitude de defesa, o duplo grau de jurisdição, o dever de motivação das decisões judiciais e a irretroatividade da lei penal enquanto garantias fundamentais do indivíduo e cláusulas pétreas do regime constitucional.

O objetivo da pesquisa é analisar se a alteração legislativa é compatível com a Constituição Federal, com os princípios do sistema acusatório e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. À luz de uma interpretação sistêmica,

deve ser perquirida a coesão da norma externamente com a ordem constitucional e internamente, a fim de evitar a contradição interna no próprio Código de Processo Penal.

Na segunda seção, confrontamos a mudança legislativa com o princípio do estado de inocência, com a plenitude de defesa e com o sistema interno de normas do Código de Processo Penal, a fim de verificar possíveis problemas de inadequação externa e interna na nova lei.

Na terceira seção, analisamos também desdobramentos da legislação no que diz respeito ao duplo grau de jurisdição, ao dever de motivação das decisões judiciais e ao princípio da irretroatividade da lei penal. Diante desses feixes de direitos e garantias constitucionais alcançamos a resposta sobre a inconformidade da norma com o ordenamento jurídico.

2 O ESTADO DE INOCÊNCIA, A PLENITUDE DE DEFESA E A (IN)COMPATIBILIDADE ENDONORMATIVA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

O primeiro ponto de investigação diz respeito à compatibilidade da norma que determina a execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri com o princípio do estado de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Sobre o dispositivo, Gustavo Badaró aponta que existem limites hermenêuticos insuperáveis para a interpretação do que seja “trânsito em julgado”, e ele só ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material. Não existe, pois, margem exegética para que a expressão seja interpretada em sentido diverso, como após o julgamento em segunda ou, no caso, primeira instância⁶.

Em 07 de novembro de 2019, no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, revendo posição anterior, o Supremo Tribunal Federal restabeleceu a orientação no sentido de que a pena só poderia ser

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal [livro eletrônico]. 5ª Ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, R.B-1.7.

executada após esgotados todos os recursos, declarando-se a constitucionalidade do artigo 283, do Código de Processo Penal, de acordo com o qual

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. (g.n)**

Segundo a lição de Celso de Mello⁷, no referido julgamento, “a prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada”.

Destarte, questiona Aury Lopes Júnior⁸: “se é inconstitucional a execução antecipada após a decisão de 2º grau, como admitir a execução antecipada após uma decisão de 1º grau?”. Para o autor, “parece óbvio que a decisão das ADCs atinge qualquer decisão. O artigo 283 se refere a qualquer decisão. Logo, por qual razão o júri seria diferente?”.

Nesse diapasão, em recente julgamento o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento pelo não cabimento de execução provisória da pena em qualquer caso, afirmando-se que “não é possível a execução provisória da pena mesmo em caso de condenações pelo Tribunal do Júri”⁹.

Diante disso, se é incabível a execução provisória da pena após decisão de segundo grau, com mais razão ainda deve ser vedada a prisão automática após o julgamento pelo Tribunal do Júri, órgão de primeira instância, que decide de acordo com a sua íntima convicção e sem fundamentar suas decisões, contra as quais é possível a interposição de recurso.

Assim, qualquer medida de coerção pessoal contra o acusado somente pode ser revestida de caráter cautelar ou imposta após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consubstanciado este no momento em que não cabe mais nenhum recurso contra a decisão.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44 e 54. Brasília, 2019.

8 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional> Acesso em 07.03.2020.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 163814. Brasília, 2019.

Portanto, enquanto não definitivamente condenado, presume-se o acusado inocente e, assim sendo, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória somente pode ser admitida a título de cautela, ou seja, presentes os requisitos da prisão preventiva.

Desse modo, qualquer forma de prisão que desrespeite o trânsito em julgado ou a necessidade de preenchimento dos requisitos da prisão preventiva é inconstitucional por violar o princípio da presunção de inocência.

Desde a nova redação dada ao art. 283 do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, houve o reconhecimento do impedimento de que haja prisão em decorrência de sentença penal condenatória ou por pronúncia pura e simplesmente, sem se observar a existência das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva.

Sobre o tema, Marco Aurélio de Carvalho, Lênio Streck, Juliano Breda, Antônio Carlos de Almeida Castro e Fábio Tofic Simantob¹⁰ discorrem que:

à pergunta “Decisão de jurado equivale a trânsito em julgado”, respondemos: Não. Não equivale. Por quê? Porque é inconstitucional essa posição que justifica a imediata execução da pena. Se a prisão antecipada decorrente do HC 126.292 já é inconstitucional por ferir clara disposição legal e constitucional, o que diremos da prisão antecipada decorrente de um Tribunal que, em primeira instância, decide por intima convicção, por “sim” ou “não”?

Conforme expõem Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa, a previsão do art. 492, inciso I, alínea e, segunda parte, do Código de Processo Penal “viola a presunção constitucional de inocência, na medida em que trata o réu como culpado, executando antecipadamente sua pena, sem respeitar o marco constitucional do trânsito em julgado”¹¹.

Portanto, a antecipação dos efeitos materiais da pena após prolação de sentença condenatória em primeiro grau de jurisdição, anteriormente ao trânsito em julgado, independentemente de se tratar de sentença do Tribunal do Júri, viola o estado de inocência, cláusula pétrea constitucional, conforme art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal.

Outra análise necessária diz respeito à interpretação sistêmica e topográfica a respeito da instituição do júri. Previsto no inciso XXXVIII do artigo 5º, o júri está

10 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-15/opiniao-espectro-prisao-antecipada-ronda-tribunal-juri>. Acesso em 10.03.2020.

11 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>. Acesso em 07.03.2020.

inserido na Constituição Federal no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Desse modo, não é possível, por meio de uma leitura canhestra, dissociar a instituição de seu sentido material como garantia constitucional, voltada à proteção do indivíduo em face da arbitrariedade e do poder estatal.

A análise isolada da soberania dos veredictos confronta com a necessária visão sistêmica e topográfica que insere o júri entre os direitos e garantias fundamentais e, além da soberania, lhe assegura o sigilo das votações, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e a plenitude de defesa.

O princípio da unidade da Constituição impõe uma necessária interpretação harmônica dos seus dispositivos, de modo a lhes garantir a máxima eficácia, preservando o valor das normas constituintes.

Nesse panorama, não cabe a utilização de um de seus princípios constitucionais, qual seja, a soberania dos veredictos, contra o acusado, como fundamento para a decretação da execução antecipada da pena, conforme expôs o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Habeas Corpus nº 176.229, nos seguintes termos:

Não cabe invocar a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, para justificar a possibilidade de execução antecipada (ou provisória) de condenação penal recorrível emanada do Tribunal do Júri, eis que o sentido da cláusula constitucional inerente ao pronunciamento soberano dos jurados (CF, art. 5º, XXXVIII, “c”) não o transforma em manifestação decisória intangível, mesmo porque admissível, em tal hipótese, a interposição do recurso de apelação, como resulta claro da regra inscrita no art. 593, III, “d”, do CPP.

No mesmo sentido, destaca Lênio Streck¹² que

há decisões do Superior Tribunal de Justiça e do STF restringindo as hipóteses de recursos a casos de condenação. O que isto quer dizer? Simples: quer dizer que a **aludida soberania dos vereditos é uma garantia do réu e não algo que possa ser invocado contra ele**. Afinal, o próprio tribunal do Júri existe para dar maior proteção aos acusados, tanto que está previsto no artigo 5º, o qual elenca os direitos e garantias individuais de todo cidadão. **Se a soberania do Júri é direito fundamental (sim, Júri está previsto como garantia), como pode essa garantia constitucional se virar (ou ser usada) contra o réu?** Soberania, no máximo, pode significar aquilo que constou do voto recentíssimo do ministro Celso de Mello, quem decidiu, em sede do RHC 117.076/PR, que não cabe apelação ao Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos. Soberania é nesse sentido. E não no

12 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediate-prisao-reu>. Acesso em 11.03.2020.

sentido de que a decisão do Júri esgota a discussão probatória contra o réu.
(g.n)

Assim, o argumento de que a soberania dos veredictos permitiria a execução antecipada da pena não merece respaldo, pois inverte a própria lógica do Tribunal do Júri, transformando uma garantia do acusado em um instrumento utilizado em seu prejuízo. Portanto, é indispensável que a soberania dos veredictos esteja em grau de harmonia com a plenitude de defesa, pois é vontade do Poder Constituinte originário que a instituição do júri respeite essas duas garantias fundamentais.

Compreendida essa premissa, verifica-se que a nova modalidade prevista para a execução provisória da pena não se compatibiliza com a plenitude de defesa. Essa garantia, aponta André Nicolitt, permite maior profundidade da defesa no que se refere aos mecanismos de convicção do julgado, que não se orienta apenas por elementos técnico-jurídicos¹³.

Como observa Diogo Malan, tamanha é a importância da efetividade da defesa penal no Plenário do Júri que o legislador constituinte decidiu garantir aos acusados, além da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CRFB), a plenitude de defesa no Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, 'a', CRFB)¹⁴.

O direito de defesa, ampla e plena, divide-se em defesa técnica e defesa pessoal. A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito e é indisponível. Por outro lado, a defesa pessoal consubstancia-se na atuação do sujeito passivo no sentido de resistir pessoalmente à pretensão estatal. Segundo Aury Lopes Júnior, “a chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial o seu momento de maior relevância”¹⁵, pois esse é o momento em que o acusado tem a oportunidade de atuar de forma efetiva, expressando os motivos e as justificativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa.

No Tribunal do Júri, o interrogatório tem ainda mais importância, considerando que os jurados decidem de acordo com a sua íntima convicção e estão desobrigados da fundamentação de suas decisões. Assim, o direito de presença do acusado no julgamento e o seu interrogatório são de suma relevância no âmbito do

13 NICOLITT, André. Manual de processo penal [livro eletrônico]. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, n.p.

14 MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. In: Doutrinas Essenciais – Processo Penal. Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura (orgs.). Ano 1, Vol. I, Jun.2012, São Paulo: Revista dos Tribunais.

15 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 103.

Tribunal popular, em que é consabido que os julgamentos não estão restritos apenas à prova dos autos.

Nesse contexto, a simples ameaça de uma prisão sumária, mediante a expedição de ordem de prisão no Plenário e encaminhamento ao estabelecimento prisional, não raras vezes algemado – e o vexame e humilhação que daí decorrem – evidentemente desestimulam a sua participação na sessão de julgamento.

Restringe-se, pois, o direito de presença do réu em Plenário, intimidando a sua participação na sessão de julgamento, já que, mesmo na ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, poderá sair do Plenário preso, caso receba uma condenação superior a 15 (quinze) anos de prisão.

Constrangido a não participar do seu próprio julgamento, o acusado é tolhido do direito à plenitude de defesa, pois será compelido a renunciar ao seu direito de presença e participação nos atos processuais desenvolvidos em Plenário. Nesse caso, a defesa seria limitada à defesa técnica, o que afetaria substancialmente a decisão dos jurados, movidos pelo sistema da íntima convicção. O acusado é colocado diante de uma escolha arriscada em fazer-se apresentar e defender, correndo o risco de ser imediatamente preso ou deixar de comparecer ao Plenário e prejudicar a sua defesa perante o corpo de jurados.

Não bastasse a inconstitucionalidade do art. 492, inciso I, alínea ‘e’, segunda parte, do Código de Processo Penal, flagrante é a sua incompatibilidade com as previsões dos artigos 283 e 313, §2º do Código de Processo Penal. Ressalte-se que tais normas foram alteradas pela recente Lei nº 13.964/2019, havendo, portanto, clara incompatibilidade endonormativa.

Dispõe o artigo 283 que *“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**”*. O artigo 313, §2º, por sua vez, disciplina que *“não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”*.

Assim, verifica-se que a prisão somente pode decorrer de prisão cautelar, preenchidos os seus requisitos, ou de condenação transitada em julgado, não podendo a prisão preventiva ser decretada simplesmente como antecipação de cumprimento de pena. Ocorre que o art. 492, inciso I, alínea ‘e’, segunda parte, do

CPP, prevê uma prisão *ex lege*, aplicada tão somente em razão de quantitativo de pena, que não atende aos requisitos da prisão cautelar e muito menos respeita o trânsito em julgado da sentença, configurando-se em cumprimento de pena antecipada.

Há, assim, impossibilidade de coexistência de tais artigos na ordem jurídica, devendo prevalecer aqueles que estão em consonância com a Constituição Federal e os princípios da presunção de inocência, do duplo grau de jurisdição, da defesa plena e da exigência de fundamentação das decisões judiciais, quais sejam, os artigos 283 e 313, §2º do CPP; devendo ser afastado o art. 492, inciso I, alínea 'e', segunda parte, do CPP, em razão de sua incompatibilidade endonormativa.

3 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

Além da plenitude de defesa, outra filtragem constitucional sobre a execução provisória da pena no procedimento do Tribunal do Júri diz respeito à garantia fundamental ao duplo grau de jurisdição.

O direito ao duplo grau de jurisdição é um princípio implícito na Constituição Federal, abarcado pelo art. 5º, inciso LV. Não obstante, apesar de não haver previsão constitucional expressa, há previsão do referido princípio na Convenção Americana de Direitos Humanos, tratado internacional de direitos humanos incorporado à ordem jurídica brasileira por meio do decreto nº 678/92, que dispõe nos seguintes termos:

Art. 8. Item 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Guilherme Madeira Dezem defende que a Constituição Federal adotou em grau constitucional de maneira expressa o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que os tratados internacionais sobre direitos e garantias individuais possuem status constitucional¹⁶. Logo, quando o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado a partir do Decreto Federal nº 678/90, prevê o direito de recorrer da

¹⁶DEZEM, Guilherme Madeira Dezem. Curso de processo penal [livro eletrônico]. 6ª Ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-4.8.

sentença para juiz ou tribunal superior (artigo 8.2, 'h'), esse direito integra o bloco de constitucionalidade.

Vasconcellos define o direito de recurso sobre a condenação como um direito-garantia. Por um lado, há um direito do acusado de submeter a decisão judicial ao reexame por tribunal superior; por outro, o reexame da decisão judicial é instrumento de garantia de outros direitos, ou do respeito às regras do devido processo penal de modo amplo¹⁷.

Apesar do Tribunal do Júri ser um órgão colegiado, composto por um juiz togado, que presidirá os trabalhos, e 25 jurados, entre os quais serão sorteados sete para compor o Conselho de Sentença, constitui-se em um órgão de primeiro grau de jurisdição. Assim, da sua decisão cabe recurso de apelação ao Tribunal de Justiça, com ampla discussão sobre matérias jurídicas e fáticas, inclusive cabendo novo júri quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos.

Destarte, permitir a prisão de imediato, no âmbito do Tribunal do Júri, é o mesmo que considerar a decisão proferida como instância equivalente ao esgotamento da prova, o que não encontra amparo na legislação pátria.

Nesse sentido, prevê o art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal que caberá apelação, no âmbito do Tribunal do Júri, quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Portanto, verifica-se que podem ser amplamente discutidas questões formais e de mérito, podendo haver novo júri tanto por reexame formal do procedimento como também material, no reexame da decisão de mérito tomada pelos jurados. Então, como bem destaca o ministro Marco Aurélio, “*por que se potencializar o Tribunal do Júri, que é **primeira instância**, quando contra o pronunciamento cabe recurso, ainda que numa via afunilada, a apelação?*”¹⁸.

Desse modo, reconhecido o direito à revisão das decisões de primeiro grau por um Tribunal, a determinação de início de execução da pena decorrente de sentença condenatória do Tribunal do Júri, viola o princípio do duplo grau de

17 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Direito ao recurso no processo penal [livro eletrônico]: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-1.1.

18 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediate-prisao-reu>. Acesso em 08.03.2020.

jurisdição, uma vez que considera como culpado um acusado que teve sua situação decidida apenas por um órgão de primeira instância, sem que esta sequer tenha tido a oportunidade de ser reavaliada por um órgão superior.

É também necessário pontuar a respeito da violação à exigência de fundamentação das decisões judiciais que a nova norma importa. Não se desconhece o entendimento de que os jurados julgam por livre convencimento imotivado, de acordo com a sua íntima convicção, havendo, portanto, ausência de motivação no ato decisório¹⁹. Todavia, ao juiz togado, Presidente do Tribunal do Júri, impõe-se a observância da exigência de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, inciso IX da Constituição Federal, sob pena de nulidade.

A motivação, segundo Aury Lopes Júnior²⁰, “serve para o controle da racionalidade da decisão judicial”. Aduz ele que

só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) de fundamentação dos atos decisórios.²¹

A norma inserida no art. 492, inciso I, alínea e, segunda parte, do Código de Processo Penal, prevê uma hipótese de prisão *ex lege*, ou seja, uma prisão automática, decorrente tão somente do quantitativo de pena aplicado na sentença. Dessa forma, ao decretar tal prisão, há violação, pelo juízo de primeiro grau, da exigência de motivação de sua decisão, considerando que não expõe as razões de decidir, restringindo-se a apontar a previsão normativa.

Além disso, segundo Paulo Queiroz, “a nova norma estabelece critérios facilmente manipuláveis e incompatíveis com o princípio da legalidade penal, notadamente a pena aplicada pelo juiz-presidente”²², que pode ser facilmente aumentada a fim de decretar imediatamente a prisão do acusado.

19 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p. 770.

20 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p. 770.

21 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p. 154/155.

22 Disponível em <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/> Acesso em 09.03.2020

Conforme já decidido e reiterado pelos Tribunais superiores, qualquer decisão que determina o recolhimento à prisão deve ser devidamente motivada, seja fundamentando-se no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja demonstrando o preenchimento dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. No entanto, a norma prevista no artigo 492, inciso I, alínea 'e', segunda parte, do Código de Processo Penal não se coaduna com nenhuma das duas hipóteses.

Ademais, a prisão *ex lege*, ou seja, imposta por força de lei já foi declarada diversas vezes como inconstitucional. O artigo 21 da Lei nº 10.826/2003 previa a impossibilidade de liberdade provisória aos crimes dispostos entre os artigos 16 e 18 da mesma lei. Essa previsão, porém, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112, firmando-se o posicionamento de que “o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente”²³.

Da mesma forma, no que concerne à vedação à liberdade provisória do art. 7º da Lei nº 9.034/95, o Supremo Tribunal Federal decidiu que

(...) a vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do “due process”, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República. Foi por tal razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.112/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.826/2003.²⁴

No caso da prisão *ex lege* decorrente do crime de tráfico de drogas, estabeleceu o STF, mais uma vez, que a vedação legal à liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006 é incompatível com a presunção de inocência e a garantia do devido processo legal e da ampla defesa (HC 96.715 e 100.745).

Assim, de acordo com tal entendimento, consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores, não pode uma lei infraconstitucional impor a prisão genericamente, uma vez que entre os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, da Constituição Federal, está a liberdade como regra e a prisão como exceção.

Por fim, cabe ressaltar ainda a questão referente à aplicabilidade temporal da norma penal e processual penal. Determina o artigo 2º, do Código de Processo

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.112. Brasília, 2007.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 94.404. Brasília, 2008.

Penal que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Incide, assim, o princípio do *tempus regit actum*, também chamado de princípio do efeito imediato, ou da aplicação imediata da lei processual penal.

Estabelece o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, por outro lado, que a norma penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o acusado. Em vista disso, se o fato é anterior à lei, ela só poderá retroagir em benefício do réu; se, por outro lado, for posterior, a lei o alcança, sendo benéfica ou prejudicial.

Assim, para determinar-se a aplicação intertemporal de certa norma é essencial definir a sua natureza jurídica, havendo três hipóteses possíveis: lei de natureza processual, lei de natureza penal ou, ainda, lei de natureza mista.

Segundo Aury Lopes Junior²⁵,

a lei penal pura é aquela que disciplina o poder punitivo estatal. Dispõe sobre o conteúdo material do processo, ou seja, o Direito Penal. Diz respeito à tipificação de delitos, pena máxima e mínima, regime de cumprimento etc. Para essas, valem as regras do Direito Penal, ou seja, em linhas gerais: retroatividade da lei penal mais benigna e irretroatividade da lei mais gravosa.

A lei processual penal pura regula o início, desenvolvimento ou fim do processo e os diferentes institutos processuais. Exemplo: perícias, rol de testemunhas, forma de realizar atos processuais, ritos etc. Aqui vale o princípio da imediatidade, onde a lei será aplicada a partir dali, sem efeito retroativo e sem que se questione se mais gravosa ou não ao réu.

(...)

Por fim, existem as leis mistas, ou seja, aquelas que possuem caracteres penais e processuais. Nesse caso, aplica-se a regra de Direito Penal, ou seja, a lei mais benigna é retroativa e a mais gravosa não. Alguns autores chamam de normas mistas com prevalentes caracteres penais, eis que disciplinam um ato realizado no processo, mas que diz respeito ao poder punitivo e à extinção da punibilidade. Exemplo: as normas que regulam a representação, ação penal, queixa-crime, perdão, renúncia, preempção etc.

O art. 492, inciso I, alínea ‘e’, do CPP, por versar sobre o *status libertatis*, carrega inegável conteúdo material, ainda que disposto topograficamente no Código de Processo Penal, não podendo retroagir, por ser mais gravoso, aos fatos delitivos perpetrados anteriormente. Assim, sua aplicação deve respeitar o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, somente podendo incidir aos crimes praticados a partir de 23 de janeiro de 2020, data da vigência da lei nº 13.964/2019.

Nesse sentido, recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, concedeu ordem de Habeas Corpus a pacientes condenados a mais

25 LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 113/114.

de 15 anos de prisão pelo Tribunal do Júri que responderam ao processo em liberdade por fato ocorrido no ano de 2014, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO IGUAL OU SUPERIOR A 15 ANOS. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS SEVERA. LIBERDADE CONCEDIDA.

Pacientes com execução provisória da pena determinada após condenações em sessão plenária, realizada em 29 de janeiro de 2020. Inexistência de fundamentação: art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. A decisão que determinou a execução provisória da pena carece de fundamentação idônea. Mesmo ocorrendo hipótese de condenação igual ou superior a 15 anos de reclusão pelo Tribunal do Júri, não é possível dispensar a fundamentação da necessidade de segregação cautelar/provisória, pois trata de restrição da liberdade que, como derivada de decisão judicial, está submetida à fundamentação. Impossibilidade de prisão “ex lege”. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Irretroatividade da lei penal mais severa: fatos ocorridos em 05 de abril de 2014. Alteração legislativa trazida pelo “Pacote Anticrime” que contém norma mista/híbrida, apresentando, portanto, efeitos penais materiais, atinentes ao cumprimento de pena, que entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020. Interpretação do art. 2º do Código de Processo Penal, no sentido de impossibilidade da retroatividade da lei penal material mais severa, por aplicação do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Aplicabilidade aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência somente na hipótese de ser mais benéfica ao acusado. (g.n.)²⁶

Outrossim, apesar de não ter adentrado no mérito da questão constitucional, a decisão fixou importantes parâmetros no tocante à aplicação da nova norma, notadamente, a necessidade de fundamentação da imposição da restrição da liberdade, a impossibilidade de prisão ex lege e a irretroatividade do art. 492, inciso I, alínea ‘e’, do CPP por conter caráter híbrido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aos limites do que se propôs neste artigo, foi realizada uma clivagem constitucional sobre a execução provisória da pena após a decisão condenatória de primeiro grau no Tribunal do Júri cuja pena seja igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão. Muito embora tenha o legislador pretendido “aperfeiçoar” a legislação processual penal, criou uma aberração jurídica que entra em rota de colisão com o estado de inocência, a plenitude de defesa e com a própria normatividade do Código de Processo Penal declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70083827055. Porto Alegre, 2020.

Na segunda seção, demonstramos a problemática que envolve a incompatibilidade entre o novo dispositivo e o estado de inocência, uma vez que inexistente espaço exegético para a diminuição da garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que assegura que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Também nessa seção a pesquisa demonstrou como a nova previsão legal impede o exercício pleno do direito de defesa em razão do constrangimento do direito à defesa pessoal na sessão plenária do Tribunal do Júri.

Na terceira seção, a pesquisa se debruçou sobre o duplo grau de jurisdição, o dever de motivação das decisões judiciais e a irretroatividade da lei penal enquanto garantias que são violadas a partir da execução provisória da pena tal como proposta. Pretender a execução imediata de um julgado de primeiro grau sem o prévio direito de recurso do acusado é incompatível com a Constituição Federal. Da mesma forma, ofende o dever de motivação das decisões judiciais e o devido processo legal a previsão de prisão automática por força de lei. Por fim, considerando a natureza jurídica da mudança legislativa, não é possível a sua aplicação para crimes praticados anteriormente à sua vigência, em 23 de janeiro de 2020.

A pesquisa ainda precisa adentrar em outras análises empíricas e jurídicas, como por exemplo o efeito da nova previsão normativa na ausência dos réus nas sessões plenárias do Tribunal de Júri e os prejuízos que isso provoca ao exercício do direito de defesa. Outra análise diz respeito ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o legislador pretendeu subtrair do Poder Judiciário a análise acerca do juízo de adequação e necessidade da prisão anteriormente ao trânsito em julgado.

Malgrado existam ainda essas e outras linhas para avançar sobre o tema, ao objetivo da análise dogmática e teórica que se propôs este trabalho, verifica-se que a execução provisória da pena no primeiro grau do Tribunal do Júri não resiste a uma clivagem constitucional diante dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos como cláusulas pétreas pela Constituição Federal.

5 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]. 5ª Ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43, 44 e 54**. Brasília, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.112**. Brasília, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 163814**. Brasília, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94.404**. Brasília, 2008.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 42ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

DE CARVALHO, Marco Aurélio de Carvalho. Et. al. **Atenção: O espectro da prisão antecipada ronda o Tribunal do Júri**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-15/opiniao-espectro-prisao-antecipada-ronda-tribunal-juri>. Acesso em 10.03.2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p. 770.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 103.

LOPES JUNIOR, Aury. DA ROSA, Alexandre Moraes. **Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional> Acesso em 07.03.2020.

MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. In: **Doutrinas Essenciais** – Processo Penal. Guilherme de Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura (orgs.). Ano 1, Vol. I, Jun.2012, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MICHAELIS. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=ylzw>. Acesso em: 10 abr. 2020.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal** [livro eletrônico]. 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

QUEIROZ, PAULO. **A Nova prisão preventiva** – Lei 13.964.2019. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/> Acesso em 09.03.2020

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70083827055**. Porto Alegre, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito ao recurso no processo penal** [livro eletrônico]: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, RB-1.1.

STRECK, Lênio Luiz. **Júri**: pode um simples "não" levar à imediata prisão do réu? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediate-prisao-reu>. Acesso em 08.03.2020.

O PACOTE ANTICRIME E O CONTEXTO BRASILEIRO AMPLIAÇÃO DO BANCO DE DADOS GENÉTICOS E OUTRAS INTERVENÇÕES TECNOLÓGICAS

*THE “ANTICRIME LAW” AND BRAZILIAN CONTEXT: THE GENETIC DATABASE
EXTENSION AND OTHER TECHNOLOGICAL INTERVENTIONS*

Gisele Mariane Alves Costa¹
Raissa Lustosa Coelho Ramos²

RESUMO

A Lei nº 13.964/2019, ou pacote anticrime, decorrente em grande parte de proposta do então ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro alterações estruturais em várias áreas. Há destaque especial para o apelo tecnológico no processo penal e na política criminal trazido na referida lei, bem como a inspiração nos sistemas de justiça dos Estados Unidos. Sendo assim, para tentar cumprir a finalidade de exercer uma crítica ao novo instituto, o presente artigo aborda questões sobre essa atualização normativa, especialmente no que diz respeito à ampliação do banco de dados genéticos, ao interrogatório por videoconferência e ao *plea bargain*.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote anticrime. Banco de dados genéticos. Política criminal atuarial.

ABSTRACT

Law 13.964/2019, or “anti-crime package”, mostly authored by the former Minister of Justice and Public Security, Sérgio Moro, brought structural changes in several areas to the Brazilian legal system. There is a special emphasis on the technological appeal in the criminal process and criminal policy brought in the referred law, as well as the inspiration in the justice systems of the United States. Therefore, in order to try to fulfill the purpose of criticizing the new institute, this article addresses questions about this normative update, especially with regard to the expansion of the genetic database, interrogation by videoconference and *plea bargain*.

KEYWORDS: Anti-crime package. Genetic database. Actuarial criminal policy.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A ampliação do banco de dados genéticos. 3 o contexto da Lei nº 13.964: é do Brasil mesmo que estamos falando? 4 Outras questões sobre o pacote. 4.1 Interrogatório por videoconferência 4.2 *Plea Bargain*: o que restou? 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019, ou pacote anticrime, decorrente em grande parte de proposta do então ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, foi

¹ Graduanda em Direito e integrante do grupo de extensão Além das Grades da UFPE.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), advogada e integrante do grupo de extensão Além das Grades da UFPE.

sancionada em 24 dezembro de 2019, trazendo ao ordenamento jurídico brasileiro alterações estruturais nos Códigos Penal e de Processo Penal. As mudanças alteram diversos textos normativos, criando novas regras em relação ao princípio do juiz garantista, ao Tribunal do Júri, ao interrogatório, ao sistema de recursos, à execução da pena, sendo algumas dessas regras alienígenas ao tradicional sistema de justiça brasileiro.

Pode-se pontuar que muitas críticas são direcionadas a uma tendência tecnológica de “atualização” de sistemas que acaba não se mostrando estruturalmente comprometida com algumas das maiores questões enfrentadas na área da política criminal. No caso do Brasil, o superencarceramento, a atuação de facções criminosas no cárcere e a superlotação.

Para Franz Neumann (2003), todo o exercício de poder precisa se fundamentar no estado de direito para ser legítimo; em outras palavras, a vontade do poder deve buscar satisfazer as vontades da sociedade. Por isso, a implementação de leis não pode perder de vistas aos anseios reais da sociedade.

Nesse sentido, para garantir mais democracia, é importante que o Executivo, Judiciário e o Legislativo enriqueçam os debates por meio de diálogos com a sociedade civil e científica, para que as iniciativas sejam embasadas teórica e contextualmente na realidade brasileira.

Contudo, de forma geral, o pacote anticrime não cumpre essa finalidade. Sem completamente os méritos de alguns dispositivos que foram benéficos na Lei nº 13.964, e também fazendo desta uma crítica construtiva a demais iniciativas legislativas futuras, é essencial que os processos de soluções ao crime levem em conta os problemas estruturais apresentados.

Assim, num mundo de mudanças e críticas, este estudo bibliográfico ocupa-se de examinar a ampliação do banco de dados genéticos, o interrogatório por videoconferência e o *plea bargain*, inovações trazidas pelo pacote anticrime, ponderando seus benefícios e malefícios. Por meio da análise teórica da hegemonia política cultural, foi possível verificar analiticamente que tais dispositivos se espelham na justiça criminal dos Estados Unidos.

A partir dessa constatação é que os temas discutidos de forma breve no presente artigo abordam instrumentos de agilidade processual e gerenciamento de riscos utilizados tanto no plano da prevenção como na repressão da criminalidade

nos Estados Unidos, que buscam investir em tecnologia para tornar a administração da justiça mais rápida e menos custosa (BAGARIC et. al., 2019).

Realizar reflexões críticas sobre esse processo de “importar” métodos estrangeiros de processo penal e política criminal é fundamental para que a promessa de eficiência não se sobreponha às necessidades e os problemas específicos nacionais, especialmente porque a realidade do Brasil é muito diferente da dos Estados Unidos.

A justificativa do presente trabalho é cumprir o papel da teoria crítica dentro do direito, que é o de investigar e cobrar diretamente as instituições do Estado diante de suas aparentes contradições ou denunciar as falsas legalidades utilizadas para manter lógica aparentemente democrática em projetos que contrariam os preceitos democráticos.

No mais, é importante pontuar que a aprovação da lei envolveu muitos debates no Congresso Nacional, que rejeitou onze pontos do documento originalmente proposto. Dentre eles, os principais dizem respeito à exclusão de ilicitude para a polícia, à prisão após condenação em segunda instância e ao interrogatório por videoconferência. Ao seguir para a aprovação presidencial, a lei sofreu ainda 25 vetos. Entretanto, havendo a possibilidade de que os dispositivos que ficaram de fora sejam novamente discutidos e entrem em novos projetos, cabe à comunidade de estudiosos do direito e, especialmente, do direito criminal, discutir e pensar sobre esses temas, ao mesmo passo em que se adapta às regras novas.

Diante disso, hoje, o desafio do Brasil com a política criminal é conseguir torná-la mais eficiente, justa e inteligente, mas também comprometida em solucionar de forma humanizada as causas da criminalidade. Afinal, o fenômeno criminal tem caráter complexo e multifatorial (DIAS *et al.*, 2019) e é fundamental que essas novas normas sejam aplicadas para beneficiar a sociedade, buscando não apenas modernizar o sistema penal, mas também enfrentar as causas estruturantes da criminalidade no Brasil.

2 A AMPLIAÇÃO DO BANCO DE DADOS GENÉTICOS

Para ajudar no combate à violência, a sociedade demanda do Estado políticas públicas que possam efetivamente contribuir para a persecução penal e solucionar crimes. Nesse cenário, fica demonstrado que Bancos de Perfis Genéticos são

amplamente utilizados em vários países do mundo, numa tentativa de suprir a urgência da sociedade por novas formas de investigação capazes de auxiliar o sistema de Justiça.

Como esclarece o “V Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos” (2017), cadastrar vestígios permitem a detecção de crimes seriais e possibilitar que os responsáveis sejam identificados criminalmente, e o material genético coletado pela perícia em locais de crime ou no corpo ou vestes de vítimas já auxiliaram diversas investigações criminais complexas. Sendo assim, no pacote anticrime, com inspiração no modo de investigação da polícia norte-americana, Moro tentou fazer uma atualização ou modernização ao modelo já existente no Brasil de proceder com dados de DNA, buscando utilidade tecnológica e investigativa.

A utilização de banco de dados genéticos pode efetivamente contribuir para a solução de alguns crimes, por meio da utilização de amostras e vestígios com intermédio de um sistema de armazenamento de informações e vestígios biológicos, como sangue, saliva, unhas etc. O programa específico recomendado na lei (o CODIS – Combined DNA Index System) traz algumas funcionalidades que auxiliam a investigação criminal, como facilitar a integração dos dados por meio do cruzamento de informações com os bancos de perfis monitorados por cada estado.

Entretanto, a ampliação do banco de dados genéticos, prevista inicialmente no Pacote Anticrime, não chegou a ser promulgada em sua totalidade na versão final da lei. Isso, contudo, não torna menos necessário debater a medida e investigar seus aspectos positivos e negativos, sendo possível que ela venha a ser aprovada em algum outro momento, como indicado pelo autor do projeto:

Numa entrevista coletiva de imprensa após a aprovação do pacote anticrime na Câmara, Moro afirmou que não vai desistir da proposta e deve retomar o diálogo sobre o tema para tentar ampliar o rol de condenados que devem fornecer material genético para o banco de DNA (KADANUS, 2020, p. 1).

O projeto anticrime inicialmente visava modificar o Art. 9º-A da Lei de Execução penal (LEP – Lei nº 7.210/84) para acrescentar sete itens para aumentar as hipóteses e eficiência do método de identificação do perfil genético, mediante extração de DNA. Dentre esses, apenas quatro entraram em vigor, pois, mesmo tendo sido aprovados pelo Congresso, em dezembro de 2019 houve veto presidencial no Art. 9-A, caput, e parágrafos 5º, 6º e 7º do Pacote Anticrime.

Atualmente, encontram-se vigentes apenas as normas: do § 1º-A do art. 9º-A da LEP, que garante a proteção dos dados genéticos; o § 3º, que viabiliza ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados do banco de perfis genéticos, possibilitando o contraditório pela defesa; o § 4º, que admite a extração retroativa e obrigatória de DNA; e o § 8º, que enquadra como falta grave na execução penal eventual recusa do condenado à identificação genética obrigatória.

A extração retroativa de DNA (art. 9º-A, § 4º) é bastante criticada por admitir que aqueles já condenados e em cumprimento de pena sejam atingidos também pela novidade legislativa, sendo obrigados a retroativamente oferecer seu material genético para alimentar o banco de DNA. Aqui, se questiona a validade do dispositivo na medida em que uma lei nova estaria afetando negativamente pessoas já condenadas. De forma objetiva, a Lei afronta o princípio da Segurança Jurídica, que garante que uma Lei não poderia retroagir para prejudicar o réu/apenado (CAPEZ, 2014).

Já a imposição de falta grave na execução penal a recusa do condenado a submeter-se à identificação genética (art. 9º-A, § 4º) é problemática porque representa uma punição à pessoa que não deseja oferecer prova contra si mesmo. Afinal, a partir do momento que esse material entrar no Banco, seria possível ligar o condenado à autoria de outros crimes.

Observe-se, aqui, que há uma grande diferença entre recolher material genético na cena de um crime durante uma investigação e colher material genético compulsoriamente, obrigando o condenado a oferecer prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). Segundo esse princípio, a extração compulsória afronta a garantia de não autoincriminação, ou o direito de não produzir prova contra si próprio, direito fundamental contido no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, no art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, e no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica).

Mas não é nova essa discussão. Desde a legislação de 2012, muito se questiona sobre a extração compulsória de material genético do condenado. O Banco De Dados Genéticos (BNPG) não é uma novidade absoluta ao ordenamento jurídico brasileiro, pois já existe no Brasil um Banco Nacional de Perfil Genético, instaurado a partir do art. 9º-A da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984). O referido cadastro foi posto em prática em 2012, por meio da Lei nº 12.654/2012, que

inseriu na Lei de Execução Penal o art. 9º-A para determinar que os condenados por crime doloso com violência de natureza grave contra a pessoa ou por crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) sejam submetidos à identificação por extração de DNA.

As hipóteses de incidência admitidas no Brasil dessa ferramenta de extração de material genético, antes do Pacote Anticrime, eram: primeiro, durante uma investigação criminal preliminar ou processual como elemento probatório do caso, com foco nos sujeitos que estão sendo investigados num caso concreto (com amparo nos art. 3º, inciso IV, c.c. art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/2009, conhecida como Lei de Identificação Criminal); segundo, quando o sujeito condenado definitivamente se enquadra no art. 9º-A da Lei de Execução Penal. Além dessas legislações, ainda existem outras possibilidades de cadastro a partir de uma decisão judicial.

O que se propôs no Pacote Anticrime, portanto, foi justamente uma espécie de ampliação do Banco Nacional de Perfis Genéticos em prol do aprimoramento investigativo. Em vários pontos, é possível notar que, antes de tudo, a Lei é uma medida pensada nos moldes do eficientismo. A justificativa do ex-ministro era a necessidade de ampliar o Banco para atingir o patamar de um registro geral de “pessoas perigosas”, que fosse apto a fornecer dados para investigações futuras. Para, isso seria preciso aumentar o número de condenados obrigados a fornecer o DNA para compor o registro.

O problema é que mesmo o modelo que era vigente já era bastante questionado e alvo de críticas sobre seu funcionamento. A proposta de Moro suscitou ainda mais críticas, justamente por ser bem mais radical que o modelo anterior.

Inclusive, para ilustrar, cabe considerar o ponto no Pacote Anticrime – que acabou sendo vetado – da ampliação das hipóteses de coleta obrigatória de dados. A proposta de Moro tentou alargar as hipóteses de extração de DNA para atingir pessoas ainda presumidamente inocentes, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação criminal. O que, segundo o texto da Constituição, viola o disposto no art. 5º, LVII. É, de fato, um dos pontos mais polêmicos da proposta, pois dispunha que condenados por crimes dolosos deveriam se submeter à extração de DNA para compor o banco de dados mesmo antes do final definitivo do processo.

Cabe, ainda, ponderar sobre os riscos de erros e de falsas condenações com base num sistema de DNA não aperfeiçoado tecnologicamente. A realidade é que o Brasil não possui investimento tecnológico semelhante ao dos Estados Unidos quanto ao reconhecimento biológico. A perspectiva da criação de um Banco Nacional de DNA no Brasil, que seria a maior instalação do CODIS fora dos Estados Unidos, acarretou debates e preocupações acerca da utilização dos seus dados, ou seja, de como proteger esses dados e estruturar legalmente os seus parâmetros de uso.

Atualmente, mesmo considerando que o foco para a ampliação do banco de dados genéticos seja solucionar casos de crimes não resolvidos, com tal estrutura instalada, a proposta acarretaria a ampliação do número de pessoas que precisarão se submeter ao procedimento, o que intervém também na estrutura econômica pelo elevado custo, sem falar na incerteza de segurança quanto à divulgação das informações obtidas e quanto à intenção ao se armazenar esse conteúdo.

Esse tipo de política criminal claramente se classifica como atuarial, ou seja, está preocupada em gerir riscos preventivamente. Caracteriza-se por política criminal atuarial é aquela que busca a todo custo garantir a efetividade do processo e controlar o risco preventivamente. Tal modelo objetiva aplicar sanções cada vez mais severas e fazer com que as forças policiais atuem com mais rigor, introduzindo modernizações tecnológicas ao direito penal com o intuito de simplificar e desumanizar o processo em si (BÖHM; DIETER, 2015).

Dessa forma, havendo pontos positivos e negativos na efetivação da ampliação do banco de dados genéticos, é necessário sempre analisar criticamente. Há tantos debates fundados em direitos humanos e na própria Constituição Federal que permeiam o tema, que não se pode deixar de apresentar ao projeto e ao texto aprovado. Talvez, a maior consideração a se fazer sobre a medida é que, apesar de trazer agilidade investigativa, não resolve nenhum dos problemas conjunturais da política criminal brasileira que serão apresentadas adiante no texto.

3 O CONTEXTO DA LEI Nº 13.964: É DO BRASIL MESMO QUE ESTAMOS FALANDO?

Algumas críticas sobre a recém-promulgada lei dizem respeito a um possível desalinhamento entre ela e os maiores problemas enfrentados na área da política

criminal no Brasil, como o hiperencarceramento, a superlotação carcerária e a atuação de facções criminosas nos presídios. Isso porque a lei não inclui medidas (além da proposta de criação de mais unidades prisionais) que enfrentem tais problemas; ao contrário, talvez asseverem alguns.

Sem uma análise muito aprofundada, há dois motivos mais aparentes que explicam a afirmação acima: primeiro, a sua elaboração antidemocrática, e segundo, a sua falta de arcabouço próprio.

O efeito da primeira constatação é que há uma nítida desconexão com a realidade brasileira no pacote anticrime, possivelmente pelo fato de que não houve debate democrático sobre sua criação, que não contou com participação de acadêmicos, pesquisadores ou especialistas em segurança pública e política criminal durante a formulação do projeto de lei. Dados estatísticos, diagnósticos e prognósticos produzidos por universidades e órgãos públicos com a finalidade de produzir respostas aos problemas referidos e ao controle do crime teriam sido ignorados. Não há, de fato, muitas informações indicando que essas pesquisas, inclusive subsidiadas com recursos públicos, tenham sido consideradas (DIAS et al., 2019).

Nesse sentido, a função da pesquisa crítica em direito é o de analisar momentos como esses e defender diretamente a manutenção do estado de direito, cobrando o Estado pelos atos que contrariam essa lógica. A investigação do sofrimento social é o que baliza a pesquisa para identificar indivíduos e grupos, cujos desejos e necessidades não estejam sendo levados em conta pelas instituições formais do país (RODRIGUEZ, 2016).

Essa atenção é direcionada ao pacote anticrime porque ele não toca nos reais problemas que afligem sistema prisional do Brasil. Uma das principais críticas ao Pacote Anticrime é ele não propor solucionar alguns problemas conjunturais da política criminal brasileira, como a situação de inconstitucionalidade no sistema carcerário e a atuação do crime organizado dentro dele, bem como o movimento de hiperencarceramento e condições de trabalho dos agentes de segurança pública. A lei não traz, por exemplo, qualquer dispositivo ampliando alternativas penais distintas do encarceramento, ou métodos que tragam mais dignidade para os agentes penitenciários ou à polícia, expostos a condições adversas de trabalho sem auxílio psicológico ou segurança.

O pacote ainda dificulta a progressão de regime, o que, somado às mudanças de aumento de pena,³ agrava a questão da superlotação carcerária e ainda assevera o problema da atuação das facções, que se retroalimenta desse contexto de hiperencarceramento. Ou seja, não apresenta perspectiva de melhora à questão da criminalidade atuante no sistema penitenciário.

A aposta, mais uma vez, consiste na promessa de que as mudanças legislativas irão acabar com a impunidade e operar transformações virtuosas, reduzindo a criminalidade. Tal percepção, que no máximo pode operar positivamente na sensação de insegurança da população, desconsidera o caráter complexo e multifatorial do fenômeno criminal e não introduz nenhuma ação que possa tratar de forma efetiva as causas e determinações dos atos criminosos e na organização das facções criminosas (DIAS *et al.*, 2019, p. 383).

Como afirma Luciana Boiteux (2008), principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio do apoio da mídia de massas e da eleição de políticos populistas, o discurso de que o aumento da repressão penal era a resposta para reduzir a criminalidade afastou discussões necessárias sobre as questões sociais e sobre a reintegração, ou seja, sobre os problemas reais da política criminal.

Sobre essa questão, Garland (2008) afirma existir uma obsessão secundária no modo como a política criminal funciona, direcionando a atenção da sociedade para uma menor tolerância com o infrator, conduzindo as penas com mais rigidez, tirando o foco do real problema, que é de onde vem a criminalidade, afastando do debate estruturantes sociais e econômicas.

Já em relação aos efeitos da segunda constatação – a da falta de arcabouço próprio para a formação da lei, esses são percebidos na inadequação da norma à realidade. Há inquestionavelmente uma forte inspiração de Moro na política criminal dos Estados Unidos. Isso fica visível quando o pacote aposta na valorização do modelo de isolamento celular individual, totalmente inspirado no modelo estadunidense das *supermax*, na proposta de justiça negociada (*plea bargain*), na aparente modernização tecnológica dos interrogatórios por videoconferência e na ampliação do cadastro de informações genéticas. O projeto lei “mal escondeu seu fetiche pelos modelos de segurança máxima” (DIAS *et al.*, 2019, p. 388).

³ Isso sem falar da supressão de direitos e garantias na fase processual, o regime jurídico próprio para a figura do informante inspirado aparentemente em filmes de *gangsters*, a redução da aplicação do instituto da prescrição etc.

Cabe pontuar que não é um fato polêmico apresentado neste artigo a inspiração do pacote anticrime no processo penal estadunidense, visto que o próprio ex-ministro Moro já afirmou em diversas ocasiões, e inclusive na exposição de motivos do texto que submeteu para aprovação, que há referência a essas práticas e inspiração direta no país. Aliás, no projeto, o autor chega a mencionar diretamente três vezes os Estados Unidos, sem falar nos termos sinônimos, como “norte-americano”.⁴

O grande problema nisso é que a incorporação desses institutos externos, acompanhados também dessa ideologia externa, são prejudiciais ao desenvolvimento de políticas públicas fiéis à realidade estrutural de cada local. E muitos criminólogos respeitados apontam que o modelo norte-americano de política criminal tem como ponto de partida a falência do ideal da ressocialização, propugnando políticas criminais de “tolerância zero” e “lei e ordem”⁵, o que representa agravar problemas brasileiros já existentes.

Sabe-se que a hegemonia dos Estados Unidos possibilitou ao país exportar não apenas seus padrões de consumo e mercado, mas também o controle da mídia, da informação, e o poder de exportar políticas também. E aliás, Zaffaroni (1985) já analisa a discursividade das normas como um fato de poder que emana do centro para a periferia. Esse monopólio financeiro, cultural e da informação estadunidense impede a comunicação com as margens e provoca um isolamento do país com sua própria cultura e realidade, o que reverbera na política criminal diretamente.

Explica muito bem isso Rosa del Olmo (2004), quando fala que a América Latina possui uma condição de dependência no capitalismo dos países de primeiro mundo, com a importação de valores de outros países (p. 166-171), de forma que essa cópia de mecanismos estrangeiros provoca distorções quando aplicada à realidade no Brasil. O fenômeno que ela descreve como “colonialismo cultural” é prejudicial à formação de um pensamento criminológico próprio e impede que as políticas de controle do crime sejam pensadas para a realidade latino-americana. Afinal de contas, o protagonismo no processo de acumulação de capital não é latino.

⁴ Essa exposição de motivos ideológicos da Lei pode ser encontrada no texto do projeto encaminhado por Moro, o PL. 882/2019, disponível em inteiro teor no site oficial da câmara dos deputados <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FD97D5FF3245A2EF7892FAC0E9204D9C.proposicoesWebExterno1?codteor=1712088&filename=PL+882/2019;>

⁵ Lei e ordem ou *Law & Order* é um estilo de punir originado nos Estados Unidos que não busca resolver o problema da criminalidade, mas sobretudo encarcerar e administrar uma população de risco dentro do cárcere. É amplamente criticada pela própria doutrina estadunidense.

Sendo assim, esses países ficam sempre à mercê dos outros países capitalistas “do centro”.

Na realidade, as críticas nesse ponto não se limitam ao Pacote Anticrime. De modo geral, o Brasil carece de projetos de leis e medidas estatais que de fato se preocupem com a realidade sociopolítica do país, com as raízes dos problemas enfrentados pelos brasileiros e, por consequência, com todos os arquétipos culturais e políticos próprios de sua história.

Em relação ao panorama de encarceramento, destaca-se que o Brasil, ao longo dos anos, tem optado cada vez mais pela pena privativa de liberdade até como medida cautelar, entretanto esse crescimento não é acompanhado pela garantia das condições carcerárias, que continuam sendo ambientes precários e superlotados, com péssimas condições sanitárias e más instalações de esgotos, que, com a falta de acompanhamento médico, propicia a disseminação de doenças infectocontagiosas (AZEVEDO, 2017). Não obstante, existe a atuação de mais facções criminosas a cada dia dentro do cárcere, práticas de abuso sexual, tráfico de drogas e outros crimes.

Como dito, a Lei nº13.964/2019 não é enérgica em tratar os problemas estruturais do encarceramento; ponto que deveria ser mais priorizado antes de propor inserção de tecnologias estrangeiras de investigação, visto que o próprio Estado brasileiro admitiu sua falha no sistema carcerário, quando o Supremo Tribunal Federal declarou um Estado de Coisa Inconstitucional na ADPF 347, em decisão de 27/8/2015, certificando a existência sistemática de violações a direitos fundamentais generalizadas, bem como reiterada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir tais direitos às pessoas encarceradas. Assim, o quadro de omissão do Estado na resolução dessas problemáticas se mantém.

Também não há menção alguma a dispositivos que sejam aptos à redução da reincidência criminal, ou que melhorem, de alguma forma, a condição de vida das pessoas encarceradas. Ou seja, ao menos à primeira vista, é uma lei que trata da política criminal, mas que se esquece dos problemas próprios da política criminal brasileira – os problemas reais, longe da burocracia procedimental ou investigativa.

Em conclusão, o que se percebe, é que as reformas propostas pela Lei nº13.964/2019 não se compromete a responder problemas já constatados na doutrina e até pelo próprio STF em relação à forma de lidar com o crime. É

necessário tomar cuidado nesse ponto, pois quando iniciativas são propostas sem contexto fático da realidade que se pretende reformar, poderão conduzir eventualmente a outras reformas equivocadas. Nesse sentido, Roger Matthews chama de “*piecemeal reforms*” (MATTHEWS, 2009, p. 357), essas reformas fragmentadas do contexto.

4 OUTRAS QUESTÕES SOBRE O PACOTE

4.1 Interrogatório por videoconferência

Outro ponto que precisa ser questionado sobre o projeto, à luz da ideologia punitivista e eficientista, é o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência como prática regular, e não excepcional, no processo penal. A ainda PL.882/2019 visava oficialmente tornar regra a realização de todos os atos processuais pelo sistema de videoconferência ou outro semelhante.

Na exposição do projeto anticrime, trata-se como “absolutamente irrelevante” o transporte de acusados para participação pessoal em realização de audiência e outros atos processuais (como inquirição de testemunhas, ofendidos, informantes, peritos e interrogatório do acusado).

Por mais que todas as medidas referentes a esse instituto não tenham sido aprovadas integralmente na versão final da Lei nº 13.964/2019, foi aprovado o art. 52, VII, que dispõe sobre a “participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência” para o preso provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, que tenha incorrido em fato previsto como crime doloso, ou quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas do ambiente prisional.

A primeira consideração a ser feita é que a possibilidade de se realizar o interrogatório a distância já era garantida pelo art. 185, § 2º, do Código de Processo Penal mesmo antes do pacote anticrime. A medida era, entretanto, de caráter excepcional expresso nos incisos I a IV, que tratam das especificidades que tornariam possível e aceitável utilizar-se dessa medida para efetuar o interrogatório. Exceções estas que incluem grave enfermidade que impeça a presença do custodiado, a prevenção do risco à segurança pública, o risco justificável de fuga etc.

É deduzido, a partir da leitura da proposta original e do texto final aprovado pelo Congresso, que existe uma preocupação com a agilização e modernização de mecanismos de oitiva do réu ou condenado. Em que pese ser importante atualizar esses processos, é importante lembrar também que o direito de se encontrar pessoalmente com o juiz, ou seja, o exercício do direito da presença à autoridade julgadora responsável, é – aqui sendo redundante – um direito, e não um favor prestado ao custodiado.

A autodefesa compreende, de acordo com Gaetano Foschini (1965), a possibilidade de o acusado comparecer pessoalmente em juízo, tomar conhecimento do caso penal, manifestar sua própria opinião e teses de defesa, com indicação dos elementos de fato e de direito (só assim seria possível a construção de um processo penal mais afastado de uma postura antidemocrática inquisitorial). Assim, o caráter de pessoalidade não pode ser simplesmente excluído da relação jurídica entre acusado e Estado.

Isso porque há muito mais a ser dito sobre a impossibilidade de o réu estar em frente ao seu julgador. Além das letras frias das páginas do processo em si, há mais elementos em jogo, inclusive os sensoriais. Se o corpo e suas expressões constituem linguagem e emanam significado, assim como o próprio contato “olho no olho”, é óbvio que tais detalhes influenciam na decisão de um caso ou na atitude do representante do Ministério Público envolvido no processo também (RIOS et al., 2019). Esse contato do julgador com os demais sujeitos envolvidos é essencial na interpretação dos fatos analisados.

Em Nota Técnica, a Defensoria Pública da União emitiu publicamente algumas considerações sobre o instituto, ressaltando que:

Apenas quem atua na rotina de audiências criminais consegue perceber a diferença abissal existente entre a realização do ato na presença do acusado e testemunhas e a realização do ato por videoconferência, por exemplo. E essa problemática se agrava quando se trata de acusado hipossuficiente, com defesa técnica patrocinada por dativos ou pelas Defensorias Públicas, e também sempre em relação às testemunhas. Os que trabalham no dia a dia do foro se habituaram ao procedimento inovador. No entanto, para aqueles que dele participam eventualmente ele é bastante intimidador e estranho. As testemunhas e ofendidos ficam visivelmente incomodados de estarem à distância, normalmente sozinhos isolados em uma sala do fórum, sem qualquer apoio, respondendo a perguntas feitas por pessoas que não sabem quem são e estão a quilômetros de distância. Os acusados também parecem bastante prejudicados, em especial quando a defesa técnica não está com eles e sim está na sede do foro da audiência. (BRASIL, 2019, p. 9)

Esse modelo de escuta remota de indivíduos já é bastante aceito nos Estados Unidos, por meio do chamado “*video conferencing in courts*”. A prática também é utilizada no Reino Unido, não só para interrogatório, mas também para realização de julgamentos e sentenças. A justificativa é que se busca modernizar o sistema de justiça, reduzir custos e aumentar o grau de eficiência.

Parece que a armadilha eficientista atuarial apela para o uso da tecnologia para aplicar uma forma gestão controle do crime que envolve legitimar ainda mais o poder punitivo e autoritário. E o Estado, quando pautado pelo atuarialismo, aplica a matemática para resolver questões propriamente humanas, utilizando-se da análise empresarial de riscos para lidar com o crime, deixando a lógica do da economia penetrar na dimensão estatal.

Mais uma vez, os indícios apontam para o Pacote Anticrime como um estilo de política criminal atuarial, em que o objetivo é otimizar custos com o cárcere sem se preocupar com a real prevenção à criminalidade.

4.2 *Plea Bargain*: o que restou?

Uma das mudanças no sistema penal e processual penal propostas pelo pacote anticrime diz respeito à implementação do *plea bargain*. Mais uma vez, inspirado no judiciário estadunidense, o ex-Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sergio Moro, propôs que o mesmo sistema fosse implantado no Brasil, alegando ser uma das principais medidas para o combate à violência, a criminalidade e a corrupção, que são os objetivos centrais do seu projeto.

Mesmo considerando que o propósito exposto é de fato verídico, é perceptível que tais mudanças, além de não se encaixarem com o contexto sócio-político da realidade brasileira, são vazias de fundamentos que apresentem melhorias, muito pelo contrário, agravam as problemáticas já existentes – como o encarceramento massivo.

Apesar da capacidade, a execução desse instituto é questionada constantemente, devido ao afastamento populacional do Judiciário, a ausência de condições financeiras de réus pobres para acompanhamento adequado e ter um acordo justo e a possibilidade de ameaça feita pela acusação coagindo a defesa para aceitar um acordo ruim, mesmo que pontos positivos sejam considerados (RIOS, 2019).

A divergência da síntese jurídica entre os Estados Unidos e o Brasil precisam ser pontuados desde a sua íntegra inicial. De acordo com a cultura romano-germânica, que é a base do judiciário brasileiro, a estrutura é hierárquica e necessitada do aparato estatal para controle e funcionalidade. Já a cultura anglo-saxã, alicerce jurídico estadunidense, o Direito não é restrito a leitura especialidade do Estado, ou seja, diversas situações concretas diárias, unindo o público ao privado, são capazes de reconhecer a legitimidade de um acordo diretamente negociado pelas partes. Todavia, entre os pontos mais divergentes, o principal é ressaltar que no último modelo os órgãos de persecução, do instituto *plea bargaining*, não gozam do status de representantes do Estado.

A possibilidade de acordo pode ser realizada em dois momentos, antes do oferecimento da inicial acusatória, sendo público ou privado, ou após o recebimento da inicial acusatória e até o início da instrução criminal. A alteração feita pelo projeto anticrime no acordo de não persecução penal, previsto pelo artigo 28-A, retrata sobre a possibilidade de formular um acordo para infrações penais destituídas dos elementares violência ou grave ameaça e desde que a pena máxima abstratamente prevista não seja superior a quatro anos.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, essa medida é inconstitucional porque contradiz princípios que são garantidos pela Lei Maior, expostos no art. 5º, incs. LIII (ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente); LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal); LV (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes); e LVII (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória). Trata-se de um acordo realizado ainda na fase de investigação, composta apenas por elementos de informação e não por provas, para evitar a formulação de um processo, o que respalda em um paradoxo, pois haverá cumprimento de pena sem existência de um processo legal.

Requisitos mínimos, como a confissão circunstanciada da prática da infração penal, o requerimento da pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e considerando as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas em concreto ao juiz e a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas e de renunciar ao direito de recurso, foram

estabelecidos com a mudança proposta. A delimitação da barganha como proposta traz a tona a perspectiva utilitarista como finalidade, porque a aplicação rápida e eficiente da legislação penal se sobressai como compensatório, punindo infratores o mais rápido possível e causando a falsa ideia de regulamentação estatal eficiente, entretanto, quando isso acontece, há violação de princípios básicos fundamentais.

Argumentos favoráveis à implantação do *plea bargain* são pautados no objetivo de desafogar o judiciário, esvaziando os fóruns criminais e os tribunais superiores, por conseguir ter uma tramitação rápida e economizar recursos. A lentidão do judiciário brasileiro e a demanda excessiva por inúmeros processos é uma veracidade preocupante, mas tentar implementar medidas como a não estruturação de um processo legal para solucionar problemas como esse, além de ineficaz e contraditório a tudo que é assegurado pelo ordenamento jurídico do país, é visto que consequências mais severas, a curto e longo prazo, serão desencadeadas no âmbito judicial. Assim, é preciso pensar nos problemas que são intrínsecos ao instituto e no ônus que ele é capaz de gerar quando inserido em um contexto diferente do que já é executado.

Um dos principais resultados do *plea bargain* nos Estados Unidos foi o encarceramento em massa, e no Brasil não há fundamentos que proporcionem uma apuração diferente (FERRARINI, 2019). A implementação da justiça penal negociada traz consigo o aumento exorbitante da população carcerária, ponto que precisa ser bastante frisado porque, de um lado, haverá facilidade da privação de liberdade com esse instituto, e do outro a dificuldade na progressão de regime somada a obrigatoriedade do regime fechado no início do cumprimento de pena. As medidas propostas são capazes de gerar um colapso no sistema prisional que já é superlotado e degradante, chegando a causar preocupações que perpassam o sistema jurídico, afetando questões sociais.

Aspectos quantitativos mostram que os Estados Unidos, o país que ocupa a primeira posição com a maior população carcerária do mundo, já ultrapassa os 2 milhões de presos. Já no Brasil, há ocupação de praticamente dois presos para cada vaga no sistema penitenciário, totalizando mais de 700 mil presos. Isso posto, torna-se possível ratificar que a introdução do modelo jurídico norte-americano não condiz com a realidade brasileira, principalmente ao analisar de forma empírica os resultados obtidos que são contrários ao objetivo central do "pacote", ou seja, há aumento da violência e do crime.

Indo além, é preocupante pensar no despreparo do judiciário do Brasil para lidar com a mudança imposta. É ingênuo imaginar que o julgamento prévio do magistrado sobre o acordo proposto será sempre justo para ambos os lados porque não há um protocolo a ser seguido nessa situação, permitindo que ele realize, além do juízo de valor passível de arbitrariedade, sem provas e sem o devido processo legal, a “dosimetria da pena”, o que lhe é reservado apenas quando da prolação de sentença penal condenatória, onde, exaurida a instrução, com base todos os elementos de prova angariados nos autos, são analisados minuciosamente. A capacidade de juízo de valor para julgar o que é conivente ou não em um acordo sem seguir um critério previamente estabelecido, em uma nação com o punitivismo tão inserido no pensamento da maioria das pessoas, dificulta a manutenção da neutralidade que deve ser obrigatoriamente seguida e é legalmente assegurada.

Por mais contraintuitivo que possa parecer, no *plea bargain* é bastante comum a falsa confissão de crimes que não foram cometidos, tornando possível levantar o questionamento acerca dessa prática. As falsas confissões podem ser voluntárias, quando o indivíduo confessa por vontade própria, ou involuntárias, quando não há ligação direta com o cidadão, podendo ser vítima de coação, por exemplo. De modo geral, as técnicas de interrogatório, a capacidade de manipulação e a vulnerabilidade do indivíduo precisam ser ressaltadas quando inseridas no contexto jurídico, porque as condições psicológicas e o tipo da abordagem feita durante o questionário são fatores que capacitam a sensação de opressão dentro do indivíduo e conduzem a falsas confissões.

Convém lembrar, ainda, que no Brasil não é obrigatório filmar todos os interrogatórios policiais obtidos e que não existe um protocolo policial operacional que restrinja o uso de técnicas coercitivas para obtenção dos relatos. Assim, diante de todos esses pontos, verifica-se que a medida trata-se de uma forma atuarial de gerir a persecução penal, ainda muito polêmica por ir de encontro com normas pátrias do direito brasileiro.

5 CONCLUSÕES

As propostas do pacote em análise apontam para a expansão da rede carcerária estadual e do sistema penitenciário federal, com a construção de novos estabelecimentos prisionais e o endurecimento do regime de cumprimento da pena.

Também há adoção de medidas que visam restringir os direitos dos presos e impor/intensificar o isolamento e a incomunicabilidade, utilizando para isso os parâmetros norte-americanos.

Todavia, além da precariedade estrutural tecnológica brasileira quando comparada à estadunidense, tais medidas do Pacote Anticrime, já vigentes ou não, e em especial as abordadas no presente artigo – o banco de dados de DNA, o *plea bargain* e o interrogatório por videoconferência –, não apresentam fundamentos que comprovem erradicação do crime organizado, da violência e da corrupção, o foco principal da proposta de Moro.

Podemos concluir que o aumento do encarceramento e da superlotação do sistema prisional no país – como aconteceu nos Estados Unidos – tenda a seguir os mesmos rumos do “país modelo” com a lei anticrime, que terá como consequência uma maior precarização das condições materiais das prisões, no que se relaciona ao espaço físico, à infraestrutura, à alimentação, à higiene, à educação, ao trabalho e ao lazer, bem como à assistência à saúde, jurídica, social e psicológica. Além disso, o aumento do encarceramento e a consequente superlotação, aliados ao *deficit* de funcionários cada vez maior, produzem uma desproporção entre presos e funcionários que inviabiliza a gestão das unidades pela administração prisional. Nesse sentido, o controle dos presos pelas facções não é apenas algo intermitente e eventual, mas estrutural e constitutivo do funcionamento das prisões (estaduais) brasileiras.

Entende-se, portanto, que a lei anticrime é digna de questionamento, não só porque absorve um modelo de política criminal pautado no avanço tecnológico que não contribui pela melhora do sistema carcerário, como também porque alguns dispositivos até agravam problemas conjunturais brasileiros quanto à política criminal, contradizendo o foco pretendido. Ratifica-se assim, que as sugestões expostas não são para o Brasil e para os seus problemas, de fato.

As inspirações dos Estados Unidos na lei anticrime são questionáveis, já que a lei lida com política criminal e ao mesmo tempo se espelha no país que mais encarcera no mundo. Pontua-se que um país como o Brasil, com o sistema prisional em crise, não deveria influenciar o instituto que aumentou progressivamente o encarceramento do outro território (como a política de *law & order*), e sem fazer as devidas adaptações mínimas que respeitem a Constituição. A lei aqui em análise se “justifica” por meio do discurso de ser uma boa proposta no combate à criminalidade,

mas as alterações feitas com o "pacote anticrime" na legislação brasileira não condizem, de fato, com esse objetivo.

Nesse sentido, mais uma vez se recorre à Neumann (2003) para questionar a norma da lei anticrime, visto que, para ser considerado legítimo, o poder, seja estatal ou não, este deve estar amparado na justificativa racional de que ele age para atender às necessidades gerais, ou ao bem de todos. Segundo essa lógica, para legitimar o poder, o estado de direito necessariamente deve ouvir as demandas do país, debater democraticamente leis, e não foi o que se confirmou no caso apresentado.

6 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhellide. Reformas da Justiça Penal no Brasil – a Democratização Inacabada. **Acta Sociológica**, v. 72, p. 43-69, jan.–abr. 2017.

BAGARIC, Mirko; HUNTER, Dan; LOBERG, Colin. Introducing disruptive technology to criminal sanctions: Punishment by computer monitoring to enhance sentencing fairness and efficiency. **Brooklyn Law Review**, v. 84, n. 4, 2019.

BÖHM, María Laura; DIETER, Maurício Stegemann. **Securitização e política criminal atuarial**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, 2015. Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 21. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/279-Securitizacao-e-politica-criminal-atuarial. Acesso em: 30 jan. 2020.

BOITEUX, Luciana. Delitos Informáticos e Direito Penal Simbólico. *In*: BITENCOURT, Cezar Roberto (coord.). **Direito Penal no Terceiro Milênio**. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

BRASIL. **V Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos** – dados estatísticos e resultados relativos a 28 de novembro de 2017. Ministério da Justiça e Cidadania, 2017;

BRASIL. DPU. **Nota Técnica da Defensoria Pública Da União em face do pacote de sugestões legislativas apresentadas em 04 de fevereiro de 2019 pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública**. 13 mai. 2019. Disponível em <https://dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2019/nota_tecnica_pacote_moro_dpu.pdf> acesso em 07 jul. 2020;

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. v 1, parte geral. Saraiva Educação SA, 2014.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua Criminologia**. Trad. Francisco E. Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004. Pensamento Criminológico, 9. 326 p.;

DIAS, Camila Caldeira Nunes; VITTO, Renato Campos Pinto De. Dobrando a aposta na produção do caos: encarceramento como diretrizes do projeto “anticrime”. In: LEITE, Acácio Zuniga *et al.* **Brasil: incertezas e submissão?** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2019;

FERRARINI, Luigi Barbieri (org.). **Boletim 318**. Especial Pacote Anticrime. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2019;

FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 272-276;

GAMA, Alison Andreus. DE LAZARI, Rafael. O aumento da violência na execução penal pela Lei 13.964/14. In: **Boletim IBCCRIM – Lei Anticrime**. Ano 28 – nº 331. Junho/2020;

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

KADANUS, Kelli. Banco de DNA retirado do Pacote Anticrime. **Gazeta do povo**, Brasília, 5 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/banco-de-dna-condenados-retirado-pacote-anticrime-consequencias/>. Acesso em: 4 fev. 2020.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; RAMOS, Sílvia. Porque é tão difícil implementar uma política de segurança. **Observatório da Cidadania**, Rio de Janeiro, p. 46-54, 2002;

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não persecução: um novo começo de era (?). In: **Boletim IBCCRIM – Lei Anticrime**. Ano 28 – nº 331. Junho/2020;

MATTHEWS, Roger. Beyond ‘so what?’ criminology: Rediscovering realism. **Theoretical Criminology**, v. 13.3, p. 341-362, 2009;

NETO, Pedro Faraco. LOPES, Vinicius Basso. Acordo de Não Persecução Penal – A Retroatividade da Lei Penal Mista e as possibilidades dos Acordos após a Instrução Processual. In: **Boletim IBCCRIM – Lei Anticrime**. Ano 28 – nº 331. Junho/2020; NEUMANN, Franz I. **O império do direito**. São Paulo: Quartier latin. 2003;

RIOS, Lucas P. Carapiá; NEVES, Luiz Gabriel Batista; ASSUMPÇÃO, Vinicius de Souza (org.). **Estudos temáticos sobre o "pacote anticrime"**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Livro eletrônico;

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Prolegómenos**, v. 19, n. 37, p. 99-124, 2016; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

OBSERVAÇÕES SOBRE O PROCESSO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E A DEFENSORIA PÚBLICA¹

COMMENTS ON THE PROSECUTION PROCESS AND THE PUBLIC DEFENDER'S OFFICE

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²

RESUMO

O presente artigo analisa a principal diferença entre os sistemas penais acusatório e inquisitório, qual seja: o lugar do juiz. Em seguida, analisa o papel das partes dentro do processo penal existente, à luz das mudanças tratadas pela Lei nº 13.964/19, para, ao final, averiguar a importante atuação da Defensoria Pública na realidade brasileira e o esforço imprescindível para a realização dos objetivos fundamentais da República trazidos no art. 3º, III, da CR.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas processuais penais. Lei nº 13.964/19. Partes. Defensoria pública.

ABSTRACT

This article analyzes the main difference between the adversarial and inquisitorial criminal systems, namely: the place of the judge. Then, it analyzes the role of the parties within the existing criminal process, in light of the changes dealt with by Law No. 13.964/19, in order to ascertain, at the end, the important role of the Public Defender's Office in the Brazilian reality and the essential effort to achieve the fundamental objectives of the Republic fixed in art. 3rd, III, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

KEYWORDS: Criminal procedural systems. Law No. 13.964/19. Parts. Public defender's office.

SUMÁRIO: 1 A título de introdução. 2 O lugar das partes. 3 O lugar dos Defensores Públicos.

1 A TÍTULO DE INTRODUÇÃO

Ninguém desconhece que o mundo conhece dois sistemas processuais penais, por evidente que tomando em consideração 1º, a noção de sistema de Kant no *Crítica da razão pura* (ainda não superada, como se vê em Canaris e outros), e 2º, o

¹Texto especialmente preparado para a Revista da Defensoria Pública.

²Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná, aposentado. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciência Criminais da PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas, do Recife. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (Universidade de Roma "La Sapienza"). Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

fato de que os franceses, por Napoleão e sobretudo Jean-Jacques-Régis de Cambacérès (principal articulador do *Code Napoléon*, de 17.11.1808 e em vigor desde 01.01.1811), misturaram as bases do processo do sistema acusatório inglês de então (que tinham parcialmente importado pelo júri) e aquelas que tinham tido, do sistema inquisitório, a partir das *Ordonnance Criminelle* de 1670, de Luís XIV, gerando um *monstro de duas cabeças*, como anotou Franco Cordero. Ou seja, os franceses criaram um modelo misto de processo, com uma primeira fase inquisitorial de *instruction* (seguindo a tradição ordenatória), e uma segunda fase de *jugement*, seguindo a tradição inglesa. Mas não era, por primário, um novo sistema; e sim o processo de um sistema inquisitorial ao qual agregaram (num golpe político bem trabalhado retoricamente) institutos provenientes do sistema acusatório, logo desvirtuados no novo modelo por vários motivos, dos quais sobressaía a possibilidade de se levar à fase de *jugement* a prova obtida na *instruction*, contaminando o julgamento. Na penumbra de tempos confusos nos quais se demandava por ordem, deixaram para trás o famoso art. 365, do *Code des Délits et des Peine* (3 brumário, Ano IV: 25.10.1795): “Il ne peut être lu aux jurés aucune déclaration écrite de témoins non présents à l’auditoire” (Não pode ser lida aos jurados nenhuma declaração escrita das testemunhas não presentes na sala de audiência). E assim Inocêncio III e Luís XIV, pelas mãos de Napoleão e Cambacérès, driblaram – bem cedo, é verdade – o “espírito” democrático da Revolução Francesa, prevalecendo sobre Henrique II (o rei inglês que criou o modelo e governou de 1154 a 1189) e o Conselho de Estado que, por sua vez, lutou e fez prevalecer a permanência do júri no *Code Napoléon*.

O júri, tudo indica, já ali virou um espetáculo teatral – ou quase – e, como Carnelutti vai dizer muito tempo depois (agora analisando o sistema italiano do *Codice Rocco*, baseado no *Code Napoléon*), em 9 sobre 10 vezes a prova da fase preliminar (*istruzione*) acaba por prevalecer sobre aquela processual (*giudizio*). Ora, se o conhecimento que vale – e prevalece, como se sabe até hoje em processos análogos, como o brasileiro – é o da fase preliminar, não se pode duvidar qual é o mais importante, embora o discurso, na prática, seja outro, isto é, de que a prova que deve prevalecer é aquela obtida no crivo do contraditório. Há, porém, uma enorme diferença – sabem todos – entre o que é o que deve ser; entre o que prevalece e o que deve prevalecer.

O processo misto, portanto, desde sempre foi inquisitorial; e não porque tivesse uma fase inquisitorial, mas porque a estrutura acusatória da segunda fase, aquela processual, pode se reduzir a um nada se se permite que o conhecimento obtido na fase preliminar (inquisitorial), sem pejo passe para a outra, fraudando-se os fundamentos e, em particular, o devido processo e o contraditório, ou seja a CR.

Esse problema, por si só, é suficiente – ou deveria ser suficiente – para mostrar como o epicentro da diferença entre os sistemas processuais penais se desloca daquela que, em geral, é usada para a explicá-la: o fato de ter partes ou não ter partes, do que decorre a acumulação das funções (no inquisitório) de acusar e julgar nas mãos do juiz. Isso não significa que tal diferença (é uma – ou duas, dependendo de como se observa – das treze que a doutrina indica) não tenha importância. Ao contrário. Sendo histórica, foi percebida cedo, justo porque a estrutura legal inquisitorial (de 1231 e 1233, com as bulas *Ex Excomuniamus* e *Licet ad capiendos*, ambas de Gregório IX) excluiu um órgão de acusação e deixou a função investigativa ao inquisidor, que também julgava. Como se vê, consumiu-se a ação (como ato desencadeador do processo); e o inquisidor passou a ser o senhor do processo; competindo-lhe buscar o conhecimento, o que sugeria o acusado estar no lugar de mero objeto de investigação e, como ensina Cordero, ser *bête à aveu*, ou seja, animal de confissão. Aqui se percebe a presença de Aristóteles, ainda antes de Tomás de Aquino subir à ribalta. Tinha lógica o modelo: detentor da verdade do crime, o inquirido/herexe/criminoso devia prestar contas dela, o que fazia pela confissão, logo passível de ser obtida por meio da tortura, em razão de uma bula de Inocêncio IV, *Ad Extirpanda*, de 1252. Inocêncio III sabia o que fazia quando, em 1215, o IV Concílio de Latrão deu novas cores à confissão, tornando-a obrigatória e privada uma vez por ano. Ali estava o que veio a se tornar, no processo inquisitorial, a *regina probationum*.

No fundo, saltou fora a noção que Bulgaro (o *os auream* dos famosos quatro doutores de Bolonha), como asseveram, tinha apresentado do Digesto, de que *iudicium est actus trium personarum: iudicis, actori et rei*. Parece ser isso, então, que leva as pessoas a pensarem que a grande diferença entre os sistemas processuais inquisitório e acusatório reside na falta de partes; e daí a falta de acusação e acusador; com investigação e julgamento nas mãos do juiz. Trata-se – é visível – de um engano, embora explicável.

Tal situação se mantém, *mutatis mutandis*, até hoje, onde o sistema é inquisitorial, embora se possa ter partes, órgão de acusação e contraditório. O que importa – sabe-se bem pela própria finalidade do processo, ligada ao conhecer para decidir – é definir a quem compete a iniciativa de buscar o conhecimento, logo, a *gestão da prova*. No caso, em nenhuma das hipóteses (*rectius*, nos processos do sistema inquisitorial), duvida-se que tal função cabe ao inquisidor/juiz, embora, na atualidade, as partes possam requerer a produção de provas, algo que se dá subsidiariamente. Sendo a matéria do conhecimento geral, é despiciendo seguir com o argumento.

Por outro lado, o processo do sistema acusatório é eminentemente de partes. A elas é que cabe levar o conhecimento ao juiz que, imparcial (como equidistante das partes e seus interesses), não tem iniciativa probatória (salvo exceções), razão por que toda atenção está conectada à função judicante, de acerto dos casos penais.

Deste modo, não se precisa muito mais para entender que um sistema assim caracterizado está a ano-luz do outro. Da mesma forma que é intuitivo qual deles é democrático; ou pelo menos mais democrático.

Equidistante – em função da estrutura, forjada a partir do princípio de regência, aquele dispositivo (ou acusatório, como querem alguns) – das partes e seus interesses, o lugar ocupado pelo juiz no processo do sistema acusatório ressalta a função de *dicere ius* e, assim, de *iuris dictio*, enaltecendo o lugar do poder por isso (o que é correto), e não pela atividade decorrente da iniciativa probatória, como se passa no processo do sistema inquisitório e se dá em razão da propulsão que produz, nele, o princípio de regência, aquele inquisitivo. Não é uma diferença qualquer.

Com efeito, empurrar o juiz para o conhecimento por sua própria iniciativa significa, pelo menos, exigir dele uma decisão sobre o caminho a seguir e, não raro, uma decisão prévia sobre a questão – ou mesmo sobre todo o caso penal –, em verdadeira antecipação do resultado. E isso, em geral, ele não faz por mal (embora possa fazê-lo), mas pelo simples fato de pensar como pensa a civilização ocidental, ou seja, de forma analítica, o método aristotélico que se adotou, de regra, após São Tomás de Aquino; no caso – como é nítido – deformando a lógica. Se assim é – e é mesmo –, o resultado, como síntese, vem antes das premissas ou, pelo menos, de uma delas. Eis por que Cordero a chamou de *lógica deforme*, em face d' *il primato*

dell'ipotesi sui fatti. Isso, na aparência (mas é só aparência), ajudaria a investigação (quem sabe colocando o juiz mais próximo do fato), mas *sviluppa quadri mentali paranoide*, como diz o próprio Codero. Por primário, ele não está querendo dizer que os juízes, em tais circunstâncias, são paranoicos; e sim que se desenvolvem quadros mentais semelhantes àqueles desenvolvidos pelos paranoicos, os quais acreditam serem reais as meras imagens que têm nas suas cabeças. Justo nesse lugar – quem sabe –, do ponto de vista subjetivo, está a grande invenção dos que projetaram o sistema inquisitório (gente que conhecia muito Aristóteles): partir do resultado, desde antes tendo capturado quem se encontra ali (naquele lugar); e mesmo que ele não queira ou não saiba. Em suma, faz-se assim porque se pensa; e basta. Isso, como é intuitivo, é diabólico (embora tenha nascido no seio da Igreja Católica); mas é genial, há de se reconhecer. Ora, fazer com que as pessoas façam o que ela quer, mas pensando que estão fazendo por si mesmas, em geral sem saber disso, além de uma evidente forma de manifestação de poder é, sem dúvida, genial. E talvez por isso dure tanto tempo, considerando-se a data de 1215 e o IV Concílio de Latrão, no qual se decidiu, em definitivo, pela Inquisição e suas bases.

Tudo somado, o lugar do juiz transcende em sua importância, não só porque é o lugar do poder – sobretudo de dizer o Direito: *juris dictio* – mas em razão de que é necessário a ele reservar a possibilidade de decidir o menos possível em função de influências externas e que não dizem com o que importa ao caso concreto: os elementos probatórios devidamente arrecadados, isto é, dentro do devido processo legal e, portanto, do contraditório e ampla defesa.

Assim, o lugar do juiz no processo dos dois sistemas processuais penais (inquisitório e acusatório) dá a dimensão da importância que as partes têm neles. Para tanto há de se colocar o juiz em uma posição de órgão *superpartes*; e pensar nelas, as partes, nas devidas posições.

2 O LUGAR DAS PARTES

Antes de tudo é preciso que reste claro que o tema do lugar das partes deve ser pensado, em face da assunção, na Lei nº 13.964, de 24.12.19, da adoção, para o Brasil, da estrutura acusatória de processo penal. O art. 3º-A, trazido pela referida lei, não deixa dúvida: “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”.

Tal preceito (suspensão por uma liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux, do STF, nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, nos seguintes termos: “Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário”) anuncia, pela primeira vez na história, a adesão ao sistema acusatório e, ao mesmo tempo que fixa o lugar do juiz nas duas fases processuais, aponta para o lugar das partes como protagonistas daquilo que mais importa: *levar o conhecimento para o processo*. É possível dizer, então, que passam a ser elas as gestoras da prova.

Pensar nesse lugar implica aderir – quase como um *a priori* – ao sistema acusatório, abandonando o modelo de regência, isto é, aquele ligado ao sistema inquisitório. Ora, desde 1500 o Brasil pensa o processo penal com a cabeça inquisitorial, de tal modo que disso ninguém escapa. Afinal, os pressupostos do saber de todos vinculam-se àquilo que conforma a estrutura inquisitorial, a qual estabeleceu uma mentalidade típica e, quiçá, uma cultura. *Pois é justo dela que é preciso se livrar para – sem amarras – navegar pela estrutura do processo do sistema acusatório*. Para tanto, é necessário fazer aquilo que Bachelard chamou de *corte epistemológico* (se assim fosse possível dizer) e, com ele, renegar um passado errado. O marco, por evidente, é a lei do Natal que, se vingar, deverá funcionar (espera-se) como o *corte* e, assim, cobrará pensamento e posturas ligadas ao novo modelo. Isso não é grave, porém; ao contrário, a adesão dará ao aderente a sensação não só de estar ao lado da lei (e da Constituição, sem dúvida, dado que o sistema acusatório é o que com ela é compatível), mas também o *gozo* de desfrutar – merecidamente – do novo.

Mudar, todavia, não é simples, mesmo que a lei fale expressamente ser de outra coisa que se trata. A tendência – um tanto normal – das pessoas é se agarrarem às suas verdades (já sabidas) e, com elas, tentarem ler o novo a partir do velho. São as chamadas interpretações retrospectivas. Elas – é preciso que se saiba – são perigosas; e podem implodir o novo sistema. Para tanto imaginar, basta pensar em um juiz que se negue a estudar e que siga fazendo tudo como sempre fez, contra a lei e a CR. Por óbvio que haveria controle, mas as artimanhas das estruturas exegéticas são de tal forma amplas que seria possível imaginar – também

– ter-se, em alguns pontos, sérios problemas até se conseguir criar um certo padrão e uma nova mentalidade.

De outra parte, no processo do sistema acusatório, resta afastado o juiz da iniciativa probatória (quase que completamente), ficando redimensionado o lugar protagonista das partes. A elas é que cabe levar ao processo o conhecimento; e isso se dá pela prova.

O conhecimento (ou sua quantidade) feito prova, pode-se perceber, reclama uma nova mirada sobre a presunção de inocência e sobre o ônus da prova. Desde o lugar constitucional, a presunção de inocência força a acusação (MP ou querelante) a se desincumbir do ônus de provar o crime (ação típica, ilícita e culpável), sempre no devido processo legal, de modo que a condenação esteja para além de uma dúvida razoável. Perde expressão o discurso embusteiro da Verdade (e mesmo da verdade), típico do processo do sistema inquisitorial, usado ideologicamente para qualquer coisa. Se é assim, a acusação deve provar, para além da dúvida razoável, sob pena do réu ser absolvido por falta de provas, por conta do *in dubio pro reo*.

A questão não é simples, porém; e deve ser entendida em face do lugar ocupado pelas partes. Afinal, falar em dúvida razoável é, antes de qualquer coisa, trabalhar com um conceito indeterminado que, embora tendo substrato, não é ele suficiente para garantir, por si só, um lugar de chegada para todos os sentidos oferecidos pelas interpretações. Logo, ele é realista, mas expressa aquilo que o intérprete diz, certo ou errado. Sendo assim, demandará, sempre, efetivo controle, diante do arsenal que se tem à disposição. Aqui, algumas preocupações são eminentes, dentre elas a que implica, sempre, uma interpretação que respeite os opostos, não se permitindo, por exemplo, que o branco se torne preto; muito menos se admitindo os contrários, como ocorre quando, por exemplo, usa-se um não quando se deveria usar um sim. O princípio da não contradição, de Aristóteles, por certo pode ajudar.

Como se percebe, resta evidente que sem o *ativismo* judicial, a acusação deva provar o crime para além da dúvida razoável, sob pena da presunção de inocência apontar para a sentença absolutória por falta de provas. Isso, pelo menos teoricamente, afasta da defesa o ônus da prova, justo porque a acusação deve provar o crime e a existência de dúvida razoável deixa claro isso não ter acontecido.

Mas, como salta à vista, não é conveniente à defesa se fiar na falta de prova em face a atividade da acusação. O padrão sendo a dúvida razoável, pode-se, *per*

faz et nefas, condenar com o que se tem e, portanto, mesmo presente a dúvida, que se escamoteia com argumentos retóricos. Assim, a defesa deve carregar ao processo as provas necessárias, ainda que não tenha o ônus. É uma questão estratégica; e de cautela. Por exemplo: tendo que provar o crime, a acusação deve provar a ilicitude. Para fazer isso precisa demonstrar que não houve a excludente sustentada pela defesa. Com frequência, ela – a acusação – não faz isso de modo satisfatório e, desde modo, seria inevitável a absolvição. Na prática, contudo, nem sempre é assim; e não deve mudar no processo do sistema acusatório. Logo, a defesa, se tiver condições, deve produzir a prova de ter agido o réu v.g. em legítima defesa; ainda que não tenha o ônus, como precitado.

Da mesma maneira, o lugar das partes no processo do sistema acusatório cobra um redimensionamento da *publicidade*. Ela, como se sabe, pela transparência, deixa um espaço reduzido para o sigilo, o qual deve ser previsto taxativamente e, assim, amplia-se o *fair play*. Atos públicos e *publicizados* tendem a reprimir as escaramuças processuais e os truques pouco recomendáveis. Para tanto, é salutar que tudo seja filmado (como já possível hoje), dado que ninguém tem nada para esconder, ressalvado o que deve estar em sigilo, conforme preceitos expressos; e, mais, com anotação do tempo, do horário onde os eventos ocorrem, de modo a que possam ser facilmente encontráveis quando do imprescindível controle, a ser levado sempre a sério, o que significa dizer: os vídeos devem ser vistos e controlados. Tivesse isso ocorrido nas delações premiadas que se levou a efeito no Brasil até hoje seria difícil imaginar que alguma delas não fosse declarada nula. Ora, publicidade é garantia, mormente quando em disputa estão desiguais.

A *oralidade*, por seu turno, ainda que muito fosca na conformação dada pela Lei nº 13.964/19, é de vital importância no processo do sistema acusatório. Ela – sabe-se bem – opõe-se à *escritura*, mantida como regra do processo do sistema inquisitorial. Com a oralidade se ganha *celeridade*, o que ninguém desconhece no Brasil. A lei natalina, contudo, manteve a escritura, quiçá ciente o legislador que não poderia imprimir uma mudança radical e que implicasse gastos anormais. De qualquer modo, é inevitável se caminhar na sua direção, seguindo-se as reformas processuais da América Latina, a fim de que os atos do processo sejam realizados em audiências, o que dá uma nova cara para os procedimentos. Mas a oralidade vai além, descolando-se do arremedo que se tem hoje.

Com efeito, está em vigor o art. 28-A, da Lei nº 13.964/19, o qual, ainda que com problemas, assegura, nas hipóteses indicadas, o *acordo de não persecução*. Trata-se de um aparentado do *plea bargaining* norte-americano, no qual a oralidade tem seu domínio. Ele se dará, na hipótese concreta, se não for caso de arquivamento da investigação preliminar, logo, deve-se saber tudo sobre ele (o arquivamento), mesmo porque se pode ter que discutir a matéria. E isso é só o começo. Não se dispensará, da mesma forma, técnicas corretas de *bargaining*; e honestas. Aqui entra em jogo o *fair play*, o qual começa pela atuação do MP (que tem grande prestígio e importância no processo do sistema acusatório como instituição democrática) encarnando o Estado; e se expande para os defensores do réu e ele mesmo. Como tal, não lhes cabe nada fora da CR e da lei, sem embargo de se ter muito espaço para jogos hermenêuticos. O que vale, sobretudo, é a lealdade no acordar, mesmo porque ele, o acordo, deve ser “... necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime...”, nos termos do art. 28-A, *caput*. Ora, acordo por acordo, um por um, não se pode perder a chance de se tentar, por eles, fazer da sanção acordada uma oportunidade, se for o caso, para o sancionado se redimir e, assim, ganhar um outro caminho. Se isso vai acontecer, não se sabe, mas há de se tentar. Tal tentativa – é intuitivo –, não se dará se as posturas forem *punitivistas* e insuficientes para entender a complexidade da estrutura humana metida em algumas condutas. Enfim, órgãos do MP e advogados/defensores têm uma missão difícil.

3 O LUGAR DOS DEFENSORES PÚBLICOS

No processo do sistema acusatório, o princípio *dispositivo* rearranja o lugar das partes (como se vê nas regras da CR e princípios que regem a matéria), dando importância para todas as infrações penais que, noticiadas, são averiguadas como regra. Os registros – é bom prestar atenção nisso – são levados a um sistema interligado de computação e, assim, todos os indicados (para receber a comunicação dos registros) têm conhecimento deles. Tal atitude, hoje, é uma realidade em qualquer país; e não será diferente no Brasil.

Se é assim, ter-se-á um problema de enormes proporções, que se não resolverá com a seletividade costumeira das agências que hoje intervêm, não raro separando, já no momento da notícia do crime, o que deve seguir adiante ou não,

começando com a própria realização do registro ou não. O volume de casos – sem dúvida - é de impossível investigação e processamento, embora, do ponto de vista legal (começando pelo CPP), tudo devesse ser registrado, investigado e processado até o trânsito em julgado, na forma da lei. Trata-se – não há como negar – de uma quimera. O grosso, portanto, pode ficar fora, mesmo se tratando de casos de importância concreta, como os homicídios. É só ver que já apareceu uma pesquisa – embora sem comprovação – que disse se ter em 10 notícias de homicídios, apenas 1 que chega a julgamento. Se isso é verdadeiro, trata-se da demonstração que o sistema, de fato, está à beira da falência; ou já faliu e falta tão só a declaração.

De outra banda, na estrutura do sistema acusatório, de regra é o MP que seleciona. E isso é possível, como consequência do princípio dispositivo (ou acusatório, como enunciam alguns), porque vige a *discricionariedade* da ação/acusação e a *disponibilidade* do conteúdo do processo. Faz sentido. Naquela, o MP tem o dever legal de investigar (onde lhe é possível) ou acompanhar a investigação e, depois, em face de previsão expressa (taxativa) da lei, pode, em alguns casos, não deduzir a acusação. O que varia, de país para país, é a *dimensão da discricionariedade*: às vezes totalmente ampla, às vezes mitigada e aplicada a casos penais que se escolhe. A tendência, no Brasil, está ligada à segunda hipótese. Com isso, pode-se não ter investigação ou, se houver, não se ter ação/acusação. Quanto à *disponibilidade do conteúdo do processo*, diz ela com a possibilidade do MP retirar a acusação durante o andamento dele, algo que acontece, de regra, quando se perde (em face da avaliação do órgão) a prova que fundava a acusação e, sem ela, a tendência seria a decisão absolutória. Com isso, evita-se uma decisão de mérito (absolutória) e seu trânsito em julgado material, abrindo-se a eventual retomada do processo (ou da investigação) se novas provas – realmente novas – aparecerem. Como é sintomático, as decisões do MP, no caso, são de sua responsabilidade e, assim, demandam controle, inclusive da vítima, sempre na forma da lei.

A atuação da Defensoria Pública, em face das situações precitadas, é exponencial. Afinal, os casos penais não se resolvem na investigação, mas, sem dúvida, ali pode estar em gestação o acerto deles, com consequências penais e outras. Por isso, em relação aos necessitados devem intervir, desde o primeiro momento possível, os defensores públicos, para esclarecer o jurídico dos fatos em

apuração e tudo o que pode decorrer daquilo que se apura, o que é vital para todos mas imprescindível para quem possa ter, quiçá por falta de conhecimentos, seus direitos e garantias burlados, algo que se passa, de modo geral, com os mais necessitados. Só isso já seria suficiente para se entender a importância da Defensoria Pública e dos defensores.

A *tendência*, por sinal – como se tem visto pelo que se passou nas reformas processuais penais levadas a efeito na América Latina toda –, é os *defensores públicos dominarem a cena em razão do volume acentuado de casos nos quais participam*. Mas atenção: ausente o juiz do protagonismo do processo, amplia-se aquele do MP e da defesa técnica e, nela, a dos defensores públicos. *Protagonismo qualificado positivamente, porém, só se tem com qualidade técnica efetiva; muita qualidade técnica. E isso decorre – seria despidendo falar – de muito estudo e treinamento*. Ora, se o juiz não está em foco senão para controlar a constitucionalidade, convencionalidade e legalidade do que se faz, é preciso muita qualidade técnica dos protagonistas para que não sejam consumidos uns pelos outros. Eis, então, por que o MP deve ter bem presente o seu “lugar” e, apresentando o Estado, deve agir estritamente dentro lei, da ética e, portanto, sempre com *fair play*. Com os defensores públicos – e procuradores em geral – não é diferente. O lugar-comum – logo se pode notar – é a qualidade técnica.

Ela (a qualidade técnica) é imprescindível para que se possa definir os parâmetros do caso penal e as suas consequências, logo, as possibilidades que daí decorrem.

Para a Defensoria Pública (e o MP não seria diferente), tudo começa com um concurso público – em termos constitucionais – voltado para um grande rigor teórico e, agora, prático, o que não significa ser um mero manejo de petições. Afinal, com a estrutura marcada pela *oralidade* (eis o que mais chama a atenção), é necessário ter tudo (*rectio*, todo o conhecimento necessário) na cabeça, à disposição, para ser utilizado nos debates, sobretudo no calor dos debates. Neles – normalmente nas audiências – não há duas possibilidades, logo, é saber ou saber. Portanto, superado um período de oralidade *imbroglione* (como se dá hoje), no qual, salvo no Júri, quase tudo se transforma em *escrita*, no processo do sistema acusatório (se vier como deve) não haverá opção, embora se tenha um preço a pagar se o necessário não estiver presente: a vergonha! De regra, um réu mal defendido (mormente se necessitado, mas não só eles) tem no juiz sua tábua de salvação (eis um aspecto do

controle e que começa já com o Juiz das Garantias), o qual não podendo atuar como protagonista, pode excluir – dependendo das regras de vigência – o defensor/procurador por ineficiência. Imagine-se, então, a situação – se isso ocorre –, marcada por um lugar de extrema vergonha, não fosse, para os defensores públicos (quem sabe), motivo para um processo administrativo disciplinar. Uma coisa, sem embargo, é certa: o investigado ou réu não pode ser prejudicado por falta de uma defesa técnica concreta e de qualidade.

Tudo somado, a qualidade técnica é imprescindível e, tendendo a Defensoria Pública a comandar o *standard* dela (qualidade técnica) nas defesas, faz-se mister uma preparação constante desde o ingresso. Logo, o concurso deve ser tanto difícil (por isso) quanto responsável pelo nível que se deve ter, da mesma forma que o estudo e a preparação dos ingressados deve ser diuturna. Afinal, a tão sonhada *simétrica paridade entre as partes* só se tem ou pode ter se não houver diferença entre o nível técnico de quem acusa e de quem defende.

Já na investigação preliminar, com referido, o defensor público deve estar presente para delimitar os parâmetros jurídicos do caso penal e fixar estratégias de comportamentos e opções técnicas. Ora, é a partir dela, por exemplo, que se tem (algumas) bases que podem levar ao *plea bargaining*, hoje (pela Lei nº 13.964/19: art. 28-A, do CPP) dito *acordo de não persecução*. Eis uma realidade que parece não ter retorno, embora ainda que metida em um processo que se mantém inquisitorial, logo, muito desfigurada daquilo que deveria ser, mormente (ainda) sem o Juiz das Garantias. De qualquer forma, se está em vigor e sendo atuada (já com muitos defeitos e reclamações, na maioria da vezes por falta de experiência), o que devem os defensores públicos saber – e fazer – para, de tal instituto (se assim fosse possível falar), retirar o melhor para seus defendidos? Eis a questão; e que se não responde dizendo que devem se submeter ao poder (que não é o caso) do MP, muito menos ao jugo que alguns, por certo, tentarão. E assim o farão não só porque têm conhecimento técnico mas, também, porque têm habilidade no manejo (que estão paulatinamente adquirindo) da realização do acordo. O equilíbrio, no caso, é e deve ser técnico. Repita-se: é preciso saber tudo o que for preciso (tecnicamente falando) para estabelecer a tensão necessária – sempre com *fair play* – no momento de construir os acordos. Se não for assim, tende-se a trabalhar com fórmulas prontas, *prêt-à-porter*, não só aviltando a lei (que aponta para outra direção, em defesa do investigado/réu), mas também os interesses individuais singulares que se

destacam nos casos penais concretos, de modo a serem únicos e, portanto, merecerem um tratamento compatível, sem generalizações. Nada disso acontecerá se à defesa (sobretudo aos defensores públicos) for apresentado um Termo de Acordo *padrão*, e ele for aceito como tal, quem sabe porque é mais simples, mais fácil, mais confortável, mais rápido, e assim por diante. Mais...para quem?

Como qualquer advogado que se preze, o defensor público, em vista do caso concreto e diante da estrutura objetiva e subjetiva que o cerca, demarca o jurídico e define estratégias de ação que resultarão em situação melhor ao cliente. O acordo deve ser, o mais possível (porque não depende só dele, por evidente), fixado com base em tal avaliação. É isso que pode fazer da Defensoria Pública o órgão respeitado que deve ser, cumprindo o seu papel em favor dos mais necessitados; e balizando toda a advocacia. Afinal (como mínimo), terão muita prática, como tem acontecido na América Latina toda, porque ninguém tem um contingente de clientes capaz de ser comparado ao da Defensoria Pública.

A mesma coisa poderia ser dita sobre a atuação dos defensores públicos naquilo que está para além da investigação preliminar.

Pois bem. No processo do sistema acusatório os princípios, de um modo geral e, particularmente, aqueles da *publicidade*, *oralidade* e *celeridade*, informam a estruturação dos procedimentos. Em linha de regra, o procedimento impõe *audiências*, nas quais os atos são (todos, ou quase todos) praticados.

Elas podem ser tantas quantas sejam necessárias (para se decidir questões incidentes, por exemplo), mas, nos ritos espalhados pelos modelos da América Latina, em geral, vêm em uma tríplice estrutura: uma audiência preliminar ou de formalização; uma audiência intermediária e, por fim, uma audiência de julgamento ou, como dizem os hispano-americanos *juicio oral*.

Na primeira, perante o Juiz das Garantias, decide-se sobre as questões que dizem com a abertura da investigação e, dentre elas, as que tocam com os direitos e garantias individuais. Delimitam-se os tempos para a investigação, mormente se houver cautelar de supressão da liberdade. Se o investigado estiver preso (flagrante), ela se dará, como regra, em vinte e quatro horas. O contato do investigado com o advogado/defensor é absolutamente necessário e garantido, de modo a que ele – investigado – possa ter, já antes da audiência, as informações suficientes para determinar seu comportamento, inclusive na direção de eventual *plea bargaining*, muito comum naquele momento. Neste caso, resta claro a

importância da qualidade técnica: a orientação jurídica abrange um leque imenso de temas e opções, e vai desde como se comportar perante o juiz até por que aceitar um montante de pena no *plea bargaining*. E tudo oral, direito, sem intermediário. Como o escopo é proteger a ordem jurídica (o Direito posto), começando pela Constituição, não é salutar que se tenha muita dúvida. É certo, porém, que, sendo o objetivo de eventual acordo – no mais das vezes – não levar o investigado à prisão, tudo deve estar presente porque as consequências são graves, ainda que possam ser “melhores” que aquelas decorrentes de uma sentença penal condenatória de mérito. Por certo, então, que é grande a responsabilidade do advogado/defensor, mas nada de anormal se se pensa que, na situação que se estabelece, ter-se-á presente os meios de prova que se apresentam, pelos quais caminhará a avaliação jurídica. Ora, um advogado/defensor com o conhecimento necessário terá condições de avaliar se, em face da prova que se apresenta, será possível condenar (em eventual processo que se seguirá) e, assim, ajudará o investigado a decidir de formaliza o *plea bargaining* ou não. Com isso, é necessário ter presente que ele – o investigado – sairá condenado (nos termos que se formalizar), mas, em geral, irá embora junto com seu advogado/defensor. Não é por outro motivo que, como regra, nos países da América Latina, o acordo fez tanto sucesso e reduziu drasticamente o número de processos que chegam ao *juicio oral*. De todo modo, o legislador natalino (da Lei nº 13.964/19) foi tímido e, mesmo prevendo o Acordo de Não Persecução, não alterou substancialmente os ritos do CPP, logo, a audiência que se fará diz respeito à homologação de eventual acordo formulado. Assim, mesmo que reduzido o raio de alcance de tal audiência, é imprescindível o maior conhecimento técnico possível; e para todos.

Doutra banda, na audiência intermediária precitada, supondo a continuação das investigações – por primário –, o objetivo principal é o *juízo de admissibilidade da acusação*. Nela, o que se formaliza é a acusação. Seria, na tradição brasileira, a apresentação da denúncia ou da queixa, com a decisão do juiz (ainda o Juiz das Garantias) sobre recepção ou rejeição; além de outros pedidos que podem ser formulados e, dentre eles, aqueles referentes a medidas cautelares. Pode-se, assim, imaginar o leque imenso de matéria técnica que diz respeito ao conteúdo da audiência, começando por aquela referente à acusação/ação e suas condicionantes, às cautelares e, muito importante, um certo “saneamento” do processo, a fim de que não vá ao julgamento de mérito (*juicio oral*) senão um caso penal delimitado e a

prova sem qualquer vício. É naquele momento, também, que o Juiz das Garantias marca dia e hora para a audiência de julgamento (*juicio oral*), o que, comumente, ocorre em breve lapso de tempo. Este acanhado perfil (que mereceria ser mais largo) serve, não obstante, para mostrar o quanto a *oralidade* cobra dos protagonistas em qualidade técnica. E não é pouco. Por sinal, faz-se mister entender a extensão de um *contraditório prévio* e, mais, a matéria (específica) nele discutida, ou seja, por que a acusação/ação é ou não é procedente, sempre em face das condicionantes, ou seja, aquelas do processo penal.

Por fim, na audiência de julgamento (*juicio oral*), um colegiado (de primeira instância) de três juízes (no qual não pode participar o Juiz das Garantias) decide sobre o mérito do caso penal. Não têm tais juízes nenhum contato prévio com a prova (como material de conhecimento do caso penal) que será apresentada no crivo do contraditório. De regra, as partes apresentam as suas provas e discutem (em alegações orais), além de eventuais questões processuais ocorridas depois da audiência intermediária, o caso penal e, com ele, o crime, decidindo-se (com sentença), depois, na mesma audiência ou em outra, conforme o procedimento. Isso basta para se poder perceber a extensão do conhecimento técnico necessário a fim de se atuar como se deve em face da oralidade. Não é pouco, mas não é inumano, justo porque não escapa dos limites do conhecimento técnico padrão, mormente em face do DP e DPP. *Mutatis mutadis*, seria como uma sessão do Tribunal de Júri no atual processo penal, reformulada a arquitetura da sala de julgamento, a ser imaginada pelo lugar da Corte (dos três juízes) na parte frontal e, diante dela, acusação e defesa, sempre lado a lado; e sem os jurados, por óbvio. Nesse julgamento, as partes já têm conhecimento do que será apresentado, de regra, à Corte e, portanto, têm condições de se preparar, inclusive estrategicamente, não só aprofundando a matéria estrita da técnica como, também, os modos de melhor colher a prova. O vital, porém, é todos darem-se conta de que a qualidade técnica é indispensável, mormente aos defensores públicos que, como antes referido, tendem a funcionar como os balizadores da qualidade das defesas, em razão do volume de processos penais nos quais participam e participarão.

Em um mundo comandado pelo modelo neoliberal, não é simples exigir de um órgão público como a Defensoria Pública que tenha olhos para investimentos em estudos e preparação diuturna dos seus defensores. Sim, não é simples, mas é necessário. A DP, como se sabe, nos olhos dos neoliberais (principalmente dos

políticos neoliberais), ao invés de dar lucro (eis o balizador da eficiência, princípio reitor dele), dá sempre prejuízo. Essa gente, sem pudor, lembra-se dos necessitados tão só no momento de seduzir para o voto nas eleições. Isso causa náusea, ainda mais quando se pensa em um país do terceiro mundo.

Sem embargo dessa realidade terrível, não há por que desistir de se fazer a coisa certa, sempre conforme a CR que, em seu art. 3º, para não deixar dúvida, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República, em seu inciso III, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, tudo porque é seu fundamento, conforme o art. 1º, II e III, “a cidadania” e “a dignidade da pessoa humana”.

POR UM JUIZ DE GARANTIAS
BY A JUDGE OF GUARANTEES

Jader Marques¹

RESUMO

A Lei nº 13.964/19 trouxe inúmeras e significativas mudanças no Código Penal, Código de Processo Penal e Leis Penais Extravagantes, depois da inusitada apresentação do chamado Pacote Anticrime pelo então Ministro Sérgio Moro, antes mesmo da posse, passando por um ano de intensas e fervorosas discussões com a comunidade jurídica, para redundar na aprovação de um substitutivo que mesclou o trabalho desempenhado pelo Grupo do Ministro do STF Alexandre de Moraes com as negociações feitas por um bloco de deputados que se reuniu para reduzir danos. Em duas decisões, o STF suspendeu com prazo e, depois, sem prazo, a vigência das alíneas do art. 3º, que instituiu o sistema acusatório e o juiz de garantias. O presente ensaio propõe que os defensores se insurjam contra dispositivos do CPP que autorizariam o juiz a agir de ofício, mesmo com a decisão de suspensão proferida nas ADI em tramitação no Supremo.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote anticrime. Juiz de garantias. Sistema acusatório. Devido processo legal. Paridade de armas. Imparcialidade.

ABSTRACT

Law No. 13.964/19 brought numerous and significant changes to the Penal Code, Code of Criminal Procedure and Extravagant Penal Laws, after the unusual presentation of the so-called Anti-Crime Package by the Minister Sérgio Moro, even before taking office, going through a year of intense and fervent discussions with the legal community, to result in the approval of a substitute that mixed the work performed by the group of the Minister of the Supreme Federal Court (STF in Portuguese), Alexandre de Moraes, with the negotiations made by a bloc of deputies that met to reduce damages. In two decisions, the STF suspended with a deadline, and then without a deadline, the validity of the paragraphs of art. 3rd, which instituted the adversarial system and the judge of guarantees. This essay proposes that defenders rise up against the provisions of the Criminal Procedure Code that would authorize the judge to act ex officio, even with the decision of suspension issued in the Direct Actions of Unconstitutionality in progress at the Supreme Court.

KEYWORDS: Anti-crime package. Judge of guarantees. Adversarial system . Due legal process. Equality of arms. Impartiality.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Fux versus Toffoli: o que está posto nas ADIs ajuizadas contra o Juiz de Garantias? 3 Como agir na defesa criminal enquanto tudo está como está? 4 Qual a conclusão possível? 5 Referências.

¹ Advogado criminalista; especialista, mestre e doutor em direito.

1 INTRODUÇÃO

Já de início, cabe perguntar: que Juiz de Garantias é esse da Lei nº 13.964/19?

Os brasileiros acordaram de ressaca naquele 25 de dezembro de 2019, como é natural acontecer depois das bebidas e comidas natalinas. O que ninguém esperava, já que, em sua maioria, as pessoas não acompanham a tramitação de projetos no Congresso Nacional – era ver que o presidente Jair Messias Bolsonaro assinaria e mandaria publicar a Lei nº 13.964, que ficou conhecida como Pacote Anticrime, pelo fato de ser originária do conjunto de medidas apresentadas pelo Ministro Sérgio Moro no final de 2018, levadas ao Congresso no início de 2019.

Já no primeiro contato com a lei nova foi possível perceber inúmeras e significativas mudanças no Código Penal, Código de Processo Penal e Leis Penais Extravagantes. Em meio a tantas novidades, apareceu de forma eloquente o trabalho desempenhado pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes e pelo bloco de deputados que, percebendo a inevitável aprovação das medidas propostas pelo então ministro Moro, decidiu atuar para reduzir danos.²

E o trabalho deu certo.

Vários dispositivos trazidos originalmente no pacote foram excluídos ou alterados. De todas as novidades, entretanto, foi a admissão do Sistema Acusatório e a criação do Juiz de Garantias um dos pontos mais significativos de divergência entre o Ministro e o Congresso, com vitória deste e um vexatório desgaste daquele, sobretudo diante da posição final do Presidente da República.³

Realmente, ninguém esperava que pudesse ser implementado o sistema acusatório, com todas as suas profundas implicações, em pleno governo Bolsonaro, tendo o ex-juiz Sérgio Moro como Ministro da Justiça.

Mas, de fato, foi o que aconteceu.

No dia 25 de dezembro, a comunidade jurídico-penal foi acordada de sobressalto pela admissão, de uma só vez, em lei ordinária, do Sistema Acusatório e do Juiz de

2 Marcelo Freixo: “Só havia duas opções na votação do Pacote Moro: aprovar o texto alternativo, que derrubou as medidas mais desastrosas do ministro, como a excludente de ilicitude, ou aprovar o texto original, cheio de aberrações. Votamos para derrotar os abusos do ministro [Moro]”. In: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/12/05/freixo-e-criticado-por-sim-a-pacote-anticrime-mas-cita-abusos-de-moro.htm?cmpid=copiaecola> (Consulta em 10/07/20)

3 Sancionado pacote anticrime com derrotas para Moro: In: <https://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/2019/12/26/sancionado-pacote-anticrime-com-derrotas-para-moro-bolsonaro-muda-eleicao-de-reitores.ghtml> (Consulta em 10/07/20)

Garantias. A comemoração do avanço veio, entretanto, acompanhada de inúmeras preocupações.

Em primeiro lugar, com o apertadíssimo prazo para execução das mudanças necessárias à implementação do novo sistema, notadamente, em função da necessidade de alteração na sistemática de funcionamento das Comarcas, especialmente, naquelas dotadas de Vara Única. Impossível fazer a implantação do novo modelo em trinta dias, como previsto.

Em segundo lugar, vale dizer, não houve qualquer preocupação do Congresso e/ou da Presidência com uma visão global-sistêmica do Código de Processo Penal, ou seja, a nova lei apenas traz a previsão do Modelo Acusatório e cria o Juiz de Garantias, mas não altera e nem informa como ficam os dispositivos vinculados ao modelo anterior, no qual o juiz podia agir de ofício, por exemplo. A lei cria uma nova sistemática, mas não altera e silencia em relação aos dispositivos conflitantes, deixando em aberto a pergunta sobre como devem agir os operadores do direito.

Em terceiro lugar, com o ingresso das arguições de inconstitucionalidade, vieram as duas suspensões do novo art. 3º, com prazo determinado pelo Ministro Toffoli e, em seguida, com prazo indeterminado pelo Ministro Fux. Nos despachos desses dois Ministros pode-se ler duas correntes bem definidas dentro do Supremo Tribunal Federal.

Da surpresa à alegria e, no meio da comemoração, à frustração.

Desde a sanção da nova lei, uma questão ficou evidente: o desgaste do Ministro Sérgio Moro. Depois da votação do substitutivo, houve eloquente manifestação do ex-juiz pelo veto presidencial ao novo art. 3º, tendo, no entanto, sido terrivelmente derrotado no seu pleito.

Nesse particular, houve divergência clara entre o Presidente e seu Ministro da Justiça, com ênfase ao fato de ter prevalecido um suposto interesse do pai Jair Bolsonaro, em função dos problemas enfrentados pelo filho Flávio perante a Justiça do Rio de Janeiro, com recursos e medidas ao STF. Os comentaristas especializados repassaram, por meio da imprensa⁴, que Bolsonaro teria divergido de Moro,

⁴ Pacote anticrime sancionado por Bolsonaro limita atuação de juiz 'linha dura' no caso Flávio. In: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/12/26/pacote-anticrime-sancionado-por-bolsonaro-limita-atuao-de-juiz-linha-dura-no-caso-flvio.ghtml> (Acesso em 10/07/20). Ainda: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-de-garantias-deve-afetar-caso-de-flavio-bolsonaro,70003136489> (Acesso em 10/07/20).

exatamente para afastar o Juiz Itabaiana da investigação contra o filho, na operação referente à divisão de vencimentos na Assembleia Legislativa do RJ (“Rachadinhas”).

Esta seria a explicação para o exíguo prazo de 30 dias, previsto no art. 20 da lei. Obviamente, não seria razoável que uma transformação desta monta, incluída no apagar das luzes da discussão feita no Congresso, fosse admitida pelo Presidente da República, o que aumentou a verossimilhança das notícias veiculadas pela mídia nacional.

Assim, ao invés de termos prazo e condições para a implementação das transformações há tanto tempo esperadas, aconteceu de termos no Brasil a previsão de míseros 30 dias para a passagem ao Juiz de Garantias, o que, evidentemente, levou a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) a ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de liminar de suspensão do disposto no art. 3º da Lei. E obteve a liminar.

Essa tese de que haveria interesse e pressa de Bolsonaro em relação à possibilidade de afastamento do juiz competente para as investigações no Rio de uma futura ação penal é o que justificaria a atuação do presidente contra o próprio Ministro. É também a explicação que se tem para um prazo tão apertado, diante de uma mudança tão brusca e significativa. Bolsonaro teria sancionado a lei para que o juiz da investigação contra seu filho, ficasse impedido, nos termos do art. 3º, D da Lei.

Na esmagadora maioria dos países, a transição para o modelo acusatório deu-se de forma lenta e gradual. E mais: de forma negociada. Como adverte Jacinto Coutinho há décadas em todas as suas obras, não adianta apenas mudar a lei. Há que se trabalhar a mudança da mentalidade inquisitória. E, para isso, é fundamental que se tenha tempo e diálogo.

No caso da Lei nº 13.964/19, não houve o tempo necessário para que pudesse haver diálogo, porque, possivelmente, havia interesse na pressa. Resultado: o Ministro foi contra, mas o Presidente sancionou. De Pacote Anticrime a Pacote Antimoro.

A partir daí, houve uma chuva de ações contra inúmeros dispositivos da nova lei, mas especialmente em relação ao Juiz de Garantias.

2 FUX VERSUS TOFFOLI: O QUE ESTÁ POSTO NAS ADIS AJUIZADAS CONTRA O JUIZ DE GARANTIAS?

A primeira decisão que suspendeu dispositivos da Lei nº 13.964/19 foi tomada em 15.01.2020, pelo Ministro Presidente Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial, quando concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300.

Inicialmente, foram ajuizadas essas três ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar contra dispositivos da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. O foco principal foi, realmente, a questão da instituição do “Juiz das Garantias”. Conforme relatório apresentado na decisão, as ações eram as seguintes, ao tempo da concessão parcial da cautela:

(1) ADI nº 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), na qual os autores impugnam os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, bem como o art. 20 dessa lei, que fixa o início da vigência do diploma;

(2) ADI nº 6.299, ajuizada pelo PODEMOS e pelo CIDADANIA, na qual os autores impugnam, além dos preceitos anteriormente mencionados, o § 5º do art. 157 do CPP, também inserido pela Lei nº 13.964/2019;

(3) e ADI nº 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), na qual também se impugnam os arts. 3º-A a 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019.

No conjunto de ações, alegam as partes interessadas, em síntese, a inconstitucionalidade formal da norma referente ao Juiz de Garantias. A alegação, basicamente, está presa ao fato de a lei dispor, não somente sobre normas gerais de processo penal, mas também sobre procedimento em matéria processual, que seria matéria de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, no contexto da qual cabe à União editar tão somente normas de caráter geral, nos termos do art. 24, XI e § 1º, da Constituição Federal. Ainda, inconstitucionalidade formal por ofensa à competência dos Tribunais para a criação de órgãos do Poder Judiciário, nos termos do art. 96, I, d; e II, b e “d”; e art. 110 da CF/88, assim como ofensa à competência dos Estados para organizarem sua própria justiça e à competência dos Tribunais de Justiça para tratarem da lei de sua organização judiciária, nos termos do art. 125, § 1º, da CF/88.

A AMB e a AJUFE, por sua parte, alegam inconstitucionalidade dos arts. 3º-A a 3º-F, por não tratarem “(...) de alteração de competência dos Juízos criminais existentes, mas de instituição de um novo Juízo (o das Garantias) de forma imediata, sem prever a efetiva criação e instituição por meio das leis de organização judiciária no âmbito da União e dos Estados” (ADI nº 6.298).

Alegam as partes, de um modo geral, ofensa ao pacto federativo, visto que as alterações introduzidas pela nova lei “promovem mudanças que não se enquadram propriamente como processuais, na medida em que revestida[s] de caráter eminentemente estrutural, comprometendo a organização judiciária em todos os entes federados”.

Ainda, que o Juiz de Garantias representaria ofensa ao princípio do juiz natural (art. 5º, inciso LIII), visto que a norma questionada “criou uma instância interna dentro do primeiro grau, um segundo juiz natural, por meio de lei ordinária” (ADI nº 6.298).

Da mesma forma, ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CF/88), decorrente do fato de que a figura do juiz de garantias foi criado apenas para a primeira instância, e não para os tribunais, diante da ausência de alteração da Lei nº 8.038/90.

Outrossim, aduzem haver violação dos princípios da razoável duração do processo e da segurança jurídica, pois “o juiz responsável pela instrução não acompanhará o desenvolvimento das investigações, ficando totalmente alheio aos acontecimentos empreendidos pela autoridade policial e pelo Ministério Público, o que poderá ocasionar um julgamento mais tardio, tendo em vista que o magistrado precisará de mais tempo para firmar sua convicção” (ADI nº 6.299);

Alegam, também, violação do art. 169, § 1º, da CF/88, porque a instituição do Juiz de Garantias implicaria aumento de despesas, sem correspondente previsão orçamentária, sem que haja, ainda, demonstração da estimativa do impacto financeiro e orçamentário da medida, em ofensa ao art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Outro ponto, um tanto surpreendente, seria o de que o Juiz de Garantias criaria um embaraço ao combate de ilícitos, pois a adaptação à lei “ensejará inúmeros habeas corpus, recursos e incidentes processuais nas ações criminais, que poderão significar, na prática, maior risco de impunidade, na contramão do espírito do ‘pacote anticrime’” (ADI nº 6.300).

Segundo trazem, deve haver interpretação conforme à Constituição do art. 3º D, no sentido de que o impedimento referido na norma seja aplicado ao Juiz de Garantias propriamente dito, não sendo aplicável aos casos em andamento, por implicar aplicação retroativa da lei de processo penal, que a jurisprudência dessa Corte recusa”, além de violar o princípio do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal), “uma vez que o impedimento previsto para alcançar o novo 'juiz natural das garantias' -- se isso for possível -- passará a alcançar o Juiz Criminal que era o único 'juiz natural' da investigação havida” (ADI nº 6.298).

Finalmente, atacam a insuficiência do prazo de *vacatio legis* de 30 dias (art. 20), pois o Poder Judiciário brasileiro não possuiria estrutura suficiente para a implementação e o funcionamento regular do novo instituto.

Com esse último argumento, trabalham a argumentação em torno do *periculum in mora*, pela iminência do esgotamento do prazo fixado no art. 20 da Lei nº 13.964/2019, ou seja, usam a necessidade de mais tempo para que os órgãos se adaptem à nova disciplina legal.

Diante dessas alegações, em relação ao Juiz de Garantias, o Ministro Dias Toffoli deferiu o pedido formulado na ADI 6298 MC/DF, nos seguintes termos:

Conclusão

Pelo exposto, ante a urgência de análise liminar, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020 (art. 20 da lei), concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para:

(i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19;

(ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão;

(iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações:

(a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990;

(b) processos de competência do Tribunal do Júri;

(c) casos de violência doméstica e familiar; e

(d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.

(iv) fixarem-se as seguintes regras de transição:

(a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento;

(b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz

das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa. ”

Pelo exposto, ante a urgência de análise liminar, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020 (art. 20 da lei), concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para:

(i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964/19;

(ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão;

Como é sabido, posteriormente, em 20.01.2020, foi distribuída a ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, que impugna os artigos 3º-A; 3ºB, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n. 13.964/2019. Conclusa a ação para despacho da medida cautelar, o Ministro revogou o que estava decidido pelo Colega e proferiu decisão mais ampla, agora suspendendo sem dia certo a entrada em vigor do Juiz de Garantias previsto na nova lei.

O Ministro Fux, portanto, reapreciou a matéria e decidiu:

Conclusão:

Ex positis, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos:

Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal);

(b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal);

Como antes referido, da surpresa à alegria e desta para a desesperança. As alíneas do novo art. 3º foram todas suspensas e não há data para que a matéria possa ser discutida pelo Plenário do STF.

Quando o Ministro Dias Toffoli deferiu a medida cautelar para suspender por 180 dias as alíneas do art. 3º do CPP, pareceu que venceria a tese da busca por mais tempo para adequação do judiciário ao novo modelo. Mais tarde, com a nova cautelar deferida pelo Ministro Luiz Fux, viu-se que a questão pode mesmo ser de afastamento completo do modelo acusatório apoiado num juiz para a investigação e outro para o julgamento.

Atualmente, há sérias razões para se pensar que não haverá Juiz de Garantias no Brasil. Pelo menos, não será da forma como o sistema acusatório veio previsto na Lei nº 13.964/19.

O Ministro Luiz Fux deferiu liminar em Medida Cautelar nas ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, no dia 22 de janeiro. Fux reformou a decisão proferida pelo seu colega e Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, notadamente no que diz respeito à Audiência de Custódia, Arquivamento do Inquérito e Juiz de Garantias.

Assumindo a posição de Presidente, pela licença do titular do cargo, o Ministro Fux atropelou o que havia decidido seu colega e tornou sem efeito a liminar há pouco concedida. De uma só vez, Luiz Fux: 1) passou por cima da decisão do Ministro Dias Toffoli; 2) agiu politicamente em relação ao Juiz de Garantias, atendendo aos anseios do Ministro Sérgio Moro e em afronta clara ao Poder Legislativo; 3) agiu corporativamente em relação à Audiência de Custódia, ao atender o pleito das Associações de Juízes; 4) agiu de forma contraditória, já que decidiu contra a sua posição, que foi acolhida pelo Plenário, conforme votação em plenário da ADI 5.240, quando defendeu a realização da audiência de custódia nos exatos termos do novo art. 310.

Discutir a liturgia do cargo, ética e etiqueta, para além dos bons modos. Discutir indignação, crítica e constrangimento epistemológico. Incumbe sim aos profissionais da defesa usarem da palavra para a busca de um processo penal pautado pela ética, pela divisão dos papéis, pela imparcialidade. É papel dos defensores exigir que as ADI sejam pautadas logo e que seja instituído o modelo acusatório com a separação necessária do papel de um Juiz de Garantias e de outro Juiz para o julgamento da causa.

De qualquer forma, fica pendente de resposta a pergunta: o que fazer, diante da suspensão dos arts 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal?

3 COMO AGIR NA DEFESA CRIMINAL, ENQUANTO TUDO ESTÁ COMO ESTÁ?

O art. 3ºA, agora suspenso, dispõe que: “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.”

Com efeito, a nova lei tornou expresso o dever de o juiz agir apenas quando provocado pelas partes, embora tenha silenciado em relação aos artigos do CPP que trazem a previsão da prática de ato de ofício. Repita-se: a lei não fez qualquer menção aos artigos do CPP com previsão de atuação de ofício pelo juiz.

Qual pode ser a postura da defesa em relação a esse silêncio?

Nesse ponto, resta à defesa a tese de que houve a revogação tácita desses dispositivos. Por essa linha de pensamento, incumbe à defesa insurgir-se contra a atuação do juiz, sem provocação das partes.

Essa postura aplica-se aos casos dos seguintes artigos do Código de Processo Penal:

- Art. 5º, inciso II: início do Inquérito
- Art. 94: questão prejudicial
- Art. 127: sequestro de bens
- Art. 147: incidente de falsidade
- Art. 149: incidente de insanidade
- Art. 168: exame complementar
- Art. 185, §2º: interrogatório por videoconferência (consulta)
- Art. 196: reinterrogatório
- Art. 225: antecipação prod. prova
- Art. 242: busca e apreensão
- Art. 282, §2º: medidas cautelares
- Art. 311: prisão preventiva
- Art. 378, I: medida de segurança.
- Art. 404: diligência imprescindível
- Art. 426, §1º: alteração da lista geral de jurados
- Art. 497, XI: diligências
- Art. 574: recurso de ofício

Os artigos acima indicados trazem hipóteses de atuação ex officio do juiz, ou seja, podem ser atacados por sua contrariedade ao Sistema Acusatório previsto no novel art. 3ºA do CPP e pelo que já trazia a Constituição Federal, antes da edição do Pacote Antimoro.

Da mesma forma, deve ser feita uma releitura dos seguintes dispositivos do CPP: art. 155 e 156; art. 383 e 384; Parágrafo Único do art. 212, já que possuem

termos incompatíveis com o modelo acusatório trazido pela nova lei, devendo, portanto, da mesma forma, serem rechaçados pela defesa técnica.

A defesa pode, evidentemente, trabalhar com a ideia de que qualquer atuação do juiz, sem provocação das partes, contraria a lógica do sistema acusatório e, com a vigência do art. 3ºA, constitui nulidade processual.

Mas e a suspensão da eficácia dos artigos determinada pelo Ministro Fux?

A posição aqui trazida, no sentido de a defesa insurgir-se contra a atuação de ofício do juiz, deve ser mantida, mesmo com essa suspensão determinada pelo Ministro, ou seja, os defensores devem fazer a arguição de nulidade processual pela quebra do sistema acusatório para que esse aspecto fique registrado nos autos, nos termos do art. 571 do CPP, evitando-se a convalidação prevista no art. 572, ambos do CPP.

Essa postura, embora possa parecer equivocada nesse momento, poderá manter viva a discussão ao longo da tramitação processual, o que pode ser muito importante no futuro, diante das inúmeras possibilidades de julgamento das ADI. Sem saber, agora, o que será decidido pelo STF, a melhor conduta é agir com cautela, protegendo a questão da convalidação e mantendo viva a discussão quanto ao cerceamento da garantia do acusado de ser julgado por uma autoridade judiciária imparcial.

Isso acontece, por certo, com o registro da violação da defesa no momento adequado (art. 571), com a narrativa em torno da atipicidade (art. 564), a demonstração do prejuízo (art. 563), da legitimidade (art. 565) e relevância (art. 566).

Essa postura cautelosa, diante do que será decidido pelo STF, é o que poderá permitir a incidência do art. 573 do CPP, com o refazimento do ato nulo. Essa é a grande sacada dessa postura, ou seja, manter viva a discussão sobre a postura indevida do magistrado, enquanto se aguarda o desdobramento das ADI no Supremo.

Mas o STF, certamente, não julgará essas ações com efeito retroativo. Será? Possivelmente. É muito difícil que sejam anulados todos os processos, em caso de improcedência das ADI e revogação da suspensão da eficácia dos dispositivos. Certamente.

De qualquer forma, a postura contra a atuação de ofício do juiz, não depende da vigência das novas alíneas do art. 3º.

Isso acontece, porque a doutrina e parte da jurisprudência reconhecem que a Constituição Federal de 1988 adotou (implicitamente) o sistema acusatório. Isso pode

ser comprovado pelo rol de garantias fundamentais previsto no art. 5º., tais como a imparcialidade do juiz, a publicidade dos atos processuais, a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, o juiz natural, a inadmissibilidade de provas ilícitas, dentre tantas outras.

De fato, o art. 3ºA apenas consagrou, modo expresso, aquilo que já deveria ter sido admitido pela comunidade jurídica brasileira, ou seja, a não-recepção dos dispositivos do CPP fascista da década de 40, desde o advento da Carta Política de 1988. Há muito tempo, bem antes de dezembro de 2019, que se busca a decretação de nulidade processual por perda da imparcialidade, toda a vez que o juiz abandona sua postura inerte e equidistante para tomar o lugar de uma das partes, seja em iniciativas relativas à condução da marcha processual, seja pela busca de provas para absolver ou condenar.

Juiz julga. Ministério Público acusa. Defesa defende. É fundamental a separação dos papéis de cada um dos operadores do sistema judicial para que não haja a quebra da paridade de armas ou igualdade (formal e material) das partes perante um juiz equidistante e imparcial.

É muito importante, pois, que os profissionais que atuam na defesa de acusados em processo criminal façam a consignação da nulidade a cada vez que verificarem qualquer forma de atuação do julgador com violação ao dever de inércia em matéria processual penal.

4 QUAL A CONCLUSÃO POSSÍVEL?

A Defensoria Pública no Brasil foi sempre, historicamente, relegada a um plano secundário no contexto da distribuição das verbas e da estrutura de atendimento das demandas. A comparação da destinação de recursos para o Ministério Público e para as Defensorias é o que comprova o desequilíbrio das forças em confronto no processo penal, especialmente quando um dos lados é uma força infinitamente maior do que a outra.

Por outro lado, o País tem experimentado uma série de discussões a respeito de teses jurídicas levantadas em casos importantes, todos com impacto na vida cotidiana das pessoas, como nos julgamentos feitos pelo STF na ADPF do Sistema Penitenciário, bem como no debate sobre descriminalização das drogas, dentre tantos outros.

A vitória obtida no julgamento das ADCs contra a prisão em Segunda Instância somente foi possível pela atuação de valorosos Defensores Públicos, mostrando que a repercussão daquela terrível mudança de postura do STF, capitaneada pelo Ministro Teori Zavascki, passou a atingir exatamente a clientela mais pobre do sistema penal. Nesse ponto, a Defensoria é uma das instituições da República com maior capacidade de provocar a mudança de postura dos órgãos do Poder Judiciário em relação a teses já consolidadas, inclusive nas Cortes Superiores.

No tocante ao Sistema Acusatório e ao Juiz de Garantias, é fundamental que a Defensoria Pública do País atue de forma coesa e organizada para que haja o devido registro das nulidades advindas da inobservância do devido processo, com ampla defesa e contraditório, mas, especialmente, com um juiz que seja imparcial.

Nesse plano, independente das motivações que levaram o Sr. Jair Bolsonaro a discordar do seu Ministro da Justiça, o certo é que o Brasil figura como o último e talvez o único país da América Latina a não adotar o sistema acusatório com a instituição do Juiz das Garantias. Inacreditavelmente, ainda ostentamos essa marca absurda, no tempo em que países como o Chile, por exemplo, discutem duas décadas de implementação do modelo acusatório-adversarial.

Diante dos rumores de que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) prepara o Poder Judiciário para a instituição do Juiz de Garantias em todas as Comarcas da República, resta a esperança de que a comunidade jurídica e a sociedade possam, enfim, comemorar esse avanço legislativo, estrutural, institucional e ético da Justiça Penal da nossa Pátria.

Enquanto as ações diretas não entram em pauta, resta aos aguerridos defensores desta terra de palmeiras onde canta o sabiá permanecerem vigilantes, firmes, fortes na busca da atuação das partes e inércia do juiz, como forma de garantir o devido, o certo, o justo, o constitucional.

Mais não digo.

5 REFERÊNCIAS

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O garantismo inquisitório brasileiro: continuidades do discurso autoritário no pensamento processual penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Org.). Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre o processo penal entre Brasil e Itália: volumes 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELCHIOR, Antonio Pedro. O projeto de Código de Processo Penal trinta anos após a Constituição da República: um novo entulho inquisitivo? In: SANTORO, Antonio E. R.; MALAN, Diogo R.; MADURO, Flávio M. (Orgs.). Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

O SISTEMA ACUSATÓRIO NA LEI 13.964/2019

THE ADVERSARIAL SYSTEM IN LAW 13.964/2019

José Antonio Paganella Boschi¹

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais. 2 Os dois sistemas de processo, na história do direito processual penal. 3 O sistema inquisitivo no direito penal do horror da Idade Média. 4 O sistema acusatório e seu progressivo distanciamento do sistema inquisitivo. 5 A Constituição de 1988 e o sistema acusatório de processo. 6 O modelo acusatório na Lei 13.964/2019. Um mundo de expectativas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A história do direito confunde-se com a história das nações e, por isso, todo aquele que for estudá-la perceberá que os sistemas jurídicos são reflexos da visão de mundo (ideologia) dos detentores do poder sobre políticas públicas, formas de Estado e de Governo, tendências democráticas ou autoritárias e maior o menor preocupação com a defesa dos direitos e das liberdades fundamentais dos cidadãos.

É sob essa perspectiva que teceremos breves comentários sobre o sistema inquisitivo de processo e sua lenta substituição pelo sistema acusatório que permeia as legislações modernas, destacando, ao fim e ao cabo, a necessidade de esforço interpretativo dos operadores do direito destinados a arredar, por ineficácia, os dispositivos do Código de Processo Penal que deveriam ter sido expressamente revogados pela lei nova de n. 13.964/2019 por incompatibilidade com o sistema acusatório no País nela previsto explicitamente e antes dela pela CF de 1988.

¹ Ex membro do Ministério Público. Aposentado como Desembargador do Tribunal do RGS. Ex professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da PUC. Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura da Ajuris. Coautor da obra Comentários à Lei de Execuções Penais (Aidê) e Código de Processo Penal Comentado (Livraria dos Advogados); Autor das obras Ação Penal, Ação Penal - As fases Administrativa e Judicial da Persecução e Das Penas e seus Critérios de Aplicação (Livraria dos Advogados). É Mestre em Ciências Criminais e Advogado militante na área criminal.

2 OS DOIS SISTEMAS DE PROCESSO, NA HISTÓRIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O processo penal, como sistema, é uma totalidade constituída por regras e princípios com força normativa em intensa vinculação unitária que, a um só tempo, instrumentaliza a repressão dos delitos e protege o acusado, que é a parte mais fraca, contra o risco de abusos de parte do Estado acusador no exercício do poder de punir.

Consoante as características desse sistema, o Juiz, como dizia Goldschmidt, pode percorrer dois "caminhos distintos" e alternativos para resolver determinada questão penal.

"...Um deles, é que...ao considerar que haja indícios suficientes de um fato punível, proceda de ofício e recolha por si próprio o material, a fim de obter o conhecimento da existência do delito. ...

"Outro caminho para se chegar à verdade e à justiça é que...se limite à decisão quanto às solicitações interpostas do material produzido, deixando a interposição das solicitações e o recolhimento do material àqueles que, perseguindo interesses opostos, são representados como partes².

Com essas palavras, o emérito jurista germânico estava se referindo aos dois grandes sistemas conhecidos em todo o mundo que regem a dinâmica do processo: o inquisitivo e o acusatório.

É sobre eles que discorreremos nos tópicos a seguir³, finalizando com comentários gerais sobre o novo artigo 3o-A do CPP, introduzido pela Lei 13.964 e as antinomias remanescentes à reforma realizada por meio dela, que demandarão posturas interpretativas em bloco para que o modelo acusatório de processo seja realidade também na prática forense.

² GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal*. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 72-73

³ Há quem aluda a um terceiro sistema, denominado como *misto*, mas a alusão é impertinente, porque resulta só de esforço de conciliar os dois sistemas antes referidos, como esclareceu, com acerto, o saudoso e culto Desembargador gaúcho Marco Antonio de Abreu Scapini em excelente texto sobre o tema (*A Violência dos Sistemas Processuais Penais: Uma abordagem crítica desde uma Potência Inquisitorial*. Porto Alegre, Ajuris, ano XXXVI, setembro de 2009, p. 174), amparado nas idéias de Canaris, para quem o conceito de sistema pressupõe, necessariamente, ordem e unidade, ou seja, requisitos e princípios próprios não identificáveis no denominado sistema misto de processo.

3 O SISTEMA INQUISITIVO NO DIREITO PENAL DO HORROR DA IDADE MÉDIA

O sistema inquisitivo⁴ (do latim **inquirere**, inquirir, indagar), “... se caracteriza, em primeiro lugar, pelo fato de que o mesmo órgão que instrui e acusa também decide a causa (o inquisidor)”⁵ de modo que, nesse sistema, conforme Claus Roxin, “o juiz intervém por si mesmo: ele detém, interroga, investiga e condena. Não há acusador nem acusado, mas somente o juiz (o inquisidor) que investiga e julga – e o objeto de sua atividade (o inquirido)”⁶, aspecto que bem evidencia o alto grau do comprometimento da isenção do julgador e do risco que corre o acusado no processo.

A fonte desse sistema é o direito romano e como tal foi praticado pelos romanos até perder força no feudalismo (porque o proprietário das terras era mais árbitro do que de julgador) e ressurgir, com força e vigor, na Alta Idade Média quando a Justiça da Igreja, “dotada de espírito por inteiro diverso”⁷ começou sua intensa fase de reestruturação no Papado de Inocêncio III.

A queixa que no direito romano e também no direito feudal era desencadeada pelo particular, com todos os riscos frente ao oponente – seria substituída por um sistema de “delação (**denunciatio**) ou um rumor publicamente divulgado de má fama – ... – para que se produzisse uma atuação oficial persecutória: se abria, em conseqüência, a **inquisitio**, com o objetivo de averiguação da verdade material (**verias delicti**)”⁸.

Esse sistema que inspirou as **delações premiadas** como as conhecemos em nosso direito atual expandiu-se a partir de 1232, quando o Imperador Frederico II lançou éditos de perseguição aos hereges, em todo o Império, como estratégia política, temeroso de divisões internas.

⁴ Lembre-se que a palavra *inquérito* deriva de inquisição pois nele não há defesa e contraditório, tendo o investigado, no máximo, o direito à obtenção de cópias integrais dos autos, a teor do enunciado n. 14 da Súmula Vinculante, o que nem sempre consegue porque há sempre a alegação de que pendem diligências sigilosas...).

⁵ AMBOS, Kai & LIMA, Marcellus Polastri. O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades Alemã e Brasileira. Livraria do Advogado, 2009, p. 9

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p. 86 (tradução nossa).

⁷ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. SP, Saraiva, 1994, p. 24.

⁸ AMBOS, Kai & LIMA, Marcellus Polastri. O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades Alemã e Brasileira. Livraria do Advogado, 2009, pp.17-18

As mudanças serviam ao Direito Canônico por ensejar “maior controle disciplinar entre os clérigos infratores ou corruptos”⁹, em razão do comércio de ritos sagrados pela Igreja, sacramentos, relíquias e cargos, mas, também desconfiado das ambições do Imperador, o Papa acabou reivindicando a missão para a Igreja e entregando-a a Inquisidores da ordem dos Dominicanos recrutados por sua rigorosa formação tomista e pelo desapego aos interesses terrenos, que os tornaria presumivelmente isentos.

Assim, como bem explica João Bernardino Gonzaga, “...com o papa Inocêncio III, no fim do século XIII, e com o quarto Concílio de Latrão, em 1216, firmou-se o método da *inquisitio*. No procedimento *per inquisitionem*, permitia-se ao juiz, mesmo sem acusador, abrir um processo e nele livremente colher as provas conducentes ao julgamento. Na Igreja nasce, desse modo, o que se veio a chamar de “sistema processual inquisitório”, caracterizado então por estas notas: a autoridade dispõe de poderes para, por sua iniciativa, encetar uma ação penal; liberdade do juiz para colher as provas que entenda necessárias, procedimento secreto, em que avulta o interesse em obter a confissão do réu”¹⁰, admitida a tortura.

Em 1376 o frade Nicolau Eymerich escreveu o *Manual dos Inquisidores* ou *Malleus Malleficarum*, que, por conter as normas processuais a serem seguidas, termos e modelos de sentenças a serem utilizadas pelos inquisidores, pode ser qualificado como típico *Código de Processo da Inquisição*.

Nesse Manual em que recomenda o emprego de artimanhas, de subterfúgios, como, por exemplo, “Os dez truques... para neutralizar os truques dos hereges”¹¹ e destinados a induzi-los a confessar seus crimes, ainda que sob tortura, consta que, se inquisidor for exitoso, já não mais haveria necessidade do imputado ser assistido por um defensor. Literalmente: “O fato de dar o direito de defesa ao réu também é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação da sentença. Essa concessão algumas vezes é necessárias, outras não. Quando o réu confessa o crime - sendo ou não reconhecido por testemunhas - para quem o denunciou e a

⁹ AMBOS, Kai & LIMA, Marcellus Polastri. O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades Alemã e Brasileira. Livraria do Advogado, 2009, pp.17-18

¹⁰ GONZAGA. João Bernardino, *A Inquisição em seu Mundo.*, SP, Saraiva, 1994, p. 24

¹¹ EYMERICH. Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Brasília. Editora Rosa dos Tempos. 2a. ed., p. 123 (Prefácio de Leonardo Boff

confissão corresponde às denúncias, não vale a pena oferecer-lhe um defensor para atuar contra as testemunhas. Na verdade, a confissão tem mais credibilidade do que o depoimento das testemunhas".¹²

A lógica inquisitiva e esse brutal desconhecimento das garantias individuais e todas as brutalidades incompatíveis com a caridade e o amor cristão vigorou durante o antigo regime também no incipiente direito secular europeu, como é possível ver, por exemplo, no extraordinário livro *Observações Sobre a Tortura*¹³ escrito pelo Iluminista Pietro Verri.

Apoiado em documentos autênticos, o Iluminista Pietro Verri reconstruiu caso ocorrido em 1630, ano em que uma peste originária de Valtelina (Alemanha) mataria milhares de milaneses. As autoridades diziam para o povo que aquilo não era nada (a história se repete?), que a peste não passava de uma invenção de médicos que queriam ganhar dinheiro com os pacientes e que a causa da mortandade decorria da ação criminosa de quatro pessoas que, segundo despacho expedido pelo Marquês Spínola, haviam partido de Madri com um potente veneno e que estavam unguentando as paredes das casas.

Com o propósito "confirmar" a versão e escondendo que se fosse mesmo veraz a história os criminosos seriam os primeiros a morrer, as autoridades locais iniciaram uma "caça humana" e foi certamente induzida a aceitar a veracidade da versão oficial que uma certa senhora chamou a polícia ao ver um cidadão de nome Guglielmo encostado na parede de uma das casas próxima à sua.

O pobre homem, um simples funcionário público, que havia interrompido a marcha para abrigar-se da chuva no local em que foi preso, acabaria sendo preso e acusado pelo morticínio. É claro que ele negou tudo mas como foi torturado incansavelmente acabou confessando que era, efetivamente, um dos criminosos e, por isso, debaixo de mais sofrimentos físicos precisou "revelar" as identidades dos outros participantes, declinando nomes de conhecidos que seriam torturados e condenados por terem confessado...

Esse caso, dentre outros tantos descritos por Michel Foucault, ilustra tudo.

¹² EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Brasília. Editora Rosa dos Tempos. 2a. ed., p. 137 (Prefácio de Leonardo Boff).

¹³ VERRI, Pietro. *Observações Sobre a Tortura*. Trad. de Dalmo de Abreu Dallari. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

4 O SISTEMA ACUSATÓRIO E SEU PROGRESSIVO DISTANCIAMENTO DO SISTEMA INQUISITIVO.

Diametralmente contrário ao inquisitivo, o sistema acusatório, segundo Faustino Cordón Moreno, está assentado nas ideias de que *a) no hay juicio sin una previa acusación; b) a acusación debe ejercerse por um órgano (o persona) distinto del que há de juzgar; c) el órgano enjuiciador está vinculado a los elementos identificadores de la acusación (hecho punible objeto de la misma persona del acusado), de forma que no puede condenar por hechos diferentes ni a persona distinta.*¹⁴.

Em sua base, reside, concentrado, o esforço de assegurar, com a separação das funções, a imparcialidade do juiz. O processo é, essencialmente, um processo "de partes", no qual "*... se contrapõem a acusação e a defesa, num duelo judiciário caracterizado pela igualdade das posições e dos direitos das duas partes contrapostas sobre as quais se ergue, moderador impassível, o juiz. A este último não se reconhece nenhum poder de iniciativa na obtenção da prova, cujo ônus cabe tão-só ao acusador*"¹⁵.

Foi a partir dessa noção de processo "de partes" e para assegurar a isenção do julgador que o MP seria criado como o conhecemos hoje. É o que ensina Godschmidt, literalmente: "*...la creación del Ministerio fiscal no há tenido outro fin sino dispensar al juez de la iniciativa de la persecución penal, nunca el de desnaturalizar su función, es decir, privarla del derecho de penar, cuyo ejercicio es una función específica de la justicia*"¹⁶.

Explicação semelhante nos é dada por Kai Ambos e Marcellus Polastri Lima apoiados em sólida pesquisa dando conta da criação na Prússia, em 1846, de "*um Ministério Público junto ao Tribunal Superior (Kammergericht) de Berlim*", embora destinado não a reforçar os princípios do Estado de Direito e sim a "agilizar o processamento de um maior número de pessoas (aproximadamente 254) que

¹⁴ MORENO, Faustino Cordón. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, 2ª. Ed., Aranzadi, Navarra, 2002, p. 125

¹⁵ PISAPIA, Gian Domenico. Citado por Antonio Amilton de Barros, *Processo Penal Segundo o Sistema Acusatório*. SP, Editora Leme de Direito, 2002, p. 166

¹⁶ GOLDSCHIMIDT, James. *Principios Generales Del Proceso Penal*, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, p. 51.

tinham tomado parte do levante da Polônia de 1846 e, assim, estavam sendo acusadas do delito de alta traição”¹⁷.

Com a consolidação no mundo do ideário humanista e iluminista e todos os movimentos políticos inspirados no tripé da igualdade, da liberdade e da fraternidade que sustentou a Revolução Francesa e que propiciou o nascimento do Estado Moderno, a modernidade e a categoria antropológica nova do *indivíduo*, o sistema acusatório de processo acabaria sendo incorporado pelos ordenamentos jurídicos da imensa maioria dos Países, mesmo que com a preservação ocasional nas legislações internas de resquícios inquisitivos.

Assim aconteceria em Portugal em 1772, ano em que nesse País ocorreu a conhecida Reforma Pombalina dos cursos jurídicos inspirada nos paradigmas científicos do racionalismo e do jusnaturalismo em franca difusão no Continente europeu, nessa época.

O período da reforma Pombalina, ensina Ruth Gauer, *"pode ser caracterizado pelo abandono do romantismo em favor de um sistema de Direito Natural e do individualismo crítico. A transformação da jurisprudência portuguesa embasada na Lei da Boa Razão, nos Estatutos de 1772 e na tentativa de um novo Código em 1788 fundamentou-se no jusnaturalismo da Escola do Direito Natural e das Gentes... Os conceitos de racional, de natural e de nacional são as bases das disciplinas dos cursos de Cânones e Leis, o Direito Nacional e o Direito das Gentes. O direito proposto pelos reformadores se contrapunha à visão do direito ensinado pelos jesuítas: a tese de que todo poder emana de Deus se contrapõe à origem social do pacto feito pelo consentimento dos homens. A legitimação do poder se encontra no próprio homem que o instituiu. Essa nova premissa embasou a criação do Estado como organismo distinto da sociedade civil. Na Idade Média, o poder pertencia aos senhores feudais que o transmitiam hereditariamente; na visão moderna, essas duas esferas dissociaram-se: o poder não é mais herdado, mas conquistado através de instrumentos legais, como o voto. Assim, separou-se o direito público do privado. O*

¹⁷ AMBOS, Kai & LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades Alemã e Brasileira*. Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

espírito moderno está em descobrir o valor da coisa pública, separada dos interesses particulares".¹⁸

É fácil perceber, à simples leitura desse rico e preciso texto, a enorme distância entre as duas economias de poder ínsitas nos sistemas jurídicos: o medieval (feudal e escolástico) de matriz inquisitiva e o moderno, de base acusatória, garantista e protetor dos direitos e das liberdades fundamentais inerentes a cada *individuo*.

O Brasil Império que era à época regido pelas mesmas Ordenações Filipinas e seu direito penal do horror, seria beneficiário do espírito desse novo tempo, pois eram muitos os brasileiros que em Coimbra estudavam e se abeberavam dessa filosofia e quando retornavam para solo pátrio engrossavam as fileiras dos intelectuais que clamavam por mudanças.

Dentre esses estudantes de Coimbra figurava Bernardo de Vasconcelos, que, em Portugal, havia sido aluno de Mello Freire, este último considerado o executor das reformas propostas no Compêndio Histórico e nos Estatutos do período Pombalino.

Conforme Mário Reis Marques, citado por Ruth Gauer, Mello Freire *"É... também, um dos grandes responsáveis pela construção, sistematização e institucionalização do direito moderno em Portugal. As Instituciones Juris Civilis Et Criminales Lusitani e a História Juris Civilis Lusitanim, cujo importante papel na nacionalização dos princípios do novo direito é por demais evidente".¹⁹*

Retornando ao Brasil e elegendo-se Deputado, Bernardo de Vasconcelos elaboraria e apresentaria na Câmara um projeto de Código Criminal consentâneo com o novo tempo, seguido de outro da autoria do Deputado José Clemente Pereira.

Esses dois projetos foram examinados pela Comissão específica que, a final, optou pelo projeto de Vasconcelos que, depois de ser emendado, seria aprovado em 22 de outubro de 1830 pela Comissão de Emendas para, após passar pelo Senado, ser promulgado por Dom Pedro I a 8 de janeiro de 1831.

Substituindo as Ordenações, o Código Penal de 1830, em que pese os defeitos verificados, representou um avanço extraordinário, porque, segundo ensina

¹⁸ GAUER, Ruth Chittó. *A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772*. Porto Alegre. Edipucrs. 1996, p. 73.

¹⁹ GAUER, Ruth Chittó. *A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772*. Porto Alegre. Edipucrs. 1996, p. 77.

Pierangeli, "... deixou de tipificar uma série de condutas que não atingiam a bens jurídicos alheios, estabelecia uma saída e progressiva demarcação de áreas entre a moral e o direito, vedada a aplicação da pena de morte para os crimes políticos, desenvolvia um grande avanço nas concepções liberais da época. Por estas e outras razões, em 1854 foi traduzido para o francês por Victor Fouché, "Graças ao Código Criminal, afirma Vicente de Paula Azevedo, parece que a língua portuguesa, túmulo do pensamento, no sentir desconsolado de Herculano, mereceu alguns cultores. Tê-la-ia estudado o belga Haus, para melhor lhe apreciar o estilo. Para o mesmo fim, paciente e germanicamente, Mittermayer teria, também, aprendido o português", tendo ainda o referido Código influenciado a legislação espanhola, e, "através dela", a influência "sobre a dos países latino-americanos, foi forte e acentuada"²⁰.

Foi nessa toada que o Brasil, dois anos depois (1832), marcaria outro tanto importantíssimo ao aprovar o Código de Processo Penal do Império que, segundo AURELINO LEAL constituiu-se como "a mais brilhante vitória no domínio da justiça"; que, para PANDIÁ CALÓGERAS, revelou-se como "um formoso monumento do saber jurídico e do espírito liberal"; para CÉSAR TRÍPOLI, como "um expoente da cultura jurídica" e para CARPENTER, como "simples, claro, apto a infundir tranqüilidade e segurança".²¹

O Arquivo Nacional registra que "a elaboração de um código específico para o processo criminal iniciou-se no Primeiro Reinado durante a primeira legislatura do parlamento brasileiro (1826-1829), composto por Senado e Câmara dos Deputados, a partir do projeto apresentado pelo ministro da Justiça Lúcio Soares Teixeira de Gouveia, em maio de 1829.

A comissão que deu nova redação a esse projeto, formada por José Antônio da Silva Maia, Manoel Alves Branco e Antônio José da Veiga, só foi eleita em julho de 1831. O projeto do código de processo criminal para intervir nos juízos de primeira instância foi assinado pelo seu relator, o liberal Manoel Alves Branco, deputado pela Bahia, sendo aprovado na segunda legislatura (1830-1833).

²⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp.72-73

²¹ DUTRA, Fábio. *Algumas Questões sobre o Tribunal do Júri*.
http://www.tjrj.jus.br/c/document_library, acesso no dia 21 de julho de 2020, 22h35min.

O Código de Processo Criminal foi promulgado na conturbada década de 1830, quando o governo imperial, para enfrentar a grave crise política após a abdicação do imperador D. Pedro I, criou a Guarda Nacional (1831), visando à manutenção da ordem pública ameaçada por uma série de revoltas urbanas e provinciais, que contestavam a centralização do poder nas mãos de parte da elite política enriquecida pela expansão cafeeira na região sudeste do país. As reformas aprovadas no Parlamento pelos liberais moderados nesse período possuem a marca das pressões federalistas, selando um novo rearranjo político entre o poder central e as províncias".²²

Mesmo mantendo a matriz inquisitiva por permitir ao juiz de paz recolher provas da materialidade (art. 12) e também, de ofício, a iniciar a ação penal e ouvir testemunhas, sem a presença do réu (art. 141), que só poderia contestar as testemunhas se fosse preso (art. 142), o Código de Processo Criminal de 1832, em sua estrutura, "*...distinguia a maneira pela qual deveriam ser conduzidos os procedimentos relativos às investigações dos crimes públicos e particulares. Os crimes públicos delegavam a ação penal ao promotor público ou até mesmo ao cidadão, como previsto, entre os crimes destacados nessa seção estavam incluídos os crimes políticos. De certa maneira, o Código do Processo, previa em sua estrutura, as competências relativas à administração da justiça, é nesse sentido que a prática jurídica passava a ser dividida em distrito de paz, em termos e comarcas; seguindo uma hierarquia, os distritos eram delegados aos juizes de paz, os termos aos promotores públicos, que atuavam em companhia de um juiz municipal, um conselho de jurados, um escrivão das execuções e demais oficiais; já às comarcas eram designados os juizes de direito. O Código do Processo ainda estabelecia os procedimentos destinados a um processo criminal, formalizando a maneira pela qual se deveriam apresentar as queixas para que a prisão fosse efetuada e o transgressor pudesse ser indiciado. Nas palavras de Oswaldo Machado Filho, este código "especificava, ainda, a forma como os julgamentos deveriam ser conduzidos e os passos para a apelação", ainda se apresentavam as garantias aos indivíduos, que por alguma razão havia contravertido a ordem, entre elas "1º. revista, apenas*

²² <http://mapa.an.gov.br/index.php/meanu-de-categorias-2/282-codigo-de-processo-criminal-de-primeira-instancia>

com mandado judicial; 2º. prisão, somente com mandado ou flagrante; 3º. o direito a habeas corpus; 4º julgamento em tribunais abertos e com acareação de testemunhas"(MACHADO FILHO, 2006, p. 215). De certa maneira, essas garantias visavam à proteção da liberdade de ir e vir, sendo que o habeas corpus passou a ser o meio jurídico essencial para esse fim".²³

Na seção III do Título I o Código definiu quem poderia atuar como Promotor e estabeleceu as respectivas atribuições, dentre elas, a de oferecer denúncia, de promover a execução das sentenças e de "*Dar parte às autoridades competentes das negligências, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça*" (arts. 36 e 37, par. 3º), denotando, assim, máxima preocupação com a probidade administrativa. A publicidade das audiências seria instituída no artigo 59, o que representava algo extraordinário comparando-se com o sistema medieval dos julgamentos secretos, abraçado pelas Ordenações.

É claro que remanesceram defeitos, mas é inegável que o sistema inquisitivo feudal e escolástico passariam a ser lembrados como momentos infelizes na história da humanidade, sem embargo da contextualização feita por João Bernardino Gonzaga de que a Inquisição precisa ser entendida como um "*produto de sua época, inserido num clima religioso*" ... das "*... condições culturais, políticas, sociais, econômicas, religiosas, científicas, que moldavam certo estilo de vida, muito diferente do nosso*"²⁴.

O Código Criminal do Império conviveria com legislações processuais estaduais editadas com a autorização expressa da Constituição de 1891, mas, em 1941, seria substituído pelo atual Código de Processo Criminal editado por Getúlio Vargas por meio do Decreto-Lei n. 3.689 e para vigorar em todo o País.

Mesmo preservando regras inquisitivas - que adiante destacaremos - o Código de Processo Penal vigente receberia o rótulo de fascista por ter seguido a matriz ideológica do *Codice Rocco*, mas, na lenta evolução do nosso Direito positivo, foi

²³ AGUIAR, Patrícia Figueiredo. *O Código Criminal de 1832 e as Críticas dos Ministros da Justiça*. Revista Sapiência, UF Mato Grosso. [in.ueg.br > sapiencia](http://in.ueg.br/sapiencia). Acesso no dia 21/07/2020, às 18h30m [do artigo-29874-1-10-20180913 \(1\)](https://doi.org/10.20180913.1).

²⁴ GONZAGA, João Bernardino. *A Inquisição em seu Mundo*. São Paulo. Saraiva, 1994, p. 20. Disse o ilustre autor: "*A Inquisição, enquanto instituição humana, nasceu e permaneceu imersa no mundo que a envolvia, que a explica e que a modelou. Logo, sem conhecer esse mundo, não poderemos julgá-la*".

novo e importante esforço na direção da modernidade, pois extinguiu a ação penal popular prevista no art. 74 e limitou a ação penal de ofício apenas às contravenções (art. 531), reforçando, assim, a oficialidade da acusação, reduzindo o grau da influência pessoal do juiz para o nascimento da ação penal e regando assim a semente do incipiente modelo acusatório de processo.

5 O SISTEMA ACUSATÓRIO NA LEI 13.964/2019. UM MUNDO DE EXPECTATIVAS REAIS

A lei 13.964/2019, editada para aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, introduziu no CPP o novo art. 3º-A dispondo que a estrutura do processo penal brasileiro é "*acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*".

Esse novo artigo 3º-A não integrava dos textos dos Projetos de Leis 10.372/2018 e 882/2019 da Câmara e só foi incluído no Senado por meio do PLS n. 6341/2019, em reação às duas propostas que, cada qual ao seu modo, visavam incrementar a punibilidade no País. A

É importante salientar que a Lei 13.964/2019, no ponto em exame, nada trouxe de novo porque, a bem da verdade, o sistema acusatório de processo de processo, como sustentávamos desde a primeira edição de nosso *Ação Penal – As Fases administrativa e judicial da persecução*²⁵ já estava previsto, implicitamente, na Constituição de 1988 *sem depender de qualquer complementação ou regulamentação em lei ordinária*.

A essa conclusão pode-se chegar mediante simples leitura dos Capítulos sobre as garantias individuais (art. 5º), os poderes e deveres dos Magistrados (art. 92 e seguintes), as atribuições dos órgãos do Ministério Público (art. 127 e seguintes) e as prerrogativas dos advogados privados (art. 133) e públicos (art. 134). Por meio desses dispositivos a Constituição reconhece que o acusado é um sujeito de direitos no processo, que as funções de acusar, julgar e defender são distintas e que o exercício delas passa pela investidura de diferentes pessoas, nas formas estabelecidas nas leis específicas do MP, da Magistratura e da Advocacia.

²⁵ Publicado em 2010 pela Livraria dos Advogados Editora Ltda, de Porto Alegre.

É assim que vem se manifestando a doutrina²⁶ e o próprio STF, como se depreende do voto do eminente Ministro Roberto Barroso proferido quando do julgamento da ADI 5.104-MC (Tribunal Pleno, Dje de 30/10/14), nos seguintes termos:

“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”.

Significa dizer, então, que, a partir de agora, não mais haverá qualquer resistência no reconhecimento de que a estrutura do processo penal é acusatória e que, por força disso, todos os dispositivos legais que contrariem as mensagens normativas que provinham da Constituição e que agora provém da Lei 13.964 serão rapidamente identificados e declarados inconstitucionais ou ineficazes?

Infelizmente, a resposta é negativa. As normas constitucionais que dispõem especificamente sobre a estrutura acusatória nunca foram respeitadas (haja vista a manutenção até hoje no CPP de diversos dispositivos incompatíveis com a CF, como será demonstrado em seguida) e nada indica que elas serão respeitadas agora só porque o legislador aprovou a Lei 13.964.

As resistências já são notórias.

Atente-se, por exemplo, que tão logo foi sancionada a Lei 13.964, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a AJUFE (associação dos Juizes Federais) e dois Partidos Políticos, cada qual empregando os mais variados argumentos, ingressaram com ações cautelares declaratórias (que foram tombadas sob os n. 6298, 6299, 6300 e 6305,) postulando o reconhecimento pelo STF da inconstitucionalidade de diversos dispositivos dessa Lei, dentre eles os artigos 3º-A e 3º-B, que tratam do sistema acusatório e do Juiz de Garantias, este conhecido, há bastante tempo, nas legislações de Países latino-americanos.

²⁶ BARROS, Antonio Milton. *Processo Penal segundo o Sistema Acusatório*. São Paulo. Editora de Direito, 2002, p. 168 e PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. Rio: Lúmem Juris, 1999, p. 153 e 171.

Essas ações foram despachadas no dia 10 de janeiro deste ano (2020) pelo Presidente do STF, Min. Dias Tofoli, apenas para o efeito de suspender, por 180 dias, a eficácia dos artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP dados por ele como formalmente **constitucionais**, sob o argumento de que "...a instituição do "juiz das garantias" pela Lei nº 13.964/2019 veio a reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988" e que "Tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual tem, paulatinamente, caminhado para um reforço do modelo acusatório".

A inconstitucionalidade do art. 3º-A não foi reconhecida pelo Min. Toffoli na decisão monocrática acima referida, mas essa correta e respeitável decisão no entanto, teve vida curta, porque, ao receber os autos por distribuição, o eminente relator, Min. Luiz Fux, 12 dias depois, decidiu **revogá-la** para, **ad referendum do Plenário, suspender sine die a eficácia** "(a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3ºD, 3º-E, 3º-DF, do Código de Processo Penal)", bem ainda de outros dispositivos, dentre eles o art. 28 e sua nova disciplina sobre o arquivamento do inquérito.

Por conseguinte, foi suficiente nova decisão monocrática com argumentos ainda não exaurientes para que, no tocante à estrutura acusatória do processo, a vontade do Parlamento expressa na Lei 13.964, bem afinada com a Constituição Federal, deixasse de surtir os efeitos desejados e esperados há muito pela comunidade jurídica comprometida com os direitos dos acusados, com a dúplici função repressiva e de garantias do processo e com a maximização do ideal de imparcialidade nos julgamentos.

Da leitura da erudita decisão monocrática dois aspectos chamam a atenção: o *primeiro*, relativo à ausência de motivação específica para a suspensão da eficácia do dispositivo que alude à estrutura acusatória do processo (o artigo 3º-A), pois os longos fundamentos foram empregados para justificar a suspensão **sine die** do artigo 3º-B, que trata do juiz de garantias; o *segundo aspecto*, advém da constatação de que o sistema acusatório questionado na ADI 6298 e com eficácia suspensa foi invocado pelo eminente Relator como fundamento para conter a eficácia do artigo 3º-B, denotando, assim, certa incoerência interna nessa decisão.

A resistência em aceitar a estrutura acusatória de processo decorre, máxima vênua da *cultura inquisitiva dominante*, referida por Aury Lopes Jr²⁷, que inspira flexibilizações na interpretação e aplicação da Constituição e das Leis, todas destinadas, salvo melhor juízo, a impedir as mudanças mesmo diante do reconhecimento do novo, bem ao estilo positivista do "*mudar conservando*".

A jurisprudência, com efeito, é, naturalmente, conservadora e nisso não vai nenhum propósito de desqualificá-la, pois, a final, trabalho com o direito posto e nem sempre há espaços para inovações.

Ao permitir, por exemplo, a prisão de condenados em processos pendentes de julgamento pelas instâncias superiores, o STF adotou uma posição tipicamente conservadora e quem fez essa afirmação foi ninguém menos que o decano da Corte, Min. Celso de Mello! Acompanhado por três colegas, ele votou contra a mudança de entendimento quando do julgamento do HC 126.292 que propiciou a prisão de acusados com a confirmação da condenação em segundo grau. " Em seu voto, o ministro Celso de Mello afirmou que " pelo menos 25% dos recursos extraordinários criminais que chegam ao STF interpostos por réus condenados são acolhidos inteiramente, o que significa que condenações decretadas anteriormente são revertidas pelo colegiado. " Houve uma inflexão conservadora do Supremo na restrição do postulado constitucional de estado de inocência." Segundo o artigo 5º, inciso LVII da Constituição. "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".²⁸

O mesmo colendo STF, noutro exemplo, demorou cerca de quinze anos em meio às centenas de Habeas Corpus e recursos Extraordinários interpostos para declarar, por seis votos contra cinco, a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos na parte que proibia a progressão nos regimes, em que pese a clareza na Constituição Federal do princípio da individualização da pena, que determina o

²⁷ LOPES JR., Aury. Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório. <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio>, acesso no dia 23 de julho de 2020, às 20h15m.

²⁸ In: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/decanos-supremo-comentam-virada-jurisprudencia-corte>, acesso no dia 26/07/2020, às 17 hs.

reconhecimento das diferenças, a final reconhecido como fundamento central no julgado paradigmático²⁹.

Então, o alerta sobre a *cultura inquisitiva* tem pertinência, máxima vênia, porque não faz muito, até mesmo o emin. Presidente do STF, a mesma autoridade que, em janeiro deste ano, deu pela constitucionalidade do modelo acusatório de processo, previsto no art. 3º-A, como referimos antes, foi quem, inquisitivamente, determinou de ofício a abertura de inquérito no âmbito do STF para apurar notícias falsas (*fakes news*) e ataques a Ministros da Corte e designou como Relator o emin. Ministro Alexandre de Moraes, em descompasso, precisamente, com normas internas que regem a distribuição dos processos para preservação do princípio da impessoalidade.

É certo que a iniciativa foi dada como legal e constitucional pela maioria dos integrantes da egrégia Corte, mas, com o máximo respeito, preferimos ficar com a posição vencida, externada pelo emin. Ministro Marco Aurélio, de que o artigo 43 do Regimento Interno do STF, que embasou a instauração do inquérito, não foi recepcionado pela Constituição de 1988 e que a instauração de ofício de inquérito violou o sistema acusatório constitucional.³⁰

Era de rigor, por todas as razões, o envio de **notitia criminis** ao MP Federal para que essa Instituição abrisse a investigação, colhesse as provas e concluísse ou sobre a existência ou não de infração penal, especialmente considerando que o próprio STF reconheceu e reafirmou em vários julgados a legitimidade do MP para investigar.

Permanece vivo, portanto, o antigo alerta de Afrânio Jardim de que a estrutura processual penal de hoje, no Brasil, continua sendo um produto inacabado³¹ e parte dessa responsabilidade pode ser debitada, também, ao próprio Parlamento, porque o legislador, no mais das vezes, *deixa de promover, quando da aprovação das leis novas, a expunção dos textos de todos os dispositivos colidentes previstos nas leis velhas.*

²⁹ HC n. 82959, da relatoria do Min. Marco Aurélio.

³⁰ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1>, acesso no dia 23 de julho de 2020, às 22h10min.

³¹ JARDIM, Afrânio. *Ação Penal Pública. Princípio da Obrigatoriedade*. Rio, Forense, 2a. ed., 1944, p. 24

O saudoso Luiz Flávio Gomes já alertava que *"as denominadas" reformas pontuais das leis...penais, processuais civis, entre outras –, de uma forma ou de outra, têm trazido problemas para o sistema, tornando os códigos, na visão de alguns, uma verdadeira "colcha de retalhos"*.³² Por isso há quem sustente, com razão, que ao invés de reformar seria melhor e mais seguro reeditar inteiramente os Códigos.

Ninguém ignora as dificuldades políticas para substituição dos Códigos, pela diversidade representativa das forças no Congresso e poderes das corporações, mas essas dificuldades não justificam, máxima vênua, a tradição brasileira infelizmente consolidada de aprovação das leis com reserva aos seus intérpretes e aplicadores da missão, nem sempre fácil, de identificar os dispositivos ineficazes constantes das leis velhas alteradas. Essa situação desmerece o processo legislativo e causa inseguranças jurídicas para os cidadãos e operadores do Direito.

Assim, ao modificar, em boa extensão, o texto Código de Processo Penal, e nele incluir dispositivos sobre a estrutura acusatória do processo, o juiz de garantias e a ritualística do arquivamento do inquérito, impunha-se, de um lado, o *cuidado para o resguardo da coerência interna do sistema* e, de outro lado, *a eliminação dos dispositivos existentes incompatíveis com a reforma*, como condição para a manutenção da unidade que caracteriza o ordenamento jurídico.

Observe-se:

O arquivamento do inquérito ou peças de informações antes dependente de decisão judicial será realizado mediante despacho administrativo pelo próprio representante do MP, despacho esse sujeito ao controle de "instância de revisão" da Instituição (as Câmaras do Ministério Público Federal e provavelmente o Conselho Superior do Ministério Público Estadual).

Desse modo, carece de sentido a manutenção, intacta, da regra do artigo 18 do CPP que enseja novas pesquisas sobre a autoria do fato pela autoridade policial mesmo "depois de ordenado o arquivamento pela *autoridade judiciária*".

Outrossim, o par. 5o do artigo do novo art. 28 confere competência ao juiz de garantias para devolver ao MP os autos do inquérito ou peças de informações para

³² <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/105804/comentarios-reformas-pontuais-dos-codigos>

a *reformulação* da proposta de Acordo de não persecução se entender que as condições eleitas são *inadequadas, insuficientes ou abusivas*.

E certo que o Acordo de Não Persecução não tem a amplitude da **plea bargaining norte-americana** mas, vênha concessa, não há como negar que a intromissão do Magistrado assentada em *juízos políticos, de conveniência ou de utilidade* (inadequação, insuficiência ou abusividade) entra em descompasso com o modelo acusatório e não se coaduna com as novas prerrogativas dos agentes do MP de ajustarem com o investigado e seu defensor, desde que em conformidade com a lei, as condições para o Acordo.

Há mais.

Considerando-se a premissa básica de que o processo acusatório é entre *partes* e que nele o juiz, como terceiro, é *passivo* e separado delas, como condição para resguardar a sua imparcialidade e decidir as questões postas com a máxima isenção, pensamos, ainda, que o legislador, por meio do novo Diploma, para manter a coerência intrínseca do Código assentado nessa premissa, deveria ter revogado expressamente os artigos 127, 147, 149, 196, 209, 282, par. 5o, 310, II, 373, 385, 574, I e II, 616 do CPP e de outros dispositivos de leis especiais que deixamos de enumerar neste momento por fugir ao objetivo deste artigo.

Esses dispositivos permitem, respectivamente, **ao juiz, de ofício**, decretar o sequestro de bens; proceder a verificação da falsidade documental; instaurar incidente de insanidade mental do acusado; reinquirir o réu; ouvir testemunhas não arroladas pelas partes; substituir medida cautelar ou voltar a decretá-la se sobrevirem razões que a justifiquem; converter o flagrante em preventiva; interditar provisoriamente direitos; proferir sentença condenatória mesmo em face de pedido de absolvição formulado pelo acusador; recorrer contra a própria decisão concessiva de HC e de absolvição sumária (esta última hipótese já havia se tornado ineficaz pois a Lei 11.689/2008 retirara o recurso de ofício do capítulo do júri) e **ao Tribunal, também de ofício**, a conversão em diligência do julgamento da apelação para reinquirição do acusado ou de testemunhas ou a realização de diligências em primeiro grau.

Se a ADI n. 6298 for julgada improcedente pelo STF, como se espera, a declaração pelo Judiciário de ineficácia desses dispositivos será imperativa. Afinal,

ensinava Norberto Bobbio, o ordenamento jurídico é composto por normas hierarquizadas formadoras de um sistema, entendendo-se como total aquela "*totalidade ordenada*"³³, que não aceita antinomias como as denunciadas.

Em suma: se foi longo o caminho percorrido até aqui para que o processo inquisitivo ficasse como triste lembrança na história, espera-se, agora que seja bem mais curto o que ainda terá que ser percorrido, para que o sistema acusatório de processo e tudo o que dele dimanar deixe de ser um princípio vago e se transforme em realidade geradora de efeitos jurídicos práticos no mundo empírico.

Como destacou o Ministro Rogério Schietti Machado Cruz³⁴, "os ares democráticos que sopram no Brasil após a CR/88, aliados à modernização de vários institutos do Direito Processual Penal e das instituições que compõem o sistema de justiça criminal nada significarão, na tarefa de oferecer ao jurisdicionado todas as condições necessárias e suficientes para exercer sua cidadania frente ao Estado punitivo, se os que interpretam e aplicam o direito também não se atualizarem e abrirem suas mentes para esses novos tempos.

³³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília, UNB1997, p. 71.

³⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Rumo a um Processo Penal Democrático*. Acesso no dia 26 de julho de 2020, às 21h15m

PACOTE ANTICRIME: ESTRUTURA ACUSATÓRIA VERSUS GOVERNAMENTABILIDADE INQUISITIVA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

ANTI-CRIME PACKAGE: ADVERSARIAL STRUCTURE VERSUS INQUISITIVE GOVERNMENTALITY OF CONTEMPORARY BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Juliano de Oliveira Leonel¹

RESUMO

A pesquisa tem relevância no contexto nacional, posto que se volta ao estudo da estrutura inquisitorial do processo penal brasileiro, que se mantém “viva”, mesmo diante de um Estado Democrático de Direito. Tem-se por problema de pesquisa: em que medida o pacote anticrime, notadamente com a introdução do art. 3º-A no CPP, enfrentará a governamentabilidade inquisitorial do processo penal brasileiro contemporâneo brasileiro? Objetivou-se, desse modo, fazer um trabalho, com o intuito de analisar a inconstitucionalidade do art. 156 do CPP e a sua revogação tácita pelo pacote anticrime, além de sua eventual (in)efetividade ante a governabilidade inquisitorial. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, pelo fato de a fundamentação teórico-metodológica ser necessária para este trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Sistemas processuais penais. Pacote anticrime. Governamentabilidade inquisitorial.

ABSTRACT

The research has relevance in the national context, since it turns to the study of the inquisitorial structure of the Brazilian criminal procedure, which remains “alive”, even in the face of a Democratic State of Law. There is the research problem: to what extent will the anti-crime package, notably with the introduction of art. 3rd-A in the Criminal Procedure Code, face the inquisitorial governability of the contemporary Brazilian criminal procedure? Therefore, the purpose of this work, was to analyze the unconstitutionality of art. 156 of the Criminal Procedure Code and its tacit revocation by the anti-crime package, in addition to its eventual (in)effectiveness in the face of inquisitorial governability. As for the means, the research was bibliographic, because the theoretical-methodological basis is necessary for this work.

KEYWORDS: Criminal procedure. Criminal Procedural Systems. Anti-crime package. Inquisitorial governability.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Sistemas Processuais Penais: a identificação do princípio unificador. 3 A gestão da prova no art. 156 do CPP, sua inconformidade com o texto constitucional e a reforma promovida pelo Pacote Anticrime – da

¹ Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, Mestre em Direito pela UCB, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UFPI, Defensor Público. Professor UNIFSA – Centro Universitário Santo Agostinho e UNINOVAFAPI – Centro Universitário Novafapi. E-mail: julianoleonel@hotmail.com; <https://orcid.org/0000-0003-3012-0698>.

revogação tácita do princípio unificador inquisitorial. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Como é sabido, no atual estado da arte, os direitos que eram limitados apenas a projeto de concretização do bem comum, passaram a ser comandos normativos na garantia da dignidade da pessoa humana, irradiando-se assim, as normas constitucionais, por todo o ordenamento jurídico, através de uma eficácia ampla².

Portanto, o direito processual penal deve ser, num Estado Democrático de Direito³, um instrumento a serviço da máxima eficácia desses direitos e garantias fundamentais⁴, ou seja, deve-se constituir como um dique de contenção das violações aos direitos humanos e fundamentais⁵.

Em assim sendo, um processo penal democrático, típico de um sistema acusatório, é aquele que seja capaz de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, decorrendo desse respeito, inclusive, a legitimidade da sentença condenatória (legitimidade constitucional), não devendo se alvorar, desta feita, num “mecanismo de busca desenfreada ‘da verdade’”, como sói acontecer num sistema processual inquisitivo.

Por conseguinte, para que o poder punitivo tenha legitimidade é imperioso que ao réu tenha sido garantido o devido processo legal, com todos os seus consectários, previstos não só na Constituição Federal, mas, também, no Pacto de São José da Costa Rica, e isso, necessariamente implica num sistema processual

2 Para Streck, “em face do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição brasileira, ‘o valor normativo da Constituição deve ser potencializado, especialmente a normatividade dos capítulos condensadores dos interesses das classes não-hegemônicas” (STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 200, p 25).

3 LOPES JR leciona que “A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigarantista). Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático (...)” (Lopes Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 70).

4 O processo penal deve ser lido a partir de uma finalidade constitucional-garantidora, como um “instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo” (Lopes Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 70)

5 Lopes Jr ensina que: O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). *Ibidem*, 2012, p. 72.

acusatório, já que num modelo inquisitorial a “ambição da verdade” faz com que os fins justifiquem os meios e o desrespeito às regras do jogo é visto como algo naturalizado.

Assim, o presente estudo inicia-se com a análise dos sistemas processuais penais e a identificação do seu princípio unificador, bem como a sua relação com a questão da “busca da verdade” no processo penal. Em seguida, discorrer-se-á sobre a redação do Art. 156 do CPP, desvelando o princípio unificador acolhido pela legislação infraconstitucional brasileira – leia-se, a gestão da prova, a fim de se verificar a matriz acusatória ou inquisitória do processo penal brasileiro, com o fito de averiguar a sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, bem como a eventual revogação tácita do aludido dispositivo pelo Art. 3º-A do CPP, inserido recentemente no ordenamento jurídico pelo chamado Pacote Anticrime.

No artigo utilizar-se-á o método dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, legislação e jurisprudência brasileira atinente à temática. A pesquisa tem o intuito meramente laudatório, sem intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia tendo em vista o atual cenário que se desenha, com a utilização e quiçá manutenção de um processo penal de matriz autoritária e utilitarista.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: A IDENTIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO UNIFICADOR

A abordagem da presente temática justifica-se, como adverte Lopes Jr., pois “(...) na medida em que não existe um mínimo de ‘paz conceitual’” “(...), precisamos seguir falando de sistemas processuais penais no Brasil”⁶.

De acordo com Gloeckner, mesmo não se almejando fazer uma completa historiografia, “uma pequena construção dos sistemas processuais é necessária” para sedimentar as noções elementares de cada uma das espécies”, para “compreender e, assim, identificar nosso atual modelo constante do CPP/1941 (...)”⁷.

6 LOPES JR, Aury. **Sistemas Processuais Penais: Ainda precisamos falar a respeito?** In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, págs. 54-55.

7 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. Bahia: Editora Juspodivm, 2013, p. 134.

Entretanto, a ressalva feita por Jobim do Amaral se faz imprescindível de que “Assim, nada mais nos poderá conduzir falsamente uma simples retomada do devir histórico numa linha de evolução”, já que “Culturalmente, o processo penal de cada época oferece um panorama rico acerca das suas razões e sentidos políticos”.⁸ No mais, destaca ainda que não se pode perder de vista que “Os sistemas processuais penais veiculam-se, sobretudo, como circuitos dispostos a operar como *máquinas desejanter*”.⁹

A priori, poder-se-ia conceituar, sistema processual penal, segundo Coutinho, calcada na noção etimológica grega (*systema-atos*), como “um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, forma um todo orgânico que se destina a um fim”¹⁰. E, desse modo, costuma-se apontar a existência histórica de duas espécies de sistemas processuais penais: inquisitório e acusatório.

O sistema inquisitório, de maneira pura, por seu turno, é um modelo histórico, onde há um ‘desamor’ pelo contraditório, de acordo com Cunha Martins¹¹.

Lopes Jr¹², esclarece que:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. (...) O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório.

Lopes Jr¹³ destaca ainda que, o sistema acusatório predominou até o Século XII, quando passou a sofrer a crítica de que a inércia do juiz, no campo da gestão da prova, fazia com que o julgador tivesse que decidir com base em um material probatório defeituoso, fruto de uma atividade incompleta das partes. Assim, ao longo

8 JOBIM DO AMARAL, Augusto. Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2014, p. 49.

9 *Ibidem*, p. 474.

10 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 16.

11 CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

12 *Ibidem*, 2012, p. 122.

13 *Ibidem*, 2012.

do Século XII até o XIV, o sistema acusatório vai sendo substituído pelo inquisitório, em razão “dos defeitos” da inatividade das partes na produção das provas, levando o Estado a assumir a gestão da prova, a fim de não se deixar apenas nas mãos dos particulares essa função, pois isso comprometeria a eficácia do combate à criminalidade.

Aliás, a gestão da prova é o núcleo fundante dos sistemas processuais, ou seja, o seu princípio unificador como diz Coutinho¹⁴. Dessa forma, a mera separação das funções de acusar e julgar no processo penal não é o que realmente define e diferencia o sistema inquisitório do acusatório.

Goldschmidt¹⁵ afirma que no sistema acusatório, a produção da prova, ou seja, a apresentação de requerimentos e o recolhimento do material probatório compete às partes, cabendo ao juiz tão-somente decidir.

Coutinho¹⁶, na mesma linha, afirma que “a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador” do sistema processual, apontando que o princípio dispositivo é o núcleo estruturante do sistema acusatório, onde a gestão das provas está nas mãos das partes, sendo o juiz um mero espectador; enquanto, no princípio inquisitivo a gestão das provas está nas mãos do julgador, cabendo-lhe a produção de ofício.

Quanto à um possível sistema processual misto, Coutinho, esclarece, ainda, que não existe um princípio misto e, portanto, não haveria propriamente um sistema “misto”, enquanto terceira espécie do gênero sistemas processuais, como sugere parte da doutrina pátria¹⁷.

Realmente, por não haver um princípio unificador “misto” não se pode sustentar a existência de um sistema “misto”, já que a construção de um sistema exige uma viga-mestra, um ponto fundante. Mas, por outro lado, os sistemas acusatório e inquisitório, de maneira “pura”, são dados históricos, pois hoje o que existe é uma

14 Como alude Coutinho: “Trata-se, como se tem presente, do princípio inquisitivo e do princípio dispositivo, os quais dão sustentáculo ao sistema inquisitório e ao sistema acusatório, respectivamente. *Ibidem*, p. 17.

15 *Ibidem*.

16 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001, p. 28.

17 *Idem, ibidem*.

mescla de elementos dos dois sistemas, ou seja, todo sistema é “misto”, mas no sentido de que se tem uma certa hibridização dos modelos¹⁸.

Logo, na atualidade, pode-se ter um sistema nitidamente inquisitorial com adereços de acusatório ou, ao contrário, um sistema predominantemente acusatório com acessórios inquisitoriais, a depender da possibilidade de o juiz determinar provas de ofício ou não. Mas, certamente, na esteira de Coutinho¹⁹, essa simbiose, nos dias de hoje, dos elementos dos dois sistemas ao longo da *persecutio criminis*, não configuraria a existência de um sistema “misto”, como se existisse essa terceira espécie ao lado dos já conhecidos acusatório e inquisitorial.

Por isso, não se pode falar que o sistema brasileiro é “misto” sem cair num inegável reducionismo²⁰, baseado tão somente na constatação de que, supostamente, teríamos uma fase de investigação preliminar “inquisitorial” e uma fase processual “acusatória” (*sic*). Em assim sendo, a fim de que se possa identificar o sistema processual em vigor no Brasil, mister se faz desvelar o seu princípio unificador, de tal maneira que ele será inquisitivo (em que pese possuir algumas características do acusatório) ou acusatório (mesmo que tenha se consagrado resquícios inquisitoriais), já que puro certamente ele não será.

Importante ressaltar que, nitidamente, o sistema inquisitório, fundado no princípio inquisitivo (gestão das provas nas mãos do juiz) é construído a partir de um conjunto de falaciosos conceitos, especialmente o da busca da “verdade real” e “se este é o seu fim esta é seu definitivo mote, se está autorizado a encontrá-la a qualquer preço: doa a quem doer, custe o que custar, até tratar o réu como objeto onde se encontra a verdade”²¹.

Inclusive, foi essa busca desenfreada pela “verdade real” que gerou a derrocada do sistema acusatório e o surgimento do nefasto sistema inquisitorial²².

Não por outra razão, Coutinho afirma que o sistema inquisitório “Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem

18 Lopes Jr, *Ibidem*, 2012.

19 *Ibidem*.

20 Lopes Jr, *ibidem*, 2012.

21 BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013, p. 145

22 Lopes Jr, *Ibidem*, 2012.

embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (...), persistindo por mais de 700 anos”²³.

Entretanto, essa verdade real almejada em modelos inquisitoriais é impossível, por ser excessiva. Por isso, Carnelutti²⁴, com apoio em Heidegger, adverte que a verdade está no todo e não em partes, sendo que o todo é demais para o processo penal, o que evidencia ser a tal “verdade real” um mito.

Dessa maneira, o processo penal é uma tentativa sempre aproximada de reconstrução do passado, respeitando-se as regras do jogo, como destaca Lopes Jr²⁵:

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva, senão porque constitui um gravíssimo erro falar em ‘real’, quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade.

Assim, a sentença do juiz não é “a revelação” da verdade, mas sim “o embricamento do manancial de significantes arremessados no processo como pretensões de validade intersubjetiva”, como destaca Moraes da Rosa²⁶. Logo, “a atividade cognitiva avivada no Processo Penal é um mecanismo de ‘bricolage singular’, entendido, em francês, como fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito. E nunca o é, por impossível”²⁷.

Em assim sendo, Cunha Martins sustenta que “(...) o estafado problema da verdade no seio do processo penal carece, sobretudo, de um deslocamento de perspectiva”²⁸ e, dessa forma, a verdade no processo penal acusatório será sempre contingencial, não podendo ser fundante do sistema processual. O processo penal democrático, portanto, não pode ter por finalidade principal a impossível “busca da verdade real”, que serviu apenas para fundar a construção de processos penais

23 *Ibidem*, págs. 18-19.

24 CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XX, (II série), p. 4-9, 1965

25 *Ibidem*, 2012, p. 568.

26 MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como Bricolage de Significantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 200, p. 369.

27 *Idem, Ibidem*.

28 *Ibidem*, p. 64.

utilitaristas e autoritários, que por evidente é incompatível com o atual paradigma constitucional e convencional.

Dentro desse cenário, é inegável que, na contemporaneidade, qualquer justificativa de se manter a gestão da prova nas mãos do juiz, certamente se fundará nessa impossível busca da “verdade real”, típica de um sistema inquisitório, e contrária às exigências de um processo penal acusatório e democrático, aonde os fins com certeza não podem justificar os meios.

O problema, como adverte Carvalho (2013, p. 135-136) é que “embora as práticas inquisitoriais sejam fortemente erradicadas no século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício são definitivamente abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), sua matriz material e ideológica predominará na legislação laica”, continuando a orientar, portanto, “a tessitura dos sistemas penais da modernidade”²⁹.

E, um claro exemplo disso é o Brasil, como se verá no próximo tópico.

3 A GESTÃO DA PROVA NO ART. 156 DO CPP, SUA INCONFORMIDADE COM O TEXTO CONSTITUCIONAL E A REFORMA PROMOVIDA PELO PACOTE ANTICRIME – DA REVOGAÇÃO TÁCITA DO PRINCÍPIO UNIFICADOR INQUISITORIAL

Desde a reforma processual operada em 2008, conhecida como “Comissão Grinover”, encontra-se previsto no artigo 156 do Código de Processo Penal, de forma expressa, o princípio inquisitivo, ao prever a possibilidade de o julgador produzir provas de ofício, inclusive, na fase de investigação.

Não por outra razão, Coutinho (2001, p. 29) afirma que “O sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”.

Logo, nossa construção legislativa processual penal infraconstitucional, que está em vigor (apesar de não ter validade), está apoiada na utópica “busca da verdade real”, como se infere da atual redação do artigo 156 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11690/2008:

²⁹ CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, págs. 135-136.

Art.156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I– ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II–determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Sem dúvida, a aludida previsão legal bem representa aquilo que Jobim do Amaral advertiu: “A partir disto é que se constatará a (re)configuração constante da estrutura penal repressiva desde a lógica inquisitória”.³⁰

Dessa maneira, o que se busca hoje, pelo menos na doutrina mais crítica, é a tentativa, quase impossível, segundo Coutinho, “de compatibilizar a Constituição Federal de 1988, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália”³¹.

Aliás, neste cenário de um verdadeiro choque ideológico entre a CF de 1988, de nítida matriz democrática, e o CPP de 1941, claramente fascista, policialesco, ditatorial e autoritário.

No entanto, conforme dito, “Não se pode mais admitir que o processo penal sirva para ‘fazer crer’ – às pessoas – que ele determina a ‘verdade’ dos fatos”³². Desta feita, em não sendo a sentença fonte reveladora da “verdade divina”, o que seria ela? Para Lopes Jr, a sentença é:

Um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a “sua” história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos, dando ua demonstração inequívoca de crença. O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal³³.

Morais da Rosa e Khaled Jr advertem que “decidir é uma tarefa complexa”, pois o cérebro “por seus sistemas S1 (implícito, rápido, automático, emotivo e sem esforço) e S2 (consciente, demorado, racional, desgastante e lógico), busca reduzir a complexidade da decisão”³⁴. Por isso, a psicologia cognitiva pode ser uma aliada, já que “acolhe a racionalidade da decisão, todavia, mitigada, ou seja, a racionalidade

30 Jobim do Amaral, *ibidem*, p. 127.

31 *Apud* Lopes Jr, *ibidem*, 2012, p. 41.

32 Lopes Jr, *ibidem*, p. 575.

33 *ibidem*, p. 575.

34 Khaled Jr, Salah Hassan; Moraes da Rosa, Alexandre. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014, p. 7.

depende do estoque de informações, a maneira como foi processada e o impacto que isso representa diante dos fins da decisão”³⁵. Prelecionam ainda que “nosso sistema processual penal ainda é animado por uma doentia ambição de verdade, que se recusa a arrefecer” e “Em nome dessa insaciável busca, permanece imperando um processo penal do inimigo, cujo objetivo consiste na obtenção da condenação a qualquer custo”³⁶.

Dessa forma, cristalino que, num processo democrático, como a sentença depende do “estoque de informações” e da “maneira como foi processada”, outro caminho não há senão o convencimento do julgador basear-se em atos de prova, colhidos sob o crivo do devido processo legal³⁷. Aliás, como assevera Streck, “discutir as condições de possibilidade da decisão judicial é, antes de tudo, uma questão de democracia”³⁸.

Por todo exposto, imperioso se torna fazer uma filtragem constitucional quando da aplicação das regras do Código de Processo Penal, a fim de se verificar se tal regra foi ou não recepcionada pela atual ordem constitucional.

Nesse sentido, inclusive, leciona Coutinho:

Há, porém, nisso tudo, que se entende o *status quo* e perceber ser a constitucionalização do Código de Processo Penal e da legislação processual penal um dir-se-ia, em sentido atécnico – processo; e não mero ato. (...) Aqui, como parece elementar, ao Poder Judiciário cabe, tendo ciência da situação – empurrando aqueles que a ignoram –, passar aos – ou paulatinamente ir fazendo-os – imprescindíveis ajustes constitucionais, por sinal como se deu com várias Cortes Constitucionais europeias no último pós-guerra mundial, a começar pela italiana, a qual foi, passo a passo, declarando a inconstitucionalidade do CPPI...”³⁹.

E, assim, a questão que se coloca é: seria o art. 156 do Código de Processo Penal compatível com matriz processual delineada pelo texto constitucional de 1988?

35 *Ibidem*, p. 7.

36 *Ibidem*, p. 13.

37 Bonato leciona que “Tido como princípio basilar na estruturação dos estados de direito modernos, o princípio do devido processo legal ganha relevo no sistema brasileiro em razão das garantias que dele decorrem, servindo de vetor e base para que seja alcançado um direito material calcado na razoabilidade das leis e um processo realmente democrático, efetivo e justo dentro de uma sociedade que procura caminhar sempre mais para uma democracia plena. Numa sociedade de padrões bastante discriminatórios, a previsão do princípio na atual Constituição foi sem dúvida um avanço no mundo jurídico”. (BONATO, Gilson. Devido processo legal e garantias processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 1).

38 Streck, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. P. 93.

39 *Ibidem*, 2010, págs. 8-9.

Da análise do texto constitucional, verifica-se claramente a separação das funções de acusar e julgar no processo penal pátrio. A normatividade constitucional prevê expressamente que as ações penais públicas devem ser promovidas pelo Estado-acusação, cabendo o julgamento, de forma imparcial, ao Estado-juiz, por conseguinte.

No mais, prevê ainda que o acusado não é mero objeto da *persecutio criminis*, mas sim sujeito de direitos, consagrados na fórmula do *due process of law*.

No artigo 93 a Constituição Federal expressamente consagra a publicidade dos atos processuais.

Desse modo, uma superficial leitura da normatização constitucional evidencia a clara consagração de um sistema processual acusatório.

Por óbvio, na esteira do que foi dito, não se pode então admitir a aplicação das regras do Código de Processo Penal sem antes realizar um sério controle de constitucionalidade e de tudo quanto fora analisado, extrai-se que o art. 156 do Código de Processo Penal, por consagrar o princípio inquisitivo é manifestamente inconstitucional, já que o sistema acusatório fora o escolhido pelo constituinte originário.

Por conseguinte, necessário se faz, no âmbito do processo penal, uma revolução hermenêutica, com a quebra dos paradigmas autoritários de uma ordem legal (CPP) anacrônica, policialesca, fascista, punitivista, fomentadora da violência estatal e de nítida base ditatorial.

Por seu turno, se não bastasse a inegável inconstitucionalidade da norma infraconstitucional que agasalha o princípio unificador inquisitivo, tem-se agora com a edição do chamado Pacote Anticrime, a inserção no Código de Processo Penal do art. 3º-A, pela Lei n. 13.964/19.

Desse modo, o Código de Processo Penal, de forma expressa, passou a prever que: “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 novel previsão normativa acima citada, por óbvio, configura-se numa clara tentativa de conformação do processo penal brasileiro ao sistema acusatório, com a clara adoção do princípio dispositivo, já que coloca a gestão da prova nas mãos das

partes, vedando ao juiz determinar de ofício a produção da prova, seja na fase do inquérito policial ou no curso do processo penal.

No mais, é clara e manifesta a incompatibilidade entre o art. 3º-A (lei nova - 2019) e o art. 156 (lei velha - 2008), ambos do Código de Processo Penal, já que o primeiro consagra o princípio dispositivo, que funda o sistema acusatório, enquanto o segundo é a adoção do princípio inquisitivo.

Pois bem, se já não bastasse o fato de a Constituição Federal adotar o sistema acusatório e assim o art. 156 do CPP ser manifestamente inconstitucional, conforme dito alhures, agora estaria ele revogado tacitamente pela inovação promovida pelo Pacote Anticrime.

Assim, imperioso se torna assumir que o processo penal é uma guerra (GOLDSCHMIDT) e que não tem por objetivo a busca da verdade, pois ela não está lá para ser encontrada, já que o crime é um fato histórico, passado e, portanto, imaginário.

Dessa forma, inegável que o processo penal democrático tem por finalidade assegurar o respeito do fair play processual, das regras do jogo democrático, ou seja, o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Pacto de São José da Costa Rica. E, deste modo, não deve o juiz, sob pena de perder a sua imparcialidade, sair do seu lugar constitucionalmente demarcado (órgão supra ordenado – *terzeità*) e, de ofício, determinar a produção de prova, na busca da “verdade real”.

No entanto, cumpre destacar que os ares democráticos e acusatórios do processo penal brasileiro duraram muito pouco, infelizmente. O Pacote Anticrime ao entrar em vigor teve vários dispositivos questionados em diversas ADI's, sendo que o Min. Fux suspendeu cautelarmente a eficácia do art. 3º-A do CPP que trazia em seu bojo o princípio unificador do sistema acusatório, mantendo desse modo a velha sistemática inquisitorial de há muito consagrada no processo penal brasileiro: a gestão da prova nas mãos do juiz.

Assim, por enquanto, o art. 156 do CPP continua incólume, mantendo as chamas da fogueira inquisitorial acesa no processo penal pátrio.

E isso, faz com que a Política da prova e cultura punitiva: a governamentalidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo, na

esteira defendida por Jobim do Amaral, continue a dominar o processo penal brasileiro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de todo o exposto, com base no referencial teórico até então trazido à baila, tem-se que o sistema processual penal de um Estado nada mais é do que uma opção política adotada em determinado momento histórico.

E, desse modo, o processo penal, inclusive, seria um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de determinado Estado, pois os princípios políticos do direito processual penal não são outra coisa que não o reflexo da política estatal geral de uma Nação.

Numa democracia não parece haver dúvidas que o sistema processual penal compatível seria o modelo acusatório, enquanto o sistema inquisitorial refletiria os princípios de um modelo de Estado autoritário.

Em assim sendo, o processo penal brasileiro deveria ser constituído a partir da Constituição Federal de 1988 e, desse modo, iria se configurar como um instrumento a serviço do projeto democrático delineado pelo legislador constituinte, de modo que o sistema processual haveria de ser o chamado acusatório.

Mas, para que houvesse o sistema acusatório, no entanto, não bastaria a mera separação das funções de acusar e julgar, pois o que determinará se um sistema processual será inquisitivo ou acusatório será a gestão da prova.

Desse modo, se a gestão da prova estiver nas mãos do juiz o sistema processual será inquisitivo, mas se for entregue para as partes, vedando a atuação de ofício do julgador, fundado estaria o sistema processual penal acusatório.

Dito isso, é inegável que à luz do texto constitucional, não poderia o legislador ordinário autorizar o juiz a agir de ofício, determinando a produção de prova, a fim de suprir eventual inércia probatória do órgão acusatório, já que a ele caberia a carga probatória (ônus da prova).

Não se pode mais admitir que o processo penal deva ser um instrumento de “busca da verdade real”, a justificar que a gestão da prova seja entregue aos julgadores. Por isso, cabe ao legislador ordinário, a fim de se respeitar o delineado

pelo legislador constituinte originário, prever um processo penal de estrutura acusatória, o que implicaria em entregar a gestão da prova para as partes.

Por conseguinte, o artigo 156 do Código de Processo Penal afigura-se manifestamente inconstitucional, por se tratar do princípio unificador inquisitivo. E, para além de sua inconstitucionalidade, recentemente fora revogado tacitamente pelo pacote anticrime, que trouxe a previsão expressa do princípio unificador dispositivo.

Entretanto, mesmo com a consagração da estrutura acusatória no artigo 3º - A do Código de Processo Penal, ainda a Política da prova e cultura punitiva: a governamentalidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo, continua pujante no processo penal brasileiro, ante a decisão liminar do Min. Fux que suspendeu a eficácia da reforma operada pela novel legislação.

Dessa forma, espera-se que tal liminar seja cassada e que o Supremo Tribunal Federal cumpra o papel de guardião da Constituição e não de Guardião do autoritarismo processual penal brasileiro.

5 REFERÊNCIAS

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio e Certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, v. XX, (II série), 1965.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. Bahia: Editora Juspodivm, 2013

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

JOBIM DO AMARAL, Augusto. **Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo**. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2014

KHALED JR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo, Editora Atlas, 2013.

_____. *et al.* **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. **Sistemas Processuais Penais: Ainda precisamos falar a respeito?**. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como Bricolage de Significantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. 3ª tiragem. Malheiros: São Paulo, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PACOTE ANTICRIME: ESTRUTURA ACUSATÓRIA VERSUS GOVERNAMENTABILIDADE INQUISITIVA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

ANTI-CRIME PACKAGE: ADVERSARIAL STRUCTURE VERSUS INQUISITIVE GOVERNMENTALITY OF CONTEMPORARY BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Juliano de Oliveira Leonel¹

RESUMO

A pesquisa tem relevância no contexto nacional, posto que se volta ao estudo da estrutura inquisitorial do processo penal brasileiro, que se mantém “viva”, mesmo diante de um Estado Democrático de Direito. Tem-se por problema de pesquisa: em que medida o pacote anticrime, notadamente com a introdução do art. 3º-A no CPP, enfrentará a governamentabilidade inquisitorial do processo penal brasileiro contemporâneo brasileiro? Objetivou-se, desse modo, fazer um trabalho, com o intuito de analisar a inconstitucionalidade do art. 156 do CPP e a sua revogação tácita pelo pacote anticrime, além de sua eventual (in)efetividade ante a governabilidade inquisitorial. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, pelo fato de a fundamentação teórico-metodológica ser necessária para este trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Sistemas processuais penais. Pacote anticrime. Governamentabilidade inquisitorial.

ABSTRACT

The research has relevance in the national context, since it turns to the study of the inquisitorial structure of the Brazilian criminal procedure, which remains “alive”, even in the face of a Democratic State of Law. There is the research problem: to what extent will the anti-crime package, notably with the introduction of art. 3rd-A in the Criminal Procedure Code, face the inquisitorial governability of the contemporary Brazilian criminal procedure? Therefore, the purpose of this work, was to analyze the unconstitutionality of art. 156 of the Criminal Procedure Code and its tacit revocation by the anti-crime package, in addition to its eventual (in)effectiveness in the face of inquisitorial governability. As for the means, the research was bibliographic, because the theoretical-methodological basis is necessary for this work.

KEYWORDS: Criminal procedure. Criminal Procedural Systems. Anti-crime package. Inquisitorial governability.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Sistemas Processuais Penais: a identificação do princípio unificador. 3 A gestão da prova no art. 156 do CPP, sua inconformidade com o texto constitucional e a reforma promovida pelo Pacote Anticrime – da

¹ Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, Mestre em Direito pela UCB, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UFPI, Defensor Público. Professor UNIFSA – Centro Universitário Santo Agostinho e UNINOVAFAPÍ – Centro Universitário Novafapi. E-mail: julianoleonel@hotmail.com; <https://orcid.org/0000-0003-3012-0698>.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – SUA ORIGEM E A OPERACIONALIZAÇÃO PELAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT - ITS ORIGIN AND OPERATIONALIZATION BY PUBLIC DEFENSORS

Lara Maria Willemer Würzius¹

Tarcisio Passos Junior²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o Acordo de Não Persecução Penal, buscando averiguar sua origem e a operacionalização pelas Defensorias Públicas do Estado. Evidenciando se, considerando sua origem e condições de aplicabilidade, o Acordo de Não Persecução Penal poderá ser operacionalizado de forma eficiente? Esta pesquisa adota, como método de abordagem, o dedutivo e a técnica de pesquisa consistirá na investigação de documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica, com exame de fontes normativas e doutrinárias.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo. Persecução Penal. Defensoria Pública. Ministério Público. Reincidência. Pacote Anticrime. Processo Penal. Justiça Penal Negociada.

ABSTRACT

The present article will investigate the Penal Non-Persecution Agreement, seeking to ascertain its origin and its operation by the Public Attorneys. Considering its origin and conditions of applicability, can the Penal Non-Persecution Agreement can be operationalized efficiently? This research utilizes the deductive reasoning as method of approach, which will consist in the indirect analysis of the source bibliography, such as doctrinal or normative material.

KEYWORDS: Agreement. Criminal prosecution. Public attorney. Recurrence. Anti-crime package. Criminal proceedings. Negotiated Criminal Justice.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Origem da justiça penal negociada. 3 Histórico no Brasil. 4 O Acordo de Não Persecução Penal. 5 Operacionalização do acordo pelas Defensorias Públicas. 6 Considerações Finais. 7 Referências.

1 Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED), cursou na forma de extensão Antropologia e Arqueologia Forense pela Universidade de Durham, Reino Unido. Atualmente, atua como estagiária forense na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: laramariaww@hotmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Atuou como extensionista pelo Programa Polos de Cidadania da UFMG e orientador da Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. Foi analista da Defensoria Pública do Rio de Janeiro entre 2016 e 2017. Atualmente, é Técnico Administrativo da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul desde 2018. E-mail: tarcisio-junior@defensoria.rs.def.br.

1 INTRODUÇÃO

Os dispositivos do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) têm como objetivo combater a violência, a criminalidade, a corrupção e reduzir o estrangulamento do sistema de justiça criminal.

A citada Lei promoveu mudanças na legislação penal e processual penal. Nesse âmbito, o artigo 28-A, que é objeto de análise do presente artigo, trata da criação legislativa do Acordo de Não Persecução Penal para crimes de média gravidade e tem por objetivo evitar o ajuizamento da denúncia, introduzindo uma nova forma de aplicação da justiça penal negociada na legislação brasileira.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende analisar o Acordo de Não Persecução Penal, sob a perspectiva de sua origem, condições e a atuação da Defensoria Pública. Desse modo, o problema que norteou a pesquisa foi: Considerando sua origem e condições de aplicabilidade, o Acordo de Não Persecução Penal poderá ser operacionalizado de forma eficiente, atingindo os objetivos elencados, sem acirrar o caráter seletivista e punitivo do sistema processual penal brasileiro?

Este artigo possui o método de abordagem que servirá de referência para análise das ideias, informações e resultados desta pesquisa é o método dedutivo e a técnica de pesquisa consistirá na investigação de documentação indireta através de pesquisa bibliográfica com exame de fontes normativas e doutrinárias de maneira que examina informações já demonstradas em outros documentos.

Assim, será tratado da origem da justiça penal negociada no sistema jurídico *common law*, seguido pelo histórico de aplicação no Brasil de institutos semelhantes e que possuem a mesma ascendência. Além disso, serão evidenciadas as características e condições do Acordo de Não Persecução Penal e, por fim, analisada a operacionalização do acordo pelas Defensorias Públicas.

2 ORIGEM DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Primordialmente, destaca-se que os sistemas jurídicos *common law* e *civil law*, baseados em costumes e na lei positivada, respectivamente, possuem peculiaridades e merecem relevância. Dessa vista, a fixação de sistema jurídico denotam a cultura e a herança histórica do seu povo.

Nos Estados Unidos, país que adota o sistema *common law*, utilizam a justiça penal negociada, chamando-a de *plea bargaining*. O acordo, nesse caso, exige a admissão de culpa e permite a negociação acerca do tipo penal, da pena, forma de execução e eventual perda de bens, dentre outros aspectos relevantes. A negociação é aplicável a qualquer espécie de delito e pode ser feita diretamente junto ao órgão acusador, sem participação de um juiz de direito.

Trata-se de instituto muito utilizado no sistema americano e sua aplicação é muito questionada especialmente em razão do encarceramento em massa existente por lá na atualidade (BERTI, 2019, p. 196).

Outro país filiado ao sistema *common law* que faz uso da justiça penal negociada é a Inglaterra, chamando-a de *plea of guilty*, a qual também parte do pressuposto de negociação extraprocessual entre acusação e defesa. Assim como nos moldes supramencionados, nos acordos ingleses também é necessária declaração de culpa, em contraponto, o acusado recebe uma concessão, que pode ser a redução da pena imposta (FIGUEIRÊDO, 2019).

A Alemanha, que adota o sistema *civil law*, por sua vez, tem um instituto semelhante ao Acordo de Não Persecução Penal inserido no sistema brasileiro, que já é aplicado desde a década de 1970. Tal instituto, criado e regulamentado, inicialmente, por meio de regramento administrativo, sem força de lei, era aplicável de forma ampla, inclusive em casos que tratassem de delitos cometidos mediante violência, estabelecendo que, com a confissão do delito, o processo seria agilizado e a pena contraída.

Somente no ano de 2009, o acordo no âmbito penal foi introduzido na legislação alemã. Entretanto, diferenciou-se do sistema adotado pelo ordenamento brasileiro na medida em que quem propõe o acordo é o magistrado. Porém, a questão continuou sendo altamente polêmica por tutelar, com limitações ao devido processo legal, acerca da segurança pública e do *status libertatis* (ANDRADE, BRANDALISE. 2017. p. 244).

Outro caso no direito comparado imprescindível de citação é o de Portugal, que, à visão do Código Penal de 1982, operou uma das mais extensas ações descriminalizadoras e despenalizadoras. No entanto, houve a descriminalização de alguns tipos penais e criminalização mais severa de outros delitos (COSTA. 2013. p.89).

Em suma, a primeira inclusão de um instituto semelhante ao Acordo de Não Persecução Penal em Portugal ocorreu pela via administrativa por iniciativa do Ministério Público, gerou polêmica, aportando ao Supremo Tribunal de Justiça português, que o instituto, tal como previsto e criado, feria o princípio da legalidade:

Em decisão, a citada Corte entendeu que a aceitação de acordos de sentença, dentro do contexto lusitano, fere o princípio da legalidade, dado que inexistia previsão legal expressa em tal sentido. Assim, em razão de o Código de Processo Penal português, em seu artigo 126, nº 1, alínea “e” 31, prescrever que a promessa de vantagem legalmente inadmissível é um método proibido de prova, entendeu-se que a prova obtida mediante o acordo era proibida [...]. Por conta disto, houve um recuo do Ministério Público português [...] determinando a abstenção de promoção ou aceitação da celebração de acordos sobre sentenças penais. (ANDRADE; BRANDALISE. p.247)

Assevera-se que o Acordo de Não Persecução Penal se baseia na justiça negociada, proveniente do sistema *common law*, sendo posteriormente adaptado e inserido em diversos países que adotam o sistema *civil law*.

Todavia, cumpre destacar que o consenso como modelo de justiça criminal é típico de um estado liberal, sendo que, na questão processual, há a simulação ou reprodução de um modelo típico de relacionamento social, o contrato. Não é esta a concepção do direito penal na tradição europeia, e concretamente na portuguesa, as sanções são apenas para fins públicos (preventivo, geral e especial ou retribuição) (COSTA. 2013. p. 94).

3 HISTÓRICO NO BRASIL

Primeiramente, destaca-se que a aplicação de acordos de colaboração criminal é essencialmente do macrossistema de Justiça Penal Negociada instituído nas Leis nº 9.099/1995 e nº 12.850/2013, sendo que a primeira trata da transação penal e da suspensão condicional do processo, e a segunda tutela acerca dos acordos de colaboração antes esparsamente previstos em diversos diplomas.

Ademais, a justiça negociada no âmbito brasileiro foi introduzida sob uma nova forma de aplicação com a instituição da Delação Premiada, após a promulgação da Lei 12.850/13. Sem dúvida, a implantação do referido instituto trouxe inúmeras implicações para o sistema processual penal brasileiro, que adota o *civil law*, em tese, acusatório, mas com forte caráter inquisitório.

Analisando a inserção da Delação Premiada no Brasil, verifica-se que a sua utilização vem sendo banalizada e também sendo feita de forma pouco uniformizada. Tais fatores contribuem com o incremento da inquisitorialidade do procedimento penal ao fragilizar garantias fundamentais do indivíduo, como a ampla defesa e o contraditório (BERTI, 2019, p. 196).

Importante ressaltar ainda, neste ponto, que a constitucionalidade da investigação criminal presidida pelo Ministério Público foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 593.727 (BRASIL. STF. 2015). Após alguns embates jurídicos, que perduraram por anos, houve regulamentação do procedimento investigatório criminal, adequando-se a preservação dos direitos e garantias de todos os sujeitos.

Nesse contexto, a cobertura midiática da Operação Lava Jato, na qual o instituto da Delação Premiada foi e é amplamente utilizado, apresentou uma nova faceta ao debate das políticas públicas de combate à criminalidade, com a espetacularização do processo penal.

Por meio da referida cobertura, alguns atores do processo penal (juízes, promotores, policiais e etc.) ganharam grande (e talvez indesejada) visibilidade, passando a ser tratados pela mídia e pela população como celebridades, ou “pop stars” da justiça (SEGURADO. 2017. p.05).

No âmbito da exposição midiática, é imprescindível mencionar o caso do ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil e ex-Juiz Federal, Sérgio Moro:

Moro já se comparou a Eliot Ness, do filme os Intocáveis [...] A comparação com o filme expressa a forma como o juiz se apropria de figuras características da indústria cultura para promover sua imagem, adotando um roteiro com a estética hollywoodiana. [...] O processo de divulgação das informações da Lava Jato segue um roteiro com elementos que conjugam espetacularização da corrupção e criminalização da política, resultando num descrédito da população em relação à política e, conseqüentemente ao afastamento dos cidadãos num cenário em que e aprofunda o desinteresse pela política (p.12-13).

Com a exposição midiática da Operação Lava Jato, do combate à corrupção e com o ingresso de Moro no Governo como Ministro da Justiça, já com status de celebridade, se iniciou um movimento ainda mais forte para a aprovação de medidas de combate à criminalidade e à corrupção.

Nessas circunstâncias, foi apresentado o Pacote Anticrime, de autoria do então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, que tinha como uma de suas pedras fundamentais a implantação da justiça penal negociada.

No entanto, antes da implantação desta adaptação do *plea bargaining* americano por meio do Pacote Anticrime, sua primeira inserção no âmbito jurídico nacional ocorreu pela via administrativa, assim como ocorreu em Portugal, com artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que tratou da instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público (BERTI, 2019, p. 196).

A proposta apresentada pela Comissão de Estudos do CNMP representou uma quebra de procedimento, visto que permitia a interrupção dos atos investigatórios antes da finalização da elucidação dos fatos, ou permitia, até mesmo, que os atos investigativos sequer fossem iniciados, ao estipular que o acordo fosse celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

A seguir, a redação original do art. 18 da Resolução 181 de 2017:

Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não [...]

Com a publicação da resolução citada, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIn's nº 5.790 e 5.793), uma pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFAOB) e a outra pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), sendo que nenhuma das medidas requeridas nas Ações Indiretas foi apreciada (BRASIL. STF. 2017).

Com isso, o CNMP editou uma nova resolução (nº 183 de 2018), para suprir as inconstitucionalidades alegadas nas ADIn's.

Todavia, as críticas ao Acordo de Não Persecução Penal permaneceram, principalmente as que argumentavam que havia uma violação ao princípio do devido processo legal e que a edição das Resoluções representava usurpação de competência pelo Ministério Público.

Posteriormente, todo o debate em torno da adequação e da eficiência da proposta apresentada pelo CNMP perdeu parcialmente o objeto no momento em que a referida proposta foi encampada pelo projeto do Pacote Anticrime e posteriormente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 13.964 em dezembro de 2019, que incluiu o Acordo de Não Persecução Penal no art. 28-A do Código de Processo Penal.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei nº 13.964/19, chamada de Pacote Anticrime, incluiu o artigo 28-A e seus quatorze parágrafos ao Código de Processo Penal, concedendo a possibilidade do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), que trata de uma condição de transação entre o Ministério Público e o suposto infrator, que se assemelha à aplicação da Transação Penal, mas tem por objetivo evitar o ajuizamento da denúncia. Nesse ponto, elenca-se o artigo que rege o Acordo de Não Persecução Penal (BRASIL, 2019):

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- 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, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- IV - 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; ou
- V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. [...]

Nesse ponto, menciona-se que, para aferição da pena mínima cominada ao delito serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Nesse ponto, é imprescindível frisar que o Acordo de Não Persecução Penal foi criado para ser firmado antes do oferecimento de denúncia ou queixa, assim não há de se falar em pena ou causas de aumento ou diminuição desta, uma vez que tais só são verificadas pelo juiz na terceira fase da dosimetria da pena de uma sentença penal condenatória.

A princípio, cumpre salientar o pensamento do Doutor Marcio Guedes Berti (2019, p. 195):

Registre-se ainda que chega ser absurda a ideia de que um acordo onde se pretende evitar o processo possa estabelecer pena, condenação; ora, desde sempre se sabe que não há pena sem processo (*nulla poena sine iudicio*).

Ademais, instala-se um paradoxo, afinal, se o acordo é para evitar o processo, como pode estabelecer uma pena (condenação)?

De outra vista, o citado acordo se diferencia do Acordo de Transação Penal nos seguintes aspectos: 1) o Acordo de Não Persecução Penal exige a confissão do réu; 2) possui o requisito específico de que o crime investigado não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça; e 3) o réu renuncia a bens indicados como instrumento, produto ou proveito do crime.

O referido dispositivo legal apresenta questões polêmicas e de eficácia duvidosa para combater a violência, a criminalidade e a corrupção, além de introduzir outra forma de justiça penal negociada na legislação brasileira.

Em suma, o instituto permite o acordo a ser proposto pelo Ministério Público, em crimes com pena mínima abstratamente prevista inferior a quatro anos. Assim, tratará especialmente de infrações penais de menor potencial ofensivo e, especialmente dos chamados crimes de colarinho branco, como lavagem de dinheiro e sonegação tributária.

Para a celebração do acordo, se faz necessária uma análise, por parte da acusação, acerca do preenchimento dos requisitos elencados no dispositivo legal. Se as condições restarem preenchidas no caso em concreto e caso entenda, em análise subjetiva pelo órgão de acusação, que a celebração do acordo será suficiente para a reprovação da conduta e prevenção de reincidência, há a determinação de condições a serem cumpridas pelo investigado (BRASIL, 2019).

Assim, o artigo 28-A do Pacote Anticrime, nas hipóteses em que se permite a aplicação do instituto, centraliza no Ministério Público as funções de acusar, julgar e punir.

Do ponto de vista do indivíduo submetido a um ANPP, tal medida não parece ser, nem de longe, tão benéfica quanto aparenta ser. O instituto exige a confissão do indivíduo, limitando significativamente seu direito de defesa em hipótese de eventual descumprimento e continuidade da ação penal. Ademais, além de reduzir outras garantias processuais, há ainda uma limitação ao poder do juiz, que seria, em tese, o agente imparcial, além de aumentar consideravelmente o poder do Ministério Público, que é, em sua essência, o órgão acusador (BERTI. 2019. p. 202-203).

Devido a essa monopolização nas mãos do Ministério Público, ao juiz caberá exclusivamente realizar uma audiência para verificação da legalidade do

oferecimento do acordo e da voluntariedade do investigado, por meio da oitiva deste acompanhado de seu defensor. Assim, o magistrado resta desobrigado de analisar e sentenciar o caso.

Caso o magistrado verifique que o acordo não cumpre os requisitos legais ou se as condições acordadas se apresentarem abusivas, inadequadas ou insuficientes, os autos serão retornados ao Ministério Público para reforma do acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

Sendo recusada a homologação do acordo pelo magistrado, por não restarem atendidos os requisitos legais impostos ou por não ter sido realizada a reforma supramencionada, os autos retornarão ao Ministério Público para análise de ajuizamento de denúncia ou complementação da investigação criminal.

Por outro lado, sendo homologado o Acordo de Não Persecução Penal, os autos serão enviados ao Ministério Público, para execução do acordo perante o Juízo de Execução Penal. Sendo o acordo cumprido de forma integral, o Juiz declarará extinta a punibilidade do agente.

Importante notar que, até que ocorra o integral cumprimento e a consequente extinção da punibilidade, o ANPP não faz coisa julgada material. Logo, com o seu descumprimento, haverá a rescisão do acordo e o Ministério Público, caso entenda serem suficientes as diligências investigatórias já realizadas, oferecerá a denúncia. Nos mesmos moldes da Transação Penal, o descumprimento deve ser comunicado pelo Ministério Público ao Juiz, para fins de rescisão do acordo e posterior formalização da acusação.

Ainda tratando da hipótese de descumprimento do acordo, o órgão acusador poderá considerar o referido descumprimento para não oferecer Proposta de Suspensão Condicional do Processo, caso cabível.

Caso o órgão responsável não ofereça proposta de ANPP, sendo esta cabível no caso em concreto, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, para que seja revisada a decisão.

Em se tratando de crimes sujeitos à Ação Penal Privada, não há previsão legal para o oferecimento do ANPP. Todavia, há a tendência de que a jurisprudência se manifeste no mesmo sentido da aplicação da Transação Penal, conferindo à vítima o direito de oferecer a proposta. Uma aplicação literal do art. 28-A nos casos de crimes de Ação Penal Privada transferiria ao Ministério Público a negociação de um direito do ofendido (ARAUJO. 2020. p.31).

Com relação às causas impeditivas à celebração do ANPP, conforme já mencionado no presente artigo, o instituto em estudo somente será ofertado após análise de cabimento dos requisitos expostos no art. 28-A do Código de Processo Penal. Nesse ponto, caso a hipótese em avaliação trate de infração de menor potencial ofensivo, em que se verifique a possibilidade de oferecimento da Transação Penal, não será cabível a aplicação do ANPP.

Ademais, sendo o investigado reincidente ou existindo provas de uma conduta criminal habitual, salvo se insignificantes, não será possível o oferecimento do acordo.

Outro requisito impeditivo é o fato do infrator ter sido beneficiado por Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo ou por ANPP, durante os cinco anos antecedentes ao cometimento da infração do caso analisado.

Nesse sentido, é importante enfatizar que a celebração do ANPP não constará na certidão de antecedentes criminais, exceto para impedir nova concessão do benefício pelos próximos 05 (cinco) anos.

Além disso, não cabe o oferecimento do acordo em crimes praticados mediante violência, grave ameaça ou contra mulher por razões do sexo feminino, bem como no âmbito de violência doméstica.

Por fim, cumpre salientar que o Pacote Anticrime incluiu uma nova causa impeditiva de prescrição. Nos termos do inciso IV do artigo 116 do Código Penal, não ocorrerá prescrição enquanto não cumprido ou não rescindido o ANPP (BRASIL, 2019).

Não se questiona o fato de que o ANPP pode representar significativos avanços na celeridade do processo de persecução penal. No entanto, a flexibilização de procedimentos e garantias traz diversos pontos negativos e questões que merecem análise e debate aprofundado pelo operador do Direito.

5 OPERACIONALIZAÇÃO DO ACORDO PELAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

Em pesquisa realizada junto às Defensorias Públicas Estaduais pelo Brasil, acerca da existência de algum tipo de orientação, positivada ou não, para atuação dos Defensores nos Acordos de Não Persecução Penal, verificou-se que:

- No Amapá, foi realizada uma primeira reunião conjunta entre Defensoria Pública e Ministério Público sobre tema, mas ainda não foi editada nenhuma orientação ou normativa;
- Na Bahia houve, uma discussão entre os defensores criminais e a coordenação da área especializada, porém não houve nenhuma regulamentação, de modo que fica a critério de Defensor Público decidir se vai atuar ou não em Acordos de Não Persecução Penal. Não há também nenhuma orientação quanto à forma de atuação;
- No Maranhão há tratativas para positivação, porém fica a cargo de cada Defensor Público;
- No Mato Grosso, a Defensoria não possui ainda uniformização quanto ao procedimento dos Acordos de Não Persecução Penal. Foi informado que tal situação se deve à autonomia dos Magistrados quanto a sua atuação e o fato de o próprio Tribunal de Justiça do Estado não ter padronizado a atividade nesse sentido;
- Em Minas Gerais, foram editados enunciados, após realização de reunião aberta para toda a classe na sede da Defensoria do Estado, sendo os que tratam acerca do Acordo de Não Persecução Penal:

Enunciado 17: O artigo 28-A do CPP é aplicável aos feitos em curso e em qualquer fase processual, visto que se trata de norma que também possui caráter penal e consiste em direito subjetivo do indivíduo.

Enunciado 18: O prazo determinado para a condição do inciso V, do artigo 28-A, do CPP, não pode ser superior àquele previsto no artigo 28-A, III, do CPP, ou seja, àquele correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, já que uma condição genérica não pode perdurar por tempo superior a obrigação de natureza penal.

Enunciado 19: Ante a notícia de descumprimento de condição estipulada no acordo de não persecução penal (artigo 28-A, §10, do CPP), em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente determinados, a análise da rescisão pressupõe a oitiva do investigado e da defesa técnica.

- Em São Paulo, ocorreu um curso no âmbito interno da Defensoria Pública para debate acerca de questões como a obrigatoriedade da confissão;
- Em Tocantins, há um estudo em andamento, ainda sem prazo para conclusão;
- As Defensorias Públicas do Espírito Santo e do Rio de Janeiro indicaram ainda não haver orientação nesse âmbito.

- Quanto às Defensorias dos demais Estados, não houve resposta até o momento de submissão do presente artigo.

Dessa vista, depreende-se que ainda se trata de tema novo e a grande maioria das Defensorias Públicas não possui orientações positivadas ou estratégias de atuação.

Ainda assim, a Defensoria do Rio Grande do Sul (DPE/RS) saiu à frente, ao passo que disponibilizou aos membros da instituição, em junho de 2020, o “Manual para atuação em acordo de não persecução penal (ANPP)”, organizado pelo Núcleo de Defesa Criminal.

Nesse ponto, denota-se que, com ênfase na justiça penal negociada, existe uma gama muito grande de crimes que podem ser objeto do ANPP. O cenário é muito novo e a aplicação deve ser pensada para que o consenso seja o norte desse novo instituto, conforme destacou o Defensor Público Andrey Régis de Melo, em entrevista concedida à Radioweb da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul (ANDREY RÉGIS DE MELO. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

De acordo com o referido manual, deve-se atentar para a presença dos pressupostos de validade do consenso, sendo necessário, portanto, para a perfectibilização do acordo e a validade da negociação, que se verifiquem os seguintes quesitos: voluntariedade, informação prévia suficiente, adequação da proposta e participação da defesa técnica.

Orienta ainda no sentido de considerar insuficiente que o único ato formal de investigação seja o mero registro de boletim de ocorrência policial, de forma que os defensores devem participar de forma ativa na construção do acordo, sob pena de nulidade do pacto, nos termos do enunciado da Súmula 523 do STF (Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do RS. 2020. p. 09-10).

Nesse ponto, conforme já mencionado neste artigo, a aplicação da justiça negociada no âmbito criminal não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, essas negociações trazem problemas, no que diz respeito aos poderes de barganha dentro de uma negociação, principalmente no que concerne aos assistidos da Defensoria Pública, conforme também destacado pelo Defensor Público Cristiano Bertuol (CRISTIANO BERTUOL. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

Ainda sobre essa questão, o Defensor Público Cristiano Bertuol, em entrevista à Radioweb da DPE/RS, destacou a importância da negociação para a celebração

de eventual Acordo de Não Persecução Penal. Deve-se garantir que ocorra um efetivo debate acerca do acordo, para que cada parte ceda um pouco.

Nesse sentido, a justiça penal negociada, quando aplicada através da celebração do referido acordo em casos que tratem de complexos crimes financeiros, como empresariais e de corrupção, há linhas de negociação a tomar, fato que não ocorre, via de regra, nos casos atendidos pela Defensoria, uma vez que se tratam de crimes do cotidiano da população hipossuficiente e que representa a maioria absoluta dos casos tratados pela justiça penal.

No que concerne ao prazo para análise da proposta, o manual da DPE/RS assinala a lacuna legislativa nesse ponto e orienta a razoabilidade no prazo de dez dias, conforme previsto no art. 396 do CPP, sugerindo-se ao Defensor ou Defensora Pública manifestar-se por escrito nesse sentido (Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do RS. 2020. p. 11).

Outro ponto que merece destaque é a hipervalorização da figura do acusador nas negociações de Transação Penal e a Suspensão Condicional do Processo. Logo, é um grande desafio para a defesa técnica garantir que no Acordo de Não Persecução Penal haja uma negociação em patamar de igualdade (ANDREY RÉGIS DE MELO. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

Cumprir mencionar, conforme destacado pela Defensora Pública Paula Gerrero Moyses, a celebração do acordo pode representar uma forma de coação contra o investigado. A Defensora relata ter presenciado muitos assistidos aceitarem a proposta pelo medo de serem processados penalmente mesmo com ela informando que não havia chances de condenação, pois não havia suficiência de provas.

Além disso, a Defensora Pública supramencionada relatou ainda que, na comarca de Frederico Westphalen, houve impugnações de proposta do Acordo de Não Persecução Penal. No entanto, o Ministério Público sempre manteve a mesma proposta, evidenciando que têm ocorrido negociações unilaterais durante a celebração do acordo. (Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

Outro ponto que merece destaque acerca da operacionalização do Acordo de Não Persecução Penal pelas Defensorias Públicas é que sua aplicação está relacionada à dinâmica social da Comarca. Em comunidades menores, delitos pequenos são muito repercutidos e indivíduos que praticam esses pequenos delitos tornam-se conhecidos pela acusação, mesmo sendo primários, de forma que prevalece o entendimento, pelo órgão acusador, de que a negociação não será

eficaz para a repreensão e prevenção de delitos com relação a esses agentes o (PAULA GUERRERO MOYSES e CRISTIANO BERTUOL. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

O já referido manual orienta ainda que, se devidamente preenchidos os requisitos legais e ausentes as causas impeditivas, o Ministério Público recusar a apresentação da proposta de Acordo de Não Persecução Penal, o Defensor ou Defensora Pública deve encaminhar um pedido de reconsideração. Não sendo este acolhido, deve ser efetuada a impugnação judicial antes ou após o oferecimento da denúncia (Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do RS. 2020. p. 12-13).

Quanto à análise da proposta, é imprescindível que a defesa acesse o conteúdo investigatório, conforme permite a Súmula Vinculante nº 14. Ademais, a readequação judicial do acordo só deve ocorrer se houver nulidade de ofício ou mudança benéfica para o investigado, sob pena de violação do sistema acusatório (CRISTIANO BERTUOL. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

A confissão circunstancial, requisito obrigatório para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal, ocorre em desobservância ao princípio do contraditório. Pela regra do art. 3º-B do CPP, atualmente suspensa por medida cautelar na ADI nº 6.299, a confissão circunstancial integraria os autos acautelados na secretaria do juízo de garantias, de forma que não poderia ser utilizada como elemento probatório, de acordo com as orientações do manual (Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do RS. 2020. p. 16).

Outrossim, o Manual disponibilizado pela DPE/RS orienta acerca da necessidade de participação da vítima na audiência, caso conste no acordo cláusula de reparação do dano à vítima, visando maior pacificação do conflito, embora o parágrafo §9º do artigo 28-A indique apenas a necessidade de intimação da vítima acerca do acordo firmado (Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do RS. 2020. p. 17).

Por fim, o mencionado Manual produzido pelo Núcleo de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul indica que o Acordo de Não Persecução Penal encontra-se em zona gris, de modo que há muito terreno na seara jurídica a ser desbravado pelos seus atores até que o cenário esteja mais claro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a realização do Acordo de Não Persecução Penal em larga escala, mediante a análise dos requisitos mencionados anteriormente, é possível, de fato, vislumbrar uma economia significativa aos cofres públicos. Um processo criminal demanda organização, estrutura e esforço humano tanto no Judiciário, quanto no Ministério Público e Defensoria. O custo-benefício, do ponto de vista do combate à criminalidade, se vê reduzido especialmente em delitos de menor potencial ofensivo, que poderiam muitas vezes ser sanados apenas na seara cível, ou, pelo menos, de maneira mais célere.

Nesse âmbito, o jurista Eduardo Maia Costa (2013, p. 87-88) elucida que a eficiência penal com a barganha se mostra em dois extremos: ou ela ocorre de forma efetiva ou não ocorre. Porém, indica a existência de uma tendência de adoção, pelo sistema judicial, da prática empresarial: menos custos, em menos tempo, mais produtos acabados. Em outras palavras, mais processos findos e arquivados, um “eficientismo” análogo ao fordismo.

Ademais, é importante observar que o sistema de justiça brasileiro apresenta forte caráter punitivista. É corriqueiro, durante a operação do processo penal, que não se observe princípios e garantias básicas do acusado. Da mesma forma, há muitas condenações impostas sem uma efetiva comprovação probatória (CRISTIANO BERTUOL. Radioweb da Defensoria Pública do RS, 2020).

Nesse âmbito, a introdução do Acordo de Não Persecução Penal gera preocupações no mundo jurídico, uma vez que o Sistema Processual brasileiro é dotado de forte viés inquisitorial, como elucida Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2017, p.110):

[...] mostrar que o Sistema Processual Penal brasileiro é inquisitório é despiciendo: hoje ninguém mais, em sendo sério, duvida disso! Afinal, todos estão sofrendo na carne os resultados dele! E assim não seria, por infundáveis razões, se o sistema fosse o acusatório, de todo o compatível com a CR e encastelado nela, mas negado na prática.

Nesse âmbito, elucida-se que a barganha não deve ser entendida como um instrumento judicial capaz de remediar deficiências estruturais (MOSCATELLI, ARIANO. 2019. p.18).

Uma das questões relevantes a ser analisada é o possível acirramento da seletividade penal já presente de forma marcante no sistema nacional.

Ao se analisar os requisitos e condicionantes à aplicação da ANPP, verifica-se que o referido instituto terá pouca aplicabilidade com relação aos delitos mais comumente presentes na justiça criminal e que afligem de forma especial a camada mais carente da sociedade: crimes contra a integridade corporal, aqui incluídos aqueles cometidos no âmbito doméstico; crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas.

A maior parte dos delitos de menor potencial ofensivo, que poderiam ser objeto de ANPP, já são objetos de transação penal ou de suspensão condicional do processo, especialmente no que se refere a delitos comumente cometidos pela população carente. Observa-se apenas a possibilidade de inclusão dos crimes contra o patrimônio praticados sem violência.

Por outro lado, a aplicação do ANPP se dará em maior escala com relação aos chamados crimes de colarinho branco, como lavagem de dinheiro, sonegação tributária, corrupção passiva e ativa, dentre outros, casos em que seriam inaplicáveis a transação penal ou a suspensão condicional do processo.

Outro ponto imprescindível de ser mencionado trata da tentativa, por uma derradeira vez, da utilização do Direito Penal como instrumento de política pública e social. Tal utilização ocorre, como sempre, instrumentalizada pela ênfase da “crise” do sistema processual penal. A propagação midiática de um sentimento de desconfiança por parte da população relativamente ao funcionamento da justiça penal cria uma falsa de impunidade (que, em verdade, também é seletiva), que aumenta a pressão por endurecimento penal como forma de combate ao crime e à violência.

Assim, considerando a origem e condições de aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal, conclui-se que para uma operacionalização efetiva e funcional desse instituto será necessário um amadurecimento dos aplicadores do Direito, de forma que se tenha mais cautela para tornar o sistema menos punitivista e menos seletivo. Além disso, será necessária muita atenção e firmeza pelos agentes que atuam na defesa do acusado, para garantir que não sejam violadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, é possível chegar a uma segunda conclusão: o instituto apresenta forte potencial de acirramento da seletividade penal, na medida em que representará possibilidade de desencarceramento que se aplicará, em boa medida, a crimes ditos de “alta classe”.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

ARAUJO, Renan. **Pacote Anticrime: Reflexos no Código Penal e Código de Processo Penal.** Edição. São Paulo: Estratégia Carreira Jurídica, 2020. p. 26-31.

BERTI, Marcio Guedes. **Análise da proposta de inclusão dos artigos 28-a e 395-a no código de processo penal: *plea bargain* – a justiça penal negociada.** p. 195-210. Livro eletrônico: Estudos temáticos sobre o "pacote anticrime". Organizadores Lucas P. Carapiá Rios, Luiz Gabriel Batista Neves, Vinícius de Souza Assumpção. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.790.** 2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>>, acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.793.** 2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>>, acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019:** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília/DF. Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 593727/MG**, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015. (Informativo 785). Disponível em: <file:///C:/Users/Biblionet/Downloads/texto_307671331.pdf> Acesso em: 18 abril 2016.

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. Brasília/DF.. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 20 abril 2020.

BRASIL. Conselho Nacional Do Ministério Público. **Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018:** Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília/DF. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>>. Acesso em: 10 de junho 2020.

COSTA, Eduardo Maia. **Justiça negociada: do logro da eficiência**

À degradação do processo equitativo. Julgar nº19. Editora Coimbra. 2013. Disponível em <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/087-097-Justi%C3%A7a-negociada.pdf>> Acesso em 02 jul 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina.** Organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Leonardo Costa de Paula, Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Manual para atuação em acordo de não persecução penal (ANPP).** Núcleo de Defesa Criminal. Porto Alegre, 2020.

FIGUEIRÊDO, Laíla. **Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha.** JUS, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72655/modelos-de-justica-negociada-no-ambito-do-processo-penal-nos-estados-unidos-da-america-inglaterra-franca-e-alemanha#:~:text=Por%20fim%2C%20o%20modelo%20consensual,a%20concilia%C3%A7%C3%A3o%20ou%20o%20consenso.&text=J%C3%A1%20o%20modelo%20da%20justi%C3%A7a,culpabilidade%20na%20pr%C3%A1tica%20do%20delito.>> Acesso em 11 jul 2020.

LEBRE, Marcelo. **Pacote Anticrime: Anotações sobre os impactos processuais e penais.** Escola de Advocacia. Editora Approvare. Curitiba, 2020.

MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. ARIANO, Raul Abramo. **O acordo de barganha e o inexorável avanço da justiça consensual.** Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 27, nº 321, 2019. Disponível em <<https://www.academia.edu/download/62536350/BOLETIM20200329-79440-uqaywm.pdf>> Acesso em 14 de jun de 2020

RADIOWEB DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RS. **Acordos de não persecução penal – DPE.** Entrevista: Dr. Andrey Régis de Melo, Dra. Paula Guerrero Moyses e Dr. Cristiano Bertuol. *Podcast.* 2020. Disponível em <<https://open.spotify.com/episode/25HjJF0YzRBeEiAaYCIS4T?si=8qFDkydBRmqRVMJ9DBvdMw>> Acesso em 26 jun 2020.

RIOS, Lucas P. Carapiá. NEVES, Luiz Gabriel Batista. ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza. **Estudos temáticos sobre o “pacote anticrime”** (livro eletrônico) 1ªed. São Paulo. Tirant lo Blanch, 2019. p. 195-210.

SEGURADO, Rosemary. **A corrupção entre o espetáculo e transparência das investigações: análise da atuação da polícia federal no âmbito da operação Lava Jato.** Revista eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero. 2017. p. 05-15.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – SUA ORIGEM E A OPERACIONALIZAÇÃO PELAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT - ITS ORIGIN AND OPERATIONALIZATION BY PUBLIC DEFENSORS

Lara Maria Willemer Würzius¹
Tarcisio Passos Junior²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o Acordo de Não Persecução Penal, buscando averiguar sua origem e a operacionalização pelas Defensorias Públicas do Estado. Evidenciando se, considerando sua origem e condições de aplicabilidade, o Acordo de Não Persecução Penal poderá ser operacionalizado de forma eficiente? Esta pesquisa adota, como método de abordagem, o dedutivo e a técnica de pesquisa consistirá na investigação de documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica, com exame de fontes normativas e doutrinárias.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo. Persecução Penal. Defensoria Pública. Ministério Público. Reincidência. Pacote Anticrime. Processo Penal. Justiça Penal Negociada.

ABSTRACT

The present article will investigate the Penal Non-Persecution Agreement, seeking to ascertain its origin and its operation by the Public Attorneys. Considering its origin and conditions of applicability, can the Penal Non-Persecution Agreement can be operationalized efficiently? This research utilizes the deductive reasoning as method of approach, which will consist in the indirect analysis of the source bibliography, such as doctrinal or normative material.

KEYWORDS: Agreement. Criminal prosecution. Public attorney. Recurrence. Anti-crime package. Criminal proceedings. Negotiated Criminal Justice.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Origem da justiça penal negociada. 3 Histórico no Brasil. 4 O Acordo de Não Persecução Penal. 5 Operacionalização do acordo pelas Defensorias Públicas. 6 Considerações Finais. 7 Referências.

1 Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED), cursou na forma de extensão Antropologia e Arqueologia Forense pela Universidade de Durham, Reino Unido. Atualmente, atua como estagiária forense na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: laramariaww@hotmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Atuou como extensionista pelo Programa Polos de Cidadania da UFMG e orientador da Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG. Foi analista da Defensoria Pública do Rio de Janeiro entre 2016 e 2017. Atualmente, é Técnico Administrativo da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul desde 2018. E-mail: tarcisio-junior@defensoria.rs.def.br.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA LEI ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019): ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS

*THE BAIL HEARING IN THE ANTICRIME ACT (NO. 13.964/2019):
BETWEEN ADVANCES AND SETBACKS*

Laura Gigante Albuquerque¹
Júlia Tormen Fusinato²

RESUMO

A audiência de custódia foi implantada no Brasil em 2015, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça. No entanto, apenas recentemente, a partir da Lei nº 13.964/2019, ela foi incorporada ao Código de Processo Penal. O presente artigo tem como objetivo retratar o contexto em que esse instrumento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus objetivos e procedimento. Apresentam-se as alterações trazidas pela denominada Lei Anticrime questionando, especialmente, a nova redação prevista no artigo 287 do Código de Processo Penal e a possibilidade de facultar a realização da audiência para alguns tipos de prisão, bem como a (in)constitucionalidade do § 2º do artigo 310 do mesmo diploma, e à impossibilidade de liberdade provisória para alguns casos.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de Custódia. Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Processo Penal.

ABSTRACT

The bail hearing was implemented in Brazil in 2015, at the initiative of the National Council of Justice. However, only recently, after Act No. 13.964/2019, it was incorporated into the Criminal Procedure Code. This article aims to portray the context in which this instrument was inserted in the Brazilian legal system, as well as its objectives and procedure. The changes brought by the so-called Anticrime Act are presented, questioning, especially, the new writing of article 287 of the Criminal Procedure Code and the possibility of providing the hearing for some types of prison, as well as the (un)constitutionality of § 2 of article 310 of the same diploma, and the impossibility of provisional freedom for some cases.

KEYWORDS: Bail Hearing. Anticrime Act (No. 13.964/2019). Criminal Procedure.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Finalidades da audiência de custódia e processo de implementação no Brasil. 3 Análise crítica das alterações promovidas pela Lei Anticrime. 3.1 A obrigatoriedade da realização da audiência de custódia para todos os tipos de prisões. 3.2 A inconstitucionalidade da denegação compulsória de liberdade provisória no § 2º do art. 310 do CPP. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Mestra em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Curso de Direito da Universidade La Salle (Unilasalle/RS). Advogada criminalista. Contato: lauragigante@gmail.com.

2 Especializanda em Direito Penal Empresarial e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada criminalista. Contato: juliatfusinato@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

No dia 23 de janeiro de 2020, entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019, que promoveu diversas alterações no Código de Processo Penal, no Código Penal, na Lei de Execução Penal, na Lei dos Crimes Hediondos, entre outras legislações penais e processuais penais. A lei é oriunda do “Projeto de Lei Anticrime”, assim denominado pelo seu propositor Sérgio Moro, então Ministro da Justiça e Segurança Pública³. O projeto ou “pacote anticrime”, como ficou conhecido, foi proposto em 04 de fevereiro de 2019, acompanhado de diversas estratégias políticas e discursivas de legitimação, que tornaram possível a sua aprovação por ambas as casas do Congresso Nacional em menos de um ano de tramitação.

Em seu texto original, o projeto de lei buscava “dar uma resposta” à sociedade, centrando-se no endurecimento das leis penais e processuais penais e recorrendo ao discurso de que tais medidas visavam ao combate à corrupção, à criminalidade organizada e aos crimes violentos⁴. Seria ingênuo crer que um projeto de lei apresentado pouco mais de um mês após a posse do novo Presidente eleito tivesse passado por necessários estudos de impacto, reflexões e construções democráticas que uma proposta legislativa da dimensão do “pacote anticrime” precisaria ter. De fato, o resultado do projeto apresentado pelo ex-juiz federal foi um compilado de medidas encarcerantes, mas sem capacidade de fornecer alternativas ao problema da segurança pública.

Apesar do caráter eminentemente punitivista do Projeto de Lei Anticrime, a proposta acabou sofrendo diversas modificações na Câmara dos Deputados, e o resultado final da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 2019, apresentou-se como uma panaceia de alterações legislativas que ora contrariam diretamente garantias fundamentais, ora vão ao encontro de importantes avanços, principalmente na

3 É importante destacar que este foi o nome oficial designado ao projeto de lei pelo seu propositor, pois a sua designação pode causar certa estranheza. Entretanto, a utilização da expressão “anticrime” foi uma opção consciente e muito bem arquitetada pelos seus defensores: de um lado, visa a divulgar o projeto como uma medida que poderia, de alguma forma, combater o crime; de outro, possui a intenção de desqualificar qualquer tipo de oposição ao projeto, pois quem a ele se opusesse, é porque estaria “a favor” do crime.

4 Embora o projeto carecesse de justificativa técnica e bem embasada, esse foi o discurso oficial propagado pelo seu propositor e demais integrantes ou aliados do Governo Federal, que contribuíram para uma verdadeira campanha de publicidade em torno do projeto de lei, como se vislumbra em entrevistas e principalmente em publicações oficiais da época, tais como: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550515355.73>. Acesso em: 06 jun. 2020.

legislação processual penal. Um dos aspectos positivos da “Lei Anticrime” foi a inclusão definitiva da audiência de custódia no Código de Processo Penal.

As audiências de custódia vêm sendo implementadas no Brasil desde o início do ano de 2015, em cumprimento a tratados e convenções internacionais. Caracterizam-se por ser um ato formal de apresentação da pessoa presa a uma autoridade judicial, com a finalidade de possibilitar a fiscalização da legalidade da prisão e a apuração de possíveis atos de tortura ou maus-tratos policiais, além de promover a oralidade no momento de apreciação da prisão em flagrante e decisão sobre a necessidade de custódia cautelar.

Dessa forma, o instituto não foi uma inovação introduzida ao nosso ordenamento jurídico somente a partir da Lei nº 13.964/2019, mas a sua inclusão como procedimento obrigatório previsto pela nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal representa um grande avanço no sentido de efetivação e consolidação dessa garantia no sistema justiça criminal brasileiro. Não obstante, as alterações promovidas pela lei ocasionaram algumas mudanças no procedimento do instituto e trouxeram aspectos questionáveis à disciplina das audiências e do próprio regime de custódia cautelar.

Nesse contexto, o presente artigo busca apresentar uma análise da audiência de custódia sob o ponto de vista teórico-normativo, demonstrando o contexto em que esse novo instrumento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua origem em tratados internacionais reconhecidos pelo Brasil até sua tardia incorporação ao Código de Processo Penal, através da Lei nº 13.964/2019. Além disso, pretende-se apresentar as alterações promovidas pela Lei Anticrime no procedimento que já estava em execução desde 2015 através da Resolução nº 213 do CNJ, questionando, especialmente, a nova redação atribuída ao artigo 287 do Código de Processo Penal e a possibilidade de facultar a realização da audiência de custódia para alguns tipos de prisão, bem como a (in)constitucionalidade do § 2º do artigo 310 do mesmo diploma, quanto à impossibilidade de liberdade provisória quando o agente é reincidente, integra organização criminosa armada ou milícia, ou quando porta arma de fogo de uso restrito.

A temática é atual e de suma relevância, considerando que, paralelamente à conquista da positivação da audiência de custódia no Código de Processo Penal, sobrevieram possíveis retrocessos que demandam um olhar atento da doutrina e de todos os atores jurídicos comprometidos com os princípios fundamentais do devido

processo legal e do próprio Estado Democrático de Direito. Objetiva-se, com o presente trabalho, contribuir para o debate em torno dos avanços e retrocessos trazidos pela Lei Anticrime e, especialmente, para a formação de uma doutrina crítica sobre o instituto da audiência de custódia.

2 FINALIDADES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

A disposição expressa da obrigatoriedade da audiência de custódia no Código de Processo Penal brasileiro foi uma das várias mudanças trazidas pela Lei nº 13.964/2019. Em que pese sua incorporação ao Código de Processo Penal tenha ocorrido apenas em janeiro de 2020, com a entrada em vigor da mencionada lei, o instituto da audiência de custódia está implementado e regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro desde 2015, por meio do Projeto “Audiência de Custódia” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Além disso, debates realizados à época⁵, já revelavam a tardia implantação do instituto em nosso sistema processual, uma vez que a necessidade de apresentação pessoal do preso a uma autoridade judicial já estava prevista em dois importantes tratados sobre direitos humanos assinados pelo Estado brasileiro ainda no século XX: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592/1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, internalizada pelo Decreto nº 678/1992.

Sabe-se que, em que pese seu caráter supralegal, os tratados, pactos e convenções internacionais são frequentemente “esquecidos” pelos legisladores e operadores do direito brasileiros. No entanto, esses instrumentos normativos representam hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional Público⁶, criando verdadeiras obrigações legais aos Estados que se comprometem a respeitá-los. Na lição de Cançado Trindade:

5 GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. A audiência de custódia e os seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, v. 67, p. 155-178, 2017; Editorial. Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia. **Boletim IBCCRIM**, v. 23, n. 268, mar. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim268.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020; LOPES JR., Aury; PAIVA; Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, p. 161-182, 2014; PAIVA, Caio. **A audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

6 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105

no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no livre e pleno exercício de sua soberania, e uma vez que o tenham feito não podem invocar dificuldades de ordem interna ou constitucional de modo a tentar justificar o não cumprimento dessas obrigações.⁷

Assim, os Estados-partes signatários possuem o dever de cumprir com as determinações presentes nesses instrumentos normativos internacionais, adotando todas as medidas necessárias para tanto.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, seguindo as considerações e recomendações consolidadas na Carta das Nações Unidas de 1945 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, internalizou o movimento global de proteção dos direitos humanos, determinando a criação de um sistema de garantias da eficácia dos direitos nele presentes. Dentre os direitos e liberdades por ele assegurados (direito à vida, a proibição de tortura e de penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; a proibição da escravidão ou da servidão; a igualdade perante a lei; as liberdades de pensamento, consciência, opinião e expressão), o Pacto reconheceu, em seu artigo 9, dois importantes direitos basilares do devido processo penal: os direitos à liberdade e à segurança pessoais.

Essa previsão garante o direito de não ser preso arbitrariamente, o direito de ser informado sobre os motivos da prisão, o direito à duração razoável do processo e a previsão de que a prisão preventiva não deverá constituir a regra, mas sim a exceção. Ainda, é esse o artigo responsável por dispor de forma expressa a necessidade de apresentação, sem demora, da pessoa presa à autoridade judicial, como se observa em seu item 3:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no plano global, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no plano regional de proteção, é de fundamental importância para o instituto em análise. Também

⁷ CANÇADO TRINDADE. **A proteção internacional dos direitos humanos**, 1991 apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107

conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção foi assinada em 1969 e entrou em vigor em 1978, reconhecendo e assegurando um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo primeiro. Entre eles destaca-se o direito à liberdade pessoal, previsto no artigo 7, o qual dispõe, em seu item 5, especificamente quanto à imprescindibilidade de apresentação, sem demora, da pessoa presa à autoridade judicial, *in verbis*:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A partir da leitura sistemática dos enunciados normativos expressos no artigo 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no artigo 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica, percebe-se que houve uma preocupação, em nível internacional e regional, em garantir que toda pessoa detida seja apresentada, sem demora, à autoridade judiciária competente.

Em que pese a ratificação dos pactos via decretos legislativos tenha ocorrido no ano de 1992, a primeira iniciativa de reforma da legislação processual penal, para incluir a previsão de apresentação imediata da pessoa presa no Brasil, veio a ocorrer tão somente em 2009, por meio do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156/2009⁸, que permanece em trâmite na Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010)⁹.

Além dessa iniciativa, outras tentativas foram realizadas por parte do Poder Legislativo brasileiro, com o objetivo de internalizar o instituto e estabelecer o procedimento a ser adotado na sua realização¹⁰. No entanto, ante a ausência de aprovação definitiva de legislação, coube ao Conselho Nacional de Justiça regulamentar e implementar definitivamente a audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico.

8 Tramitação disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 11 jun. 2020.

9 Tramitação disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 11 jun. 2020.

10 Além do PLS nº 156/2009, destaca-se também o PLS nº 554/2011, que gerou amplos debates institucionais em torno da obrigatoriedade da audiência de custódia, conforme se verifica na tramitação do referido projeto de lei. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Assim, considerando a situação carcerária brasileira¹¹ e buscando efetivar uma garantia fundamental já prevista em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça lançou o Projeto Audiência de Custódia. De acordo com o CNJ, o projeto:

consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.¹²

Posteriormente regulamentada pela Resolução nº 213 do CNJ¹³, de 15 de dezembro de 2015, a audiência de custódia aparece, portanto, como uma importante ferramenta no controle das prisões arbitrárias e ilegais, bem como de apuração e coibição das práticas de tortura e violência policial.

A ausência de sua regulamentação em lei ordinária fez com que várias organizações questionassem a sua eficácia perante o ordenamento jurídico, sendo apresentadas diversas ações de controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal¹⁴. Apesar das objeções que surgiram à época em relação ao projeto do CNJ e à “ausência de previsão legal”, é importante ressaltar que a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial já se encontrava prevista em nosso ordenamento jurídico desde a ratificação dos tratados internacionais mencionados¹⁵. Não há como afastar a normatividade dos diplomas internacionais, na medida em que o devido processo penal se constitui de regras constitucionais, internacionais e infraconstitucionais¹⁶. O que estava em mora era justamente a efetivação prática desse instrumento já previsto em nosso ordenamento. Nada obstante, a inserção da audiência de custódia no Código de Processo Penal, através da Lei nº 13.964/2019 se revela de extrema relevância para a plena efetivação

11 Em 2014, o Brasil possuía a quarta maior população prisional do mundo (622.202 pessoas presas). INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** - dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2014. p. 14.

12 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 09 jun. 2020.

13 CNJ. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

14 Exemplificativamente: ADIn 5.240/SP e ADPF 347.

15 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 29. No mesmo sentido: PAIVA, Caio. **A audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

16 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

desse instrumento tão importante para a manutenção do estado democrático de direito e do devido processo legal.

A audiência de custódia é o momento de comparecimento pessoal do preso (em flagrante ou por mandado judicial) diante da autoridade judicial, deixando de ser apenas um nome na capa do processo, e passando a figurar como sujeito. Nesta audiência, que deve contar com a presença do representante do Ministério Público e da defesa (advogado particular ou defensor público), são apuradas as condições e a legitimidade da prisão efetuada, com a especial finalidade de detectar prisões ilegais ou arbitrárias bem como práticas de abuso pelos agentes estatais. Assim, a audiência de custódia tem como um de seus principais objetivos a realização de um controle imediato e efetivo da atividade policial, especialmente quanto à coibição da prática de maus tratos e tortura¹⁷.

Ainda no âmbito dessa audiência, o magistrado decidirá sobre a necessidade de manutenção da custódia cautelar, isto é, se decretará a prisão preventiva do indivíduo, ou se concederá a ele a liberdade provisória. Dessa forma, o ato também é o momento oportuno para a verificação de condições pessoais do custodiado e de elementos fáticos e normativos que possibilitem uma análise mais qualificada da necessidade (ou não) de prisão cautelar. Considerando a presença do promotor de justiça e da defesa, a audiência de custódia pode – e deve – ser realizada mediante exercício do contraditório, de forma que os atores processuais e o próprio indivíduo preso possam auxiliar na análise das circunstâncias da prisão e da necessidade de custódia cautelar, bem como exercer o direito de influenciar na decisão da autoridade judicial.

A decisão que eventualmente decretar a prisão preventiva do custodiado deverá ser prolatada e fundamentada na própria audiência, de forma oral e também na presença do custodiado, tendo como base a necessidade e adequação da medida extrema, sempre a partir da concepção da prisão cautelar como exceção, e não como regra, conforme determina o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal. Isso significa dizer que o juiz deverá, primeiramente, analisar a possibilidade

17 Cf. entendimento firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020; Corte IDH. **Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

de conceder a liberdade ao indivíduo e, ainda, verificar a aplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão, a depender das circunstâncias pessoais do custodiado que forem debatidas na própria audiência.

Cabe referir que anteriormente à implementação da audiência de custódia no Brasil, o procedimento adotado para análise da prisão em flagrante pelo juiz se dava integralmente de forma escrita e impessoal, seguindo as determinações do artigo 310 do Código de Processo Penal (com redação anterior à Lei nº 13.964/2019). Desse modo, ao analisar a legalidade da prisão em flagrante e decidir sobre a necessidade de prisão cautelar, a autoridade judicial possuía diante de si apenas um nome na capa do expediente, baseando sua decisão quase que exclusivamente na versão policial – ou seja, do agente que realizou a prisão. Essa forma de análise distante da pessoa custodiada e embasada em uma única versão dos fatos pode ser considerada uma das razões da banalização da prisão preventiva – que representavam à época 40% das prisões no Brasil¹⁸ – e do aprofundamento da crise carcerária no país.

Assim, destaca-se mais um dos objetivos pretendidos pela implementação da audiência de custódia: redução do encarceramento em massa, em especial, pela contenção das prisões cautelares. Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do CNJ no ano de lançamento do projeto¹⁹:

‘Audiências de custódia’ servem para evitar o encarceramento desnecessário de pessoas que, ainda que tenham cometido delitos, não devam permanecer presas durante o processo. Além do mais, já sinalizam ser notórios mecanismos a resguardarem a integridade física e moral dos presos, coibindo práticas de tortura, e que consolidam o direito ao acesso à justiça, ao devido processo e à ampla defesa, desde o momento inicial da persecução penal.

Em vista disso, a realização da audiência de custódia tem o potencial de proporcionar uma maior participação dos atores processuais no espaço público do processo, contribuindo na construção da decisão que mantém a prisão do sujeito ou da que a revoga, no plano horizontal do diálogo processual. Com ela, torna-se

18 Em dezembro de 2014, 40% da população prisional brasileira era composta por presos provisórios. São quase 250 mil pessoas presas antes de serem julgadas em primeiro grau jurisdicional. INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** - dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2014. p. 15.

19 LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça – Da política à prática. **Revista ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>. Acesso em: 09 jun. 2020.

possível garantir o contraditório, exercido de forma oral, inclusive com a contribuição direta do sujeito detido, na perspectiva da autodefesa positiva. A análise das condições pessoais do flagrado poderá ser realizada em diálogo direto com ele, podendo-se determinar de forma mais acurada sobre a possibilidade de concessão da liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

Além da verificação da legalidade da prisão e da análise sobre a manutenção ou não da prisão preventiva, uma das principais finalidades da apresentação pessoal do indivíduo preso é possibilitar o controle da atividade policial, a fim de evitar abusos e arbitrariedades por parte de agentes do Estado.

A violência policial permanece sendo um grande problema no Brasil, inclusive sendo reconhecido e denunciado por alguns organismos internacionais. Em 2011 e 2016 o Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT) da ONU visitou alguns estados brasileiros e demonstrou, em seu relatório final entregue às autoridades brasileiras, sua preocupação com o grande número de relatos de tortura e maus tratos por parte da polícia militar, além disso, denunciou a persistência das violências e abusos por policiais e por agentes penitenciários, dentro do sistema de justiça criminal brasileiro. Ainda, como exemplo da preocupação internacional com a situação da violência policial no Brasil, tem-se o Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, no qual o Estado brasileiro foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, por violações aos direitos humanos decorrentes de intervenções policiais na comunidade localizada no Rio de Janeiro/RJ.²⁰

Assim, a audiência de custódia surge com a intenção de ser um importante mecanismo de fiscalização e prevenção das práticas de tortura e maus-tratos policiais, ao conferir visibilidade a essas práticas, as quais muitas vezes eram referendadas em meio ao procedimento burocrático de homologação da prisão em flagrante vigente até então. Todavia, em razão de uma série de fatores, mas especialmente, pelo fato de a violência policial encontrar-se normalizada nas instituições de controle e entre os atores jurídicos, a finalidade de coibir e apurar os abusos não teve a efetividade imaginada quando da proposta de sua implementação.²¹

20 Corte IDH. **Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

Cabe referir que a ausência de efetivação no combate à violência policial não decorre de uma falha do instituto da audiência de custódia, pelo contrário, a Resolução nº 213/2015 do CNJ prevê expressamente os procedimentos que devem ser adotados para atingir esse objetivo, mas sim da forma como o sistema de justiça criminal se revela: como uma insensibilização institucional frente a violações de direitos.²²

Em outra oportunidade, já foi realizada uma análise mais profunda acerca da efetividade da audiência de custódia para o controle da violência policial, de forma que a matéria não será rediscutida no presente trabalho, considerando os seus limites e objetivos²³. Dessa forma, apresentado o contexto em que esse novo instrumento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua origem em tratados internacionais reconhecidos pelo Brasil até a sua tardia, mas imprescindível, incorporação ao Código de Processo Penal, bem como a sua importância no controle e combate das detenções arbitrárias e ilegais e dos casos de abusos na atividade policial, o presente estudo volta-se para as alterações promovidas pela Lei Anticrime, questionando algumas violações a dispositivos legais e constitucionais e alguns retrocessos em relação à anterior normatização da audiência de custódia.

21 A pesquisa da ONG Conectas revelou que, das audiências observadas, em 60% dos casos em que havia sido relatada violência policial o promotor de justiça intervinha para deslegitimar o relato do preso. Além disso, 22% das intervenções do Ministério Público visavam a justificar a agressão. CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Tortura Blindada**: Como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: [https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf). Acesso em: 10 jun. 2020. Anteriormente, o problema também já havia sido apontado pela pesquisa do IDDD: INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo**. 2016. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020. Com pesquisa etnográfica sobre o instituto, relevantes também as considerações de Carolina Ferreira: FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos?. **Revista Justiça do Direito**, v. 31, n. 2, p. 279-303, 2017. Por fim, destaca-se a mais recente pesquisa promovida pelo IDDD, que reúne o maior estudo realizado no país sobre as audiências de custódia: INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **O fim da liberdade**: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

22 Sobre o tema, ver: CARLAN, Fernanda. Segurança pública no Brasil e o desafio da democratização das instituições policiais. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 23, p. 23-43, jan.-abril de 2019.

23 Ver: ALBUQUERQUE, Laura Gigante. **A (in)efetividade da audiência de custódia no controle da violência policial**: um estudo sobre teoria e prática no sistema de justiça criminal. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

3 ANÁLISE CRÍTICA DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI ANTICRIME

Conforme referido, a audiência de custódia não foi uma inovação trazida pela Lei nº 13.964/2019, uma vez que o instituto já estava em prática desde 2015, a partir da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça. Ainda, os procedimentos da audiência de custódia já se encontravam regulamentados pela Resolução nº 213 do CNJ, que buscou uniformizar a aplicação do novo instrumento em todo o território nacional. Todavia, apenas através dessa legislação, que ficou conhecida como Lei Anticrime, a previsão da audiência de custódia foi incorporada de vez ao Código de Processo Penal.

É importante destacar que a audiência de custódia não estava presente no texto original do “Projeto de Lei Anticrime” apresentado em fevereiro de 2019 pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, o ex-juiz federal Sérgio Moro. O projeto de lei originalmente proposto, que recebeu o número 882/2019 na Câmara dos Deputados, veio acompanhado de um discurso extremamente punitivista, de “combate à criminalidade e à corrupção”. O conteúdo do que ficou conhecido como “pacote anticrime” era um apanhado de medidas que visavam exclusivamente ao endurecimento penal, dispostas de forma pouco técnica e desacompanhadas de justificativa e estudos de impacto.

O “pacote” apresentado pelo Poder Executivo foi apensado a outro projeto de lei semelhante, proposto pelo Ministro Alexandre de Moraes (STF), que já se encontrava em trâmite na Câmara dos Deputados (PL nº 10.372/2018). No curso da tramitação dos referidos projetos²⁴, o “pacote anticrime” sofreu importantes derrotas, sendo excluídas a autorização legal de prisão em segunda instância (execução antecipada de pena), bem como a ampliação das hipóteses de excludente de ilicitude, que visavam a conceder aos agentes da segurança pública uma “licença (ainda maior) para matar”. Além da supressão de alguns retrocessos, o projeto de lei sofreu acréscimos que acabaram por representar a efetivação (tardia, como de costume) de importantes garantias processuais, tais como o reconhecimento do modelo acusatório (artigo 3º-A), a figura do juiz de garantias (artigo 3º-B e seguintes), e a audiência de custódia (artigo 310), objeto central do presente trabalho.

24 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1844037&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. Acesso em 09 jun. 2020.

A positivação do instituto da audiência de custódia no Código de Processo Penal, embora passível de alguns questionamentos pontuais, foi de extrema importância, na medida em que positivou o instrumento processual definitivamente no texto legal. Conforme referido anteriormente, a previsão da apresentação imediata da pessoa presa a uma autoridade judicial já se encontrava no plano normativo pátrio, desde a ratificação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ambos internalizados no ano de 1992). Nada obstante, mesmo com a sua previsão em diplomas normativos de caráter supralegal, a audiência de custódia enfrentou ampla resistência em sua implementação, pois os operadores do direito ainda limitam as suas práticas à literalidade da “lei”²⁵. Assim, a consolidação do instituto na legislação processual penal fortalece ainda mais a incorporação de direitos fundamentais e a tentativa de tornar o processo um instrumento de garantias, e não de violações de direitos.

A partir da alteração conferida pela Lei nº 13.964/2019, o artigo 310 do Código de Processo Penal torna-se o responsável por determinar a obrigatoriedade de apresentação do flagrado, em até 24 horas, à audiência de custódia, bem como estabelecer os procedimentos que devem ser observados para a sua realização. Embora tenha como base as normativas estabelecidas na Resolução nº 213/2015 do CNJ, alguns pontos não foram observados e merecem considerações, como é o caso da necessidade da audiência de custódia para todos os tipos de prisão e da (in)constitucionalidade do § 2º, no que tange à impossibilidade de liberdade provisória quando o agente é reincidente, integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito.

²⁵ Para um aprofundamento sobre a cultura legalista do nosso sistema de justiça criminal, ver Nereu Giacomolli, que assim leciona: “As práticas criminais brasileiras, salvo raras exceções, estão enclausuradas na esfera ordinária do processo penal, permanecendo impermeáveis às novas metodologias e à complexidade das exigências contemporâneas; permanecem reféns de uma compreensão paleopositivista, gerada pela inflação legislativa, pela perda da referência constitucional e convencional humanitárias”. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 13.

3.1 A obrigatoriedade da realização da audiência de custódia para todos os tipos de prisões

Como visto, não há dúvidas quanto à obrigatoriedade da apresentação do indivíduo preso em flagrante à audiência de custódia, nos termos da nova redação do artigo 310 do Código de Processo Penal. No entanto, a ausência de expressa previsão quanto à realização de audiência de custódia após prisões decorrentes de mandados possibilita questionamentos sobre a necessidade ou obrigatoriedade de apresentação da pessoa presa nesses casos.

A Lei nº 13.964/2019 também conferiu nova redação ao artigo 287 do Código de Processo Penal, ao prever que “se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia”. Em um primeiro momento e, em uma leitura isolada do artigo, pode se ter a percepção (equivocada) de que nos casos em que a prisão decorre de decisão judicial, a única possibilidade de apresentação em audiência de custódia é quando o mandado não for apresentado no momento da prisão. Ainda, o enunciado normativo parece limitar a apresentação do detido aos casos de infrações inafiançáveis.

Ocorre que tal entendimento vai de encontro com os principais objetivos da audiência de custódia – evitar a arbitrariedade e ilegalidade das detenções, bem como possibilitar o controle imediato e efetivo da violência policial, especialmente quanto à coibição da prática de maus tratos e de tortura –, uma vez que tais violações podem ocorrer em qualquer tipo de detenção, mesmo as já autorizadas judicialmente.

As arbitrariedades e, principalmente, abusos por parte de quem está realizando a prisão estão vinculados ao ato da detenção, sendo irrelevante, portanto, se é derivado de um flagrante ou de ordem judicial. Por essa razão, se faz de extrema importância que a audiência de custódia ocorra após toda e qualquer prisão, uma vez que a rápida apresentação da pessoa presa resguarda a sua integridade física e psíquica no momento de vulnerabilidade frente aos agentes policiais.

Ademais, considerando que uma das potencialidades da audiência de custódia seria evitar a banalização da prisão preventiva, percebe-se ainda mais relevância na apresentação da pessoa presa também por mandado judicial. Como

alertado por Jaíse Burtet, o que se percebe é uma ampla gama de decretações de prisão preventiva que se encontram baseadas tão somente na “gravidade do delito”, no “clamor público social”, ou na vagueza da expressão “garantia da ordem pública”, demonstrando a banalização desse tipo de prisão no Brasil²⁶. De fato, a apresentação da pessoa presa perante a autoridade judicial que decretou a prisão preventiva ou temporária, para além de cumprir com a finalidade de fiscalização e coibição de atos de violência policial, pode contribuir para a aferição das condições pessoais do indivíduo e possibilitar a substituição da custódia cautelar por medidas cautelares diversas da prisão.

Não deve haver dúvidas quanto à interpretação ao artigo 287, portanto, no sentido de ser obrigatória a apresentação do indivíduo em prisões decorrentes de mandados judiciais, sobretudo quando rememorada a redação prevista no artigo 13 da Resolução nº 213/2015 do CNJ, *in verbis*:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.²⁷

O artigo deve ser interpretado a partir de uma leitura sistemática com os outros dispositivos legais, em especial, os previstos em normas hierarquicamente superiores ao Código de Processo Penal, como a Constituição Federal e os Pactos Internacionais.

Tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos quanto o Pacto de São José da Costa Rica não restringem a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à prisão em flagrante; pelo contrário: o primeiro refere que “*qualquer* pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal”, enquanto o segundo menciona que “*toda* pessoa presa, detida ou retida” deve ser apresentada, sem

26 BURTET, Jaíse. Audiência de custódia: um olhar sobre o controle de convencionalidade e a cultura punitivista no Brasil. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 18, maio-agosto de 2017, p. 123.

27 CNJ. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

demora, a uma autoridade policial, demonstrando, pois, a imprescindibilidade da audiência de custódia em todos os tipos de prisão.

Em que pese a sua determinação expressa nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, o tema está em debate desde a entrada em vigor da Resolução nº 213/2015 do CNJ. Em 2017, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro²⁸ apresentou, no Supremo Tribunal Federal, a Reclamação nº 29.303. A medida foi ajuizada por entender-se que o Tribunal de Justiça daquele estado não observou a decisão proferida pela Suprema Corte na ADPF 347, ao restringir, por meio da Resolução nº 29/2015 TJRJ, as hipóteses de audiência de custódia aos casos de flagrante delito, sendo defendido pela Defensoria Pública que independentemente do título prisional, o preso deve ser apresentado, no prazo, à autoridade judicial. A Reclamação, de relatoria do Ministro Edson Fachin, até o momento não foi incluída em pauta, de forma que o seu julgamento provavelmente levará em consideração as alterações trazidas pela nova lei.

Anteriormente à determinação de encaminhamento para plenário, o Ministro Gilmar Mendes teve a oportunidade de se manifestar nos autos da ação e reforçou que as audiências de custódia têm funções essenciais de controlar abuso de autoridades policiais e devem ser realizadas em qualquer tipo de prisão, tanto em flagrante quanto em cautelares. Espera-se que a maioria da Corte acompanhe esse entendimento, em observância às disposições legais, especialmente aos tratados internacionais.

Por fim, em recente decisão – datada de abril de 2020 –, o Superior Tribunal de Justiça ratificou a necessidade de realização de audiência de custódia para prisões decorrentes de mandados judiciais. Embora a ação versasse sobre conflito de competência (CC n. 168.522/PR), para determinar qual seria o juízo competente para a audiência de custódia quando a prisão ocorrer em local diverso daquele onde

28 Nesse contexto, ressalta-se o papel fundamental da Defensoria Pública na garantia de direitos dos custodiados e na consolidação do instituto da audiência de custódia. Em pesquisa etnográfica realizada junto à Cadeia Pública de Porto Alegre (antigo Presídio Central) e ao Presídio Feminino Madre Pelletier, no ano de 2018, foi constatado que o procedimento seguido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para a realização das audiências era diferente de todos os demais estados, e que nem todas as pessoas presas estavam sendo apresentadas à autoridade judicial, incluindo aquelas que eram soltas em “análise preliminar” (escrita) do auto de prisão em flagrante. Sobre o tema, a Defensoria Pública do estado ajuizou dezenas de Reclamações perante o STF, com o objetivo de ver cumprido o procedimento previsto na Resolução nº 213 do CNJ (exemplificativamente, citam-se as Reclamações nº 28709, 28710, 28712, 28713, 28750, 28803, 28804, 28806, 28807, 28808, 28834, 28856, 28857, 28858, 28859, 28863, 28864, 28867, 28869, 28870, 28871, 28872, 28873, 28877, 28879, 28928, 28929, 28931, 28933, 28934, 28935, 28936, 28937, 28938, 28939, 28976, 28977, 29078, 29079, 29243, 29242, 29241, 29237, 29238, 29239, 29236, 29234, 29445, 29446, 29447, 28834).

o mandado foi expedido, restou claro o entendimento do órgão quanto à obrigatoriedade de apresentação imediata da pessoa presa preventivamente à autoridade judicial. Nas palavras da Ministra relatora, Laurita Vaz:

Caso haja a constatação de alguma ilegalidade no cumprimento do mandado, cabe à autoridade judicial do local em que ocorreu a prisão tomar as providências necessárias para resguardar a integridade da pessoa presa, bem assim requisitar a investigação dos fatos relatados, apenas comunicando tais dados ao juízo responsável pela instrução do processo.²⁹

Desse modo, sendo inquestionável que é o ato da prisão que gera a vulnerabilidade da pessoa presa e que a rápida apresentação do custodiado tem como uma de suas principais finalidades fiscalizar e coibir os abusos praticados nesse momento de vulnerabilidade, não resta dúvidas quanto à obrigatoriedade da realização da audiência de custódia para todas as espécies de prisão. A redação confusa do novo artigo 287 do Código de Processo Penal não deve ser interpretada de forma a causar retrocessos em relação à garantia de direitos básicos da pessoa presa.

3.2 A inconstitucionalidade da denegação compulsória de liberdade provisória no § 2º do art. 310 do CPP

A Lei nº 13.964/2019 introduziu ao artigo 310 do Código de Processo Penal o §2º³⁰, no qual impõe-se vedação à concessão de liberdade provisória para o preso que for reincidente ou que integre organização criminosa armada ou milícia, ou, ainda, que porte arma de fogo de uso restrito. Ocorre que tal previsão legislativa é manifestamente inconstitucional, contrariando disposições constitucionais, internacionais e o próprio Código de Processo Penal.

A Constituição Federal estabeleceu como garantias fundamentais a presunção de inocência (artigo 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória), a excepcionalidade da prisão preventiva (artigo 5º, LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança) e a necessidade de

29 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Audiencia-de-custodia-deve-ser-realizada-no-local-onde-ocorreu-a-prisao.aspx>. Acesso em: 09 jun. 2020.

30 § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#).

fundamentação das decisões (artigo 93, inciso IX)³¹. Assim, ao impor ao juiz o dever de denegar a liberdade provisória em determinados casos, o legislador violou frontalmente as disposições constitucionais.

De fato, não é concedido ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma irrestrita, a liberdade provisória. A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva deve, inequivocamente, ser baseada em um dos motivos estabelecidos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal Brasileiro, estando ainda o juiz obrigado a fundamentar a sua decisão em consonância com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e com a nova redação do artigo 312, § 2º do Código de Processo Penal³².

Ainda, o processo penal brasileiro pauta-se na concepção da prisão cautelar como exceção, e não como regra. Além da disposição constitucional, o artigo 282, § 6º do Código de Processo Penal prevê que a “prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Da mesma forma, o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos assegura que: “A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias [...]”.

Assim, o legislador ordinário não pode estabelecer a obrigatoriedade da prisão *ex lege* e em abstrato, sem que essa decisão possa ser submetida ao crivo do magistrado para verificação da necessidade ou não da prisão no caso concreto, sob pena de violação aos referidos princípios constitucionais, em especial, o da presunção de inocência. Na lição de Nereu Giacomolli:

a presunção de inocência situa o recolhimento ao cárcere, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, como a última medida processual a ser adotada [...]. Assim, antes da prisão preventiva, se exige a análise da possibilidade de liberdade provisória e, num segundo momento, a aplicação de outras medidas cautelares previstas em lei. A prisão preventiva representa não mais a primeira alternativa, mas a última [...].³³

31 IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

32 § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

33 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

A imposição da prisão preventiva de forma abstrata e irrestrita a determinados presos viola preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, retomando, inclusive, a ideia de direito penal do autor, uma vez que não se analisam as circunstâncias do fato, nem os requisitos autorizadores da prisão. No mesmo sentido, é a lição de Aury Lopes Jr., que ainda acrescenta que, tratando-se de prisão em flagrante, “é praticamente inviável já se ter uma prova suficiente de que o agente, por exemplo, é membro de uma organização criminosa ou milícia, para aplicar o dispositivo”³⁴.

Salienta-se que, em 2012, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de regra semelhante prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, que vedava a concessão de liberdade provisória a presos acusados de tráfico de drogas, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 104.339. Tal entendimento foi reafirmado em 2017, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.038.925, com reconhecimento de repercussão geral³⁵.

Dessa forma, não deve ser outro o destino da previsão contida no §2º do artigo 310, com redação conferida pela Lei nº 13.964/2019, sendo flagrante a sua inconstitucionalidade. A insistência nas tentativas de vedar, de forma obrigatória e antecipada, a concessão da liberdade provisória, revela a manutenção da ideia de recrudescimento da legislação penal e processual penal, bem como da lógica encarcerante como soluções de enfrentamento a criminalidade, mesmo após a constatação de suas ineficiências.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como Lei Anticrime, ganhou visibilidade e apoio de grande parte da população ao ser apresentada como solução para o combate à criminalidade. Lançada como uma estratégia política, a lei trouxe diversos debates para o plano jurídico. Em que pese as várias críticas que possam ter sido feitas, e de forma muito pertinente, em relação ao projeto original e, principalmente, à sua utilização como publicidade política, o texto final da lei acabou por possibilitar a incorporação da audiência de custódia no Código de Processo

34 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, s.p [e-book].

35 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354431>. Acesso em 15 jun. 2020.

Penal. Assim, entre avanços e retrocessos, o presente artigo buscou analisar criticamente o instituto sob o ponto de vista teórico-normativo, bem como questionar algumas das modificações promovidas pela lei.

Como demonstrado inicialmente, embora se trate de uma aparente novidade no ordenamento jurídico-penal brasileiro, a audiência de custódia está prevista em tratados internacionais reconhecidos pelo Estado brasileiro há mais de duas décadas – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto de São José da Costa Rica –, bem como está sendo implementada no Brasil desde 2015, a partir da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça.

Em que pese tardia, a disposição da obrigatoriedade da realização da audiência de custódia no Código de Processo Penal foi de extrema importância para a uniformização do procedimento a ser observado, uma vez que até então, mesmo com a Resolução nº 213/2015 do CNJ, cada Estado da federação emitiu suas próprias normativas e procedimentalização das audiências à sua maneira.³⁶ Além disso, a incorporação do instituto ao Código de Processo Penal, permite uma maior garantia da sua permanência e cumprimento, tendo em vista que uma das maiores objeções à audiência de custódia era a sua “ausência de previsão legal”, eis que a cultura jurídica legalista do nosso sistema de justiça criminal tende a olvidar tratados e convenções internacionais, mesmo que ratificados pelo Brasil.

A audiência de custódia ou de apresentação da pessoa presa tem como um de seus principais objetivos a fiscalização e o controle da legalidade das prisões, uma vez que o contato pessoal e direto com a pessoa presa possibilita que os atores jurídicos possam detectar prisões e atos arbitrários, bem como práticas de violência policial, quando o agente extrapola o uso legítimo da força física necessária para deter o flagrado e conter a situação ou quando emprega técnicas de tortura para punir o suspeito ou extrair dele informações.

Dessa forma, para além da efetivação de um direito previsto nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a implementação da audiência de custódia representou a concretização do próprio princípio da dignidade humana, na tentativa

36 Em pesquisa promovida pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, que contou com a participação das autoras, revelou-se as peculiaridades procedimentais adotadas em cada Estado participante da pesquisa. INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **O fim da liberdade:** a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. 2019. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

de tornar-se o processo um instrumento de garantias, e não de violações de direitos. Pode-se dizer, ainda, que a audiência de custódia acaba com o “conforto da decisão imaginada”, pois exige contato humano³⁷ da autoridade judicial com a pessoa presa.

Neste contexto, não resta dúvidas de que a incorporação da audiência de custódia ao Código de Processo Penal, por meio da edição da Lei Anticrime, foi de extrema importância para a consolidação desse instituto no ordenamento jurídico-penal brasileiro, bem como para a efetivação de garantias dos direitos das pessoas presas. Todavia, percebeu-se a necessidade de uma reflexão crítica sobre algumas alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, no âmbito das audiências de custódia, que se mostraram violadoras de direitos.

A primeira alteração apresentada foi a nova redação atribuída ao artigo 287 do Código de Processo Penal, a qual, em uma leitura isolada, pode permitir interpretações equivocadas quanto à necessidade de realização da audiência de custódia para prisões decorrentes de mandados judiciais. Todavia, como buscou-se demonstrar, a apresentação da pessoa presa independe do tipo de prisão, uma vez que é o ato da prisão que gera a vulnerabilidade que a audiência de custódia tem como objetivo fiscalizar e combater. Além disso, deve-se interpretar o referido artigo a partir de uma leitura sistemática com outros dispositivos legais, como os Pactos Internacionais e a Resolução nº 213/2015 do CNJ, que garantem essa obrigatoriedade e sanam quaisquer lacunas e/ou dúvidas quanto à obrigatoriedade da realização da audiência de custódia para todas as espécies de prisão.

Seguindo na reflexão, indicou-se a evidente inconstitucionalidade firmada no § 2º do artigo 310 do Código de Processo Penal, a partir da redação conferida pela Lei nº 13.964/2019. Ao vedar a concessão de liberdade provisória para determinados casos, o legislador contrariou não apenas disposições legais, como constitucionais, violando frontalmente garantias individuais e retomando a ideia de um direito penal do autor. Merece destaque a insistência do legislador em tentar limitar a liberdade provisória para alguns presos, sendo que o tema já foi debatido e declarado inconstitucional em outras oportunidades.

A persistência na centralidade da prisão como resposta revela a manutenção da lógica encarcerante como solução do problema da criminalidade no país, embora a infinidade de debates e trabalhos revelando a sua ineficácia. Nesse sentido,

37 LOPES JR., Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. "Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia". **Revista ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-seinao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>. Acesso em: 09 jun. 2020.

compreende-se que é essencial a manutenção de um olhar atento e crítico para a consolidação da audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico, sobretudo para evitar retrocessos em relação às práticas que vêm sendo instituídas desde a sua implementação, em 2015, como forma de garantir a correta aplicação deste importante instituto que visa à promoção de direitos básicos como a dignidade e a integridade da pessoa presa.

5 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Laura Gigante. **A (in)efetividade da audiência de custódia no controle da violência policial: um estudo sobre teoria e prática no sistema de justiça criminal.** Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto no 592, de 6 de julho de 1992.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 09 jun. 2020.

BURTET, Jaíse. Audiência de custódia: um olhar sobre o controle de convencionalidade e a cultura punitivista no Brasil. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 18, p. 103-137, maio-agosto de 2017.

CARLAN, Fernanda. Segurança pública no Brasil e o desafio da democratização das instituições policiais. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 23, p. 23-43, jan.-abril de 2019.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. **Tortura Blindada:** Como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo:

Conectas, 2017. Disponível em: [https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relato%CC%81rio%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf). Acesso em: 10 jun. 2020.

CNJ. **Estudo “Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil”**. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 06 jun. 2020.

CNJ. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_213_15122015_22032019144706.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

Corte IDH. **Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

Corte IDH. **Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentencia de 16 de fevereiro de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 09 jun. 2020.

Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

Editorial. Audiência de custódia no Brasil, ainda que tardia. **Boletim IBCCRIM**, v. 23, n. 268, mar. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim268.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos?. **Revista Justiça do Direito**, v. 31, n. 2, p. 279-303, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José; ALBUQUERQUE, Laura Gigante. A audiência de custódia e os seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, v. 67, p. 155-178, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** - dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2014. 80 p. Disponível em:

http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf. Acesso em 10 jun. 2020.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo**. 2016. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia**. 2019. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça – Da política à prática. **Revista ConJur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica>. Acesso em: 09 jun. 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 [e-book].

LOPES JR., Aury; DA ROSA, Alexandre Moraes. "Não sei, não conheço, mas não gosto da audiência de custódia". **Revista ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-10/limite-penal-nao-seinao-conheco-nao-gosto-audiencia-custodia>. Acesso em: 09 jun. 2020.

LOPES JR., Aury; PAIVA; Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, p. 161-182, 2014.

MASI, Carlo Velho. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

PAIVA, Caio. **A audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA LEI ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019): ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS

*THE BAIL HEARING IN THE ANTICRIME ACT (NO. 13.964/2019):
BETWEEN ADVANCES AND SETBACKS*

Laura Gigante Albuquerque¹
Júlia Tormen Fusinato²

RESUMO

A audiência de custódia foi implantada no Brasil em 2015, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça. No entanto, apenas recentemente, a partir da Lei nº 13.964/2019, ela foi incorporada ao Código de Processo Penal. O presente artigo tem como objetivo retratar o contexto em que esse instrumento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus objetivos e procedimento. Apresentam-se as alterações trazidas pela denominada Lei Anticrime questionando, especialmente, a nova redação prevista no artigo 287 do Código de Processo Penal e a possibilidade de facultar a realização da audiência para alguns tipos de prisão, bem como a (in)constitucionalidade do § 2º do artigo 310 do mesmo diploma, e à impossibilidade de liberdade provisória para alguns casos.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de Custódia. Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Processo Penal.

ABSTRACT

The bail hearing was implemented in Brazil in 2015, at the initiative of the National Council of Justice. However, only recently, after Act No. 13.964/2019, it was incorporated into the Criminal Procedure Code. This article aims to portray the context in which this instrument was inserted in the Brazilian legal system, as well as its objectives and procedure. The changes brought by the so-called Anticrime Act are presented, questioning, especially, the new writing of article 287 of the Criminal Procedure Code and the possibility of providing the hearing for some types of prison, as well as the (un)constitutionality of § 2 of article 310 of the same diploma, and the impossibility of provisional freedom for some cases.

KEYWORDS: Bail Hearing. Anticrime Act (No. 13.964/2019). Criminal Procedure.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Finalidades da audiência de custódia e processo de implementação no Brasil. 3 Análise crítica das alterações promovidas pela Lei Anticrime. 3.1 A obrigatoriedade da realização da audiência de custódia para todos os tipos de prisões. 3.2 A inconstitucionalidade da denegação compulsória de liberdade provisória no § 2º do art. 310 do CPP. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Mestra em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Curso de Direito da Universidade La Salle (Unilasalle/RS). Advogada criminalista. Contato: lauragigante@gmail.com.

2 Especializanda em Direito Penal Empresarial e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada criminalista. Contato: juliatfusinato@gmail.com.

O PAPEL DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

THE ROLE OF THE LAW AND THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Lenio Luiz Streck¹

RESUMO

Passados mais de trinta anos da promulgação da sua Constituição, o Brasil se depara com uma grave crise institucional. Neste momento marcante, procuro refletir sobre o Direito (e sua teoria) em nosso país, desde a redemocratização, especialmente sobre o papel que se atribui à jurisdição constitucional e que ela efetivamente desempenha. Reafirmo o papel transformador do constitucionalismo — tanto mais necessário em países com graves problemas estruturais, como o nosso — argumentando que isso não deve ser confundido com ativismo judicial. Na sequência, discuto parâmetros para a jurisdição constitucional e a construção de uma adequada teoria da Constituição. Por fim, volto da teoria à prática, analisando criticamente algumas dificuldades na efetivação do constitucionalismo contemporâneo no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo contemporâneo. Jurisdição constitucional. Hermenêutica. Ativismo judicial.

ABSTRACT

Thirty years after the promulgation of its Constitution, Brazil faces a serious institutional crisis. In this remarkable moment, I try to reflect on the Right (and its theory) in our country, since redemocratization, especially on the role that is attributed to the constitutional jurisdiction and that it effectively plays. I reaffirm the transformational role of constitutionalism - all the more necessary in countries with serious structural problems, such as ours - arguing that this should not be confused with judicial activism. Next, I discuss parameters for constitutional jurisdiction and the construction of an adequate theory of the Constitution. Finally, I return from theory to practice, analyzing critically some difficulties in the realization of contemporary constitutionalism in Brazil.

KEYWORDS: Contemporary constitutionalism. Constitutional jurisdiction. Hermeneutics. Judicial activism.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 De como o constitucionalismo não morreu. 3 A jurisdição constitucional e a construção de uma adequada teoria da constituição.

¹ Doutor em Direito pela UFSC e pós-doutor em Direito pela FDUL. Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá, da Universidade de Málaga e da Universidade de Lisboa. Professor emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Membro catedrático da Associação Brasileira de Direito Constitucional — ABDConst. Presidente de honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Coordenador do Dasein — Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

4 Da teoria à prática: algumas dificuldades na efetivação do constitucionalismo contemporâneo no Brasil. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil de hoje não compreendeu um longo processo de construção de democracia, com destaque para a participação popular, do qual é fruto a Constituição de 1988. Isso ocorre, sobretudo, pela presença facilmente constatável daquilo que denomino de “baixa constitucionalidade”, isto é, a baixa compreensão, que ocorre porque parte da doutrina e da jurisprudência continuam assentadas em dicotomias ultrapassadas.

Isso pode ser demonstrado por posturas do Poder Judiciário que oscilam entre o apego ao texto legal enquanto em outros momentos ignora os seus limites semânticos. Ou seja, de um lado, ainda se utiliza uma hermenêutica clássica de cunho reprodutivo; de outro, impera o subjetivismo. Por vezes, em uma mesma decisão, diz-se que está claro o texto legal e, mais adiante, a clareza é ignorada².

Tudo isso porque se ideologizou a aplicação do Direito: o solipsismo judicial, a partir do que chamo de Privilégio Cognitivo do Juiz — PCJ, submete o ato decisório à vontade do julgador. Também não se pode ignorar que há uma crise no ensino jurídico que impossibilita a comunidade jurídica de compreender que a Constituição tem, por excelência, um papel contramajoritário.

A Constituição serve exatamente para que não caiamos na tentação de apostar em clamor público. A democracia pressupõe a presença do povo no processo decisório. Contudo, este deve ser garantido mediante espaços reais de presença e de conhecimento sobre quais são os temas essenciais à democracia contemporânea e os limites necessários à sua consolidação.

Na esteira da Crítica Hermenêutica do Direito³, venho trilhando dia a dia

2 Nesse sentido, ver a minha análise dos principais julgamentos ao longo desses 30 anos da Constituição Federal de 1988: Streck (2018a).

3 A Crítica Hermenêutica do Direito por mim fundada constitui matriz teórica que, sob os aportes da filosofia (em especial, da filosofia hermenêutica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer), possibilita a análise crítica do fenômeno jurídico. Esse movimento também sofre influências de Warat no tocante à sua crítica ao senso comum teórico, incorporando ainda a noção de coerência e integridade de Dworkin (2002). Trata-se, portanto, de uma matriz teórica para o direito com fundamentos filosóficos e de teoria do direito. Sob o

um caminho que tem como objetivo a preservação do grau de autonomia do Direito minimamente necessário para que os predadores externos e internos não façam soçobrar o Direito legislado, desde que, é claro, esteja em conformidade com a Constituição. Por isso, tenho insistido nos seguintes pontos: Direito não é moral. Direito não é Sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador.

Nesse sentido, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais etc. No entanto, estas, depois que o Direito está posto — nessa nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) —, não podem vir a corrigi-lo. Nestes mais de 30 anos, houve — e continua a haver — uma enorme dificuldade de libertar dos fantasmas do passado. Em face do predomínio, anterior à Constituição, de um formalismo sustentado no positivismo legalista (clássico), os primeiros anos de vigência da Constituição foram palco de uma invasão de posturas, teses e teorias que visavam a matar o velho inimigo até então identificado: o juiz boca da lei, que representava, no imaginário jurídico, o positivismo que atravessara o século XIX e ingressara no século XX.

O lema passou a ser: “com a nova Constituição, morreu o juiz boca da lei e nasceu o juiz dos princípios”. Não haveria mais subsunção. “Sentença vem de ‘sentire’”, dizia-se aos quatro ventos. O novo tempo passara a ter como protagonista uma coisa chamada “valores”, com o fundamento de que, superado o positivismo, agora tínhamos que argumentar para sustentar o juiz protagonista. Claro: desamarrado da subsunção, como que a lembrar os voluntarismos da Escola do Direito Livre ou da Livre Investigação Científica, nossa doutrina passou a dar a alforria para a livre criação do Direito, como se a nova Constituição não

aspecto metodológico, desenvolve-se sob o prisma do método fenomenológico hermenêutico. O ponto central da adoção dessa metodologia consiste na ruptura com as tradicionais estruturas metodológicas da modernidade, que indicam a ideia de certeza e segurança próprias da matemática do pensamento moderno. Em contraposição a isso, o método fenomenológico hermenêutico implica um modo de filosofar, concebendo os caminhos metodológicos como precários e provisórios, ou seja, elementos dos quais não se possui total apreensão e domínio. Em poucas palavras: revolve-se o chão linguístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno.

apontasse exatamente para o contrário: agora, precisávamos fazer cumpri-la, sem que isso significasse “ser positivista” (STRECK, 2010).

As práticas jurídicas de então (ensino, doutrina e jurisprudência) — problemática que se estende até os dias de hoje —, ainda atreladas ao velho imaginário de predominância formalista, misturavam diversas posturas, que mais serviam para justificar o solipsismo judicial. Este, aliás, era o paradoxo, que, todavia, ainda não foi superado: embora a cultura jurídica estivesse contaminada por um formalismo que, de certo modo, reproduzia elementos exegéticos, ao mesmo tempo, mesclava-se com mecanismos despistadores, como o discricionarismo e o livre convencimento, tendo fértil terreno nas escolas instrumentalistas no processo civil (herança do solipsismo de Büllow e dos processualistas que o seguiram) e no inquisitivismo no processo penal.

Tudo isso pode ser traduzido do seguinte modo: a promulgação da Constituição enfrentou uma longa caminhada, cheia de percalços: do formalismo civilista conservador (e autoritário), que insistia em interpretar a Constituição a partir da lei, para uma tardia jurisprudência dos valores (repcionada, aliás, no marco do velho culturalismo jurídico realeano, não menos conservador e autoritário), que despreza(va) a lei e reduz(ia) a Constituição a valores abstratos. Trocar o velho formalismo por uma jurisprudência de valores tardia (difícil dizer e aquilatar o estrago feito pelas mixagens das diversas teses e posturas empiristas-voluntaristas que se sucederam pós-1988) contribuiu para que não se consolidasse uma nova teoria da decisão que, rompendo com o privatismo, respeitasse a Constituição como norma (CATTONI, 2016).

Dito de outro modo, promulgada a Constituição, ocorreu uma corrida buscando mecanismos que implementassem um novo “juiz dos princípios” que pudesse “derrotar” o juiz “boca da lei”, sem que a doutrina explicasse o que era isso — o princípio (isso é dito até hoje, quando ainda se repete o enunciado performativo de que “princípios são valores”). Parcela majoritária da doutrina mais apostou em seguir o que a jurisprudência passou a dizer; isto é, em vez de prescrever o sentido da normatividade da Constituição, contentou-se em legitimar o uso de um ainda embrionário ativismo que foi forjando-se a partir do início dos anos 90 do século passado.

Torna-se, portanto, vital a reincorporação de um sentido mais amplo à Constituição. Esta deve manter parcela de sua visão institucionalizada; contudo

precisa-se desenvolver uma análise crítica da necessidade de integrar a sociedade à Constituição, conforme as condições impostas por uma sociedade complexa. A Constituição não deve conter uma preocupação absoluta com o Estado, mas ser mais ampla, constituindo também a sociedade. A crise que se observa tem (des)constituído o Estado e (des)legitimado o instrumento constitucional como estabilizador da sociedade a partir de demandas nem sempre internas dos Estados Nacionais.

2 DE COMO O CONSTITUCIONALISMO NÃO MORREU

A discussão acerca do constitucionalismo contemporâneo é tarefa que se impõe. Isso porque o constitucionalismo não morreu: as noções de Constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissória, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de efetivação.

Há que se detectar os problemas que fizeram com que parcela dos dispositivos da CF/1988 não obtivesse efetivação: a prevalência/dominância dos paradigmas aristotélico-tomistas (objetivismo) e o paradigma da filosofia da consciência (subjativista-solipsista), refratários à guinada linguístico-hermenêutica. Essa resistência — produto dessa mixagem de modelos filosóficos — provocou aquilo que se pode denominar de entificação do ser (sentido) do Direito (e sobretudo da Constituição).

Outro problema decorre da não existência de um Estado Social no País, muito embora o forte intervencionismo do Estado (e do Direito); também deve ser apontada a prevalência do paradigma liberal-formal (individualista) de Direito, mormente pela permanência promíscua de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente; por último, podem-se ainda arrolar como fatores que obstaculizam a implementação dos direitos constantes na Constituição o processo de globalização e as políticas neoliberais (de perfil desregulamentador) adotadas por sucessivos governos.

Na verdade, quando falo em “dispositivos constitucionais não efetivados”, quero dizer mais do que isso. Com efeito, há um descumprimento que vai além de uma mera confrontação de caráter paramétrico ou de cotejamento entre

legislação infraconstitucional e texto constitucional. Há um imaginário de incumprimento que se forjou à margem daquilo que se pode chamar de “falta de efetividade”.

Quando não construímos as condições de possibilidade para a constitucionalização do próprio debate acerca do direito em um país como o Brasil, é porque há um *corpus* de representações que obstaculiza esse objetivo. No momento em que o Poder Judiciário continua julgando de forma solipsista, como se não houvesse ocorrido o “acontecimento da Constituição”, pode-se dizer que estamos diante de uma crise de paradigmas. Essa crise se sustenta em um imaginário dogmático-positivista: embora a Constituição aponte para um novo direito de perfil transformador, nossos juristas, inseridos nesse senso comum teórico, continuam a “operar” (salas de aula, doutrina e práticas tribunalícias) como se o Direito fosse uma técnica, ou seja, uma mera racionalidade instrumental.

Um dos pontos fundamentais, para um melhor entendimento/enfrentamento de toda essa problemática, exige uma discussão acerca do papel do Direito (portanto, da Constituição e da justiça constitucional no Estado Democrático de Direito). Nesse sentido, além das necessárias críticas ao paradigma liberal, torna-se importante o enfrentamento, ainda que de forma superficial, das posturas procedimentalistas, que, ao repelirem o paradigma do Estado Social, deixam de lado a noção de Estado Democrático de Direito, que é *plus* normativo em relação ao paradigma promovedor do *Welfare State*.

Desse modo, entendo que as perspectivas de realização dos direitos fundamentais sociais não estão esgotadas, e, ao contrário do que pregam, por exemplo, em determinadas circunstâncias, as posturas procedimentalistas, o papel da justiça constitucional não deve restringir-se à (mera) compreensão procedimental da Constituição (o que não implica afirmar, por óbvio, que, por exemplo, Habermas despreze a concretização de direitos sociais-fundamentais); ou seja, enquanto o procedimentalismo — em seus diversos matizes — sustenta que a justiça constitucional não deve ser a guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais, entendo que a realização dos direitos fundamentais (e não dos valores, como querem as teorias da argumentação, p.ex.), a pretexto da judicialização da política, não pode ser negada à sociedade.

Por outro lado, ao contrário do paradigma procedimentalista, que entende que a Constituição não deve ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade, sustento que o constitucionalismo, exurgente do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, constitui-a-ação do Estado.

Em outras palavras — e para deixar isso bem claro —, entendo que, enquanto não for superado o triângulo dialético de que fala Canotilho (a não resposta adequada do Estado à falta de liberdade e segurança, a permanência da desigualdade política e o não combate à desigualdade social), o papel da força normativa da Constituição nem de longe pode ser considerado como esgotado.

3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONSTRUÇÃO DE UMA ADEQUADA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Com as Constituições democráticas do século XX, assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos direitos fundamentais-sociais (direitos sociais *lato sensu*, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho). A renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade.

A nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental (FIORAVANTI, 1998). O caráter inovador assumido pelo constitucionalismo contemporaneamente tem influído poderosamente em determinados aspectos implícitos na constitucionalização do Direito, podendo ser destacados, com Alonso Garcia Figueroa⁴ (2003, p. 163 e ss), três aspectos: um material, um estrutural e funcional e um político.

⁴ Tem razão Figueroa. Essa circunstância assume maior gravidade em países como o Brasil, em que há um crescente ativismo judicial, regra geral constituindo nada mais do que uma vulgata da judicialização da política.

O aspecto material da constitucionalização do ordenamento consiste na conhecida recepção no sistema jurídico de certas exigências da moral crítica na forma de direitos fundamentais. Em outras palavras, o Direito adquiriu uma forte carga axiológica, assumindo fundamental importância à materialidade da Constituição. O aspecto material da constitucionalização tem apontado para um reforço entre os juristas de um conceito não positivista de Direito, no qual o sistema jurídico está vinculado à moral de forma conceitual, o que, aliás, pode ser um dos elementos que distingue o constitucionalismo atual de suas versões precedentes.

O constitucionalismo tradicional era sobretudo uma ideologia, uma teoria meramente normativa, enquanto o constitucionalismo atual tem-se transformado em uma teoria do Direito oposta ao positivismo jurídico enquanto método. Já o aspecto estrutural da constitucionalização do ordenamento tem relação com a estrutura das normas constitucionais. O aspecto funcional se expressa por meio do tipo de argumentação que estas fomentam. Assumem relevância, nesse contexto, os princípios constitucionais, incidindo sobre o ordenamento e sobre a aplicação do ordenamento. Há um efeito de irradiação provocado pelos princípios, questão que pode ser observada nos tribunais constitucionais europeus e no desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, na medida em que toda interpretação se submete aos princípios.

Assim, aduz Figuerola, se o aspecto material da constitucionalização do ordenamento tem vinculado o direito à moral, o aspecto funcional tem aproximado o raciocínio jurídico do raciocínio moral. Em termos políticos, os aspectos anteriores representam consequências importantes na correlação de forças existente entre os Poderes do Estado. A consequência mais importante tem sido a acentuada transferência do protagonismo do Poder Legislativo em direção à Justiça Constitucional, a ponto de autores como Alexy falarem de uma “onipotência dos Tribunais” (*Omnipotenz der Gerichte*). Esse deslocamento do polo de tensão em direção ao Poder Judiciário (ou à Justiça Constitucional) tem sido considerado por muitos como uma grave lesão ao princípio democrático. Essa circunstância assume maior gravidade em países como o Brasil, em que há um crescente ativismo judicial, regra geral constituindo nada mais do que uma vulgata da judicialização da política.

Em face disso, a pergunta é inevitável: como é possível que juízes (constitucionais ou não), não eleitos pelo voto popular, possam controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito? O princípio da maioria pode ceder espaço para a supremacia da Constituição que estabelece, em seu texto, formas de controle sobre a assim denominada “liberdade de conformação do legislador”?

A resposta a essas indagações tem provocado aprofundados debates. O que importa ressaltar, desde logo, é que a experiência de inúmeras nações tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional. Guardadas as especificidades dos vários países, a justiça constitucional é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, questão que vem à tona desde o momento em que se passa a entender que as normas constitucionais são normas dotadas de eficácia, quando se abandona o conceito de Constituição no seu sentido meramente formal e programático.

No paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, parece não restar dúvida de que houve uma alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas Constituições. Seus textos possuem determinações de agir; suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exurgentes desse *plus* normativo representado pela ideia de que a Constituição *constitui-a-ação* do Estado.

Talvez aqui se encaixe uma frase seguidamente repetida por Eros Roberto Grau: no Estado Democrático de Direito, e tomando em conta o conteúdo da Constituição brasileira de 1988, é proibido falar em normas programáticas! (GRAU, 2017). Mais ainda, é preciso ter claro que o paradigma do Estado Democrático de Direito se liga inexoravelmente à função transformadora que o Direito assume. Da ideia de Direito como ordenação e até mesmo de promoção, exsurge um papel para o Direito que vai muito além da Constituição enquanto mero instrumento para a aferição da parametricidade formal. Isso, a toda evidência, demandou um novo tipo de concepção acerca da jurisdição constitucional, representada pela instituição de tribunais constitucionais, também conhecidos como tribunais *ad hoc*, aptos a instrumentalizar e dar guarida à materialidade dos textos constitucionais.

O estabelecimento dos tribunais constitucionais ocorre em quatro fases, a saber: os que foram criados no período entre as duas grandes guerras, os originados logo depois da Segunda Guerra Mundial, os criados nas décadas de 70 e, mais recentemente, o grande número de tribunais que surgiu na África e nos países da antiga Cortina de Ferro, que, na sua maioria, adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc*. Daí a percuciente observação de Vital Moreira (1993, p. 178 e ss), para quem a existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico (*ad hoc*), parece ter-se tornado nos tempos de hoje um requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos.

Por isso, a jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de Direito Democrático, a ponto de, mesmo na França, o país mais tradicionalmente avesso ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, o Conselho Constitucional originariamente criado para impedir o parlamento de invadir a esfera de poder reconhecido ao governo parece evoluir seguramente no sentido de se transformar em um verdadeiro tribunal constitucional, ao mesmo tempo em que surgem propostas doutrinárias visando a alargar aos tribunais comuns esse poder. Também na Suíça, onde o sistema de fiscalização de constitucionalidade exclui desde sempre o controle das leis do parlamento federal, a comissão de peritos para a revisão global da Constituição recomendou no seu relatório a introdução da fiscalização concreta das leis federais. Até na Grã-Bretanha deixou de ser heresia a ideia de criar uma carta de direitos fundamentais constitucionalmente garantida contra o legislador (*entrenched bill of rights*) e de confiar a sua defesa aos tribunais (MOREIRA, 1993, p. 178 e ss).

Ainda com Vital Moreira, é preciso deixar assentado que os dois dogmas em que tradicionalmente se baseava a contestação à legitimidade da justiça constitucional — soberania do parlamento e separação dos Poderes — deixaram de ter, em grande medida, correspondência na realidade político-constitucional contemporânea. De um lado, a soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência do legislador parlamentarário perdeu definitivamente terreno em favor da concepção da soberania e da supremacia da Constituição e do caráter constituído e subordinado do Poder Legislativo, bem como da convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na

imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental. A soberania do parlamento cedeu passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos em face do Estado. A ideia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental.

O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição, originário (MOREIRA, 1993, p. 178 e ss). Esse reconhecimento do papel da justiça constitucional torna indispensável reconhecer a necessidade da intervenção de um poder (no caso, o Judiciário ou os Tribunais Constitucionais não pertencentes — *stricto sensu* — ao Judiciário), mediante o instrumento de controle de constitucionalidade⁵. Nesse sentido, é preciso analisar e compreender o papel destinado à Justiça Constitucional no confronto com e entre os poderes do Estado, seus limites por meio da jurisdição constitucional, bem como as condições de possibilidade do exercício da assim denominada “liberdade de conformação do legislador” (CANOTILHO, 1982, p. 274).

Desde logo, parece razoável afirmar que a liberdade do legislador é mais restrita quando trata de direitos de liberdade. Já quando se trata de liberdades econômicas, de mercado, ou de prestações sociais (políticas públicas), o leque de opções legislativas (e do Poder Executivo) é nitidamente maior, o que não significa que os atos legislativos e de governo não tenham de estar indissoluvelmente conformados com o texto da Constituição e sua materialidade (HOMMERDING, 2012). Dizendo de outro modo: o Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade (nem) para o legislador, porque ele está vinculado à Constituição (lembremos sempre a ruptura paradigmática que representou o constitucionalismo compromissório e social). Entretanto, é bom

5 Sobre o papel da justiça constitucional que se firmou no segundo pós-guerra, ver Favoreu (1984, p. 1147 e ss.), que fala de “une redécouverte de la Constitution comme texte à caractère juridique” e da expansão da competência dos tribunais; e Verdú (1957, p. 99 apud SEGADO, 1997, p. 49-50), que sublinhou que “la jurisdicción constitucional de la segunda postguerra nos ofrece como novedad sustantiva un ensanchamiento de su ámbito en la medida que abarca, a la sazón, contenidos no sólo técnicos, sino, además, materiales que rozan aspectos de indudable cariz político”.

esclarecer que, no âmbito do legislador, quando afirmo não haver discricionariedade, quero dizer que ele não pode fazer o que quer. Há uma legitimidade política do legislador que lhe permite, no “espaço estrutural-constitucional”, fazer opções. Daí a diferença entre o legislador e o juiz. O juiz sempre terá “dúvidas”, que podemos chamar de “ontológicas”, mas, ao contrário do legislador, ele está vinculado a uma espécie de DNA do Direito, formado pela doutrina *lato sensu* e pela jurisprudência, o que faz com que seja obrigado a obedecer à coerência e à integridade do Direito (reconstrução da história institucional). Por isso, o juiz não pode julgar conforme sua “vontade”, problemática que será discutida mais adiante na sequência deste livro.

Isso significa que tais liberdades encontrarão limites na própria normatividade da Constituição, nos direitos nela previstos e nos mecanismos que o próprio texto constitucional estabelece para a sua efetivação. No caso brasileiro, de imediato, vêm à baila institutos como o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão (ambos relegados a um plano secundário em face da crise de paradigmas que atravessa o Direito brasileiro).

Assim, se o parlamento, eleito por uma maioria, decidir não regulamentar determinado direito previsto na Constituição, pode o Tribunal Constitucional determinar essa regulamentação? Afinal, o que se deve entender com a expressão “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora...”, ou do dispositivo que diz que o Brasil “é uma República que visa a erradicar a pobreza”?

Todas essas questões assumem especialíssima relevância na discussão do próprio Estado Democrático de Direito, mormente a partir do conceito de Constituição compromissária e da força normativa que deve ter o texto constitucional. Entra aqui – repito – a importância da discussão acerca do papel do Direito e da Justiça Constitucional no interior do Estado Democrático de Direito, questão que será debatida logo a seguir.

4 DA TEORIA À PRÁTICA: ALGUMAS DIFICULDADES NA EFETIVAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

No âmbito do Direito Constitucional, foi sendo formatado o constitucionalismo da efetividade, uma mistura de realismo jurídico e altas doses

de subjetivismo, dependendo do protagonismo judicial em doses equiparáveis àquilo que Bülow reivindicava dos juízes alemães para a importação do Direito Romano naquele fim de século XIX. Sem dúvida, era sedutor ver determinados juízes e tribunais assumirem a vanguarda da implementação dos direitos constitucionais, algo que não se via antes da Constituição. Não esqueçamos que, no *ancien régime* decorrente do Golpe Militar de 1964, os juristas críticos buscavam um acionalismo judicial, a partir de teses alternativistas (baseadas na filosofia da linguagem ordinária e, basicamente — ainda que de maneira implícita — nos realismos jurídicos escandinavo e norte-americano) e em teorias marxistas que desconstruíam o *establishment* jurídico-político-dogmático. No entanto, uma vez promulgada a Constituição, esse acionalismo poderia ser prejudicial — como acabou sendo — dependendo do modo como se colocava o papel do Judiciário.

Com efeito, nos primeiros anos, começou a florescer a tese advinda do constitucionalismo alemão e seus derivativos espanhol e português, pela qual uma constituição do tipo compromissório representava um deslocamento do polo de legitimidade em direção ao Judiciário — esquecendo-se, porém, de toda a história institucional que apontava para o perigo em se apostar em um Judiciário forjado em um imaginário no qual predominantemente se raciocinava a partir da dicotomia “positivismo-jusnaturalismo” ou “juiz boca da lei-juiz dos princípios”.

De minha parte, embora concordasse com a tese de que, de fato, havia um deslocamento forte do polo de tensão em favor do Judiciário (ou dos Tribunais Constitucionais), sempre coloquei desconfiança para o protagonismo judicial. Por isso, sempre estive afastado do Direito Alternativo, embora tivesse participado de congressos e seminários tratando da temática (STRECK, 2018b). É evidente que, nos primeiros anos, era necessário absorver esse novo paradigma constitucional e fazer a transição de um imaginário jurídico que desconhecia o significado de Constituição em direção ao Estado Constitucional⁶ (CLEVE, 1995, p. 34-53). Lembremos que, no Regime Militar, tivemos a Carta de 1967 determinada pelos militares e, em 1969, o “golpe dentro do golpe”, com

⁶ Um marco no direito constitucional surgiu com um alerta que Clémerson Cleve fez ao movimento do Direito Alternativo e às demais teorias críticas na primeira metade da década de 90.

a EC n. 1 — outorgada de acordo com o AI-5. Nem sequer havia a disciplina de Direito Constitucional na maioria dos cursos jurídicos. Daí sempre a pergunta que fazia em textos, palestras e salas de aula: como olhar o novo com os olhos do velho? O novo tinha enormes dificuldades de nascer, porque o velho teimava em não morrer.

É indubitável que, no começo da era pós-88, o velho ranço formalista ainda resistia à aplicação da própria Constituição — como se uma lei infraconstitucional pudesse sobreviver sem uma devida filtragem hermenêutico-constitucional —, problemática bem denunciada nas teses garantistas de Ferrajoli. Vigência não é igual à validade — eis um ponto fulcral de Ferrajoli para derrotar leis anteriores à Constituição. Imagine o leitor o problema em um país como o Brasil, em que, promulgada a Constituição, todos os Códigos eram de décadas atrás (alguns, aliás, ainda em vigor no aniversário dos 30 anos). Lembro que, nos primeiros anos, a metáfora da *katchanga real* era usada⁷ (STRECK, 2012), por mim, como um remédio para enfrentar as velhas teses formalistas. Em um segundo momento, percebi que essa metáfora poderia estar sustentando, ideologicamente, o protagonismo decorrente do ingresso da vulgata da ponderação, fruto de uma errônea leitura da teoria dos princípios de Robert Alexy.

O mesmo ocorreu com a proporcionalidade, também utilizada — inclusive por mim — para superar a aplicação dedutivista-subsuntiva de dispositivos do Código Penal. Nesse sentido, nos primeiros anos, construí raciocínios estratégicos para, por exemplo, por intermédio de uma proporcionalidade “forçada”, considerar não recepcionados dispositivos como a reincidência e a Lei das Contravenções Penais, assim como para aplicar a Lei da Sonegação de Tributos em casos de furto em que não restara prejuízo para a vítima, cuja tese capitanei junto ao Tribunal de Justiça do RS. Do mesmo modo, sustentei que a

⁷ A estória da *Katchanga* foi inventada pelo saudoso Luis Alberto Warat. Ele a chamava de “O Jogo da *Katchanga*”. Não falava português: retrabalhou os “escravos de Jó”, que jogavam “caxangá”. No seu portunhol, virou *katchangá* e, depois, simplesmente... *katchanga*. Discuti muito em sala de aula e contei várias vezes a estorinha em conferências. Warat contou a estória para metaforizar (e criticar acidamente) a dogmática jurídica. Afinal, dizia “a dogmática jurídica é um jogo de cartas marcadas”; e, quando alguém consegue entender “as regras”, ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a “coisa” ao seu modo.

pena de furto não podia ser duplicada em face de coautoria, se, ao mesmo tempo, no caso do roubo, o concurso de agentes apenas majorava em um terço a pena.

Quando foi aprovada a Lei n. Lei 10.792, de 1.º.12.2003, os acusados eram interrogados sem a presença de defensor. Já bem antes dessa lei, meus pareceres como Procurador de Justiça eram todos no sentido da anulação do feito se o interrogatório havia se dado sem a presença de defensor. Os acórdãos (v.g., da 5.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) que anulavam interrogatórios realizados sem a presença de advogado eram sistematicamente atacados — pelo próprio Ministério Público — via recursos especial e extraordinário; e, registre-se, o Superior Tribunal de Justiça anulou os acórdãos que aplicavam a Constituição (princípio do devido processo legal e ampla defesa), reforçando, assim, a problemática relacionada aos obstáculos à plena implementação dos direitos e das garantias constitucionais. De qualquer sorte, não há notícia de que os manuais de direito processual penal, nesse espaço de vigência da Constituição, tenham apontado, antes da edição da Lei 10.792, na direção de que seria nulo qualquer interrogatório sem a presença do defensor. Mas — e aqui vai a confissão da crise paradigmática — bastou que a nova lei viesse ao encontro da (tênue) jurisprudência forjada inicialmente na 5.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para que a polêmica — instantaneamente — se dissolvesse no ar. Sendo mais claro: os juristas preferiam não obedecer à Constituição, da qual era possível extrair, com relativa facilidade, o império do princípio do devido processo legal e da ampla defesa; entretanto, com o advento da Lei 10.792/2003, estabelecendo exatamente o que dizia a Constituição, cessaram-se os problemas (claro que alguns processualistas penais continuavam a dizer que essa nulidade era relativa, demorando alguns anos para alterarem sua posição. Em suma, obedece-se à lei, mas não se obedece à lei das leis...!

Enfim, posso dizer que pratiquei o garantismo cotidianamente como modo de implementar a melhor jurisdição possível no contexto de um Judiciário refratário a inovações. Não posso deixar de registrar, também, a tese de que entre o velho e novo se estabeleceu uma crise paradigmática, que denominei, de um lado, de crise do paradigma liberal individualista normativista, e, de outro, no plano da compreensão, de crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da

filosofia da consciência, problemática sobre a qual me debrucei ao longo dos anos, principalmente no livro *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (STRECK, 2013a), hoje em sua 11ª edição. Com efeito, o garantismo foi, desde o início, um excelente mecanismo para implementar a força normativa da Constituição, aos moldes do que falavam Hesse, Canotilho e Ferrajoli. Já em 1990, eu dizia que garantismo era forma de fazer democracia no e pelo Direito. Anos depois, quando Canotilho disse que a Constituição Dirigente morrera, de imediato, propus que adotássemos uma Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia⁸. De todo modo, confesso a enorme dificuldade para superar o acionalismo que buscávamos antes da CF/88 — afinal, o Estado era autoritário, e a estrutura jurídica era produto de um paradigma liberal-individualista (lembro que eu dizia, nos anos 90, que o Brasil era como um micro-ônibus: tem direção hidráulica, ar-condicionado, mas só cabem vinte e cinco pessoas) — e ingressar em um patamar no qual passaríamos a depender de uma nova linguagem pública, representada por uma Constituição compromissória e dirigente.

Lembro também que, já nos anos 90, eu repetia um julgado do Tribunal Constitucional da Espanha, do ano de 1981 (STRECK, 2018b, p. 388-389), que determinava que os juízes aplicassem a Constituição. Repetia esse julgado Brasil afora como um mantra, assim como aquilo que Ferrajoli chamava de interpretação em conformidade com a Constituição, que nada mais era do que dizer que uma lei vigente (ou sua elaboração, p. ex., as recentes propostas anticrime) só é válida se estiver em conformidade com a Constituição. Malgrado essa dificuldade de fazer a transição do *ancien régime* para o Estado Democrático de Direito constante na Constituição, sempre contestei os mecanismos que tornavam o Judiciário um criador de Direito, como se pode ver em minhas incontáveis críticas às súmulas e, depois, às súmulas vinculantes.

⁸ Ao meu lado, defendendo a tese da Constituição Dirigente, sempre estiveram os professores Martonio Barreto Lima, Gilberto Bercovici e Marcelo Cattoni, além de Marcos Marrafon, Flávio Pansieri, Rafael Tomás de Oliveira, André Karam Trindade, Jacinto Coutinho, Luis Alberto David de Araujo, Fernando Faccuri Scaff, Fábio de Oliveira, Nelson Camatta Moreira e Georges Abboud. Bercovici publicou, inclusive, em coautoria com Luis Fernando Massenet, uma denúncia sobre o papel invertido do constitucionalismo dirigente no Brasil, em artigo intitulado *A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. URI: <http://hdl.handle.net/10316.2/24845>.

É possível dizer que, já na metade dos anos 90, os sintomas desse neoprotagonismo começaram a aparecer. Não no sentido de uma efetiva judicialização da política, mas, sim, na implementação de ativismos judiciais. Como é sabido, um dos problemas da doutrina constitucional e da própria jurisprudência é não fazerem, até hoje, a devida distinção entre ativismo e judicialização, o primeiro sempre deletério e prejudicial à democracia, porque behaviorista, e o segundo sempre contingencial, dependendo de competências e incompetências dos demais poderes. Isso me levou à elaboração de uma fórmula — confesso, um pouco tardia, (todos temos certa dose de culpa no florescimento do ativismo) — para firmar essa distinção, que pode ser feita a partir das três perguntas que um juiz-tribunal deve fazer: *se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado — quer dizer, concedido às demais pessoas — e se, para atender àquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia*. Com essas três perguntas, será possível verificar se o ato judicial é ativista ou está apenas realizando, contingencialmente, a judicialização da política. Sendo uma das três perguntas respondida negativamente, estar-se-á, com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista.

Como dizia a Rainha Vermelha, de *Alice no País das Maravilhas*, é preciso correr muito para ficar no mesmo lugar. Com efeito, como tudo no Brasil chega tardiamente, sobrevinda a Constituição, em um primeiro momento, foi necessário desmi(s)tificar as posturas formalistas ainda sustentadas no positivismo clássico, o tradicional juiz boca da lei. No entanto, isso não estava claro no âmbito da dogmática jurídica. Aliás, até hoje, nas salas de aula, em parcela da doutrina e nas práticas jurisprudenciais, ainda se pensa que positivismo é igual a juiz boca da lei. Esquecem-se de que o próprio Kelsen (2009) foi um positivista pós-exegético, olvidam o que foi produzido pelos positivistas pós-hartianos, que apontaram suas baterias para longe do velho exegetismo — isso porque o positivismo da era pós-Hart já não obriga(va) os juízes (STRECK, 2017a). Porém, os juristas brasileiros (e falo apenas destes para não criar incidentes internacionais) não se deram conta desse “pequeno” detalhe, porque continua(ra)m a pensar que positivismo é(era) cumprir a letra da lei.

Talvez por causa desses detalhes nebulosos seja que, em um segundo momento, parte da doutrina se inebriou com certas teorias argumentativas e com uma vulgata da ponderação — o que provocou um verdadeiro estado de natureza interpretativo —, tornando necessário, então, que os juristas críticos começassem a elaborar críticas aos diversos voluntarismos. Dito de outro modo, a crítica do Direito não poderia ser uma crítica fora de ordem. Tão grave é essa questão que, passados os 30 anos, ainda há forte resistência à tese de que os juízes não possuem livre convencimento. O CPC de 2015 — por minha direta intervenção no Parlamento — expungiu a palavra “livre” e, mesmo assim, parcela considerável dos processualistas continua a sustentar o livre convencimento. Circunstância que também se faz presente na própria Suprema Corte, conforme é possível verificar no comentário ao julgamento do caso da AP 470.

Mas a gravidade chega ao patamar de dramaticidade, uma vez que o projeto do CPP de 2010 insistiu na tese de que o juiz tem livre apreciação da prova — o que se repetiu no projeto apresentado, em 2018, na Câmara dos Deputados. Nesse sentido, parece grande o déficit da dogmática processual penal (assim como da dogmática processual civil, que continua a insistir na subjetivista e na voluntarista tese do poder de livre convencimento).

O protagonismo judicial foi se tornando cada dia mais intenso. As fragilidades do presidencialismo de coalizão (Abranches) foram ajudando a tornar o judiciário cada vez mais proativo, passando a ditar “políticas” de forma *ad hoc*, sem a devida preocupação com os requisitos da judicialização, dentro da diferença entre esta e o ativismo. Já publiquei um texto (STRECK, 2013b, p. 207-222) sobre *judiciariocracia de coalizão*, em que explico que, do mesmo modo como o Presidencialismo brasileiro é de coalizão, enredado em atendimentos de pleitos políticos *ad hoc*, circunstância que causa enormes problemas para a assim denominada “governabilidade”, também o Supremo Tribunal Federal acaba ingressando perigosamente nesse terreno de (atendimento a) demandas de grupos. Também — e isso precisa ser dito — demandas provenientes da falta de resolução dos problemas das liberdades públicas no plano dos demais tribunais do país. Eles falham, e tudo acaba no STF. Ele cresce. Mas sofre e sangra na legitimidade. Assim como a Presidência da República tem de atender aos pleitos dos partidos, o STF, durante esses anos todos, acabou por engendrar uma espécie de “julgamentos políticos”.

Isso está diretamente ligado a outro ponto: se, ao lado do realismo e dos diversos voluntarismos (aqui incluída a ponderação à brasileira e a má compreensão acerca do positivismo), fomos eleger outro aspecto que determinou a fragilização da Constituição (e, portanto, do Direito), não podemos deixar de fora a repriminção do dualismo metodológico predominante no século XIX que adentrou o século XX e está presente nestes dias. Esse fenômeno esteve presente no conceito de mutação constitucional de Laband e Jellinek (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906) e mereceu mais tarde conhecidos desenvolvimentos por Hsu Dau-lin (*Die Verfassungswandlung*, Leipzig, 1932) (CATTONI, 2017). Nesse sentido, como bem afirmam Artur J. Jacobson (New York) e Bernhard Schlink (Berlim), em sua obra *Weimar: a jurisprudence of crisis* (JACOBSON, 2000, p. 45-46), o dualismo metodológico — positivismo legalista-positivismo sociológico —, que perpassa toda a obra de Jellinek (JELLINEK, 1906) e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no direito”. A mutação constitucional é assim tida como fenômeno empírico, que não é resolvido normativamente: “Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais.” (JACOBSON, 2000, p. 46 e 54-57). Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre* do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática.

Mesmo em Hsu-Dau-Lin e sua classificação “quadripartite” do fenômeno da mutação constitucional⁹, não se leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e, em especial, para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do Direito e a exigência de integridade que esse Direito democrático expõe — muito embora, registre-se, Lin, discípulo de Rudolf Smend, tenha tido a sua disposição a obra de Hermann

9 De todo modo, lembremos que Hsu dau-Lin escreveu o seu texto no contexto da República de Weimar, havendo todo um debate sob a Lei Fundamental, por exemplo, com Konrad Hesse e Böckenförde.

Heller, um dos primeiros a falar em força normativa da Constituição (nele está o nascedouro da Constituição como norma jurídica)¹⁰. Smend, embora também tenha trabalhado a noção de princípios, era, assim como Schmitt, admirador do fascismo, como, aliás, Kelsen (2009) muito bem mostrou na crítica brilhante que este fez à teoria do Estado como integração.

Observe-se que essa fenomenologia parece tratar do que ocorreu e continua ocorrendo no Brasil: coloca-se uma contraposição da realidade social à normatividade constitucional. A opção parece que tem sido, predominantemente, pela primeira. Em síntese, a tese dualista herdada de Laband e Jellinek justifica, passados mais de um século, uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes (HORTA, 2002, p. 104-105; VERDÚ, 1984, p. 179-180).

Assim, todos os grandes julgamentos incorporaram essa dualização, propiciando que uma dita realidade social se sobrepusesse à realidade normativa. Assim foi no Mensalão, na Operação Lava-Jato (e os recursos judiciais decorrente de seus julgamentos) e no caso das diversas ações envolvendo aquele que é o maior julgamento destes 30 anos: a presunção da inocência e sua redefinição a partir do HC 126.292, ocasião pela qual o STF ignorou a literalidade do artigo 283 do CPP sem, no entanto, declará-lo inconstitucional. Esse equívoco somente foi corrigido três anos depois, quando do julgamento das ADC's 43, 44 e 45.

Não somente a Suprema Corte, mas também as demais instâncias do Judiciário e do Ministério Público, aos poucos, foram institucionalizando uma disputa entre o Direito e a moral, tendo dado ganho de causa aos argumentos

10 Nessa genealogia acerca da transição de CF/88 para os anos posteriores, é de perguntar se os primeiros anos da Lei Fundamental alemã também não foram ainda marcados pelos discípulos de Schmitt e Smend (aí sim) nas universidades, ou seja, vai demorar um pouco ainda para a chegada da hermenêutica de Hesse e Kriele, do patriotismo da Constituição de Steinberger e mais tarde de um crítico da jurisprudência dos valores como é Friedrich Müller e sua teoria estruturante. Talvez esse fenômeno tenha se repetido no Brasil, claro que em uma dimensão maior, pela demora de se incorporar a ideia de que Constituição é norma, problemática que, passados 30 anos, continua a mostrar as suas extremas fragilidades, em face da presença das mais variadas teses subjetivistas, realistas, empiristas *lato sensu*, pelas quais “princípios são valores” e o protagonismo do judiciário não encontra limites nem na estrutura do texto constitucional.

morais. Há vários julgamentos que já comentei, em que essa questão aparece claramente, como os casos que envolveram a Lei da Ficha Limpa, a perda de mandatos parlamentares, o Mensalão, a presunção da inocência, entre outros tantos, com um relevante detalhe: até mesmo nos casos em que a questão constitucional se apresentava como um *easy case*, houve pronunciamentos invocando ponderações inexistentes.

5 CONCLUSÃO

Nestes mais de 30 anos da Constituição, ainda há um déficit considerável acerca do verdadeiro papel do *rule of law*. As faculdades de Direito colaboraram enormemente para que o ensino do Direito viesse a ser substituído por péssimas teorias políticas do poder. Resultado: na hora em que precisamos de resistência constitucional, o debate é tomado por posições ideológicas, em que soçobra(ra)m as garantias constitucionais, mormente no âmbito do processo penal. Com efeito, além de invocações de argumentos morais, políticos e econômicos, parcela considerável dos tribunais ainda inverte o ônus da prova nas ações penais; sequer conseguimos implementar o artigo 212 do CPP, por uma equivocada compreensão acerca do sentido do que seja um sistema acusatório.

Uma questão, portanto, que marca estes 30 anos pode ser resumida do seguinte modo: Quando um magistrado diz que julga “conforme sua consciência” ou julga “conforme o justo” ou “primeiro decide e depois vai encontrar um fundamento” ou ainda “julga conforme os clamores da sociedade”, é porque está repetindo algo enraizado no imaginário jurídico. Um comportamento que se naturaliza leva muitos anos para “desnaturalizar”. Transforma-se em dogmática, eliminando o tempo e as coisas (*cronofobia* e *factumfobia*). O que ocorre é que não queremos admitir que ideologizamos — para usar uma palavra suave — a aplicação da lei no país. Daí a pergunta que deve ser respondida: o Direito, ao fim e ao cabo, é o que dele se diz por aí ou, melhor, ele é o que o Judiciário diz que ele é? Mas se isso é assim, se já se “naturalizou” essa concepção, por que continuamos a estudar ou escrever sobre o Direito? Não seria melhor deixar que “quem decide é quem sabe”?

Nós, brasileiros não temos certeza se (já) atravessamos o Rubicão. São mais de 30 anos de Constituição, em que dia a dia os predadores — endógenos e exógenos¹¹ — avançam em direção à cidadela do Direito. Enquanto as democracias europeias se deram conta de que o Direito pós-bélico necessitava de um elevado grau de autonomia — afinal, o grande mote foi “Constituição (agora) é norma” —, por aqui, o Direito continuou a ser tratado como uma mera racionalidade instrumental. Isso é possível de perceber pelo crescimento vertiginoso das teorias ou posturas empiristas — da qual a mais perigosa é o realismo jurídico, não devendo, todavia, ser desprezadas as posturas que se baseiam em análises econômicas do Direito e as teses que admitem o discricionarismo e pamprinciologismos, que chegaram ao ápice quando um princípio como “afetividade”, para falar apenas deste, derrota uma regra do Código Civil.

Sempre fazemos jurisdição constitucional. Uma lei só é lei se for constitucional. Logo, é um exercício pleno e efetivo de jurisdição constitucional. Mesmo quando praticamos os clássicos critérios de antinomias, trabalhamos a partir de princípios e preceitos constitucionais, como igualdade, legalidade, isonomia, etc. Venho desenvolvendo essas temáticas nestes 30 anos de nossa Lei Maior, a partir do que denominei, de há muito, de Crítica Hermenêutica do Direito. Por ela, devemos revolver o chão linguístico em que está assentada a tradição e reconstruir a história institucional de cada instituto (lei, princípio, etc.), descascando o fenômeno, para permitir que ele se mostre em sua inteireza hermenêutica. Os conceitos jurídicos — e não é difícil perceber isso — vão sendo tomados por uma poluição semântica. Ao lado disso, existe o perigo da anemia significativa (Warat). Isso aconteceu com o conceito de presunção da inocência, que foi sendo corroído por argumentos morais, dilacerando sua própria positividade.

11 Ao lado dos predadores exógenos — política, moral e economia —, temos os predadores endógenos, internos, que são o poder discricionário dos juízes, o livre convencimento, a livre apreciação da prova, os diversos modos de enfraquecimento da coisa julgada, o uso precário da jurisdição constitucional, os próprios embargos declaratórios (que acabam sendo um remédio contra decisões mal fundamentadas), o modo como nós fazemos o filtro dos recursos e vamos trabalhando muito mais com efetividades quantitativas em vez de qualitativas. Esse conjunto de elementos vai enfraquecendo internamente o Direito

Daí a necessidade de resistir. Defender a legalidade constitucional — conceito que aprendi há décadas com o grande constitucionalista espanhol Elias Diaz — é, nestes mais de 30 anos, um ato revolucionário, a ponto de poder afirmar que o professor de Direito Constitucional é, hoje, um subversivo, se trabalhar, efetivamente, com a força normativa da Constituição. Esse professor, se estiver acompanhado de outros pesquisadores (quatro ou mais), corre sempre o risco de ser processado pelo crime de obstrução epistêmica da justiça. Paraphrasing T. S. Eliot — para quem, em um país de fugitivos, quem anda na contramão parece que está fugindo —, permito-me dizer que, em um país de voluntaristas e realistas, quem defende a legalidade é taxado de “positivista” — o que não apenas significa ignorância, como também um sintoma dos efeitos deletérios que uma má teoria do Direito provocou, e continua provocando, no seio do Direito brasileiro.

6 REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra, Coimbra Ed., 1982.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Processo Constitucional**. 3. ed. Belo horizonte: Fórum, 2016.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

CLEVE, Clémerson. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho (org.). **Uma vida dedicada ao Direito**. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAVOREU, Louis. Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe Occidentale. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n. 5, set./out. 1984.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 1998.

GRAU, Eros. **Por Que Tenho Medo Dos Juízes**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HOMMERDING, Adalberto. **Teoría de la legislación y derecho como integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JACOBSON, Artur J.; SCHLINK, Bernhard. **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkeley: University of California, 2000.

JELLINEK, Georg. **Verfassungsänderung und Verfassungswandlung**. Berlin: Häring, 1906.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: BRITO, Sousa e et al. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

SEGADO, Francisco Fernandez. **Evolución histórica y modelos de control constitucional**. La jurisdicción constitucional en Iberoamerica. Madrid: Dykinson, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. Uma análise sociológica do direito. Entrevista com Lenio Streck. **Instituto Humanitas UNISINOS**, São Leopoldo, 24 ago. 2009. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2758&sec ao=305. Acesso em: 15 ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista?. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, p. 158-173, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. **Consultor jurídico**, São Paulo, 28 jun. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 15 ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

STRECK, Lenio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 6, n. 1, p. 207-222, maio 2013b.

STRECK, Lenio Luiz. “Abandonar as próprias vontades é o custo da democracia” [entrevista]. **Consultor jurídico**, 10 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-10/entrevista-lenio-streck-jurista-advogado-procurador-aposentado>. Acesso em: 15 ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica** — os quarenta temas fundamentais da teoria do direito. Belo Horizonte, Editora Casa do Livro, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6. ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 Julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018a.

STRECK, Lenio Luiz.. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018b.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. Madrid: Tecnos, 1984. v. 4.

VERDÚ, Pablo Lucas. Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes. **Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político**, Universidad de Salamanca, maio/out. 1957.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONFISSÃO COMO PRESSUPOSTO PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (LEI Nº13.964/19)

CONSIDERATIONS ABOUT CONFESSION AS A PREREQUISITE FOR THE NON-PROSECUTION AGREEMENT (LAW NO. 13.964/19)

Lúcio Santoro de Constantino¹

RESUMO

Este pequeno ensaio busca reflexionar sobre alguns aspectos da confissão, especialmente promovida para o Acordo de Não Persecução Penal, conforme os termos da Lei nº13.964/19. Para tanto analisa a justiça penal consensual, como mais uma forma de resolução de conflito, bem como o novel instituto do Acordo de Não Persecução Penal, destacando a figura da confissão como seu pressuposto. O estudo segue dissecando esta nova declaração do confitente, suas particularidades e consequências, inclusive ao lado da sensível questão da culpa e do eventual Acordo de Suspensão de Persecução Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual penal. Acordo de não persecução Penal. Confissão.

ABSTRACT

This short essay seeks to reflect on some aspects of the confession, especially promoted for the Non-prosecution Agreement, according to the terms of Law No. 13,964/19. To this end, it analyzes consensual criminal justice, as yet another form of conflict resolution, as well as the new institute of the Non-Criminal Prosecution Agreement, highlighting the figure of confession as its premise. The study continues to dissect this new statement from the confitente, its particularities and consequences, including alongside the sensitive issue of guilt and the eventual Penalty Suspension Agreement.

KEYWORDS: Criminal procedural law. Non-prosecution agreement. Confession.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A consensualidade como modelo de solução de conflito penal. 3 Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o Acordo de Não Persecução Penal. 4 A confissão como pressuposto para o acordo. 5 A nova

¹ Advogado Criminalista, Doutor em Direito pela UNISINOS, Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS e Especialista em Ciências Criminais pela PUCRS; Professor Universitário de Direito na PUCRS (1995/2010), na ULBRA (2000/2010) e na UNISINOS (2008/2014); Professor convidado pela Escola Superior da Magistratura/RS, pela Escola Superior da Magistratura Federal, pela Escola Superior do Ministério Público/RS e pelas Faculdades Rio-Grandenses (FARGS); Autor dos livros *Nulidades no Processo Penal* 6ª Ed. (Verbo Jurídico), *Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais e Ações Impugnativas Autônomas* 4ª Ed (Livraria do Advogado), *Habeas Corpus* 2ª Ed. (Livraria do Advogado) e *Questões Éticas e Jurídicas* (Edipucrs), além de diversos artigos jurídicos; Presidente da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado do Rio Grande do Sul (2008/2010), Corregedor da Ordem dos Advogados do Estado do Rio Grande do Sul (2002), Conselheiro da Ordem dos Advogados do Estado do Rio Grande do Sul (2001/2003), entre outros; Sócio da Lúcio de Constantino & Advogados Associados. E-mail: lucio@luciodeconstantino.adv.br

confissão e o seu formato. 6 A confissão e a questão da culpa. 7 A confissão em Acordo de Suspensão de Persecução Penal. 8 Considerações finais. 9 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº13.964 de 2019, fruto do chamado pacote Anticrime, trouxe aspectos legais que, sem dúvida qualquer, representam importantes elementos institucionais para o arejamento junto à sufocante atmosfera do processo penal brasileiro.

Para tanto, basta se observar os termos ditados pela Lei, ao artigo 28 A do Código de Processo Penal, prescrevendo que para o caso de não arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos, poderá o Ministério Público propor Acordo de Não Persecução Penal mediante condições.

Desse modo, inaugura-se uma nova figura jurídica, qual seja a confissão formal e circunstancial, como pressuposto para o acordo de não processamento, com particularidades específicas e consequências totalmente distintas daquelas atinentes à tradicional confissão totalmente agrilhoadada ao contexto de simples mitigação da pena.

O presente ensaio, então, se debruça sobre a questão da consensualidade penal como modelo de solução de conflito, bem como sobre as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público com intimidade ao Acordo de Não Persecução Penal para, na sequência, encarar a figura da nova confissão junto ao acordo.

E neste aspecto, a reflexão dissecar a confissão formal e circunstancial, examinando seu formato como pressuposto ao consenso, bem como suas características e consequências, inclusive em relação à figura da culpa e do Acordo de Suspensão de Persecução Penal.

2 A CONSENSUALIDADE COMO MODELO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO PENAL

Em termos de modelos de resolução de conflitos penais, professa GARCIA-PABLOS e GOMES (2007, p.40):

[...] Há três modelos de resolução dos conflitos penais:
A) modelo dissuasório clássico, fundado na implacabilidade da resposta punitiva estatal, que seria suficiente para a reprovação e prevenção de

futuros delitos. A pena contaria, portanto, com finalidade puramente retributiva. Neste Direito Penal punitivista-retributivista não haveria espaço para nenhuma outra finalidade à pena (ressocialização, reparação dos danos etc.). Ao mal do crime o mal da pena. Nenhum delito pode escapar da inderrogabilidade da sanção e do castigo. Razões de justiça exigem um Direito penal inflexível, duro, inafastável, porque somente ele seria capaz de deter a criminalidade, por meio do contra-estímulo da pena;

B) modelo ressocializador, que atribui à pena a finalidade (utilitária ou relativa) de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva). Acreditou-se que o Direito penal poderia (eficazmente) intervir na pessoa do delinqüente, sobretudo quando ele estivesse preso, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade;

C) modelo consensuado (ou consensual) de Justiça penal, fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (plea bargaining).

Dentro deste terceiro modelo (que se ancora no consenso) impõe-se distinguir três sub-modelos bem diferenciados:

A) modelo reparador, que ocorre por meio da conciliação;

B) modelo pacificador ou restaurativo, que acontece por meio da mediação (Justiça restaurativa, que visa à pacificação interpessoal e social do conflito, reparação dos danos à vítima, satisfação das expectativas de paz social da comunidade etc.) e

C) modelo da Justiça criminal negociada (que tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc., ou seja, o plea bargaining)[...]

Ocorre que o modelo consensuado de justiça penal resta fundado na estreita lógica do acordo bilateral. Logo, torna-se relevante o exame de sua legalidade como instrumento de resolução de conflito penal junto ao cenário jurídico brasileiro.

O sistema ordinário normativo e a Constituição Federal pátrios estão calcados em uma manifesta concepção de direitos democráticos, a qual lança diretrizes, notadamente legais, inclusive, em favor da proteção contra sua própria arbitrariedade. Ilustra Rodotà² que no desenho da Constituição, o ordenamento democrático é uma sábia arquitetura de peso e contrapeso, visando essencialmente defender a democracia de si mesma, de seus desvios e de suas degenerações.

À vista disso, é neste ambiente que o ordenamento jurídico encontra seu verdadeiro estímulo para produzir todos os possíveis modelos democráticos para resoluções de conflitos. E, por sua vez, a Carta Política brasileira prudentemente se empenha pela solução pacífica deste enfrentamento.

Como visto, a consensualidade é um modelo de justiça penal e que enfrenta os conflitos através do acordo. Por sua natureza, o consenso se harmoniza

² RODOTÀ, Stefano. **Diritto e Giustizia, Interrochiamo la Costituzione**. Napoli: La Scuola di Pitagora Editrice, 2016, p.14.

perfeitamente com o ambiente constitucional e democrático brasileiro. Para Garcia³ a Constituição de 1988, logo em seu preâmbulo, afirmou o seu comprometimento com a solução pacífica das controvérsias, razão que a consensualidade é um objetivo a ser perseguido, pois contribui para harmonizar e pacificar as relações sociais, além de atenuar a intensa tensão dialética entre os referenciais de lícito e ilícito.

Ora, estando a consensualidade em consonância com a Constituição Federal e sendo possível a mesma no âmbito penal, é de se depreender pelo aproveitamento desta legítima e proveitosa alternativa jurídica capaz de enfrentar os mais variados conflitos existentes, além de provocar verdadeiro estímulo em favor da colaboração com a justiça penal.

Conforme Figueiredo Dias⁴, a consensualidade poderá abrir uma nova era não só em matéria de acordos relativos à sentença, mas de atuação cooperativa em outras fases, mesmo nas do inquérito ou da instrução. E refere o autor, que em sendo possível esta cooperação, produzir-se-á um muito sensível alívio no sistema de administração da justiça penal e contribuir-se-á significativamente para a realização, em matéria de Justiça, do princípio do Estado de Direito.

A bem da verdade, a justiça consensual se constitui em significativo instrumento frente ao confronto penal, principalmente se considerada a atual realidade jurídico-social, e que expõe um excedente absurdo de infrações penais ao lado de um antiquado mecanismo estatal, com vexatória abundância de impunidade.

E se vozes contrárias a consensualidade penal se erguem, inclusive com idôneos argumentos teóricos, não se pode perder de vista que o conhecimento empírico resulta por revelar que a concordância é um mecanismo muito mais proveitoso para confrontar a impressionante cifra de casos criminais paralisados e de delitos ocultos. Para nós, que atuamos como operadores do direito há anos e seguidamente nos deparamos com a carência de resoluções de conflitos penais, a justiça consensual se revela como razoável e necessária resposta estatal, notadamente neste momento efervescente de mundo vivido. De outra banda, é de se lembrar que os discursos que seguem na ideia do conflito para resolução do

³ GARCIA, Emerson. **A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992**. <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html> Acesso em 30.06.2020.

⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”**. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p.114.

conflito, utilizam a lógica do Direito Penal punitivista-retributivista, a qual não têm trazido bons resultados práticos, seja em termos de qualidade, bem como de quantidade na distribuição da justiça.

É de se gizar que como o Estado tem o monopólio da justiça, a consequência lógica disso é a emersão do direito à apropriada tutela jurisdicional. Ou seja, deve ser garantido ao indivíduo o acesso à justiça, a razoabilidade temporal e a efetividade da decisão, critérios que restam íntimos a tutela de jurisdição. Nas lições de Pérez⁵, o direito à tutela jurisdicional desdobra seus efeitos em três momentos distintos: o primeiro, no acesso à justiça; o segundo, na solução em um prazo razoável; e o terceiro na plena efetividade de seus pronunciamentos.

O exercício ao acesso à justiça dirige-se propriamente ao encontro da devida satisfação da pretensão legal levada aos órgãos existentes para resolver litígios. Contudo, não é tarefa fácil alcançar a adequada e definitiva atividade jurisdicional, pois não basta apenas um expediente processual com acusação em perfeitas condições legais. É imprescindível a presença de uma defesa ocorrente de forma plena, efetiva e ampla, pois o devido procedimental deve se constituir de forma a não permitir qualquer violação aos direitos do homem. Por esta razão que o exercício ao acesso à justiça enfatiza a própria dignidade da pessoa humana, a qual, como qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, conforme Sarlet⁶, o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado.

Com relação ao aspecto temporal, o feito deve ter uma duração justa, sem demoras prejudiciais. Assim, a sua delonga deve estar calibrada com a efetivação dos direitos e garantias, os quais, por serem observados, evidentemente demandarão mais tempo para o veredicto. Neste sentido, não há como, em nome da celeridade, se mitigar direitos. Para Canotilho⁷, se a proteção jurídica diminuir as garantias processuais e materiais em face da aceleração, haverá a materialidade da injustiça. A par disto, mas em linha oposta, a pura e descomedida aceleração é, outrossim, flagrantemente prejudicial, pois o excesso de rapidez procedimental impede a necessária atenção para o justo decisório. Segundo Tornaghi⁸, a ligeireza

⁵ PÉREZ, Jesús Gonzalez. **El Derecho a la Tutela Jurisdicional**. 3ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p.57.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.60.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.499.

⁸ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**.V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.387.

processual pode se tornar leviandade, em face da irreflexão. Por isso, que o critério da razoabilidade temporal se faz presente para controlar os excessos e também concretizar a apropriada tutela jurisdicional.

Já no que diz respeito à efetividade da decisão, para se chegar até esta, uma constelação de formas deve ser fielmente observada, pois os apropriados atos que consolidam a complexa instrumentalização legal devem existir e funcionar com tal e absoluta exatidão, de forma a trazer o pronunciamento judicial válido e sua realização. Professora Turco⁹ que se trata de uma combinação caleidoscópica de atos, graduais e contínuos.

Ocorre que o acesso à justiça, a razoabilidade temporal e a efetividade da decisão restam bem mais sensíveis e implexos na persecução penal, do que no âmbito da consensualidade. Veja-se que o modelo do consenso é um instituto de fácil resolução de conflito, sem labirintos processuais e que se resolve em tempo justo, capaz de afastar a enigmática temporalidade dos processos, cuja delonga expõe intolerável punição antecipada. Segundo Sgubbi¹⁰, com o processo, o tempo da vida individual e social é ocupado pela intervenção punitiva que, quando atinge uma pessoa, gera uma duração extremamente longa, ou mesmo indefinida, com contaminação antes de sua resolução final.

Ora, estando a consensualidade perfeitamente afinada com o direito à tutela, incluído seus desdobramentos, a mesma passa a se destacar como atraente modelo de justiça criminal, com condições de ofertar efetiva, eficaz e suficiente resposta estatal. Conforme Garcia¹¹ a consensualidade tende a aumentar os índices de satisfação dos envolvidos, que ganham em certeza e celeridade, em patamares sensivelmente superiores àqueles que obteriam ao fim da relação processual.

Por estas razões, que a justiça consensual se apresenta como relevante modelo de resolução de conflitos penais, já que capaz de enfrentar, e com satisfação, o excedente absurdo de demandas atualmente existentes.

⁹ TURCO, Elga. **L'impugnazione Inammissibile: Uno Studio Introduttivo**. Padova: Cedam, 2012, p.1.

¹⁰ SGUBBI, Filippo. **Il Diritto Penale Totale**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2019, p.23.

¹¹ GARCIA, Emerson. **A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992**. <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html> Acesso em 30.06.2020.

3 RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Em 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público assentou a resolução nº181¹², cujo artigo 18 dispunha que nos casos de não arquivamento, o Ministério Público poderia propor ao investigado Acordo de Não Persecução Penal considerando sua confissão formal e circunstancial, entre outros.

Na sequência, firmou-se alvoroço! E ergueram-se efervescentes vozes de insurgências, como a da Ordem dos Advogados do Brasil e da Associação dos Magistrados Brasileiros, as quais se consubstanciaram em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 5793¹³ e nº 5790¹⁴ respectivamente) gizando, entre outros, a carência de competência legislativa do Conselho Nacional do Ministério Público. Conforme a peça vestibular da instituição dos advogados¹⁵:

[...] A resolução 181 do CNMP aborda diversos procedimentos relacionados à investigação criminal. Dentre as novas regras disciplinadas destaca-se o acordo de não persecução penal, previsto em seu art. 18.

Nos termos delimitados, cabe ao ministério Público avaliar a admissibilidade de celebração de acordo com o fito de impedir a instauração de persecução penal nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que o agente confesse a prática do crime e se submeta às restrições/sanções impostas pelo órgão.

Trata-se de regramento que viola o princípio da indisponibilidade da ação penal, previsto no artigo 129, I, da Constituição Federal, que assevera a competência privativa do MP para a instauração de ação penal pública. Em se tratando de mandamento constitucional, apenas situações excepcionais podem justificar o não oferecimento da ação penal. Tais hipóteses devem estar disciplinadas em lei, conforme determinação do constituinte originário:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

A propositura da ação penal é prerrogativa institucional do Ministério Público não podendo dela dispor ou renunciá-la sem que haja previsão legislativa. Dessa forma, a resolução violou o princípio da reserva legal, no qual “uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (...), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas”.

Somente a lei poderia disciplinar o tema, tendo o Ministério Público extrapolado seu poder regulamentar conferido constitucionalmente pelo art. 130-A, §2º, I, da CF, que lhe possibilita a expedição de atos regulamentares para zelar pela autonomia funcional e administrativa da Entidade.

Nesse diapasão, o art. 18 da Resolução, ao inovar em matéria processual penal, usurpou competência privativa da União, estabelecida no

¹² <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em 09.07.2020.

¹³ <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313026347&ext=.pdf>. Acesso em 09.07.2020.

¹⁴ <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312927210&ext=.pdf>. Acesso em 09.07.2020.

¹⁵ <http://s.oab.org.br/arquivos/2017/10/adi-resolucao-181-cnmp-003.pdf>. Acesso em 16.06.2020.

art. 22, I, da CF, razão pela qual o acordo de não persecução penal dever ser extirpado do ordenamento jurídico.

Por tais fundamentos, evidencia-se a inconstitucionalidade da Resolução por violação ao princípio da reserva legal, por extrapolação do poder constitucional regulamentar (art. 130-A, §2º, I, da CF) e, por usurpação de competência privativa da União (art. 22, I, da CF)[...]

Entrementes, malgrado os insurretos, em 24 de janeiro de 2018, seguiu-se outra resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, a de nº183¹⁶, a qual, em seu artigo 11, reformou a redação do artigo 18 da resolução nº181, prescrevendo que:

[...]Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente [...]

Ora, as proclamações de “leis processuais penais”, notadamente de caráter de justiça consensual, promovidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, podem e devem ser objetos de severas críticas no âmbito de um Estado de Direito, seja por força de temas de usurpação de funções, violações de princípios constitucionais, limitações de atribuições, entre outros. Por esta razão, precisas as inconformidades apresentadas pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

Entrementes, é inegável que o Conselho Nacional do Ministério Público chacoalhou a justiça penal, colapsada pela pleora de demandas e preterida em tempos de modernização. Ao agitar o acordo para não processamento penal como outra possibilidade de solução de conflito, o órgão externo do Ministério Público concitou à comunidade jurídica ao proveitoso olhar à consensualidade.

Contudo, neste trilhar, o artigo 18 da resolução aludida restou por ser reproduzido e consolidado no cenário legal brasileiro, através da Lei nº13.964 de 2019 e que trouxe o artigo 28 A do Código de Processo Penal, com os seguintes dizeres:

[...]Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente[...]

¹⁶ <https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em 09.07.2020.

Destarte, com límpida e cristalina aclamação do Ministério Público, inaugurou-se no caderno processual o Acordo de Não Persecução Penal, importante espécie de modelo de justiça consensual capaz de enfrentar conflitos criminais.

4 A CONFISSÃO COMO PRESSUPOSTO PARA O ACORDO

O artigo 28 A do Código de Processo Penal deixa claro que não sendo caso de arquivamento, a confissão formal e circunstanciada do investigado, entre outros, autoriza a feitura do acordo para não processamento. Por conseguinte, depreende-se que a confissão assumiu a graduação de efetivo pressuposto essencial ao acordo.

De início, é possível se observar que a lei expôs seu interesse em estabelecer uma verdade no ambiente do consenso. Por certo, a lei se avizinhou da moderna e conflagrada concepção de verdade, a qual se esgota sem pretensão de certeza dos fatos. Para Caringella¹⁷, vivemos em uma época de pós-verdade, na qual, em discussões relativas a fatos concretos, a verdade é considerada um elemento de segunda importância. Assim, segue o diploma legal considerando, tão somente, a necessidade da verdade formal trazida pela confissão e pelo consenso.

Veja-se que até então, a confissão mantinha integral intimidade com a condenação e a mitigação da pena, seja como atenuante¹⁸ ou redutora¹⁹, carregando forma e característica nos moldes ditados pelos artigos 197 e seguintes do Código de Processo Penal e por leis especiais. Todavia, com a Lei nº13.964/19, inaugurou-se uma nova figura jurídica, qual seja, a confissão para o acordo, com particularidades incomuns e bem mais prestigiada em suas consequências. Tanto que é capaz de evitar o processamento e a condenação penal.

E já era hora de se ofertar uma maior valoração à confissão!

Há muito defendemos pela necessidade de majorar a importância da confissão, de forma a resgatá-la do limitado cerco da mera mitigação condenatória, para assentá-la no importante espaço reservado aos atos formais e coadjuvantes da justiça. E nesta esteira, até por ser um ato de penitência, elevar seu valor, para

¹⁷ CARÍNGELA, Francesco. **10 Lezioni Sulla Giustizia per Cittadini Curiosi e Perplexi**. Milano: Mondadori, 2017, p.37.

¹⁸ Art.65,III, “d” do Código Penal

¹⁹ Exemplos: Crimes contra o Sistema financeiro Nacional (Lei nº7.492/1986, artigo 25, § 2º); Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único)

creditá-la de forma igual, senão mais vantajosa, às ofertas sugeridas aos criminosos delatores.

Ora, a confissão é ato de revelação de segredo íntimo, em que o declarante revela sua própria transgressão. Há uma assunção subjetiva, com possível remorso, em que o confitente faz uma acusação contra si e não contra outros. Nesta senda, mesmo não se constituindo em prova absoluta ou como rainha das provas²⁰, a confissão carrega um conteúdo indicativo demasiadamente importante, pois se origina do maior interessado.

A relevância da confissão pode ser depreendida como instrumento duplamente qualificado conforme as palavras de Inellas²¹, seja no ponto de vista objetivo, porque recai sobre fatos contrários ao interesse de quem confessa; seja no ponto de vista subjetivo, porquanto provém do próprio acusado e de ninguém mais.

Por sua própria natureza, que *a priori* permite a rejeição pelo espírito humano, bem como em face do direito ao silêncio, resta evidente que não há obrigação para confessar. Aliás, no ambiente penal, o acusado não tem dever qualquer de cooperar com a justiça. Seja por estes aspectos, bem como outros tantos, principalmente as poucas vantagens em termos de mitigação de pena, é que a confissão tradicional sempre se apresentou como algo raro no processo penal, ou, conforme Nucci²², ocorrente em caso extremo.

Desta sorte, ao ser elevada ao cargo de pressuposto para não processamento criminal, a confissão entronou-se no adequado posto que somente um magistral testemunho poderia se habilitar. E professa Marques²³ que se o acusado constitui elemento preciosíssimo de prova, o maior de seu testemunho está na confissão, isto é, no testemunho de sua qualidade de réu.

Por isso, atualmente é razoável se dizer sobre a atual destacada importância da confissão, como pressuposto para o consenso, bem como a racional expectativa de que venha se transformar em ato usual e bem explorado no mundo jurídico processual penal.

²⁰ Confissão é tida como rainha das provas ou *probatio probatissima* no sistema inquisitório.

²¹ INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Da Prova em Matéria Criminal**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2000, p.73.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **O Valor da Confissão Como Meio de Prova no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.185.

²³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª Ed. Campinas: Millennium, 2000, p.394.

5 A NOVA CONFISSÃO E O SEU FORMATO

O investigado não está obrigado a produzir prova contra si, eis que prevalece o princípio do *nemo tenetur se detegere*²⁴. Porém, resta inviável firmar este fundamento jurídico para afastar a exigência da confissão para feitura do acordo, pois não há violação ao direito de não autoincriminação quando se estabelece o ato de confessar como condição básica. É que a obrigatoriedade de confessar se revela como pressuposto para o facultativo acordo e não se confunde com o mecanismo de autodefesa devido na persecução penal²⁵. Ademais, esta confissão se revela como mera faculdade, semelhante à aquela da atenuante e que jamais restou como inconstitucional. A bem da verdade, em se tratando de um efetivo negócio jurídico, notadamente entre protagonistas que antagonizam, é da essência do consenso que cada parte, com base em seu direito de autodeterminação e livre personalidade, escolha o que lhe aprouver, para poder melhor realizar seus interesses de vida. Conforme Barros²⁶ a lei faculta ao acusado o direito de optar entre confessar ou não, entre colaborar ou não para a revelação da verdade. Assim, se o investigado desejar acordar, por consequência óbvia, deverá ceder às condições estabelecidas para o acordo e que, entre estas, está o ato de confessar.

A confissão é de ser firmada junto ao Ministério Público, pois será este quem deverá propor e ajustar o acordo. Sem dúvida, poderá a autoridade policial colher as declarações de autoria do investigado e enviá-las ao Ministério Público, porém será o *parquet*, por sua legitimação legal prevista no artigo 28 A do Código de Processo Penal, quem avaliará a confissão e consensuará com o investigado e seu defensor.

²⁴ Nesta esteira, sustentam os artigos 5º, LXIII, da Constituição Federal, e 8º, item 2, “g”, do Decreto nº678/92, Pacto de São José da Costa Rica.

²⁵ Nesta esteira, segue esclarecedor julgado do Supremo Tribunal Federal: HC 96.219 MC-SP, rel. Min. Celso de Mello, j.09.10.08 [...] *A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512). Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal [...]*

²⁶ BARROS, Marcos Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.252.

Conforme a lei, o Acordo de Não Persecução Penal compele à produção de uma confissão formal e circunstancial. Formal é aquela explícita e que se realiza por gravação ou termo assinado pelo confitente, outrossim observando determinada cerimônia²⁷. Deverá ser feita pessoalmente pelo investigado, com assistência de seu defensor, o qual não poderá receber poderes para confessar. Veja-se que na seara penal não há espaço para confissões tácitas ou presumidas. Conforme Malatesta²⁸:

[...]Querer considerar como confissões reais as confissões presumidas é faltar com todo critério da lógica criminal. Não se pode falar de uma prova determinada sem a certeza da sua subjetividade probante e, por subjetividade probante, entendemos a pessoa ou a coisa afirmante e a relativa afirmação. A prova pode não estar certa quanto ao seu objeto, isto é, quanto à realidade da coisa provada, mas deve ser sempre inelutavelmente certa quanto à realidade do sujeito e sua afirmação, sem isso é absurdo falar em prova. Ora, quando se fala de provas presumidas em geral, e de confissão presumida em espécie, fala-se precisamente de um sujeito probante não existente na realidade, e que se quer fazer funcionar como prova, como se existisse, isto é, fala-se de uma prova que não é prova[...]

A formalidade da confissão, outrossim, deverá contar com uma audiência judicial, para que o juiz verifique sua voluntariedade, através da oitiva do confitente, na presença de seu defensor²⁹.

Já a confissão circunstancial é aquela que apresenta versão minuciosa dos fatos, narrando com particularidades os acontecimentos juridicamente relevantes. Ilustra-se que os detalhes narrados são extremamente importantes, pois uma vez que se harmonizem com o contexto da prova colhida, estabelecem a coerência lógica que assegura credibilidade. E é por esta razão que o artigo 197 do Código de Processo Penal já informava sobre a confissão tradicional, ditando que seu valor deveria ser aferido pelos critérios adotados para os outros elementos de prova e que, para sua apreciação, o juiz deveria confrontar com as demais provas do processo, verificando compatibilidades ou concordâncias. Porém, a par de toda esta avaliação junto ao contexto probatório, é de se lembrar que a confissão, como qualquer outra prova, deve ser de plano considerada como verídica, pois esta é a lógica que impera no ambiente do direito.

Ilustra-se que circunstancial não significa compelir o confitente a definir juridicamente o fato confessado ou entrar em controvérsia com o Ministério Público

²⁷Ver artigos 185 e ss do CPP, bem como artigo 199 do CPP.

²⁸ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Vol.1. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 1996, p.163.

²⁹ Artigo 28 A, parágrafo 4º do Código de Processo Penal.

sobre a classificação do crime. É que a tipificação penal é tarefa do Ministério Público como estreatante da *opinio delicti*. Logo, deve o confitente tão somente revelar pormenorizadamente o acontecimento criminoso, pois é sobre este que, incontestavelmente, tem domínio de conhecimento.

Doutrinariamente a confissão, em razão de seu conteúdo, é dividida em simples ou qualificada. Ensina Távora e Alencar³⁰ (2009, p.347):

[...] Simples: é o reconhecimento puro e simples da imputação, sem modificação ou implemento de informações.

...

Qualificada: o réu confessa o fato, agregando novos elementos para excluir a responsabilidade penal, como excludentes de ilicitude, de culpabilidade etc.[...]

Ocorre que para o Acordo de Não Persecução Penal a confissão deverá ser simples, pois uma vez que venha acompanhada de justificativa defensiva e que esteja de acordo com sentir do Ministério Público, por certo deverá haver o arquivamento do expediente e não o acordo para o não processamento. Porém, se a justificativa estiver dissonante para o *parquet*, a falta de consenso impedirá o acordo e sucederá a proposição de ação penal. Professora ARAS³¹ (2020, p.197):

[...] Se o investigado confessar que praticou o fato acobertado por excludente de ilicitude como a legítima defesa, ou se tem um arquivamento ou deve o Ministério Público optar pela propositura de ação penal, para que se comprove a inexistência da excludente ou a existência de excesso[...]

Com relação à confissão parcial, entendemos ser possível somente quando se tratar de duas ou mais infrações, sendo observado que a soma das sanções das infrações penais resulte em um total mínimo inferior a 4 (quatro) anos, para evitar a aplicação, por analogia, das súmulas nº 723³² do STF e nº 243 do STJ³³. Neste caso, em face da ausência de proibição legal para o Acordo de Não Persecução Penal, bem como forte nos critérios de oportunidade e conveniência, é de se admitir o acordo e a confissão para um dos crimes.

³⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar A.R.C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ªed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p.347.

³¹ ARAS, Vladimir. **O Acordo de Não Persecução Penal Após a Lei 13.964/2019**. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano. *Lei Anticrime Comentada*. São Paulo: JH Mizuno, 2020, p.197.

³² Súmula nº 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.

³³ Súmula nº 243 do STJ: O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitativa, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

É de se ilustrar que na esteira do Acordo de Não Persecução Penal a confissão deverá sempre se manter íntegra. Por conseguinte, eventual divisibilidade ou retratabilidade, em tema essencial e que evidentemente macule a efetividade do acordo, prejudicará a confissão e levará para a ruptura o pacto. E nem poderia ser diferente, pois se parte fundamental da confissão for considerada falsa, esta perderá a credibilidade, bem como levará o vício da desconfiança para a outra parte, prejudicando, ao fim, a sinceridade do acordo. Logo, a confissão divisível e retratável, nos termos do preceito contido no artigo 200 do CPP³⁴, servirá, e exclusivamente, para os casos de cursivo instrutório processual.

Como a lei não refere a obrigatoriedade de espontaneidade junto à confissão para o acordo de não processo, firma-se, tão somente, o critério objetivo das condições, afastando-se a subjetividade ou exame sobre as razões que a determinaram. Logo, é possível se observar para esta confissão a natureza meramente objetiva, coincidindo com a orientação já firmada e atinente à confissão como atenuante³⁵. Porém, não há que se confundir espontaneidade com voluntariedade, pois esta deve sempre existir, uma vez que não se pode tolerar que alguém seja coagido ilegalmente a confessar.

É possível que a confissão venha em formato de uma própria autodenúncia, isto é, quando o confitente revela à justiça de forma surpreendente crime ignorado ou esclarece que alguém está sendo equivocadamente imputado. Para estes casos, seja considerando a relevância da confissão e o poder de estímulo para maior cooperação com a justiça, defendemos a necessidade de uma maior valorização do ato confessorio, inclusive com oferta de melhores benefícios ao confitente³⁶.

³⁴ Art. 200, CPP: A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

³⁵ Para a atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal, reconhece-se a natureza meramente objetiva. E neste sentido segue julgado: *HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO. ORDEM CONCEDIDA. 1 - A confissão espontânea hoje é de caráter meramente objetivo, não fazendo a lei referência alguma a motivos ou circunstâncias que a determinaram. 2 - Em virtude da confissão espontânea, deve a reprimenda sofrer uma redução, atentando-se para a impossibilidade de se operar a uma exata compensação com a agravante da reincidência, esta se trata de caráter preponderante (artigo 67 do Código Penal). 3 - Habeas corpus concedido. STJ, HC 22.927, j.06.05.03.*

³⁶ A título de melhores benefícios, podemos sugerir que as condições do acordo sejam bem mais vantajosas ao confitente.

6 A CONFISSÃO E A QUESTÃO DA CULPA

É manifesto que a confissão firmada no Acordo de Não Persecução Penal não se revela como culpa no âmbito penal. O artigo 5º, LVII da Constituição Federal prescreve que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, uma vez que a confissão é feita para o acordo e não há persecução penal finda, não se pode dizer sobre culpa. Ademais, a jurisdição prestada ao pacto de não processamento penal é de mera homologação de acordo e não de exame na formação da culpa, logo, mesmo que confessado e acordado, o confitente continua a gozar de seu estado de inocência. Tanto que, uma vez rompido o acordo, notadamente em face de descumprimento por parte do confitente, sua confissão não permitirá o imediato cumprimento de sanção penal, pois, como se sabe, pena só se aplica ao culpado.

Giza-se que com a ausência de preocupação para com a formação da culpa penal, o acordo de não processamento segue a tendência do moderno direito processual penal e que tem acentuado, cada vez mais, o desprezo à concepção de consolidação de culpa, em favor de um modelo de consensualidade, cujo regramento estimule a prevenção. Segundo Monte³⁷:

[...] já não faz grande sentido a exigência de um caráter diminuto de culpa, quando na verdade se exige a previsão de que as injunções e regras de conduta responderão às exigências de prevenção que no caso se façam sentir, o que, tratando-se de uma suspensão provisória do processo, deve ter um peso maior que o caráter da culpa [...]

Com relação ao aspecto probatório, salienta-se que a confissão para o acordo é apenas um indicativo de prova. E neste sentido, segue a lógica trazida pela Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, junto à tradicional confissão do acusado, quando a refere que “...*não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade.*” Além do mais, frisa-se que, uma vez se tratando de prova oral, a mesma deve ser produzida perante o juízo, conforme as regras do adequado contraditório. E informa Martín³⁸ que somente as provas praticadas em juízo oral é que podem ser consideradas evidências autênticas, com a aptidão de enervar a presunção de inocência.

³⁷ MONTE, Mário Ferreira. **Um Olhar Sobre o Futuro do Direito Processual Penal- Razões para uma Reflexão.** In Calheiros, Maria Clara; Monteiro, Fernando Conde; Loureiro, Flávia Noversa. *Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.414.

³⁸ MARTÍN, Joaquín Delgado. **El Juicio de Faltas: La Prueba y Otras Cuestiones Procesales.** 2ª ed. Madrid: Colex, 1998, p.60.

Neste sentido, uma vez promovida a confissão e, por qualquer razão, não firmado o acordo, ou até rompido o mesmo, a declaração feita pelo confitente não servirá, de forma isolada, sem um contexto probatório e adequado interrogatório, para consolidar qualquer responsabilidade penal.

Outrossim, não constitui demasia assinalar, na linha do direito dos países que adotam o sistema *common law*, que a confissão do Acordo de Não Persecução Penal não se confunde com o *plea bargain*. É que neste, o acordo se firma em razão de uma expressa e legal declaração de culpa do investigado. O *plea bargain* se constitui em, conforme Feinman³⁹, um acordo entre o réu e o promotor, em que aquele se declarará culpado em troca da redução da gravidade das acusações, de forma a lhe ajudar a obter uma sentença branda.

Logo, uma vez promovida a declaração de culpa junto ao *plea bargain*, a mesma resta consumada, insuscetível de ser modificada e passa a permitir a aplicação da pena. Segundo professora Souza⁴⁰:

[...] A confissão contida no acordo de não persecução não tem a mesma função e consequência daquela contida no *plea bargain*, o qual se assenta na irreversibilidade da assunção de culpa do investigado e na possibilidade de aplicação de sanção penal imediatamente após a sua celebração [...]

Destaca-se, ainda, que a confissão promovida para o pacto de não processamento penal poderá ser utilizada como efetivo documento, com natureza de indicativo probatório, no ambiente do cursivo instrutório processual extrapenal, desde que sua juntada esteja acompanhada da ampla defesa e do contraditório. E mesmo o fato de haver cláusula no Acordo de Não Persecução Penal, prescrevendo que o mesmo estará restrito às consequências criminais do fato, certamente não será impeditivo para que a confissão firmada no expediente criminal seja explorada em processo de natureza diversa, uma vez se tratando de documento e prova lícita.

7 CONFISSÃO EM ACORDO DE SUSPENSÃO DE PERSECUÇÃO PENAL

Entendemos que o espírito do Acordo de Não Persecução Penal poderá ser aplicado aos processos criminais em andamento, ou seja, já com recebimento de denúncia ou até em grau de recurso, uma vez que presentes os pressupostos e não

³⁹ FEINMAN, Jay M. **Law 101**. Fourth Edition, New York: Oxford University Press, 2014, ps.321/322.

⁴⁰ SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de Não Persecução Penal: O Papel da Confissão e a Inexistência de *plea bargain***. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain>. Acesso em 16.06.2020.

tenha sido, ainda, ofertado o consenso para não persecução. Por certo, nestas condições, não estaremos a falar sobre Acordo de Não Persecução Penal, mas sim de Acordo de Suspensão de Persecução Penal.

Veja-se que o artigo 28 A do Código de Processo Penal se revela em claro fenômeno que beneficia a situação jurídica do investigado, pois sensivelmente mitiga a consequência da infração penal. E por se tratar de um novel instituto de justiça penal negocial, com natureza claramente heterogênea, pois se revela com índole processual, ao tratar de regras de um acordo para evitar a persecução penal; bem como com caráter material, ao estabelecer causa para extinção de punibilidade (art. 28-A, § 13), é de ser aproveitado em feitos em andamento.

Como se sabe, a norma processual observa o princípio *tempus regit actum*, positivado no art. 2º do Código de Processo Penal, segundo o qual a “...lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Já a norma material segue o princípio do *novatio legis in melius*, cujo artigo 5º, XL da Constituição Federal prescreve que a “...lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” Nesta esteira, sendo o artigo 28 A do Código de Processo Penal efetiva norma híbrida e mais benéfica ao acusado, é de prevalecer a interpretação *favor rei* para permitir sua aplicação em feitos em andamento.

Ilustra-se que atualmente existe controvérsia sobre a possibilidade de ocorrer tal retroação em processos em grau de recurso, pois existem entendimentos contraditórios, seja no sentido de admitir⁴¹, bem como de inadmitir⁴². Para nós, seguimos o entendimento que permite o acordo, inclusive em grau recursal, considerando os mesmos fundamentos já expostos.

Por certo, a confissão formal e circunstancial do Acordo de Suspensão de Processamento Penal, por ser tardia, deverá ser confrontada com a integralidade da prova já colhida no cursivo processual existente, para firmar o adequado exame de compatibilidade e concordância, à exceção da prova do interrogatório (se houver). É que esta prova, por restar assentada no sagrado princípio da não autoincriminação, não poderá ser considerada em caso de divergência.

⁴¹TRF4ª Região, Embargos Infringentes e de Nulidade em Embargos Infringentes e de Nulidade nº 5001103-25.2017.4.04.7109/RS, 4ª Seção, Julgado em 21.05.2020.

⁴²TJRS, Apelação Crime nº70081782377, 4ª Câmara Criminal, julgado em 25.06.2020.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se depreende, o presente trabalho examinou o artigo 28 A do Código de Processo Penal, conforme os termos da Lei nº13.964/19, inclusive as provocações do Conselho Nacional do Ministério Público, e que firmou o Acordo de Não Persecução Penal.

Nesta esteira, verificou-se a consensualidade penal, como instituto harmônico com a Constituição Federal para a resolução de conflitos, destacando-se o acordo de Não Persecução Penal, bem como sua importância, junto ao permanecido processo penal brasileiro e aos agudos problemas da justiça.

Em sequência, o escrito analisou a confissão, como pressuposto do acordo, demonstrando que a mesma deve ser firmada junto ao Ministério Público e que sua exigência não viola o direito a não autoincriminação, entre outros.

Também, dissecou as características capazes de manifestar a importância da atual confissão e sua distinção como um novo instituto processual penal. Inclusive, neste aspecto, o trabalho oportunizou análise sobre a impossibilidade de se utilizar a regra existente e que permite a confissão divisível e retratável, pois estas se tratam de particularidades próprias da confissão atinente a mitigação da pena e não compatíveis com a confissão para o consenso.

O trabalho justificou o porquê que a nova confissão não permite consolidar a culpa penal, inclusive esclarecendo o dissenso entre o Acordo de Não Persecução Penal com o *plea bargain*, bem como o entendimento sobre o aproveitamento da confissão, como prova no processo penal e extrapenal.

E ao fim, o estudo ainda apresentou a possibilidade do Acordo de Suspensão de Persecução Penal e a confissão tardia, a qual deverá estar compatível e concordante com a prova processual existente, ressaltando-se o interrogatório.

9 REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar A.R.C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ªed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

ARAS, Vladimir. **O Acordo de Não Persecução Penal Após a Lei 13.964/2019**. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano. *Lei Anticrime Comentada*. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

BARROS, Marcos Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CARÍNGELA, Francesco. **10 Lezioni Sulla Giustizia per Cittadini Curiosi e Perplessi**. Milano: Mondadori, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FEINMAN, Jay M. **Law 101**. Fourth Edition, New York: Oxford University Press, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Acordos sobre a Sentença em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”**. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

GARCIA, Emerson. **A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992**. <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html> Acesso em 30.06.2020.

GARCIA-PABLOS de Molina, Antonio; GOMES, Luiz Flávio *apud* GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS de Molina, Antonio; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal, Introdução e Princípios Fundamentais**, vol.1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Da Prova em Matéria Criminal**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2000.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Vol.1. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª Ed. Campinas: Millennium, 2000.

MARTÍN, Joaquín Delgado. **El Juicio de Faltas: La Prueba y Otras Cuestiones Procesales**. 2ª ed. Madrid: Colex, 1998.

MONTE, Mário Ferreira. **Um Olhar Sobre o Futuro do Direito Processual Penal- Razões para uma Reflexão**. In Calheiros, Maria Clara; Monteiro, Fernando Conde; Loureiro, Flávia Novera. *Que Futuro para o Direito Processual Penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O Valor da Confissão Como Meio de Prova no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PÉREZ, Jesús Gonzalez. **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional**. 3ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

RODOTÀ, Stefano. **Diritto e Giustizia, Interrochiamo la Costituzione**. Napoli: La Scioladi Pitagora Editrice, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SGUBBI, Filippo. **Il Diritto Penale Totale**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2019.

SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de Não Persecução Penal: O Papel da Confissão e a Inexistência de *plea bargain***. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/renee-souza-papel-confissao-inexistencia-plea-bargain> . Acesso em 16.06.2020.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ªed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil.V.1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

TURCO, Elga. **L'impugnazione Inammissibile: Uno Studio Introduttivo**. Padova: Cedam, 2012.

VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

PROBATIVE VALUE OF AWARDED COLLABORATION

Nestor Távora¹
Rosmar Rodrigues Alencar²

RESUMO

A concepção probatória tem tido significativa repercussão no Direito Processual Penal. Em um sistema com aspiração acusatória, mas com flertes inquisitoriais, o protagonismo das partes deve e merece obnubilar a atuação do magistrado. *Pari passu*, assistimos ao alargamento dos espaços de consenso, encurtando a persecução penal, com resultados práticos nem sempre conjugados com o fator qualitativo que se espera na solução da demanda. Ademais, a ambição de verdade ganhou um novo rumo, já que a renúncia penal em troca da colaboração deixa marcas profundas, revela fragilidades e demonstra o que está por vir na administração da Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Valor probatório. Colaboração premiada. Prova penal.

ABSTRACT

The probationary concept has had significant repercussions on criminal procedural law. In a system with an adversarial aspiration, but with inquisitive flirtations, the role of the parties must and deserves to obnubilate the performance of the magistrate. *Pari passu*, we have witnessed the expansion of spaces of consensus, shortening penal prosecution, with practical results not always combined with the qualitative factor expected in the solution of the demand. Furthermore, true ambition has taken a new turn, as the criminal resignation in exchange for collaboration leaves deep marks, reveals weaknesses and demonstrates what is to come in the administration of justice.

KEYWORDS: Probative value. Award-winning collaboration. Criminal proof.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 déficit da relação entre o conceito de prova e a colaboração premiada 3 Baixa compatibilidade entre as garantias fundamentais e o acordo em matéria penal. 4 Valor da colaboração premiada diante dos vetores de julgamento criminal. 5 Incompatibilidade entre colaboração premiada, verdade e ciência. 6 As espécies de acordo de não persecução penal e a colaboração premiada. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 Ex-Defensor Público – AL. Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pelas Faculdades Jorge Amado. Professor da Escola de Magistrados da Bahia. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia. Professor da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes. Professor da Faculdade Baiana de Direito nos cursos de graduação e Pós-Graduação. Coordenador da pós-graduação em Direito e Processo Penal no IMADEC e no IGD.

2 Juiz Federal – AL. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFBA. Especialista em Direito Processual Penal (FESMP/RN). Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL). Professor Titular do UNIT/AL.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina, tradicionalmente, classifica a prova³.

Tomando como referencial teórico o livro *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli, e consoante um modelo de estrita legalidade, apropriado ao Estado Democrático de Direito, a prova deve ser organizada conforme paradigma racional. Sob o plano epistemológico, o seu padrão deve se caracterizar “como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”⁴.

A classificação da prova, longe de ser uma descrição fundada apenas em um juízo estético de beleza, aquele nexos – juízo entre um conceito abstrato de conformação e de empiria – relaciona o conceito axiológico de plenitude ou não plenitude para fins condenatórios com elementos que aptos ou inaptos a possibilitar cognição, conhecimento de um fato, a partir de critérios epistemológicos, científicos, transcendentais à mera opinião, *doxa*.

Prova plena é prova que preenche requisitos para formação de juízo de certeza. Diferentemente, prova semiplena e prova não plena são as que não possuem aquele condão. O juízo de certeza é um nexos entre, de um lado, a estrutura de adequação científica e, de outro, os elementos constatáveis por intermédio de todo o percurso probatório. Deve haver subsunção entre os dois conceitos, sob os ângulos objetivo – argumento que coroa a produção probatória – e subjetivo – *aletheia*, que encerra o evoluir da convicção.

O propósito deste texto é alinhar parâmetros que sirvam para classificar a colaboração premiada disciplinada na legislação de controle da criminalidade organizada. Esse objetivo se justifica em razão da denominada ampliação dos espaços de consenso no processo penal que, embora seja expressão de data mais remota, teve repercussão recente no sistema jurídico brasileiro. O acolhimento do instituto por largo setor de atores do sistema de “persecução

3 GOMES, Luiz Flávio. Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais. *Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes*, 15 abr. 2010. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

4 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006. p.786.

penal” seria a razão que tornaria o tema relevante para fins de estudo.

Em primeiro lugar, deve-se perguntar: qual a relação da colaboração premiada com o conceito de prova? É ela prova em sentido estrito? Pode ser considerada prova plena – para justificar condenação – em relação a algum elemento de tipo penal delituoso?

Em segundo, a colaboração premiada gizada na Lei nº 12.850/2013 é compatível com o sistema de garantias fundamentais? Quais as garantias que permitem ou que proíbem a colaboração premiada? Há possibilidade de prova penal por meio de consenso, de acordo com o texto constitucional?

Em uma terceira aproximação, é necessário indagar: que critérios devem nortear o exame da prova em processo criminal? Esses critérios permitem atribuir valor à colaboração premiada? A formação de juízo sobre o mérito, a partir de colaboração premiada, está de acordo com os postulados civilizatórios modernos?

Ainda, em quarto lugar, é necessário arrematar, questionando, se a colaboração premiada tem valor epistemológico que possa contribuir para a afirmação de verdade justificada juridicamente? Qual é a verdade de que se fala em processo criminal? A presunção de inocência é compatível com a afirmação justificada pela prova lastreada em colaboração premiada?

Essa a problematização que orientará as hipóteses deste trabalho que, ao final, poderão ser confirmadas ou infirmadas. Elas constituirão os tópicos deste texto. Para respondê-las, a metodologia adotada será a positivista. As fontes do direito serão as reconhecidas pelo Estado, bem demarcadas. A interpretação dessas fontes seguirá construção lógica, com semântica que evidencie as articulações do percurso da formação de sentido⁵.

O primeiro tópico partirá da afirmação de que o conceito de prova, em sentido estrito, é composto de estrutura mais completa que a oferecida pela colaboração premiada, pelo que se pode asseverar que a relação desta com aquele é deficitária. A colaboração premiada não se adequa ao conceito de prova em sentido estrito, não se cuidando, por conseguinte, de prova plena.

Seguidamente, o segundo ponto ditará que a colaboração premiada é de constitucionalidade duvidosa por ser de difícil acomodação com uma série de

5 Essa a metodologia que orientou estudo anterior (ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016. p.28-29).

garantias dispostas na Constituição de 1988. Ademais, em processo criminal, cujo direito em jogo deve ser considerado indisponível, o consenso não deve recair sobre provas.

A terceira hipótese deste artigo afirmará que os critérios para o exame da prova penal, no ordenamento jurídico brasileiro, migram de vetores que orientam o julgamento absolutório. São os do art. 386, do Código de Processo Penal. A absolvição é a regra. A condenação, exceção. A sentença condenatória deve ser supletiva, subsidiária, excepcional. Os *standards* probatórios do sistema de referência se relacionam com os casos absolutórios, cuja dicção normativa é imperativa, retratando o dever do juiz de absolver o réu. Sob essa lente, a colaboração premiada é desprovida de valor mínimo.

Cumprir realçar, como quarta hipótese, que a colaboração premiada não logra passar pelo filtro da *episteme*. A consciência exprime razão. Conhecimento, ciência e racionalidade. As relações entre os elementos envolvidos na colaboração premiada são corrompidas por problemas que vão desde o comprometimento da fonte dos elementos informativos, passando pelo método desprovido de controle rigoroso, até desaguar no resultado contaminado pelos propósitos justificadores do consenso. O que poderia parecer argumento, coroando a colaboração premiada na avaliação da prova, retratará sentença que se afasta dos postulados científicos.

Como já afirmado em outro lugar⁶, os conteúdos veiculados no processo devem respeitar os trilhos legais e constitucionais para viabilizar o seu conhecimento válido pelo juiz. É condição à afirmação de verdades⁷ – sempre processuais, subordinadas a um procedimento rigoroso –, considerando a opção de entender que o juiz, como ser humano, é falível. Nas pegadas de Susan Haack, “ao formalizar, procura-se generalizar, simplificar, e aumentar a

6 ROSA, Alexandre Morais da; ALENCAR; Rosmar Rodrigues. No processo penal, a instrumentalidade é do direito material. *Conjur*, 23 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/nulidade-prejuizo-processo-penal-instrumentalidade-direito-material>>. Acesso em: 20 out. 2019.

7 Nesse contexto, aduzimos que “o regime de nulidades do CPP (arts. 563-573), além de ultrapassado, é confuso. Adota a compreensão mitológica da verdade substancial (CPP, art. 566), mantém dispositivos revogados noutros locais do próprio CPP (art. 564, III, “a”, “b”, “c”, III), bem como indica compreensão civilista, incompatível com o devido processo legal substancial, da ausência de prejuízo – *pas de nullité sans grief* (CPP, art. 563)” (ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019. p.582-583).

precisão e o rigor”⁸.

Esse rigor (cuidado, prudência) é indispensável na aplicação do ramo do direito que visa tutelar a liberdade humana, objetivando limitar a imprevisibilidade. Ademais, a relação entre os textos que disciplinam a matéria criminal deve ser dotada de fiabilidade. Tomando essa premissa, Tácio Lacerda Gama ensina que “se uma norma existe no sistema jurídico é porque está em relação com outra norma”. Se ausente o nexos, teremos ilicitude, violação de dever ou abuso de poder. Em outros termos, o exercício do poder deve decorrer de fonte reconhecida pelo sistema constitucional⁹.

2 DÉFICIT DA RELAÇÃO ENTRE O CONCEITO DE PROVA E A COLABORAÇÃO PREMIADA

O conceito de prova penal pode ser subdividido conforme suas etapas ou consoante sua possibilidade de servir como prova plena. Sobre ambos, deve recair escrutínio, sindicância dos sujeitos processuais envolvidos, controle. O primeiro, pode ser chamado de prova em sentido completo. O segundo, prova em sentido estrito.

Prova em sentido completo é aquela que deve ser retratada retrospectivamente na sentença. É o percurso probatório documentado, sob a forma de argumento. Descrição das etapas da prova, do seu procedimento. Aury Lopes Jr. Leciona que “o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença”¹⁰.

Mas vai muito mais além e aquém.

Além quando ultrapassa a avaliação da prova mediante sua justificação certa. O argumento verdadeiro é o argumento científico. Argumento, silogismo, que não decorre de fundamentação que enlaça os antecedentes que desaguaram na conclusão final, não é argumento autêntico. É falácia.

8 HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução: Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002. p.63.

9 GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p.329.

10 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.344.

A prova vai aquém quando retrocede, ou seja, quando descreve de trás para frente, na sentença, o perpassar de todas as etapas probatórias. Mas não apenas as etapas, geralmente divididas em quatro: postulação, admissão, produção e avaliação:

(1) o pedido deve ser formulado por quem tem legitimidade, eis que o sistema é acusatório;

(2) a admissão deve se basear em licitude e constitucionalidade da prova, a fim de que não haja nulidade do ato aquisitivo;

(3) a produção deve se dar sob contraditório judicial, com efetivo debate, diálogo, sem hostilidade de ambiente para que o exame flua da forma mais límpida possível;

(4) a avaliação deve ser criteriosa, rigorosa, justificada por argumentos, por afirmações por meio de provas.

Vai aquém! Vale reiterar. Concluída a descrição e o exame dessas etapas, o julgador deve querer saber da fonte da prova. Prova é conceito plurívoco. São muitos os sentidos. Prova é fonte também, fonte da prova. A fonte deve ser objeto de enfrentamento, de debate. Eis o percurso do conceito de prova em sentido completo.

Isso é necessário, mas não é, ainda, suficiente, pois é fundamental que todos os elementos probatórios envolvidos se encaixem no conceito de prova em sentido estrito. Prova plena deve ser, além de prova em sentido completo, prova em sentido estrito. Prova em sentido estrito é conceituada pela doutrina para ser distinguida dos elementos de informação. É um critério importante para evitar que tudo – feito de qualquer forma, ou sem os parâmetros de cautela e prudência – possa ser considerado prova.

Prova em sentido estrito requer: presença do juiz competente, iniciativa autorizada pelo sistema acusatório, acatamento aos direitos fundamentais – notadamente, o contraditório e a defesa ampla com debate efetivo das partes –, inexistência de vedação constitucional, respeito ao procedimento legal previsto, aptidão para influir na decisão judicial, não somente sob o ponto de vista subjetivo, mas objetivo, sob a forma de argumento válido (conforme o sistema) e científico (verdadeiro).

Confrontando esses conceitos com a colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013, é possível perceber que ela é eivada de tríplice déficit. Para essa

conclusão, segue-se o parâmetro adotado por este texto, positivista. A base é o direito positivo, o que está posto. Eis os dispositivos, portanto, que orientam essa ilação:

(1) averbando que a confissão não pode, sozinha, justificar condenação, no Código de Processo Penal:

(a) o art. 158: “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”;

(b) o parágrafo único, do art. 186: “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”;

(c) o art. 197: “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”;

(d) o art. 198: “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”;

(e) o art. 200: “a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”;

(2) preconizando que os elementos obtidos fora do processo penal não podem, isoladamente, autorizar condenação, art. 155, do Código de Processo Penal, cujo teor aduz que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”; e

(3) destacando que a sentença condenatória não pode ter por base somente a colaboração premiada, o § 16, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, com redação forte no sentido de que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Vale dizer, a colaboração premiada, sob essa perspectiva, tem valor diminuto. Metaforicamente, é axiologicamente reduzido ao cubo, três vezes menor que qualquer elemento constante de uma investigação preliminar. Explica-se.

(1) A colaboração premiada é, em parte, confissão de correu, exige coautoria, se for considerado – como deve ser – o direito positivo. Um imputado

confessa, colimando redução do espectro punitivo e atribui coautoria a outro. Não tem valor testemunhal. São declarações que, por seu turno, devem estar acompanhadas de outros elementos capazes de comprová-las. Tendo a confissão como fonte, a colaboração premiada deve ter baixo valor probatório. Em tempos mais remotos, a conclusão poderia ser inversa, pois a confissão era a rainha das provas e, como tal, seria um testemunho duplamente qualificado contra o coimputado, porquanto ao fazer o chamamento do corrêu, o colaborador seria considerado o mais habilitado para dizer algo sobre o fato que também protagonizou. Essa opção foi afastada pelo direito processual mais moderno porque isolava um aspecto que comprometia toda a prova, qual seja, o fato de não ser incomum a presença do interesse do delator em safar-se da punição atribuindo a culpa no outro. Em outros termos, o raciocínio lógico indica que o depoimento de um réu contra o outro carece de base científica, verdadeira (*episteme*), diante da patologia que o afeta desde o nascedouro da relação de direito material entre os coimputados apontados como protagonistas da infração penal.

(2) A colaboração premiada regulada na Lei nº 12.850/2013 deve ser tomada sem a presença do juiz. É o que reza § 6º, do seu art. 4º, ao verberar que “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”. Frise-se que a participação do juiz na formação da prova é condição indispensável para que esta se subsuma ao conceito de prova em sentido estrito. Ocorrido o acordo a porta fechadas, sem a garantia da publicidade (art. 93, IX, CF/1988) e sem a interveniência judicial, forçosa a conclusão de que seu valor, também sob esse prisma, é demasiadamente mitigado.

(3) Coroando essa dedução, o § 16, do art. 4º, da mesma legislação de controle da criminalidade organizada, nega a possibilidade de qualquer sentença condenatória se arrimar apenas nas declarações do agente colaborador. Há mais de um manto que protege o julgador de si próprio, evidenciando que o direito positivo brasileiro optou por considerar o juiz um ser humano falível, muito distante do sonho que poderia querer equiparar o

magistrado a um ser perfeito, incapaz de produzir argumentos falaciosos.

A colaboração premiada é, sob enfoque triplo, deficitária, diante de sua relação com o conceito de prova. É necessário realçar que o exame probatório não deve se restringir à etapa da avaliação da prova, na sentença. A avaliação é a quarta etapa probatória, porém está longe de ser a última. Em sede de colaboração premiada, o escrutínio deve ser ainda mais cauteloso. Alguns conceitos podem clarificar que, nessa seara, aspectos ocultos podem querer fazer crer que a prova é escoreita, quando, inversamente, sobre ela recaem muitos vícios.

Geraldo Prado pontifica importantes conceitos que permitem sindicarmos o aspecto epistemológico probatório. Um deles é o de dispositivo que, a sua vez, “incorpora a agência epistêmica, mas vai mais longe”, pois “é composto por elementos discursivos e não discursivos, e que a identificação dos elementos não discursivos revela as franjas por onde as práticas repressivas escapam de qualquer espécie de controle democrático, incluindo o instaurado no bojo de sistemas epistêmicos que negligenciem a função política do processo penal”¹¹.

3 BAIXA COMPATIBILIDADE ENTRE AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O ACORDO EM MATÉRIA PENAL

A colaboração premiada tem a confissão como parte de suas notas conceituais¹². Como se depreende, para obter mitigação de punição, o colaborador se vê exortado a falar sobre o fato que, em maior ou menor grau, pode ter ajudado a protagonizar. O direito ao silêncio é afetado. Ao invés de ser dito a ele, “você tem o direito de ficar calado”, a autoridade responsável dirá, “caso colabore, dizendo a verdade de maneira a elucidar os fatos de maneira eficaz, você poderá ter a pena reduzida ou, quem sabe, ficar livre”. O § 14, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, nesse diapasão, é explícito ao dizer que “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

11 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p.17.

12 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2019. p.744.

Mas outros efeitos, inclusive bastante negativos, podem advir daí. Todo imputado, mesmo preso, pode confessar. No entanto, noticiou-se a estratégia – ilícita e inconstitucional – de manter imputados presos, visando a obtenção da confissão mediante a oferta de barganha penal¹³. Uma chantagem. Na hipótese de prisão provisória, sem base cautelar (art. 283, CPP), tem-se ao menos uma outra garantia fundamental gravemente afetada, que é a presunção de inocência. O estado de inocência é princípio maior, regra de tratamento e vetor interpretativo. O giro inquisitivo em busca da verdade tendente a cercear a liberdade do pretense delator afeta característica importante da confissão: ela deve ser livre e espontânea, isenta de pressões. Por outro lado, o aspecto volitivo do ato, se viciado, desaguará em nulidade absoluta ou em inexistência jurídica, a depender do elemento afetado ser essencial ou estrutural¹⁴.

Trata-se de suspensão pactuada de garantias individuais fundamentais que estão no art. 5º, da Constituição Federal. Se essas são as mais evidentemente violadas, outras seguirão prejudicadas. O devido processo legal é cláusula de denso conteúdo. A antecipação probatória que pode acontecer sigilosamente representa grave inversão material do que deveria ser produzido segundo um rito público.

A publicidade, aliás, finda, na prática, severamente desvirtuada. Trata-se de “publicidade opressiva de julgamentos criminais”, na dicção de Simone Schreiber¹⁵. A garantia da publicidade dos atos processuais (não do inquérito) foi estampada na Constituição (art. 93, IX) com o intuito de proteger o indivíduo contra julgamentos secretos. Afinal, é uma garantia, malgrado disposta fora do art. 5º, da Lei Maior. Na aplicação da Lei nº 12.850/2013, viu-se a imposição do sigilo da colheita de informações contra o delatado que, antes mesmo de ser notificado do seu teor, teve seu nome divulgado pelos órgãos da grande

13 JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos, pareceres e crônicas*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.576 e seg.

14 ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016. p.221.

15 Consoante aduz a autora, “a distinção entre a verdade midiática e a verdade processual é de fundamental importância para se compreender a nocividade de determinadas manifestações jornalísticas que se arvoram em desvendar fatos criminosos e pautar a atuação da justiça a partir de sua atuação. A verdade produzida pela imprensa não é mediada pelas garantias do processo, portanto, não pode ser levada em conta pelo juiz quando dita a sentença” (SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.410).

mídia¹⁶. De garantia fundamental, a publicidade das declarações do colaborador e do inquérito foi usada como forma de expor os investigados a toda sorte de constrangimento, afrontando, inclusive, a presunção de inocência.

4 VALOR DA COLABORAÇÃO PREMIADA DIANTE DOS VETORES DE JULGAMENTO CRIMINAL

Vetores de julgamento criminal são compreendidos como as sínteses descritas nos artigos de lei. É dúplice a função desses modelos: (1) constituem *standards* de prova, na medida que tem aptidão para orientar o julgamento baseado em afirmações probatórias; e (2) são limites ao poder punitivo, por não permitirem condenações que esbarrem no texto, sem que fluam pelos estritos trilhos legais.

Atenção especial deve ser volvida para o art. 386, do Código de Processo Penal, dentre outros que também regem a sentença absolutória, a exemplo da que deve ser proferida pelo juiz-presidente do tribunal do júri (art. 415, CPP). Isso porque a sentença condenatória deve ser supletiva. A subsidiariedade da condenação decorre da constatação literal dos dispositivos envolvidos. A dicção do art. 386, do Código, é cogente.

Em outras palavras, caberia indagar: o julgador deve buscar motivos para condenar o acusado? A resposta será negativa, com supedâneo nas seguintes assertivas.

(1) O Código de Processo Penal, por seu art. 386, elenca as hipóteses

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias*. Ministro Teori Zavascki autoriza abertura de inquérito e revoga sigilo em investigação sobre Petrobras. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=286808>>. Acesso em: 06 mar. 2015. Na notícia consta que “o ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki deferiu nesta sexta-feira 21 pedidos de abertura de inquérito feitos pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, referentes a autoridades com prerrogativa de foro e outros possíveis envolvidos em investigação cujo foco principal são desvios de recursos da Petrobras. Em todos os casos, o ministro revogou o sigilo na tramitação dos procedimentos, tornando públicos todos os documentos. A instauração de inquéritos foi considerada cabível porque há indícios de ilicitude e não foram verificadas, do ponto de vista jurídico, ‘situações inibidoras do desencadeamento da investigação’. [...] O ministro ressaltou que a abertura de inquérito não representa ‘juízo antecipado sobre autoria e materialidade do delito’, principalmente quando os indícios são fundados em depoimentos colhidos em colaboração premiada: ‘Tais depoimentos não constituem, por si sós, meio de prova, até porque, segundo disposição normativa expressa, nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador (art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013)’”.

de dever judicial absolutório. Tal dispositivo tem dicção imperativa, obrigatória, modal expresso, ao regram que “o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação”.

(2) Isso deve significar que somente não se não for o caso de enquadrar a situação do processo em hipótese de absolvição do réu, é que o magistrado deverá enfrentar a possibilidade condenatória. Cabe dizer, verificará se estão presentes, não apenas os requisitos necessários, mas também se estes são suficientes. Necessidade e suficiência. Em outros termos, os requisitos legais à condenação podem estar presentes, porém podem não ser suficientes, notadamente porque desprovidos de credibilidade plena (a prova deve ter valor pleno, com aptidão para evidenciar juízo de certeza sobre todas as elementares do tipo penal).

(3) O enunciado que dispõe sobre a sentença condenatória tem texto que se relaciona subsidiariamente àquele absolutório. Isto é, antes o julgador deve pesquisar as causas de absolvição, especialmente as legais do art. 386, do nosso Código. Somente superando as possibilidades de absolvição, é que deverá examinar necessidade e suficiência probatória da imputação, com sucedâneo no dispositivo do seu art. 387, que prevê o conteúdo que o juiz deve inserir “ao proferir sentença condenatória”.

(4) Essas conclusões estão de acordo com a Constituição de 1988, que traça modelo acusatório de processo penal, ditando princípios como os da imparcialidade do juiz, da presunção de inocência, bem como da cisão das funções de acusar, defender e julgar.

Retornando ao ponto do exame da colaboração premiada em confronto com o que seja prova, outra verificação não será possível senão a de considerá-la de valor inferior aos elementos de informação do inquérito policial, seja pelos dispositivos legais que delimitam seu baixo valor, seja pelo texto constitucional que preconiza garantias fundamentais indeclináveis e

incompatíveis com o instituto, seja ainda porque a colaboração é, como regra, obtida clandestinamente, sem a presença do imputado, considerado o ponto de vista do delatado que, somente dela fica sabendo, depois de oferecida a denúncia ou após sentir a violência estatal por medida cautelar patrimonial ou prisional.

5 INCOMPATIBILIDADE ENTRE COLABORAÇÃO PREMIADA, VERDADE E CIÊNCIA

É possível comparar as faculdades cognitivas com o conhecimento do fato documentado em um processo penal. Se o ser humano tem a capacidade sensível, emocional e inteligível sobre as impressões captadas por suas faculdades vitais, essa forma de organização do sistema humano serve de base, de parâmetro, para justificar o procedimento que estrutura e que relaciona os sentidos probatórios na atividade de reconstrução cognitiva de um processo penal.

A prova, nessa toada, não deve ser qualquer elemento, mas o elemento que adere à estrutura apta a conformar o conhecimento sobre o fato descrito como base de seu objeto. Sob esse viés, é possível comparar a deficiência mental de um ser humano, à deficiência probatória. Importar ilustrar.

(1) A patologia de um homem, no seu sistema mental, está para a patologia probatória – decorrente de uma admissão de prova ilícita (nulidade) ou incapaz de provar de forma plena – inserida no sistema processual. A certeza absoluta pode ser comum à pessoa com deficiência mental, em medida similar à certeza absoluta quanto aos fatos formada cognitivamente pelo ator processual de perfil inquisidor.

(2) A equivocada compreensão da realidade por pessoa acometida por psicose pode se lastrear em alguns elementos reais e outros imaginários. Também a constatação probatória pode restar viciada quando, apesar de retratar apenas parcialmente a descrição do fato constante da narrativa acusatória, for completada por construções ali não consignadas, frutos do imaginário da parte autora (na petição inicial) ou do juiz (na sentença).

Na senda de André Nicolitt, necessário avivar que “a opção constitucional pela verdade não o é por qualquer verdade, senão uma verdade

alcançada com respeito às garantias individuais, entre elas a dignidade, o contraditório e a ampla defesa”. Em outra direção, “não optou o constituinte por uma verdade absoluta, alcança por qualquer meio, mas, sim, por uma verdade mínima ou relativa, uma verdade possível e limitada pelos procedimentos e pelas garantias de defesa”¹⁷. O que não é valioso, no dizer de Afrânio Silva Jardim, é punir a qualquer preço, pelo menos se queremos em vigor um Estado Democrático de Direito¹⁸.

A colaboração premiada é técnica especial de investigação que desafia os limites da razão humana. Inverte o evolover que representa o progresso científico e civilizatório na produção da prova baseada em uma verdade mais que formal no processo penal. Mais que formal porque parte da premissa de acreditar que o ser humano é falível, considerando a experiência histórica de horror em matéria penal. Derramamento de sangue, brutalidade, autoritarismo e erro judiciário são os ingredientes cuja mistura justifica a presunção de inocência como vetor probatório. O probabilismo pragmático impõe limites mais afunilados para proteger a liberdade humana contra o abuso de poder.

Não deveria ser – como parece acontecer –, no âmbito da seara do pensamento econômico, a proposta tentadora: “diante da dificuldade em provar, especialmente os crimes econômicos, vamos desistir da prova? Vamos desistir da verdade baseada em critérios racionais? É muito caro o processo criminal, vamos deixar isso de lado e procurar um modo mais facilitado para justificar a aplicação da pena?” Ou, em termos mais radicais: “deixemos de lado a civilização, pois isso é um sonho inalcançável!” e “voltemos à barbárie!”.

Abuso de poder de todos contra um, na dicção de Amilton Bueno de Carvalho. A colaboração premiada inverte o percurso histórico, fazendo com que haja retorno do medievo, conferindo maior valor à confissão e à palavra de um imputado contra a do outro. Tudo segue “a ponto de inverter, inclusive, toda a teoria do ônus da prova”, a exemplo do “carcinoma teórico do discurso que ambiciona a ‘proteção dos direitos da vítima’ no âmbito do processo penal”¹⁹.

A colaboração premiada não resiste ao teste de sua admissibilidade (1),

17 NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p.691.

18 JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro (UERJ), a.8, n.14, p.10, jul.-dez. 2014.

19 CARVALHO, Amilton Bueno. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.20-21.

relevância (2), confiabilidade (3) e confronto (4). Esse critério – ou outro similar que se fundamente em parâmetros para diminuir o espaço de arbítrio do julgador – é indispensável esquema para descrever argumentos que constituam afirmações de justificação por provas²⁰.

6 AS ESPÉCIES DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A COLABORAÇÃO PREMIADA

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, foi introduzido o acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal, nas disposições cristalizadas no art. 28, do CPP.

Devemos distinguir, contudo, este instituto, de outro, com designação similar, porém com natureza diversa, que é o acordo de não persecução penal referido no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013. Começemos por examinar este último.

O apontado enunciado, contido na Lei de Controle do Crime Organizado, alude que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se à infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

(1) não for o líder da organização criminosa; e

(2) tiver sido o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013.

Como se depreende, apesar da menção à possibilidade do *Parquet* deixar de ofertar a acusação formal, estamos diante de um dos modos de colaboração premiada, a respeito do qual precisamos contornar o seu limite e alcance. Isso porque não devemos olvidar que a ação penal pública é regida pelo princípio da obrigatoriedade, consoante pontifica o magistério de Afrânio Silva Jardim²¹.

Com efeito, a estrita legalidade sob o filtro constitucional deve nortear essa atribuição conferida ao Ministério Público. Entendemos, a propósito, que não há discricionariedade capaz de amparar a simples não propositura da ação

20 HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução: Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002. p.61-65.

21 JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.38.

penal, sem o correlato arquivamento do inquérito policial.

As manifestações do órgão ministerial devem ser expressas.

Daí que se for a hipótese do § 4º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, amparada por elementos suficientes de que o colaborador não é líder da organização criminosa e de que foi o primeiro a prestar a colaboração, deve o Ministério Público:

(1) promover o arquivamento do inquérito policial, na forma do art. 28, *caput*²², do CPP, submetendo-o ao órgão revisional do próprio *Parquet* ou, diante da suspensão cautelar daquele dispositivo modificado pela Lei nº 13.964/2019, que ele requeira o arquivamento do inquérito policial ao juiz, na forma do art. 28, do Código;

(2) firmar termo de colaboração premiada com o delator, respeitando as regras dispostas na legislação e, sobretudo, a Constituição, submetendo-o à homologação judicial.

De todo modo, reiteramos que temos sérias reservas às formas de colaboração premiada e de outras técnicas especiais de investigação que impliquem suspensão pactuada de garantias constitucionais. Não é impossível que a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal do § 4º, do art. 4º, da Lei de Controle do Crime Organizado, finde por ser similar a uma chantagem.

Explicamos.

O colaborador estará, não raramente, em posição de fragilidade e de pressão. A deflagração de providências investigativas é sempre devastadora. Nesse momento, a pessoa que se vê sob ameaça de ser processada ou presa tende a arrefecer suas defesas, com o objetivo de lograr obter uma redução dos danos causados pela persecução penal.

Esse ponto de vista também pode ser apontado no primeiro acordo de não persecução gizado no art. 28-A, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019. Este não se confunde com qualquer forma de colaboração premiada. É mais similar à transação penal, dos juizados especiais criminais. Justamente por isso, encontramos nossa primeira objeção: o art. 98, da Constituição, permitiu transação penal restritamente aos crimes de

22 Dispositivo com eficácia suspensa, nos termos de decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal (STF – ADI 6298/DF – Medida Cautelar – Rel. Min. Luiz Fux – 22 jan. 2020).

menor potencial ofensivo, enquanto o art. 28-A tem o condão de estender o instituto para muitas outras infrações penais.

A ampliação do leque de delitos passíveis do referido acordo significa facilitação de aplicação de penas restritivas de direito, ou seja, maximiza a possibilidade punitiva. Se assim o é, ele extravasa os limites do art. 98, da CF, que apenas permitiu tal alcance às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Como avivamos, este instituto não tem natureza de colaboração premiada. Não há compromisso de produção de prova. Ao revés, ele permite aplicação de pena, com reconhecimento de culpa e dispensa da produção de prova. Em poucas palavras, com o acordo de colaboração premiada do art. 28-A, do CPP, estamos desistindo da verdade, da apuração dos fatos e da prova. A pragmática e a habilidade em negociar serão os vetores da atuação dos sujeitos envolvidos.

De compasso com o seu *caput*, quando não for o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

(1) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

(2) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

(3) 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;

(4) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do 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; ou

(5) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal

imputada.

Como se depreende, cuida-se de aplicação imediata de pena restritiva de direitos, em momento anterior ao oferecimento da denúncia e sem qualquer compromisso de colaborar, com a revelação de coautoria delituosa. Somente se assemelha ao acordo de não persecução penal do § 4º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, na possibilidade de deixar de oferecer denúncia.

Este é espécie de colaboração premiada, enquanto o previsto no art. 28-A, do CPP, é espécie do gênero transação penal. Na colaboração premiada, teremos compromisso de produção de prova, enquanto na transação penal dispensamos qualquer tipo de produção de prova. Reputamos, tanto como o outro, institutos de baixo valor probatório e incompatíveis com o sistema de garantias constitucional.

Não desconhecemos os respeitáveis entendimentos em sentido contrário, a exemplo de Rogério Sanches que compreende como constitucional o acordo de não persecução penal do art. 28-A, do CPP. Quanto à crítica que foi feita por representar ofensa ao princípio da obrigatoriedade, argumentou que “a obrigatoriedade deve ser revisitada, não podendo ser encarada como uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentaram o princípio da legalidade”. E arrematou que “a ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder”²³.

Pedindo *venia* ao renomado jurista, temos que a obrigatoriedade permite, realmente, uma multiplicidade de possibilidades de atuação do Ministério Público. Entrementes, todas devem estar regradas, detalhadamente, por lei e esta, por seu turno, deve estar de acordo com a Constituição. Da forma como versado, o acordo de não persecução penal agiganta o Ministério Público.

Decerto, o *Parquet* poderá se tornar um órgão com maiores poderes que qualquer outro, eis que assume funções jurisdicionais, quando percebemos que estará definindo a aplicação de penas. O exercício do *jus puniendi* é função do

23 CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*: Lei n. 13.964/2019 – comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020. p.127.

Judiciário (Estado-juiz). O exercício da persecução penal em juízo, mediante legitimação autônoma para a condução do processo é atribuição do Ministério Público (Estado-acusador). Ambos devem integrar, com respeito à divisão de funções e ao devido processo legal, a estrutura acusatória do processo penal²⁴.

7 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, é possível firmar uma tese (forte), relativamente à tese (fraca), descrita como hipóteses no início do texto.

(a) A prova obtida por meio de colaboração premiada não se acomoda minimamente ao conceito de prova, seja em sentido estrito, seja em sentido completo. Daí decorre a ilação de que ela não tem valor pleno. O baixo valor da colaboração premiada não permite a adoção de providências drásticas contra o delatado.

(b) Há grave incompatibilidade entre a prova tomada por intermédio de colaboração premiada e o sistema constitucional de garantias, diante da suspensão ajustada de direitos indisponíveis que envolvem a liberdade do ser humano.

(c) Os padrões que constituem os limites ao exame de prova e ao julgamento criminal não preconizam a condenação como regra ou como busca incessante, mas – diferentemente – são escudos que exigem demonstração de nexos – juízo – de certeza entre os elementos estruturantes, os semânticos e os axiológicos, não apenas subjetiva, mas – sobretudo – objetivamente. São *standards* fundantes da atividade do julgador e da contenção do arbítrio de poder (contingência).

(d) A colaboração premiada não passa pelo escrutínio de correção científica (lógica, correta) e de compatibilidade com a verdade capitulada constitucionalmente, vale dizer, pelos parâmetros de admissibilidade (iniciativa), relevância (proporcionalidade), confiabilidade (fiabilidade) e confronto (contraditório e ampla defesa), para permitir a construção de argumentos que constituam afirmações de justificação por provas.

24 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p.1027.

(e) O acordo de não persecução penal do art. 28-A, do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019, é espécie de transação penal que não se confunde com o seu homônimo do § 4º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013. Isso porque a previsão de poder o Ministério Público deixar de oferecer denúncia é uma derivação da colaboração premiada gizada no seu *caput*, aplicável exclusivamente aos casos que envolvam organização criminosa. Ambos, segundo pensamos, são inconstitucionais. O primeiro por extravasar o permissivo do art. 98, da Constituição, restrito que é aos crimes de menor potencial ofensivo. O segundo porque implica suspensão pactuada de garantias, incompatível com a natureza indisponível daqueles direitos.

8 REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*: Lei n. 13.964/2019 – comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária*: fundamentos para uma teoria da nulidade. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais. *Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes*, 15 abr. 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução: Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro (UERJ), a.8, n.14, p.7-26, jul.-dez. 2014.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal*: estudos, pareceres e crônicas. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; ALENCAR; Rosmar Rodrigues. No processo penal, a instrumentalidade é do direito material. *Conjur*, 23 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/nulidade-prejuizo-processo-penal-instrumentalidade-direito-material>>. Acesso em: 20 out. 2019.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 15.ed. Salvador: Juspodivm, 2020.



CECADEP

CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL