

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 57 - Janeiro-Março/2021

Pacote Anticrime e temas atuais de Processo Penal



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021



Diretor

Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez

Vice-Diretor

Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho

Conselho Consultivo e de Programas

Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho

Desembargador Dácio Tadeu Viviani Nicolau

Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia

Desembargador Luciana Almeida Prado Bresciani

Desembargador Moacir Andrade Peres

Desembargador Renato Rangel Desinano

Juiz Carlos Bortoletto Schmitt Corrêa

Coordenadores da edição

Desembargador Hermann Herschander

Juiz Gláucio Roberto Brittes de Araújo

Cadernos Jurídicos

Pacote Anticrime e temas atuais de Processo Penal

ISSN 1806-5449

Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 1-296, Janeiro-Março/2021

Bimestral

2000, v. 1 (1 - 2)
2001, v. 2 (3 - 4 - 5 - 6)
2002, v. 3 (7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12)
2003, v. 4 (13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18)
2004, v. 5 (19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24)
2005, v. 6 (25)
2006, v. 7 (26 - 27 - 28)
2007, v. 8 (29 - 30)
2008, v. 9 (31)
2009, v. 10 (32)
2011, v. 11 (33)
2012, v. 12 (34 - 35)
2013, v. 13 (36 - 37)
2014, v. 14 (38)
2015, v. 15 (39 - 40 - 41)
2016, v. 16 (42 - 43 - 44 - 45)
2017, v. 17 (46)
2019, v. 18 (47 - 48 - 49 - 50 - 51 - 52)
2020, v. 19 (53 - 54 - 55 - 56)
2021, v. 20 (57)

Direito
Jurisprudência

CDU 34(05)

CDU 35(05)

ISSN 1806-5449



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º ao 4º andar
CEP 01301-100 / São Paulo - SP
Fones: (11) 3256-6781 / 3257-0356
www.epm.tjsp.jus.br
imprensaepm@tjsp.jus.br

S

U

M

Á

R

I

O

1. A contagem de prazos para o benefício da progressão de regime na execução penal e a jurisprudência dos tribunais superiores
Adair de Andrade Cintra..... 9
2. Contributo analítico acerca do suposto aperfeiçoamento da legislação criminal em razão da Lei 13.964/2019
Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho e Fábio Henrique Falcone Garcia..... 21
3. Anotações sobre a atuação judicial ex officio na prisão cautelar em face da Lei 13.964/2019
Aristóteles de Alencar Sampaio 45
4. O habeas corpus no Projeto do Código de Processo Penal - PLS 156/09
Brenno Gimenes Cesca e Gregório E. R. Selingardi Guardia..... 71
5. O Pacote Anticrime e a Lei Maria da Penha: reflexos das reformas procedimentais e na esfera de liberdade dos envolvidos
Elaine Cristina Monteiro Cavalcante 107
6. Os institutos da colaboração premiada e da captação ambiental e as novidades do Pacote Anticrime
Everton Luiz Zanella 121
7. As medidas assecuratórias no Pacote Anticrime
Gilberto Azevedo de Moraes Costa 145
8. Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal
Gláucio Roberto Brittes de Araújo..... 161
9. Pontos controvertidos do Pacote Anticrime
Lauro Mens de Mello, Thiago Elias Massad e Rodrigo Francisconi Costa Pardal 179
10. Cadeia de custódia da prova penal
Levy Emanuel Magno e Mylene Comploier..... 195
11. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19
Marcos Zilli 221
12. Racionalidade legislativa e tráfico de drogas
Thiago Baldani Gomes De Filippo 241
13. Abuso de Autoridade: uma lei de dupla proteção – o exemplo do crime de violação de prerrogativas
Ulisses Augusto Pascolati Junior 273
14. A constitucionalidade da execução provisória de pena no Tribunal do Júri
Wendell Lopes Barbosa de Souza 283

Apresentação

Agradecemos aos brilhantes profissionais que nessa edição prestaram contribuições inestimáveis para fomentar reflexões sobre alguns dos problemas e inovações em curso mais relevantes na seara processual penal, sobretudo aqueles atinentes ao Pacote Anticrime.

Reafirmamos ademais o objetivo de intensificar o aproveitamento desse precioso espaço pelos magistrados bandeirantes para intercâmbio de ideias, experiências e sugestões, que certamente muito enriquecerão a administração da Justiça.

Glauco R. Brittes Araujo

Coordenador adjunto de Processo Penal da EPM

A contagem de prazos para o benefício da progressão de regime na execução penal e a jurisprudência dos tribunais superiores

*Adjair de Andrade Cintra*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Apresentação

O presente trabalho tem por objetivo analisar a evolução da progressão de regime no sistema penal brasileiro, em relação à forma da contagem de prazos para a obtenção de benefícios de progressão de regime, do fechado para o semiaberto e do semiaberto para o aberto, tomando-se por base a Lei das Execuções Penais e suas alterações, bem como a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores em relação a tal matéria.

2. A progressão de regime

O Código Penal (com a redação da nova parte geral decorrente da Lei 7.209/1984) estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade de maneira escalonada em regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto) em razão da quantidade de pena e gravidade do crime praticado, e a Lei das Execuções Penais (Lei 7.210/1984) estabelece que essa pena privativa de liberdade aplicada será cumprida de forma progressiva entre tais regimes, com a possibilidade do sentenciado passar do regime mais gravoso para o menos gravoso, com eventual regressão de regime, como forma de sanção pelo descumprimento de alguma regra do regime em que se encontra.

Apesar do regime progressivo não ser uma inovação de tais diplomas legislativos, uma vez que a redação original do Código Penal de 1940 já trazia a possibilidade de transferência para colônia penal ou estabelecimento similar após cumpridas determinadas frações da pena², e a Lei 6.416/1977 já havia introduzido no mesmo código os regimes fechado, semiaberto e aberto a forma de progressão de regime³, as Leis 7.209/1984

¹ Titular da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Guarulhos. Mestre e Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Professor universitário.

² Art. 30 [...]

§ 2º O recluso de bom procedimento pode ser transferido para colônia penal ou estabelecimento similar:

I – se já cumpriu metade da pena, quando esta não é superior a três anos;

II – se já cumpriu um terço da pena, quando esta é superior a três anos.

³ Art. 30. § 2º O trabalho externo é compatível com os regimes fechado, semi-aberto e aberto, desde que tomadas as cautelas próprias, contra a fuga e em favor da disciplina; os condenados que cumprem pena em regime fechado somente se dedicarão a trabalho externo em serviços ou obras públicas, sob vigilância do pessoal penitenciário.

§ 5º O condenado não perigoso, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime semi-aberto, desde o início, ou, se ultrapassar, após ter cumprido um terço dela em regime fechado.

I – Se a pena não for superior a quatro anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime aberto, deste o início, ou,

a) se for superior a quatro até oito, após ter cumprido um terço em outro regime;

b) se for superior a oito, após ter cumprido dois quintos em outro regime.

II – Observados os termos do caput deste artigo e os deste parágrafo, e guardada a separação dos presos provisórios, a pena poderá ser cumprida em prisão da comarca da condenação ou da residência do condenado.

e 7.210/1984, elaboradas simultaneamente, deveriam apresentar um sistema coeso entre aplicação e execução da pena, em especial no que tange aos benefícios desta última, mormente tendo em vista que tais diplomas legais foram produzidos num momento de redemocratização e revalorização do indivíduo e de suas liberdades.

Entretanto, se por um lado o sistema de aplicação da pena foi amplamente desenvolvido, o mesmo não se pode dizer sobre as regras da execução da pena. Ainda que vários benefícios tenham sido estabelecidos, o legislador não conseguiu antever diversas regras necessárias para a aplicação de tais benefícios ante os inúmeros incidentes que podem ocorrer no curso do cumprimento de uma pena privativa de liberdade, em especial as penas longas. Vejamos.

O Código Penal, com a redação da Lei de 1984, estabelece a forma de aplicação do regime inicial de cumprimento de pena e determina que esta pena será cumprida de forma progressiva, segundo o mérito do condenado:

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.

§ 1º – Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;*
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;*
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.*

§ 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.*

§ 3º – A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 6º Deverão ser regulamentadas por lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente, as seguintes concessões a serem outorgadas pelo juiz, a requerimento do interessado, seu cônjuge ou ascendente, ou na falta desses, de descendente, ou irmão, ou por iniciativa de órgão para isso competente, ou, ainda, quanto às três primeiras, também de ofício:

I – cada um dos três regimes, bem como a transferência e o retorno de um para outro;

II – prisão-albergue, espécie do regime aberto;

[...]

VII – licenças periódicas, combinadas ou não com as concessões dos incisos IV e V deste parágrafo, para visitar a família e ir à sua igreja, bem como licença para participar de atividades que concorram para a emenda e reintegração no convívio social, aos condenados que estão em regime aberto e, com menos amplitude, aos que estão em regime semi-aberto.

A forma de progressão de regime, por sua vez, veio especificada na Lei das Execuções Penais, em seu texto original:

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 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

A progressão de regime, desta forma, estava condicionada ao preenchimento de requisitos objetivo, o cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior, e subjetivo, o mérito a indicar a progressão, analisada especialmente através de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, a ser elaborado por um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social (art. 7º da LEP).

O legislador de 1984 trabalhou visualizando um mundo ideal. Não há dúvida que este modelo, onde o sentenciado seria submetido a uma avaliação inicial (art. 8º da LEP) e outra no momento da obtenção do requisito objetivo para a progressão, não se excluindo eventuais avaliações intermediárias, seria o ideal para avaliar o mérito do sentenciado e sua evolução no caminho da ressocialização.

Todavia, não contou o legislador com as agruras do mundo real. O imprevisto crescimento exponencial da população carcerária, crescimento este não acompanhado pelo aumento no número de unidades prisionais, tampouco no número de profissionais para a elaboração de parecer e de exame criminológico, gerou uma distorção na ideia original.

O exame criminológico inicial deixou de existir, sendo substituído por uma classificação com base em dados meramente objetivos (tipo penal e existência de reincidência), às vezes acompanhado de entrevista com a direção de segurança da unidade prisional, para fins de organização penitenciária, sem a coleta de dados para embasar decisões judiciais.

Situação ainda pior se deu com o exame criminológico para a progressão de regime. Sendo a elaboração de tal exame considerado na jurisprudência um pré-requisito para a progressão de regime, e sendo o número de profissionais necessários para sua elaboração absolutamente incompatível com o imenso número de pessoas cumprindo pena encarceradas, criou-se um gargalo no sistema.

Cumprida a fração de pena necessária para a progressão de regime, o exame criminológico era requisitado pelo juízo ou solicitado pela própria parte (neste caso como forma de acelerar o procedimento). Porém, a elaboração de tal exame levava muitos meses. Em muitos casos, como em um roubo com uma pena de 5 anos e 4 meses, a espera pelo exame criminológico superava o próprio requisito objetivo. Ou seja, o sentenciado cumpria 1/6 da pena para obter o requisito objetivo para a progressão de regime, e depois aguardava por mais cerca de 1/6 da pena para a elaboração do exame criminológico.

E isto leva a um efeito “bola de neve”. A superlotação das unidades prisionais leva à demora na elaboração do exame criminológico, e a demora na elaboração do exame criminológico leva à permanência do sentenciado na unidade prisional por mais tempo, o que aumenta ainda mais a sua superlotação.

Em razão disto, entendeu por bem o legislador mudar a redação do artigo 112 da Lei das Execuções Penais, através da Lei 10.792/2003, excluindo a necessidade do parecer e do exame criminológico, restringindo o requisito subjetivo ao bom comportamento carcerário:

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 um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Trata-se de uma opção de política criminal em detrimento a uma análise criminológica do sentenciado. O Estado não foi capaz de colocar em prática o sistema ideal criado pelo legislador de 1984, e sua aplicação distorcida causava mais danos que benefícios.

Com a nova redação, passou-se a entender que o exame criminológico não havia sido proibido pelo ordenamento, mas havia deixado de ser obrigatório, podendo ser determinado pelo juízo de maneira motivada, entendimento este consolidado pela Súmula Vinculante 26 do Supremo Tribunal Federal⁴:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Não sendo o exame criminológico um pré-requisito e devendo ser requisitado apenas para os casos mais graves, de maneira fundamentada, esperava-se que, mesmo com a superlotação e a insuficiência de profissionais, o gargalo fosse eliminado, agilizando-se a análise de pedidos de progressão de regime.

Apesar da própria Lei das Execuções Penais prever diversas situações que podem ocorrer no curso do cumprimento da pena, como unificação pelo surgimento de novas penas, por crimes cometidos antes ou após o início da execução, fugas ou outras faltas, por exemplo, não previu o legislador como tais ocorrências influenciariam a aplicação do benefício da progressão de regime, da mesma forma que não havia previsto a demora na análise judicial dos pedidos de progressão de regime devido à superlotação das unidades prisionais.

A única regra para a progressão de regime continuou a ser o cumprimento de uma fração da pena e a ostentação de bom comportamento carcerário. Mas e se houve o cometimento de um crime ou uma falta administrativa no curso do cumprimento da pena? E se o sentenciado já havia progredido de regime, porém foi regredido de volta ao regime anterior?

⁴ Esta súmula decorre do julgamento da inconstitucionalidade art. 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), que proibia a progressão de regime para os crimes lá elencados e o posterior estabelecimento de frações mais elevadas (2/5 e 3/5) para a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados, pela Lei 11.464/2007. Tais legislação não serão objeto de análise deste trabalho pois, apesar de apresentar frações diversas, não trazem mudanças ou maiores detalhamentos na forma de aplicação destas frações para a análise da progressão de regime.

E a forma de contagem da fração de pena para a progressão ante a ocorrência de uma falta de natureza grave não foi a única lacuna deixada pelo legislador. Como são três os regimes de cumprimento de pena, poderá o sentenciado que iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado (ou que tenha regredido a este) progredir de regime duas vezes, do regime fechado para o semiaberto e, num segundo momento, do semiaberto para o aberto. Em razão disto, surge um segundo questionamento: após a primeira progressão de regime, como se conta a nova fração para a segunda progressão de regime?

Uma vez que a legislação não soluciona tais problemas, coube à doutrina e, especialmente, à jurisprudência responder tais questões.

2.1. A jurisprudência dos tribunais superiores em relação a falta grave e à Lei 13.964/2019

Uma relevante questão no que concerne à progressão de regime, que levava à divergência nas decisões e que coube às cortes superiores unificarem um entendimento, são os efeitos da falta grave para a progressão de regime.

A falta de natureza grave, definida nos art. 50 a 52 da Lei das Execuções Penais, que venha a ser homologada em juízo leva a um mau comportamento carcerário, atingindo assim o requisito subjetivo para a progressão de regime. Como este mau comportamento carcerário não pode permanecer eternamente gravado no sentenciado, coube à legislação local determinar o prazo de duração de tal anotação no prontuário do sentenciado. Em São Paulo, o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do estado de São Paulo determina que, o comportamento do sentenciado será reabilitado no prazo de um ano, no caso de prática de falta grave, seis meses para falta média e três meses para faltas leves⁵.

Decorrido o prazo de duração da anotação de mau comportamento carcerário sem que o sentenciado tenha praticado nova conduta definida como falta pelo ordenamento, deve o diretor da unidade prisional atestar que o sentenciado apresenta “bom” comportamento carcerário. Sua conduta estaria reabilitada, e o sentenciado novamente preencheria o requisito subjetivo para a progressão de regime.

Todavia, caso as consequências da falta grave atingissem somente o requisito subjetivo e em nada influenciassem o requisito objetivo para a progressão de regime, isto poderia ocasionar injustiças. Vejamos o seguinte exemplo.

Tício e Mévio são condenados ambos a uma pena de 30 anos. Porém Tício é condenado a uma pena de 30 anos de reclusão, sendo o seu regime inicial de cumprimento de pena o fechado. Já Mévio é condenado a 30 anos de detenção, sendo-lhe então aplicado o regime semiaberto para o início do cumprimento de sua pena⁶. Ambos, após cumprirem quatro anos de sua pena, ou seja, antes de obterem o requisito objetivo para a progressão de regime, praticam falta de natureza grave.

Como uma das consequências da prática da falta grave previstas na Lei das Execuções Penais é a regressão de regime⁷, Mévio, que iniciou o cumprimento de sua pena em regime

⁵ Art. 89 da Resolução SAP 144/2010.

⁶ Código Penal, 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.

⁷ Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.

semiaberto, é regredido para o regime fechado. Tício, entretanto, começou a cumprir sua pena em regime fechado, não havendo a hipótese de regressão de regime.

Caso se entenda que a falta grave influencie apenas o requisito subjetivo, decorrido um ano (pela norma do estado de São Paulo), Tício tem sua conduta reabilitada, preenchendo requisito subjetivo, e também preencheria o requisito objetivo, cumprimento de 1/6 da sua pena (5 anos), quatro anos de pena antes da falta e mais um ano após tal falta. Ou seja, imediatamente após a reabilitação.

Mévio, por sua vez, não teria o mesmo tratamento. Isto porque o artigo 112 da LEP⁸ determinava que o requisito objetivo estaria presente se o sentenciado tivesse cumprido “ao menos um sexto da pena no regime anterior”. Se o sentenciado pretende progredir do regime fechado para o semiaberto, deveria cumprir ao menos 1/6 da pena no regime fechado, *anterior* ao pretendido.

Neste exemplo, Mévio não teria cumprido 1/6 da pena no regime anterior. Dos cinco anos cumpridos, apenas um foi no regime anterior (fechado). Os quatro anos já cumpridos antes da falta teriam sido no regime semiaberto, não sendo preenchendo o requisito legal.

Desta forma, duas situações muito similares vão levar a resultados diversos. Com um agravante: o indivíduo que teve uma pena mais leve, por ter praticado um crime menos grave, demoraria mais a progredir de regime em relação àquele que teve uma pena mais grave. O mesmo ocorreria em relação ao sentenciado que já havia progredido de regime de regime e depois praticou uma falta grave e regrediu.

Ou seja, a regressão levaria à interrupção da contagem do lapso para a obtenção do requisito objetivo para a progressão de regime.

Aqui se encontra o problema. A regressão de regime não é a origem do fato, apenas a sanção decorrente da falta grave. A falta grave, essa sim, é o fato ocorrido no curso do cumprimento da pena que ocasiona a regressão de regime. Assim, é a falta grave que leva à interrupção da contagem do lapso para a obtenção do requisito objetivo para a progressão de regime.

E se é a falta grave que interrompe a contagem do lapso para a progressão de regime, independe a existência ou não da sanção regressão de regime.

Assim consolidou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁹, sendo ainda sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 534 – A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.

Por fim, tal entendimento foi incluído no texto da nova redação do art. 112 da Lei das Execuções Penais pela Lei 13.964/2019, junto de um novo conjunto de frações para a progressão de regime:

⁸ Neste momento, ainda sem a redação dada pela Lei 13.964/2019, que é posterior ao entendimento jurisprudencial e segue fielmente tal entendimento, como veremos adiante.

⁹ P. ex., “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. CONTAGEM DO REQUISITO OBJETIVO PARA PROGRESSÃO DE REGIME. JURISPRUDÊNCIA DO STF. I – O cometimento de falta grave pelo detento tem como consequência o reinício da contagem do lapso temporal de 1/6 da pena para a concessão de progressão de regime prisional. II – Habeas corpus denegado. (HC 88928/RJ; Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski)”.

Art. 112 [...]

§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.

Desta forma, com a inclusão no texto legal do entendimento já consolidado da jurisprudência dos tribunais superiores, no sentido da falta grave interromper o prazo para a contagem do requisito objetivo para a progressão de regime, elimina-se o argumento contrário a este posicionamento de que a ausência de previsão legal impediria a aplicação desta causa interruptiva.

2.2. A natureza jurídica da progressão ao regime semiaberto e a progressão ao aberto

Superada a questão das consequências da falta grave na progressão de regime, a outra questão a ser tratada aqui refere-se à contagem de prazo para uma segunda progressão, do regime semiaberto para o regime aberto, já tendo havido uma primeira progressão do regime fechado ao semiaberto.

Como visto acima, o artigo 112 da Lei das Execuções Penais, em sua redação original de 1984 e a modificada em 2003, determinavam que o sentenciado deveria cumprir, para progredir de regime, ao menos 1/6 de sua pena “no regime anterior”.

Em razão de tal redação, durante anos o entendimento jurisprudencial foi no sentido de que, apenas após o ingresso do sentenciado no regime semiaberto, se iniciaria o prazo para contagem do requisito objetivo para o regime aberto. Este entendimento chegou a ser sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: Súmula 491 – “É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional”.

Ainda que já tivesse cumprido os lapsos necessários para a progressão ao regime aberto, o sentenciado não poderia saltar do regime fechado diretamente para este. Deveria cumprir o lapso necessário no regime intermediário.

Este, por sinal, era o objetivo da legislação. O sentenciado cumpria o lapso determinado em lei no regime inicial fechado¹⁰, demonstraria mérito no período, progredindo ao semiaberto. Iniciando o cumprimento de sua pena no regime intermediário, cumpriria novamente o lapso determinado em lei, devendo demonstrar seu mérito agora neste novo regime, para então progredir ao regime aberto. O sentenciado deveria demonstrar, em cada fase do cumprimento de sua pena, em cada regime, sua capacidade de retorno gradual ao convívio social.

Este mérito seria demonstrado não apenas por seu comportamento, mas por um acompanhamento pelos técnicos da unidade, que inclusive elaborariam um exame criminológico quando de sua progressão de regime.

Como visto acima, o mundo ideal imaginado pelo legislador de 1984 não se reproduziu no mundo real. Este acompanhamento era praticamente inexistente, e a necessidade do exame criminológico atrasava em muito a análise das progressões de regime.

¹⁰ Os casos de início do cumprimento de pena nos regimes semiaberto e aberto não são relevantes aqui, uma vez não possibilitarem dupla progressão, salvo havendo regressão para o fechado.

Mesmo com a retirada da obrigatoriedade do exame criminológico para a análise da progressão de regime, continuou sendo comum que o sentenciado permanecesse por tempo muito superior ao lapso necessário para que seu pedido de progressão de regime fosse analisado.

Assim como a retirada do exame criminológico foi uma decisão de política criminal do legislador para acelerar o julgamento dos pedidos de progressão de regime, para que a pena pudesse ser cumprida de forma progressiva, fundamento da própria legislação de execução penal, mudou-se o entendimento da natureza da sentença que concede a progressão de regime, com base nos mesmos fundamentos de política criminal.

Até então, a sentença que determinava a progressão de regime era considerada uma decisão de natureza constitutiva. O sentenciado demonstrava ter cumprido o lapso necessário de sua pena e, entendendo-se existir mérito por sua parte, com ou sem um exame criminológico, o juízo concedia a ele o benefício da progressão de regime.

A partir deste momento, após a conquista do regime semiaberto, constituindo-se o seu direito ao novo regime, iniciar-se-ia a contagem do lapso para nova progressão, onde o sentenciado deveria demonstrar seu mérito, sua capacidade de cumprir uma pena com menos fiscalização e mais responsabilidade e contato com a sociedade.

Se a análise minuciosa do mérito do sentenciado em cada fase do cumprimento de sua pena, com o fim de demonstrar sua evolução no sentido da ressocialização, fazia parte do ideal do legislador, a demora judicial na análise dos pedidos de progressão não estava de acordo com o espírito da legislação.

Ao remover a obrigatoriedade do exame criminológico, restringindo o requisito subjetivo ao bom comportamento carcerário, deu preferência o legislador à celeridade em relação a uma análise mais aprofundada do mérito do sentenciado. Ou seja, passou a ser um objetivo do sistema que os pedidos de progressão de regime fossem decididos de maneira célere, de preferência tão logo preenchido o requisito objetivo.

Ainda assim, não foi o que aconteceu. Pedidos de progressão de regime continuaram sendo decididos, em muitos casos, meses e até mesmo anos após o preenchimento do requisito objetivo. Demora esta ocasionada em regra pelo Estado, seja pelo judiciário¹¹ ou pelo executivo¹².

Em razão da demora ocasionada pelo próprio Estado e para que tal demora não ocasionada pelo sentenciado não lhe fosse duplamente prejudicial, passou o Supremo Tribunal Federal a considerar que a sentença de progressão de regime tem caráter declaratório.

Habeas Corpus. 2. Execução Penal. Progressão de regime. Data-base. 3. Nos termos da jurisprudência do STF, obsta o conhecimento do habeas corpus a falta de exaurimento da jurisdição decorrente de ato coator consubstanciado em decisão monocrática proferida pelo relator e não desafiada por agravo regimental. Todavia, em casos de manifesto constrangimento ilegal, tal óbice deve ser superado. 4. Na execução da pena, o marco para a progressão de regime

¹¹ Demora no andamento processual e excesso de pedido de exame criminológico quando não mais se tratava de requisito obrigatório, por exemplo.

¹² Sucessivas transferências dos presos, o que causa um deslocamento de competência para análise dos pedidos, e atraso prolongado em julgamento de faltas imputadas aos presos, o que impossibilita a análise do requisito subjetivo, por exemplo.

será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior. 5. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. 6. Deve ser aplicada a mesma lógica utilizada para a regressão de regime em faltas graves (art. 118, LEP), em que a data-base é a da prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a falta. 7. Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida. (HC 115.254/SP; Relator(a): Min. GILMAR MENDES)

Reconhecendo-se caráter declaratório à decisão que defere a progressão ao regime semiaberto, acelera-se a obtenção de novo lapso, antecipando a progressão do regime ao regime aberto. Em caso de prolongada demora, possibilitaria a progressão ao regime semiaberto e, imediatamente, a progressão ao regime aberto, restando superada a Súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça.

Já era entendimento tanto do Superior Tribunal de Justiça¹³ quanto do Supremo Tribunal Federal¹⁴ que a decisão concessiva de indulto e comutação de penas tinha caráter declaratório.

Como bem decidiu o pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5874, o indulto (e a comutação de penas, tradicionalmente no nosso ordenamento, um indulto parcial) é um ato privativo do presidente da República, poder a ele concedido pela constituição da República e só por ela limitado: impossibilidade de concessão aos condenados por crime hediondo e equiparados.

Trata-se de uma ferramenta de política criminal à disposição da presidência da República, que pode ser utilizada pelo motivo que achar devido, como moral (piedade), econômico (necessidade de mão de obra barata no mercado), administrativo (reduzir superlotação dos presídios), ou qualquer outro que lhe convenha.

Desta forma, os requisitos são escolhidos apenas pelo presidente da República, sendo concedido no momento que ele entender adequado, podendo inclusive não ser concedido, como ocorreu recentemente.

Publicado o decreto presidencial concessivo do indulto e da comutação de pena, cabe ao juiz analisar se o sentenciado preenche ou não os requisitos indicados no decreto presidencial. Preenchidos os requisitos, o juiz reconhece que o sentenciado faz jus ao benefício já concedido pelo presidente da República, aplicando-lhe os seus efeitos. Não preenchido algum dos requisitos, aquele decreto não lhe é aplicável, só podendo o sentenciado pedir novo indulto/comutação de penas com base em eventual novo decreto presidencial.

O indulto e a comutação de pena são estáticos no tempo. O sentenciado deve preencher os requisitos na data indicada no decreto presidencial. Se o sentenciado preenche os requisitos, o juiz declara que ele tem direito ao benefício. Se não preenche os requisitos, o juiz declara que ele não tem direito ao benefício. E não terá futuramente em relação ao mesmo decreto presidencial. Não tem como o sentenciado galgar os requisitos para constituir o direito a tais benefícios em um segundo momento.

¹³ HC 486272/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma; AgRg no HC 436841/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma.

¹⁴ HC 114.664, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma.

Aí reside uma diferença crucial entre indulto/comutação e progressão de regime. O direito à progressão de regime não é estático no tempo. Ainda que o sentenciado não preencha algum dos requisitos em um determinado momento, pode galgar o que lhe falta, conquistando o direito à progressão de regime.

Mas o fato do direito à progressão de regime não ser estático no tempo, por si só, não é fator impeditivo de se entender que a natureza da decisão que concede tal benefício seja declaratória. Neste sentido, o juiz declararia que o sentenciado tem direito à progressão no momento em que este preencher os requisitos para o benefício.

O problema está exatamente em identificar *em qual momento* o sentenciado preenche os requisitos para o benefício cujo direito está sendo declarado pelo juiz. Isto porque a essência da mudança do entendimento da natureza de tal decisão de constitutivo para declaratório é alterar a data do início da contagem de prazo para novo benefício. Assim, é fundamental a declaração não só do direito em si, mas da data em que o sentenciado obteve tal direito.

No caso do indulto/comutação, os requisitos devem estar preenchidos na data indicada no decreto presidencial, sendo irrelevante que eles já estivessem preenchidos em data anterior. A progressão de regime não tem esta data indicativa.

Tampouco a comparação com a falta grave traçada pela citada jurisprudência serve de paralelo. Sendo a falta grave uma infração penal, tem ela um momento de sua ocorrência: a data da ação ou omissão, tal qual o tempo do crime, definido no art. 4º do Código Penal.

Para a progressão de regime, faz-se necessário o cumprimento de dois requisitos, o objetivo e o subjetivo. E apenas no primeiro existe o elemento temporal: a data em que o sentenciado cumpre a fração de pena prevista em lei para a progressão de regime.

Neste sentido, poder-se-ia adotar a data decorrente do lapso previsto em lei como sendo o momento em que o sentenciado preenche ambos os requisitos. Esta é a ideia fundamental a embasar a citada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que muito acertadamente busca a celeridade no sistema progressivo no cumprimento de pena, celeridade esta já almejada pelo legislador que alterou a redação da Lei das Execuções Penais em 2003.

Todavia, este parâmetro só é adequado se o sentenciado efetivamente preencher o requisito subjetivo no momento em que completa o lapso para obtenção do requisito objetivo. Se na data em que atingiu a fração da pena determinada na lei o sentenciado não preencher o requisito subjetivo, o juiz declarará, se instado, que o sentenciado não tem direito à progressão de regime.

Mas como o benefício da progressão de regime não é estático no tempo, pode o sentenciado vir a galgar o requisito subjetivo que não estava preenchido quando preencheu o requisito objetivo.

Neste caso, em que momento pode-se dizer que o sentenciado preencheu o requisito subjetivo?

Se o requisito subjetivo não foi preenchido pela ausência de bom comportamento carcerário decorrente de uma falta grave, a solução não se mostra complexa. Como a falta grave interrompe o lapso para a progressão de regime, ela atinge também o requisito objetivo, que deve ser recalculado. Com a nova data para obtenção do lapso necessário,

analisa-se novamente o requisito subjetivo, podendo-se adotar esta nova data como sendo o momento da aquisição deste requisito.

Se o requisito subjetivo não foi preenchido pela ausência de bom comportamento decorrente de uma falta de natureza média ou leve, o requisito subjetivo vai ser alcançado quando o sentenciado se vir reabilitado de tal falta, de acordo com a legislação local¹⁵.

O problema está na identificação de uma data da obtenção do requisito subjetivo quando este foi entendido como não preenchido em decorrência de um exame criminológico desfavorável.

Como visto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu na Súmula Vinculante 26 a possibilidade de se determinar a elaboração de exame criminológico para análise do mérito do sentenciado para a progressão de regime, possibilidade esta também explicitada no corpo do julgado acima¹⁶, da mesma corte.

Neste caso, indeferida a progressão de regime pela ausência de requisito subjetivo, em decorrência de exame criminológico desfavorável, pode o sentenciado voltar a solicitar o benefício. Imagina-se que será exigido novo exame criminológico, uma vez que o anterior havia sido desfavorável. Em sendo o novo exame criminológico favorável ao sentenciado, e a progressão de regime concedida, o juiz estará declarando que o sentenciado obteve o requisito subjetivo em que data?

Não poderá ser a data do requisito objetivo, pois naquele momento o requisito subjetivo foi considerado não preenchido. Como o exame desfavorável não interrompe a contagem de prazos, não há novo cálculo para a obtenção do requisito objetivo.

Se a opção nesta situação for a data da sentença de progressão de regime, estará sendo criada uma exceção à regra de que a decisão de progressão de regime tem caráter declaratório, retornando o entendimento do caráter constitutivo neste caso.

Alternativamente, para manter o caráter declaratório da decisão, resta um último parâmetro: a data do próprio exame criminológico favorável, que embasou a concessão da progressão de regime.

Apesar do exame não criar o mérito do sentenciado, apenas demonstrar por laudos técnicos um mérito já existente, este seria o primeiro momento a ser constatado que o requisito subjetivo estaria presente¹⁷. Antes de tal exame, ainda não estaria confirmado o mérito do sentenciado.

Restariam, de qualquer forma, outros pequenos problemas. Mesmo que se tome por base o exame criminológico, qual é data a ser utilizada? A data do laudo social, do laudo psicológico ou do laudo psiquiátrico? Ou seria o primeiro, ou o último, laudo elaborado?

¹⁵ Como visto acima, os prazos em São Paulo estão definidos no Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais, em seu artigo 89: seis meses para falta média e três meses para falta leve.

¹⁶ “Evidentemente a decisão do magistrado dependerá também da comprovação do bom comportamento carcerário e, em excepcionais situações, de alguma outra providência, como a elaboração do exame criminológico.

¹⁷ Não há dúvida que o exame criminológico é um elemento de prova, que deve ser valorado pelo juiz no momento da decisão, e que um mesmo exame pode ser considerado favorável ao sentenciado por um magistrado e desfavorável por outro. Esta regra processual penal, todavia, não é relevante para a discussão proposta, referente ao direito material. Caso o magistrado entenda que o exame é desfavorável, o requisito subjetivo não estará presente, inexistindo a possibilidade de progressão de regime e contagem de prazo para nova progressão. Caso o juiz entenda que o exame é favorável, tem-se que o sentenciado possui o mérito para a progressão, comprovado a partir de tal exame criminológico, e só neste caso é relevante a questão da data da obtenção do requisito subjetivo.

Em sendo tomado o exame criminológico como parâmetro para obtenção do requisito subjetivo, parece mais acertado que se tome por base a data do último ato de produção deste exame (último laudo ou eventual conclusão do exame), quando ele se torna encerrado e está apto a ser apresentado em juízo.

Todavia, a resposta final a tal questionamento, qual a data da aquisição do requisito subjetivo no caso de um prévio indeferimento de progressão de regime decorrente de um exame criminológico desfavorável, deverá ser novamente apresentada pela jurisprudência dos tribunais superiores, como o foram as demais lacunas que são percebidas na execução penal.

3. Conclusão

A execução penal como um ramo do direito é uma matéria muito recente, e na qual se encontra o maior distanciamento entre os ideais do sistema e a realidade dos fatos. Assim, não é de se espantar a necessidade frequente de atualização legislativa e, em muitos casos, da atividade do judiciário para não apenas preencher eventuais lacunas, dando uniformidade ao sistema, mas também através da renovação de seus entendimentos jurisprudenciais, como forma de realizar na prática os objetivos deste sistema, como ocorreu respectivamente com os efeitos da falta grave sobre o requisito objetivo para a progressão de regime e com a natureza jurídica da sentença de progressão de regime.

Bibliografia

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 115.254/SP. 2ª Turma, relator min. Gilmar Mendes, j. 13 dez. 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 15 dez. 2015.

Contributo analítico acerca do suposto aperfeiçoamento da legislação criminal em razão da Lei 13.964/2019

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*Fábio Henrique Falcone Garcia*²
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Legitimação, direito e racionalidade: a tensão entre garantismo e expansionismo penal; 3. A lei 13.964/2019 e o escopo de aperfeiçoamento da legislação; 3.1. Alterações de natureza penal; 3.2. Sistema acusatório e motivação da decisão judicial; 3.3. Modificações da legislação de execução penal; 3.4. Procedimento de investigação e políticas públicas; 3.5. Acordos de não persecução e colaboração premiada; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. Introdução

Este artigo procurará discutir o ambicioso escopo de aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal declarado na ementa da Lei 13.964/2019, promulgada após encaminhamento de projeto de lei intitulado, de forma igualmente ambiciosa, de *pacote anticrime* pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Essa visão prospectiva, além de descrever o objeto da legislação, como previsto no art. 5º, da Lei Complementar nº 95/1998, remete a uma condição de legitimação consequencialista, observável, aliás, em todos os ramos do direito³. A lei se apresenta como algo que vem a melhorar a legislação imperfeita existente.

Esse tipo de registro suscita, desde logo, o problema sobre a validade de inserção de juízos axiológicos em disposições legais, que deveriam, ao menos em tese, abster-se de adjetivações dispensáveis (art. 11, Lei Complementar nº 95/1998). A ideia de aperfeiçoar exprime um juízo de valor sobre a legislação. Resta analisar em que sentido se pode falar em aperfeiçoamento da legislação e como essa lei procura atender a esse elevado propósito.

No presente ensaio, a proposta de aperfeiçoamento da legislação será analisada à luz do problema da racionalidade do direito penal e processual contemporâneo. Parte-se do princípio de que a ideia de aperfeiçoamento, em termos jurídicos, reclama persecução de maior coesão sistêmica, a viabilizar incremento de segurança jurídica, identificação

¹ Doutor e mestre em Direito do Estado. Pesquisador vinculado ao CEDAU. Professor da Escola Paulista da Magistratura.

² Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo pelo departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pelo departamento de Direito Constitucional. Integrante do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da EPM.

³ GARCIA, Fábio Henrique Falcone. *As múltiplas faces do direito em Max Weber: fundamentos para uma leitura contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 360.

dos valores axiológicos preponderantes no sistema e redução dos elementos antinômicos que afetam a funcionalidade do direito penal, premido, como já é cediço, por uma tensão crescente entre expansão e garantismo⁴.

O objetivo do ensaio é observar a legislação a partir de um ponto de vista sociológico, discutindo criticamente um projeto que genericamente proclama escopo de aperfeiçoamento da legislação, sem, talvez, dar-se conta da complexidade que envolve o trabalho de sistematização da legislação em face: a) das contradições internas dos valores tutelados pela ordem jurídica; b) das demandas de legitimação e de construção da autorreferência operacional dessa mesma ordem jurídica.

Esses problemas costumam passar ao largo de análises puramente dogmáticas do direito penal, justamente porque se situam noutra plano de observação⁵.

Não se trata, pois, de proceder a uma propedêutica normativa da novel legislação, mas apontar a importância de observar o direito penal e processual penal como um objeto de pesquisa a ser trabalhado por uma ciência da realidade que quer compreender as confluências causais que integram aquilo que Weber denominaria de *legalidade própria* [*Eigengesetzlichkeit*] do direito criminal, ou seja, os elementos estruturais de um domínio específico do direito que em algum momento se diferencia dos demais ramos dessa esfera cultural e adquire uma racionalidade própria, lastreada em valores culturalmente consolidados que afetam a significação das ações, quando orientadas pelo sentido jurídico-penal preponderante.

Para tanto, o artigo será estruturado em três partes. Na primeira parte se discutirá a tensão legitimatória do direito penal contemporâneo, suas causas e consequências. Na segunda, serão examinados alguns aspectos relevantes da legislação que pretende aperfeiçoar o sistema criminal. Na terceira parte serão apresentadas as observações conclusivas.

2. Legitimação, direito e racionalidade: a tensão entre garantismo e expansionismo penal

O direito penal representa, talvez, o signo mais eloquente do Estado de Direito, por envolver emocionantes debates sobre liberdade, mas também porque representou uma mudança estrutural no papel do direito dentro da relação envolvendo poder estatal-cidadão.

Foucault, em seu clássico *Vigiar e punir*, ensina que a segunda metade do século XVIII trouxe consigo a busca pela humanização da pena. O suplício passou a significar, desde então, o excesso, a sede de vingança, o prazer de punir ou, numa palavra,

⁴ GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Transformações do Estado e revisão do garantismo penal nos 30 anos da Constituição Federal. In: LOUREIRO, Francisco Eduardo; DE PRETTO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae. (coord.). *A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 305-326.

⁵ A ideia de níveis de observação foi desenvolvida dentro da Teoria dos Sistemas, por Niklas Luhmann, inspirado nas ideias de Von Foester. Segundo Luhmann, sistemas sociais, entendidos como conjunto fechado de comunicações autorreferenciadas, abertas cognitivamente ao meio e dotadas de códigos operacionais próprios, observam a realidade em níveis distintos. A prática jurídica realiza uma observação de primeiro nível, enquanto a teoria do direito promove uma observação de segunda ordem, sobre a prática jurídica. A ideia central do conceito remete a referências que deslocam o sentido de um plano de observações parciais da realidade, em condição similar àquilo que Weber chama de *pontos de vista do investigador*. Isso significa que, operando em níveis distintos, as observações prática, teórica e sociológica veem coisas distintas. O achado de cada observação, contudo, pode ser relevante porque é ressignificada nas novas comunicações. Para uma compreensão mais aprofundada do tema, ver: CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 47-49; GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Op. cit., 2020, p. 122-126 e 296-304; LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010, 157-160.

a tirania⁶. Desde essa época, penalistas (Beccaria, Duport, Pastoret, Target) teorizaram sobre a necessidade de “suavizar” o aparato judiciário, substituindo castigos físicos por reprimendas racionalmente calculadas, limitadas e proporcionais ao agravo praticado.

De acordo com a análise microfísica de Foucault, a crítica dos reformadores fundava-se na “má economia do poder”, e não necessariamente na crueldade. Tratava-se de corrigir vícios de um modelo punitivo que refletia um sistema de poder marcado pela venalidade e pelo arbítrio do monarca, dado o seu exercício de forma ilimitada e quase privada. A reforma trouxe uma depuração do sistema de punir a partir de uma organização estratégica mais eficiente, com redução de custos econômicos e políticos⁷.

Sem discutir toda plêiade de causas destrinchadas por Foucault, do ponto de vista macrosociológico, pode-se compreender esse processo como uma demanda por legitimação sob as bases impessoais que marcam o ideário liberal político de então⁸, em um processo que acaba por estruturar, a partir da centralidade que a pena assume no debate político-criminal, um direito penal reconhecido como *ultima ratio* para tutela de interesses caros à sociedade⁹. Não por acaso, a pena se tornaria o mais tormentoso problema do direito penal, no dizer de Aníbal Bruno¹⁰, já que revela a face violenta do Estado, que, por muito tempo, procurou ocultá-la sob regimes que propugnavam a existência de uma sociedade sadia e desprovida de conflitos. Talvez isso explique a carência de estudos na área de execução penal, como observa Salvador Netto.¹¹

É possível ler Foucault e Weber de forma muito próxima¹², quando se observa a descrição das condições de reforma do sistema punitivo, como um meio de suavização que persegue legitimação para os operadores do direito e a população em geral. Foucault é explícito: a reforma do sistema penal, caracterizada por uma suavização de penas, codificação mais nítida, diminuição do arbítrio e introdução de garantias atenua o sofrimento não do criminoso, mas dos juizes e expectadores que veem, na lei penal, não mais a vingança do soberano e sim a defesa da sociedade.

A tutela da sociedade é combinada com a tutela da liberdade individual liberal, que se restringe para viabilizar, no ideário iluminista, a vida em comum, justificando-se a interferência mínima do Estado sobre os cidadãos. Se observarmos com cautela, a afirmação foucaultiana de que a reforma introduz um princípio de economia política sobre o sistema de punição, no qual a prevenção almejada é calculada a partir da mínima intervenção, tem-se a combinação perfeita entre processo legitimatório do Estado de Direito – que se caracteriza pela crença no monopólio legítimo do uso da força pelo Estado – e evolução do garantismo penal.

Em outras palavras, o ideário iluminista envolve o reconhecimento da legitimação do direito de punir sob a perspectiva de resguardo da paz social, lastreada na crença de que

⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lígia Pondé Vassalo. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 69-70.

⁷ Idem, *Op. cit.*, p. 74-75.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 180

⁹ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos CEBRAP*. n. 68, mar. 2004. p. 40-41.

¹⁰ BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 9.

¹¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 30.

¹² VEYGNE, Paul. *Foucault: seu pensamento, sua pessoa*. Tradução de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 21

a punição pode reduzir a incidência de delitos desagregadores¹³. É certo que a noção de prevenção geral em razão do medo da pena, conforme adverte Foucault, é muito antiga. Com a reforma penal iluminista, contudo, o direito penal assume, em sua essência, a demanda por proporcionalidade: justifica-se a pena mínima necessária para evitar o delito¹⁴. Essas são as bases do garantismo, que, como observa Sanchís, reclama sujeição à estrita legalidade e aos limites substanciais impostos por direitos fundamentais¹⁵. Por outro lado, dessa época se extrai a normatividade dos códigos legislativos que denotam um grau de sistematização do pensamento jurídico refinado, a ponto de favorecer o reconhecimento de uma lógica operacional autorreferente. Os Códigos representam o ideal de um sistema de normas perfeito, fechado, desprovido de antinomias e capaz de solucionar os conflitos a partir de suas próprias referências.

As condições de legitimação e funcionamento do domínio do direito penal, contudo, alteraram-se profundamente com as transformações do Estado, da política e da criminalidade contemporâneas.

Com efeito, se o século XX observou o surgimento do Estado providência, legitimado pela noção de que a política poderia ser conduzida pelo direito, ou por “constituições dirigentes”, com políticas intervencionistas, destinadas a dirigir a demanda da economia, as crises fiscais do final do século¹⁶, aliadas à expansão de uma cultura hegemônica neoliberal¹⁷, à revolução tecnológica dos meios de comunicação¹⁸, à modificação do modo de produção e ao surgimento do capitalismo financeiro transnacional, enfim, à série de transformações políticas e econômicas que acompanharam o processo de globalização econômica¹⁹, trouxeram ao século XXI um modelo de Estado competitivo, com reformas significativas em cartas de direitos e políticas de austeridade fiscal, em um ambiente de disputa à busca de investimentos e da emergência de formas criativas de produção/circulação de bens e serviços²⁰.

Essa evolução de uma sociedade de indivíduos para uma sociedade reticular sem vínculos territoriais²¹, com comunicação global em tempo real, trouxe consigo novas formas de legitimação do Estado e de associações políticas criminosas. A crise do Estado-providência e de suas promessas de melhora de condição de vida e a emergência de uma

¹³ RODRIGUEZ, Raúl Carnevali. *Derecho penal como ultima ratio*. Hacia una politica criminal racional. *Ius et praxis*. Talca, v. 14, n. 1, 2008.

¹⁴ Ainda que essa moderação tenha como escopo uma nova forma de tecnopolítica, como diz Foucault, em que a “humanidade” da pena envolve uma “racionalidade econômica”, em que “o mínimo é ordenado pela humanidade e aconselhado pela política” FOUCAULT, M. *Op. cit.*, p. 84

¹⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo e garantismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (coord.). *20 anos da Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

¹⁶ SANTOS, Ivanaldo. Da gênese à crise do Estado de bem-estar. *Cronos*, Natal, v. 5/6, n. 1/2, 2004. p. 289-308.

¹⁷ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

¹⁸ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

¹⁹ FARIA, José Eduardo. *O estado e o direito depois da crise*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁰ JESSOP, Bob. *Narrating the future of the national economy and the national state?: remarks on remapping regulation and reinventing governance*. Lancaster, UK: Department of Sociology, Lancaster University, 2003. Disponível em: <https://bitly.com/Lbn1G>. Acesso em: 9 jul. 2020.

²¹ LADEUR, Karl-Heinz. *The emergence of global administrative law and the evolution of general administrative law*. Hamburg: University of Hamburg, 2010. Disponível em: <https://bitly.com/kPqIN>. Acesso em: 9 jul. 2020.

relação sujeito-mundo desvinculada da *civitas* marcam uma *cultura-mundo*²² entremeada por um *ethos* economicista no qual a integração das distintas culturas ocorre por meio da mercantilização e do consumo, desaguando em uma forma de legitimação que pouco ou nada lembra as condições de dominação do Estado liberal. Não são mais garantias de não intervenção estatal que asseguram a legitimação do Estado, mas a oferta de segurança física e econômica, em um contexto de elevada complexidade e risco. A evolução e o volume de transações envolvendo tráfico ilícito de entorpecentes, tráfico de armas e lavagem de dinheiro permitiram que organizações criminosas de abrangência intercontinental se consolidassem como economias paralelas vultosas, influenciando no funcionamento dos sistemas político e econômico²³.

Essa oferta de segurança física e econômica se insere em um contexto cultural mais amplo, pois o Estado, procurando compensar o déficit legitimatório decorrente de sua incapacidade de ação, administra a insegurança como política de Estado, incrementando políticas de controle e vigilância a níveis perigosamente totalitários. Pasquale observa que a administração Obama, em 2010, sequer tinha elementos para indicar o tamanho exato do aparato de vigilância destinado ao combate ao terrorismo²⁴. Durante a pandemia provocada pelo novo coronavírus, diversos países passaram a desenvolver aplicativos com base no uso de localização georeferenciada de telefonia celular, com implicações sérias à intimidade de cidadãos²⁵.

A tutela do risco afeta o funcionamento do direito, suas condições operacionais e, no caso do direito penal, o âmago de princípios que nortearam a sua base liberal iluminista garantista. Hassemer, por exemplo, relata a tendência de se abandonar a ideia do Direito Penal como *ultima ratio* para se converter em *prima ratio*, verdadeiro instrumento de direcionamento do comportamento social (*Steuerung*)²⁶. Observa-se o incremento de elementos de *soft law*, combinados com uma legislação fragmentária, que procura responder casuisticamente às formas mais complexas de manifestação do ilícito penal. Agindo como instância legitimatória desse modelo de Estado-segurança, o Direito Penal passa a perseguir, em uma perspectiva consequencialista, a redução do risco, em um mundo dominado pelo medo. Daí a emergência do chamado *expansionismo penal*.

O problema é que esses vetores operam com níveis de racionalidade diversos. Enquanto os valores que integram a formação do direito penal garantista conduzem a uma racionalidade formal, autorreferente, cuja lógica gira em torno de princípios relacionados à tutela da liberdade individual, tais como a reserva legal, taxatividade, *in dubio pro reo*, mínima intervenção, a racionalidade do direito penal da modernidade

²² LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 15.

²³ CASTELLS, Manuel. Fim de milênio. In: CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução: Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 216-239.

²⁴ PASQUALE, Frank. *The black box society: the secrets algorithms that controls money and information*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2015. p. 13. Ainda nesse sentido, ver: RANCIÈRE, Jacques. O princípio da insegurança. *Caderno Mais*, São Paulo: Folha de São Paulo, edição de 21 de setembro de 2003, disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2109200303.htm>>, acesso em 9/7/2020; SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3ª edição. São Paulo: Cortez Editora, 2010, p. 333-337).

²⁵ Ver, a esse respeito, as recomendações da Information Commission's Office, uma organização não governamental de defesa de direitos civis. Disponível em <<https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2617676/ico-contact-tracing-recommendations.pdf>>, acesso em 04/05/2020.

²⁶ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, 2003, p. 148-149.

tardia é comprometida com resultados simbólicos que denotam a força do Estado e “sugerem a ilusão de uma prevenção geral em um mundo dominado pelo medo”²⁷.

Penalistas procuram harmonizar esses valores. Assim, por exemplo, Sánches procura identificar nas condições de risco envolvendo o delito a justificativa para adoção de um direito penal de “duas velocidades” ou, para situações mais graves, de até “três velocidades”²⁸; Jakobs distingue entre o direito penal do cidadão, que comete desvios, e do inimigo, que persegue como fim a destruição do ordenamento jurídico, a reclamar uma resposta estatal mais severa, com mitigação de algumas garantias²⁹.

A falta de uma harmonização entre esses valores, com sólido lastro doutrinário e legislativo, tem conduzido a demonstrações de irracionalidade operacional (ou seja, de incapacidade de se identificar qual a lógica preponderante do sistema decisório), com reflexo nas condições de legitimação do sistema de justiça criminal. Um exemplo sintomático foi a indefinição do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos subsequentes acerca da possibilidade de execução antecipada da pena, com resultados cambiantes e argumentos ora principiológicos, ora consequencialistas³⁰. Na ocasião do julgamento do HC 152.752/PR, o Min. Gilmar Mendes chegou a declarar consternação em relação à pressão exercida para que não modificasse seu posicionamento. Essa consternação, tornada pública, indica a permeabilidade da esfera jurídica às pressões externas que são, a nosso ver, agudizadas pela falta de segurança acerca do critério decisório.

Não bastasse, há problemas estruturais concretos na aplicação da lei penal, que conduzem à sua deslegitimação. Como observa Zaffaroni, especialmente na América Latina, o discurso jurídico-penal sempre foi reconhecido como *falso*, em razão de problemas estruturais que levam à seletividade do sistema penal, à reprodução da violência, à corrupção institucional, à concentração do poder etc.³¹

Para o autor, a legitimação do direito penal depende do reconhecimento de uma racionalidade operacional que, por seu turno, denote a um só tempo: a) a coerência interna do discurso jurídico-penal; e b) seu valor de verdade quanto à operatividade social. Que significa isso? Por coerência interna do discurso, observa o autor, é preciso ir além da não contradição entre termos, ou seja, de uma cosmologia normativa harmônica, autorreferente, centrada na completude lógica do ordenamento. É preciso acrescentar a essa sistematização lógico-dedutiva um vetor axiológico, filosoficamente fundado em uma concepção antropológica dos fins do sistema punitivo. Trata-se de reconhecer que o sistema opera sobre pessoas e que a finalidade do sistema não pode descurar dessa compreensão filosófica fundamental. O outro fator fundamental para que o sistema

²⁷ GARCIA, Op. cit., 2019, p. 319.

²⁸ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 177-194.

²⁹ JAKOBS, Günther. Direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47; JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas no direito? Tradução de Luciano Gatti. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 83, p. 27-36, mar. 2009.

³⁰ Em 2016, o STF reviu posicionamento desfavorável, firmado no HC 84.078, de Relatoria do Min. Eros Grau, à prisão após decisão de segunda instância. No julgamento do HC 126.292 (Rel. Min. Teori Zavaski, j. 17/2/2016), a maioria utilizou argumentos consequencialistas, que envolviam a necessidade de resposta estatal à impunidade, enquanto a minoria argumentava com princípios tradicionais do direito penal. Posteriormente, no julgamento do HC 152.752/PR (Rel. Min. Edson Fachin, j. 4/4/2018), o Min. Gilmar Mendes reviu posicionamento.

³¹ ZAFFARONI, E. R. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 18-19.

adquirir legitimidade é a condição de verdade em termos operacionais: é preciso que a projeção social efetiva almejada com a planificação jurídico-penal seja realizável, o que demanda uma planificação proporcional entre meios e fins perseguidos (nível de verdade “abstrata”), de um lado, e que os agentes envolvidos na aplicação do sistema operem sobre a realidade conforme as pautas assinaladas pelo discurso jurídico-penal. Do contrário, esse discurso se revelará falso e carecerá de legitimação.³²

Seja por incapacidade dos órgãos executivos, seja por inadequação estrutural do sistema punitivo, o fato é que a repressão penal, por atingir parcela reduzidíssima do espectro de realidade que pretende cobrir, acaba se verificando seletiva³³ e o discurso penal, portanto, é reconhecido como falso.

Examinemos, pois, os principais aspectos da Lei 13.964/2019 e sua intenção de aperfeiçoamento da legislação, à luz dessas considerações.

3. A Lei 13.964/2019 e o escopo de aperfeiçoamento da legislação

O primeiro aspecto que salta aos olhos na leitura da Lei 13.964/2019 é sua abrangência. À exceção do pleonástico artigo 1º, que viola o aforismo segundo o qual a lei não deve ter palavras inúteis, e do vigésimo, que trata do exíguo prazo de entrada em vigor (30 dias), as demais disposições tratam de modificar nada menos do que 17 leis, envolvendo modificações penais e processuais penais substanciais em diversos instrumentos legislativos que já se encontravam pulverizados em um universo normativo pouco coeso.

Sob o ponto de vista da coerência lógica, uma empreita tão abrangente suscita dúvidas sobre a capacidade do trabalho de sistematização do cabedal normativo, notadamente sobre a adoção de uma planificação jurídico-penal que confira maior consistência ao ordenamento, à vista dos elementos discutidos no item anterior.

Vê-se um esforço significativo para distinguir, na resposta penal, entre hipóteses delitivas que envolvam, ou não, risco elevado de desagregação do tecido social. A lei promove exasperação da resposta penal para alguns delitos mais graves, praticados com violência, emprego de armas ou com um nível de organização elevado. Ao mesmo tempo, procurou-se reduzir a pressão sobre o sistema de justiça criminal, por meio da adoção do acordo de não persecução penal, para crimes que não envolvam violência ou ameaça à pessoa e que tenham pena mínima inferior a quatro anos. Com isso, pode-se afirmar que a intenção legislativa, nas palavras do Min. Alexandre de Moraes, que presidiu a comissão de juristas destinados ao aperfeiçoamento da legislação criminal, era de incrementar a racionalidade instrumental para combate ao crime organizado, distinguindo-o da

³² *Idem, ibidem*, p. 20-23.

³³ Sobre a seletividade do sistema punitivo brasileiro, basta verificar o relatório do Infopen, disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, a demonstrar que, em um período de elevação significativa da taxa de aprisionamento, mais da metade da população carcerária tem pouca instrução, cor da pele parda/negra, contrariando proporção da população brasileira em geral (MOURA, Marcos Vinícius (org.). *Projeto BRA 34/2018*: produto 2. Elaboração de relatório sintético e relatórios analíticos, por unidade da federação e nacional, relativos aos dados do Infopen do período de referência de dezembro de 2016 e os dados do produto 01, considerando a consistência e validação dos dados coletados – Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2018, p. 33-36).

criminalidade individual, como meio de priorizar recursos para a persecução do que se chamou de macro criminalidade.³⁴

Paralelamente, procurou-se aprimorar instrumentos de garantia processual penal, com reforço do sistema acusatório por meio da adoção do sistema de juiz de garantias, justificado pelo receio de contaminação do juiz prolator da sentença condenatória pelo espírito inquisitorial que envolve a investigação criminal. Também se observou modificações significativas no tratamento de procedimentos para coleta de provas, tais como a cadeia de custódia, a colaboração premiada e a captação ambiental, com vistas ao aprimoramento de procedimentos de investigação e criação/aperfeiçoamento de instrumentos vocacionados ao fomento de políticas públicas voltadas para o combate à criminalidade.

Vejamos, sob uma perspectiva crítica, algumas dessas inovações.

3.1. Alterações de natureza penal

A despeito da ambição do chamado *pacote anticrime* e das discussões que resultaram na autoproclamada lei de *aperfeiçoamento* da legislação penal, poucas foram as modificações engendradas na parte geral do Código Penal. Foram alteradas disposições sobre legítima defesa, execução de multa condenatória, livramento condicional, tempo máximo de cárcere, perdimento de bens e prescrição.

Sobre a legítima defesa, a novidade é o parágrafo único do art. 25, a dispor que agente público que repila agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém, *observados os requisitos do caput*, também se enquadra na excludente de ilicitude. Esse dispositivo é fruto do chamado “pacote anticrime”, encaminhado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro ao Congresso Nacional. Em sua redação original, estabelecia uma previsão específica para legítima defesa de policiais em conflitos armados e não previa a observância dos requisitos do *caput*, a sugerir a perigosa legitimação de ações policiais desproporcionais, quer em conflitos armados, quer em situações com vítima. Com o aperfeiçoamento legislativo, o parágrafo único tornou-se inócuo, já que integralmente contido no *caput*.

Esclareceu-se que as execuções de multas condenatórias, consideradas dívida de valor, correrão perante o juiz da execução penal (art. 51). Incrementou-se o tempo máximo de cárcere para quarenta anos (art. 75). Para o livramento, introduziu-se condição negativa, de inexistência de falta grave nos últimos 12 meses, condição que, na prática, já poderia ser cobrada do reeducando pela necessidade de comportamento satisfatório. Houve, pois, detalhamento dessas condições. As disposições sobre prescrição foram adaptadas para impedir seu curso durante recursos a Tribunais Superiores e embargos de declaração, quando inadmissíveis (art. 116, III, C.P.), e durante vigência de acordo de não persecução penal (art. 116, IV, C.P.).

Digna de nota é a previsão para perdimento de bens correspondentes à diferença entre o patrimônio do condenado e o valor compatível com seu rendimento lícito, sempre que houver condenação por crimes cuja pena máxima seja superior a seis anos (art. 91-A do C.P.). Estabelece-se, nesse caso, uma presunção de ilicitude no acúmulo de recursos de origem não identificada, passível de contraprova a cargo do condenado, desde que o

³⁴ A transcrição do discurso do Ministro consta da justificativa do PL 10.372/2018, que se converteu na Lei 13.964/2019. Disponível em: <https://bityli.com/7NsWv>. Acesso em: 11 jul. 2020.

Ministério Público solicite essa perda por ocasião da denúncia, com indicação da diferença apurada. Essa reprimenda penal acessória é exasperada para hipóteses de criminalidade organizada e milícias, caso em que a perda dos instrumentos do crime ocorre ainda que não ponham em risco a segurança das pessoas, moral ou ordem pública, ou sejam passíveis de uso em outros crimes.

Essa disposição é interessante porque denota, a um tempo, a preocupação do legislador com meios acessórios de se desestimular a infração penal e revela, de outro lado, a distinção entre modelos de reprimenda menos incisivos e mais incisivos, conforme a orientação sobre o nível de desagregação que esse ilícito pode causar aos valores comunitários.

Na parte especial do Código Penal houve algumas modificações, com exasperação da reprimenda penal sobre roubos praticados com emprego de arma branca (art. 157, §2º) e com emprego de armas de uso restrito ou proibido (art. 157, §2º-B) e aumento de pena para crime de concussão, que passa a ser apenado com até doze anos de reclusão (art. 316).

Ao mesmo tempo, estabeleceu-se que o crime de estelionato depende de representação, salvo se a vítima for incapaz, maior de 70, criança, adolescente, portador de deficiência mental ou se for praticado contra a Administração Pública (art. 171, §5º do C.P.).

É no âmbito da legislação especial, contudo, que as modificações foram mais significativas, notadamente em relação à Lei de Crimes Hediondos e à Lei 10.826/2003.

De um modo geral, as penas envolvendo armas de fogo de uso restrito ou proibido foram exasperadas. Distinguiu-se entre posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, com pena de reclusão de 3 a 6 anos e multa, e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, com pena cominada entre 4 e 12 anos, e multa; além disso, majorou-se a pena cominada para comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo, cujas penas passam a ser, respectivamente, entre 6 e 12 anos de reclusão, para comércio, e 8 a 16 anos, para o tráfico. Finalmente, estabeleceu-se causa de aumento de pena à razão da metade, para delitos praticados por empresas e agentes de segurança pública e privada, nos termos dos artigos 6º a 8º da Lei 10.826/03.

Em relação ao tráfico de armas, o parágrafo único do art. 18 traz previsão de difícil inteligência, ao criar uma hipótese equiparada que, na realidade, envolve situação processual. Dispõe o parágrafo único que “incorre na mesma pena [do tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, *quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente*].

A disposição peca pela falta de técnica, ao misturar hipótese típica com questão processual, quiçá para tornar extreme de dúvida controvérsia jurisprudencial acerca da natureza do flagrante em situações desse jaez. Ao fazê-lo, longe de criar segurança, introduziu uma figura aberta, sujeita a todo tipo de interpretações, relacionada à presença ou não de elementos razoáveis de conduta criminal preexistente. Ao juiz competirá decidir o que é razoável ou não e até que se estabilizem os parâmetros sobre essa infeliz expressão, ao sistema de justiça recairá o ônus legitimatório da incerteza correlata. Lamentavelmente, a única modificação na Lei 11.343/2006 envolve a introdução de disposição análoga, a respeito da venda de entorpecentes a agente disfarçado.

Houve, ainda, ampliação do rol de crimes hediondos, com introdução das hipóteses de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, por restrição de liberdade à vítima, ou pelo resultado de lesão corporal grave; de extorsão qualificada pela restrição de

liberdade à vítima ou pelo resultado de lesão corporal ou morte³⁵; de furto, qualificado por uso de explosivo ou artefato análogo, capaz de gerar perigo comum. Também se acrescentou, nas hipóteses assemelhadas do parágrafo primeiro do art. 2º, os crimes de comércio ilegal de armas de fogo, tráfico internacional de armas de fogo e de organização criminosa, quando voltados à prática de crimes hediondos. Curiosamente, retirou-se do rol o tipo de posse ou porte ilegal de arma de fogo restrito, mantendo-se, em seu lugar, o tipo de posse ou porte ilegal de arma de fogo proibido.

Essas modificações, aliadas às alterações na Lei de Execuções Penal, notadamente no sistema de progressão de regime de pena, revelam que o legislador reconheceu desvalor maior aos crimes envolvendo uso, porte e posse de armas de uso proibido, vinculando-os a organizações criminosas ou milícias que têm potencial desagregador elevado e que são responsáveis por um tipo de criminalidade intimidadora.

Parece-nos uma opção adequada, ainda se considerada a previsão de representação para delitos que tutelam exclusivamente o patrimônio, como é o caso do estelionato. Há uma adequação, ainda que incompleta, dos bens jurídicos prevalentes. O combate a crimes que envolvem risco à vida, pela letalidade dos instrumentos que estão envolvidos em seu cometimento, ou caracterizados pela organização delitiva, deve preponderar sobre o combate a crimes de natureza patrimonial. Esse recado, importante, não desmerece, contudo, uma crítica fundamental sobre a falta de tratamento de questões sensíveis em delitos relacionados a crimes envolvendo a Administração Pública.

O contexto de aprovação de uma legislação penal de incidência mais gravosa acompanha anos de destaque a escândalos de corrupção, que afetaram a governabilidade do governo federal a ponto de favorecer um processo de *impeachment*. Mesmo assim, a alteração legislativa silenciou a respeito da exasperação de reprimenda penal em delitos envolvendo licitações ou fraudes na prestação de serviços públicos, em que pese tais condutas serem revestidas de extrema gravidade.

A única medida potencialmente relacionada a esse tipo de desvio na Lei 13.974/2019 envolve prática de improbidade (área sensível, porque limítrofe em relação à reprimenda penal), para a qual passou a ser expressamente admitida a celebração de acordos de não persecução cível.

A Lei Geral de Licitação, é oportuno lembrar, é marcada pela timidez em sancionar condutas que podem implicar perdas de centenas de milhares de reais aos cofres públicos e, nada obstante, permaneceu intocada pelo ímpeto moralizador dos atores políticos que encabeçaram a iniciativa do aperfeiçoamento da legislação penal³⁶.

3.2. Sistema acusatório e motivação da decisão judicial

No que se refere ao reforço de um sistema processual penal de natureza acusatória, a Lei nº 13.964/19 trouxe dispositivos vocacionados a eliminar iniciativa probatória do

³⁵ Curiosamente, a lei não exige, na extorsão, que o resultado lesão seja grave, diferença que não se justifica, à luz do tratamento análogo conferido ao roubo. Felizmente, apesar do aparente lapsus legislativo, mencionou-se, em parêntesis, o artigo 158, §3º, do CP, o que torna extirpe de dúvidas tratar-se de hipótese envolvendo exclusivamente lesões graves.

³⁶ O tipo de fraude à licitação (art. 90, Lei 8.666/93), por exemplo, é apenado com detenção e enseja possibilidade de oferta de acordo de não persecução penal. Não cumprido e sobrevivendo condenação, ensejará cumprimento de pena em regime aberto ou, no máximo, em regime semiaberto, com possibilidade de conversão em regime domiciliar, à vista da insuficiência de vagas normalmente ofertadas em colônias agrícolas, industriais ou casa do albergado.

juiz na fase do inquérito policial (art. 3-A do C.P.P.), bem como a adoção de medidas cautelares, também por impulso do órgão julgador, no curso de toda a persecução penal (art. 282, §2º e 311 do C.P.P.).

Além disso, certamente como ponto alto dessa virada, foi instituído o “juiz das garantias”, como aquele *responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário* (art. 3-B do C.P.P.).

Não se pode negar que qualquer das medidas, inspiradas no desejo de uma maior imparcialidade do juiz que avaliará o mérito da ação penal após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, podem contribuir para um processo penal capaz de assegurar ao acusado melhores condições para o exercício de seu direito de defesa.

Nada obstante, importa ressaltar que a escolha legislativa implica cerceamento do âmbito do poder geral de cautela que o C.P.P. reconhecia como próprio da atividade jurisdicional na tutela dos bens jurídicos mercedores de atenção da regra penal.

Se a balança agora pende em favor do acusado, ficam menos protegidas a vítima do crime e a sociedade que, em caso de atuação deficiente do Ministério Público e/ou da Polícia, não poderão contar com atuação de ofício do magistrado para evitar perecimento de bens e direitos.

Um desenho normativo intermediário poderia ter sido eleito, restringindo-se a iniciativa do julgador em tema referente à liberdade de locomoção do acusado, mas não naqueles relativos a bens que estão à disposição deste ou então ao tipo de cautelar diversa da prisão que lhe possa ser imposto.

Como não houve ressalva legal expressa a respeito, resta aguardar se exceções serão admitidas pela jurisprudência na análise das contingências dos casos concretos, nos quais a omissão do magistrado possa gerar resultados significativamente prejudiciais a outros interesses públicos também em jogo no processo penal (para além da ampla garantia de defesa do réu, que, evidentemente, é um interesse público maior, mas não o único a ser resguardado nessa atividade estatal).

A persecução de uma estrutura radicalmente acusatória também se reflete na modificação do art. 28 do C.P.P., que excluiu o juízo judicial sobre o arquivamento dos autos de inquérito, preconizando a remessa dos autos a uma instância revisora do próprio Ministério Público. Com isso, prestigia-se, de um lado, a independência ministerial como titular da ação penal; todavia, a falta de regulação sobre como seria essa instância revisora levanta questionamentos sobre as condições de efetividade desse tipo de controle. Sem previsão mínima de estruturação dos Ministérios Públicos para tal mister, *é possível* que a revisão de um volume infindável de deliberações de arquivamento venha a ser instrumentalizada por meio de sistema de rodízio entre pares, o que desnatura a ideia de controle efetivo sobre esse tipo de conduta. Por essa razão, aliás, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, com suspensão da vigência *sine die*³⁷.

³⁷ A decisão foi proferida na ADI 6.298 MC/DF, em cautelar que apreciou pedido formulado na ADI 6.305, proposta pela CONAMP, a respeito da alteração do art. 28 e da implantação do art. 28-A, todos no Código de Processo Penal. Segundo o relator, Min. Luiz Fux, o “Congresso Nacional desconsiderou a dimensão superlativa dos impactos sistêmicos e financeiros que a nova regra de arquivamento do inquérito policial ensejará ao funcionamento dos órgãos ministeriais”, violando, pois, o disposto nos arts. 127 e 169 da Constituição Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>, acesso em 16/07/2020.

Além disso, a atuação judicial no regramento anterior, *concessa venia*, servia como meio de *accountability* de tal atividade exercida por instância absolutamente independente, em uma interlocução entre órgãos capaz de evitar arquivamentos inapropriados de investigações. A retirada desse nível de controle pressupõe uma instância revisora devidamente estruturada, procedimentalizada e independente, o que não se verifica no desenho legislativo. A falta de garantia de *accountability* sobre a intenção de arquivamento não constitui mero capricho acadêmico e tem seu alerta mais candente no inquérito judicial instaurado no Supremo Tribunal Federal, a respeito das chamadas *fake news*³⁸.

Quanto ao instituto do *juiz das garantias*, a preocupação é ainda maior.

Este foi criado para ter vigência praticamente imediata, sem análise prévia de impacto orçamentário e mesmo da viabilidade de sua implantação de forma indiscriminada em todo o país.

Melhor teria sido começar com sua estruturação de forma escalonada, preferencialmente nas capitais dos Estados passando para comarcas de maior porte, autorizando-se sua instalação nas demais localidades a critério dos Tribunais, conforme suas disponibilidades e planejamento para alocação de recursos.

Como tal cautela não foi adotada, imaginando-se que do dia para a noite tudo de resolveria como num passe de mágica, com a singela instituição de um *rodízio* nos locais em que houvesse apenas um juiz (art. 5º-D do C.P.P.), a inovação restou suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar concedida na ADI 6298/DF. Considerou-se presentes elementos de inconstitucionalidade material e formal, notadamente pela violação aos arts. 196 e 99 da Constituição Federal, já que ausente análise de impacto orçamentário, nem observância da competência privativa dos Tribunais para disporem sobre normas de organização judiciária. Nas palavras do Min. Fux, os dispositivos mencionados têm natureza híbrida e a criação do sistema do juiz de garantia praticamente *refunda o processo penal brasileiro*, sem que se tenha minimamente analisado as condições de sua implantação³⁹.

Não bastasse, por ser aplicável a todas as infrações, exceto as de menor potencial ofensivo (art. 3-C, *caput*), haveria a necessidade, ao menos em tese, da estrutura complexa do juiz das garantias também ser introduzida no âmbito das Varas Colegiadas de Combate ao Crime Organizado, que, por seu turno, têm competência para *todos os atos da investigação* relativos a delitos dessa natureza. Logo, a estrutura dessa Vara teria de compatibilizar juízes de garantia e juizes de instrução, com uma divisão que dificilmente permaneceria estanque, na prática.

Finalmente, quanto ao ônus de motivação das decisões judiciais, tem-se que agora o estatuto processual penal, no seu art. 315, segue o modelo tendencialmente exaustivo inaugurado em nosso sistema pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 489, §1º do C.P.C.).

³⁸ O único voto divergente, pela inconstitucionalidade do inquérito, instaurado com base no art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, funda-se na violação ao princípio acusatório, diante da inércia do Procurador Geral da República em promover a investigação. O inquérito foi instaurado a partir da inércia do Ministério Público Federal e atuou como mecanismo de *accountability* em favor da investigação de fatos que envolviam o Supremo Tribunal Federal. Ainda que não se discutam as razões que envolvem o julgamento de validade desse inquérito, quer do ponto de vista sociológico, quer do ponto de vista jurídico, sua existência é prova, *per se*, dos riscos de se retirar o controle horizontal sobre a existência de indícios de autoria e materialidade, notadamente em crimes que envolvam lesão ao patrimônio público. É que a lei 13.964/2019 admite que a vítima recorra à instância revisora ministerial. O Estado, como vítima, muitas vezes não o faz.

³⁹ Disponível em: <https://bityli.com/O1vVf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

Poderia ter sido mantida a fórmula tradicional ao se exigir “decisão motivada” de acordo com os argumentos pertinentes trazidos pelas partes, inclusive no que se refere à observância de precedentes qualificados, esses sim novidade relativamente recente em nosso ordenamento.

Contudo, o legislador buscou prever todos os tipos de decisões insuficientemente motivadas para que o julgador tenha uma espécie de *check list* a ser seguido em cada um dos diversos despachos e sentenças proferidos durante seu expediente.

A tarefa inglória salta aos olhos da própria redação do inciso IV do §2º do art. 315 do C.P.P., segundo o qual o juiz deve se pronunciar sobre *todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a sua conclusão*.

Se uma dada alegação é ou não capaz de influenciar o resultado de um julgamento é questão que necessariamente dependerá das circunstâncias de cada caso concreto e das premissas tidas por relevantes para que o juiz dê seu veredicto.

O melhor controle a respeito dessa prudência a cargo do julgador parece continuar a ser o nosso sistema recursal, de pouco adiantando um texto legal mais ou menos detalhado sobre o ponto.

Em um aspecto, todavia, a reforma do pacote crime nesta parte não é simplesmente inócua, podendo trazer dificuldades na busca da melhor interpretação.

Agora a legislação prevê o dever de a prisão preventiva ser reavaliada a cada 90 dias quanto à necessidade de sua manutenção (art. 316, parágrafo único do C.P.P.).

Imagine-se que a custódia cautelar de um réu tenha sido determinada por destruição de documentos ou ameaça a testemunhas.

Transcorridos 90 dias com bom comportamento no estabelecimento prisional este teria direito subjetivo a ter sua prisão cautelar revogada, já que inexistentes, nos moldes do que estabelece o §2º do art. 312 do C.P.P., elementos contemporâneos quanto ao risco configurado no passado? E se tanto se der após o encerramento da instrução processual e advento da sentença penal condenatória?

Trata-se de hipóteses em que haverá disputas envolvendo o sentido literal da lei e a ponderação de outros valores sensíveis a serem resguardados pelo processo penal, em especial o risco de frustração da aplicação da pena prevista na legislação, o que eventualmente poderá se vislumbrar em determinadas situações nas quais se possa supor que alguém, já condenado pela prática de um crime no bojo de um devido processo, naturalmente se veja propenso a fugir como meio de evitar o desfecho desfavorável que anteveja no seu horizonte.

3.3. Modificações da legislação de execução penal

A Lei 13.964/2019 modifica substancialmente aspectos relevantes da execução penal, destacando-se as alterações acerca das condições de progressão de regime e de sujeição ao regime disciplinar diferenciado.

O art. 52 da Lei de Execução Penal ampliou o tempo de duração do regime disciplinar em função da prática de fato previsto como crime doloso, quando causar subversão da ordem ou disciplina internas, para dois anos, com visitas quinzenais de duas pessoas, direito à cela individual e saída para banho de sol por duas horas, em grupos de até quatro pessoas, desde que não pertencentes ao mesmo grupo criminoso. Além disso, salvo autorização judicial,

as entrevistas devem ser monitoradas, com impedimento de passagem de objetos e contato físico, à exceção das entrevistas com defensor. Previu-se, também, fiscalização do conteúdo de correspondência e participação em audiências, como regra, por videoconferência.

O regime ainda abrigará indivíduos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento e participação em organização ou associação criminosas ou milícias privadas, *independentemente de falta grave*, e lideranças de organizações criminosas ou milícias com atuação em mais de um Estado da Federação. Nesse último caso, os presídios terão de ser federais e o regime poderá ser prorrogado indefinidamente, sucessivamente, por períodos de um ano.

A Lei 13.964/2020 também modificou substancialmente as condições de progressão de regime (art. 112 da LEP), estabelecendo uma progressão escalonada, conforme as condições de reprovabilidade do crime e do apenado.

Assim, para réus primários e sujeitos a condenações por crimes sem violência ou ameaça à pessoa, a progressão se dá com cumprimento de 16% da pena, praticamente equivalente ao 1/6 do regime anterior; se reincidente, a progressão se dará com 20%. Caso o crime tenha sido praticado com violência ou ameaça à pessoa, a progressão se dá a partir de 25%, para primários, ou 30%, se reincidente. A percentagem sobe para 40%, se primário condenado por crime hediondo ou equiparado, ou 60%, se reincidente em crime hediondo ou equiparado⁴⁰.

Ainda, a progressão ocorrerá após cumprimento da metade da pena aos condenados primários por crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado livramento condicional, subindo o percentual para 70%, caso reincidente nessa espécie delitiva. Aos condenados por exercer comando de organização criminosa estruturada para a prática de crimes hediondos ou milícia privada também se aplica o percentual da metade da pena. É digna de nota, também, a exclusão da possibilidade de saída temporária a condenados por crimes hediondos com resultado morte (art. 122, §2º, da LEP).

Como é possível observar, especialmente no âmbito da execução penal, observa-se o recrudescimento do regime da pena como instrumento de resposta à escalada da criminalidade violenta, escolhida, com razão, como elemento de maior desvalor dentro do sistema jurídico-penal. No entanto, ainda que esse movimento tenha uma justificativa emergencial⁴¹, algumas ponderações devem ser feitas em prol do incremento da racionalidade que se espera desse ramo do direito.

Se há uma segura vantagem em discernir os níveis de desvalor da conduta para organização do sistema, as bases legitimatórias de um direito criminal que estabelece distinções no âmbito penitenciário a partir da pessoa são complexas, porque reproduzem

⁴⁰ Aqui, talvez haja uma imprecisão legislativa: o artigo 112, V, da LEP prevê percentual de 40% para progressão de condenado primário por crime hediondo e o art. 112, VII prevê 60% para reincidente em crime hediondo. Pergunta-se a majoração se aplica se a prática do primeiro crime, a gerar reincidência, não for hediondo?

⁴¹ Em 2017, houve 65.602 homicídios no Brasil, índice extremamente alarmante, para o qual contribuiu um assustador cenário de guerra entre facções criminosas em expansão. De um lado, o PCC; de outro, facções regionais, aliadas do Comando Vermelho. Há um sintético registro dessa guerra no Atlas da Violência de 2019, publicado pelo IPEA. De acordo com o estudo publicado, há uma tendência de redução da taxa de letalidade por ação violenta em um número crescente de Estados da Federação, a que se opõe o crescimento exponencial dessa forma de criminalidade em Estados do Nordeste, o que teria explicação, ainda que parcial, na expansão das facções criminosas verificada nessa parte do território nacional. Disponível em: <https://bityli.com/P0w6M>. Acesso em: 14 jul. 2020.

a ambivalência entre um direito penal garantista e a pretensão de securitização dos riscos elevados da sociedade contemporânea. São válidas, a esse respeito, as discussões travadas na Itália, cuja legislação parece ter inspirado o legislador pátrio⁴².

Parte-se de uma ideia relativamente simples: procura-se desarticular a ação de lideranças de organizações criminosas com a imposição de um regime de pena supostamente tão rígido que neutralize o risco de ação dos criminosos quando sob a custódia do Estado, tornando o sistema carcerário virtualmente impermeável ao contato externo e neutralizado em relação às condições de expansão desses vínculos no seu interior.

O regime mais gravoso se legitima não sobre o indivíduo que sofre a inserção no *carcere duro* – e que se sujeita a uma condição quase desumana, mas sobre o combate efetivo à organização criminosa⁴³, vista como inimiga⁴⁴ e, no caso brasileiro, sobre o risco inerente à escalada vertiginosa da violência. Persegue-se legitimação, pois, pela eficácia no controle da criminalidade violenta, ainda que tenha de enfrentar a discussão sobre sua validade à luz da tutela dos direitos de liberdade individual.

Por essa razão, esse regime é visto com reservas pela comunidade jurídica italiana.

Ainda que concebido como um microssistema penitenciário autônomo, o art. 41-*bis comma 2* da ordenação penitenciária daquele país recebe críticas pela forma com que se persegue eficácia.

Argumenta-se com o excesso de uma lógica utilitarista, ou seja, com uma racionalidade “econômica” desprovida de valores, quando se opõe, lado a lado, a rigidez do regime especial de cumprimento de pena e os benefícios concedidos àqueles que, integrantes de organizações criminosas igualmente perigosas, colaborem com a justiça⁴⁵.

Há dificuldade para harmonizar o discurso legitimatório do direito penal a partir do reconhecimento de uma criminalidade de excepcional gravidade, a ponto de justificar a adoção de um regime de pena menos “humano”, como meio de neutralização da periculosidade inerente à associação criminosa e, conseqüentemente, de neutralização do próprio criminoso⁴⁶, já que essa solução, ao mesmo tempo, pressupõe o reconhecimento da ineficácia do sistema penitenciário para neutralizar e prevenir a criminalidade em geral.

Talvez por essa razão, o regime foi temperado por decisões da Corte Constitucional e recebeu críticas da comunidade internacional⁴⁷. De acordo com o Presidente da Corte Constitucional italiana, Giovanni Flick, o regime do art. 41-bis não pode ser utilizado com o risco de se tornar um regime *ancora più duro* e em que essa possibilidade possa

⁴² A nova redação do art. 52 se aproxima muito, em conteúdo, das restrições do regime denominado de *carcere duro* para integrantes de associações criminosas do tipo mafioso (art. 41-bis do *Ordinamento Penitenziario*, Legge n. 354, de 26/7/1975) especialmente no que diz respeito à censura de correspondência, ao sistema de monitoramento e de restrição de visitas, bem como ao impedimento de contato com outros presos, salvo grupos de no máximo quatro pessoas, desde que não integrantes do mesmo grupo criminoso. Também a previsão de participação em audiências por videoconferência parece ter inspiração na lei italiana.

⁴³ GIUNTA, Fausto; ARDITA, Sergio; PAVARINI, Massimo. Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità. *Criminalia*, Pisa, n. 2, p. 259, 2007. Disponível em: <https://bitly.com/sOu7S>. Acesso em: 14 jul. 2020.

⁴⁴ Nesse sentido, a crítica de Pavarini, para quem a opção pelo regime do art. 41-bis envolve a adoção da lógica do direito do inimigo, de Jakobs. E um direito dessa natureza usa da lógica da guerra: um direito da neutralização seletiva e do controle social tecnocrático. *Idem, ibidem*, p. 272.

⁴⁵ ROMICE, Sergio. Brevi note sull’art. 41 bis O.P. *Giurisprudenza Penale Web*, n. 12, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/mHsyZ>. Acesso em: 17 abr. 2020. p. 19.

⁴⁶ ROMICE, Sergio. Op. cit., 2017. p. 18.

⁴⁷ Disponível em: <https://bitly.com/wYckl>. Acesso em: 14 jul. 2020.

ser usada para obtenção de colaborações premiadas, sob pena de violação de princípios constitucionais daquele país (arts. 13 e 27 da Constituição Italiana).⁴⁸

Em alguma medida, a Lei 13.964/2020 reproduz a aposta italiana que se funda na tese de que o regime diferenciado de cumprimento de pena, conquanto imperfeito, é necessário para impedir o avanço da criminalidade contemporânea⁴⁹. Mas vai além e promove uma reorganização dos tempos de progressão de regime que denota a ideia de recrudescimento *per se* do cárcere como resposta eficaz à criminalidade.

Esse agravamento da pena merece algumas críticas, de natureza teórica e prática.

Primeiro, porque não cuida de problemas estruturais que envolvem o sistema penitenciário brasileiro e que são considerados ingredientes importantes na expansão do crime organizado no Brasil, cuja origem diverge da origem italiana. Enquanto algumas máfias italianas têm história centenária e origem familiar, a organização criminosa mais expressiva do Brasil teve sua origem em meio à evolução da política penitenciária do Estado de São Paulo, a partir de 1990, em um contexto bastante particular⁵⁰.

As más condições de permanência no sistema carcerário constituíram um dos fatores e a base para um discurso legitimatório que alimentou a esfera política dessa organização criminosa. Talvez por essa razão, a adoção do regime disciplinar diferenciado, desde 2001, pelo governo paulista, não teve êxito em estancar o processo de sua escalada hegemônica.

Ao contrário, a despeito do medo incutido nos membros da organização criminosa, a passagem pelo regime diferenciado aparentemente confere ao detento “status” para galgar posição de liderança em seu meio.⁵¹ Assim, ainda que o RDD persiga amparo em um discurso legitimatório da resposta estatal a determinado tipo de ação delitiva/tipo de criminoso, não parece que só o agravamento das condições de cárcere seja útil para desestimular o crescimento do crime organizado brasileiro, cuja consolidação está relacionada, ao menos no nível do discurso, com o combate às condições desumanas de cumprimento de pena.

Daí porque é difícil acreditar que seu propósito seja alcançado na ausência de políticas públicas de médio e longo prazo dirigidas seja à diminuição do grau de encarceramento em nosso sistema, seja à superação de fatores que favoreçam a cooptação de jovens pelo crime organizado⁵².

Ainda sobre as alterações realizadas nos regimes de cumprimento de pena, duas observações finais nos parecem de vital importância.

Embora a Lei 13.964/19 aposte, como se viu, em uma customização da progressão de regime como um dos instrumentos para o “combate” à criminalidade⁵³, não se tratou de medidas necessárias para adequação dos regimes menos gravosos de cumprimento de

⁴⁸ FLICK, Giovanni. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione. *OSSERVATORIO COSTITUZIONALE*, v. 1, 2018. p. 5-9.

⁴⁹ ARDITA, Sebastiano. Op. Cit., p. 262.

⁵⁰ DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121-210.

⁵¹ DIAS, Op. cit., p. 406.

⁵² Idem, p. 416-417.

⁵³ Sobre o ponto vale ainda ressaltar a inclusão pela Lei 13.964/2019 do § 9º no art. 2º da Lei 12.850/2013, cuja redação é a seguinte: “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” (Disponível em: <https://bityli.com/VPxQc>. Acesso em: 15 jul. 20).

pena. Não se tratou sobre condições para mobilização de governos federal e estaduais no sentido de criação de instituições aptas ao acolhimento dos reeducandos quando em regime semiaberto e aberto.

A inexistência, na prática, de instituições no regime aberto e a insuficiência crônica do regime semiaberto⁵⁴ são responsáveis por disfunções históricas nas condições de cumprimento de pena, eis que as ideias de progressão e readaptação são substituídas pela permanência indevida no regime fechado por tempo superior ao legalmente previsto (quando a progressão é indeferida por falta de vagas) ou desvirtuada em possíveis progressões por saltos.

À vista desse quadro de desorganização administrativa, nem sempre se inicia o cumprimento de pena privativa de liberdade no regime aberto ou semiaberto, fixados por sentença. Por vezes, o início do cumprimento da pena ocorre no regime fechado ou, ainda, observa-se sua comutação informal para o regime domiciliar, expedientes que, apesar de inspirados por exigências da realidade, alimentam a crença de parcelas relevantes da nossa sociedade na impunidade de determinados delitos, dando azo, também, a invocações sobre a seletividade do sistema penal.⁵⁵

Não bastasse, a lei silenciou acerca de meios para implementar controle de execução das penas alternativas à privação de liberdade. Manteve-se a previsão original da LEP (patronatos), destinados a orientar condenados sobre penas restritivas de direitos e a promover fiscalização do cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade, sem qualquer intenção de modificação dessa estrutura, manifestamente deficiente.⁵⁶

A falta de controle sobre o cumprimento dessas penas conduz à noção inexata de que não são, verdadeiramente, sanções penais. Ainda em relação a essa questão, perdeu-se oportunidade para tratar da falta de sanção efetiva na hipótese de descumprimento das medidas despenalizadoras, como se verá no item referente ao acordo de não persecução penal.

Sem cuidar desses problemas, como é intuitivo, o esforço legislativo em comento provavelmente terá efeitos muito aquém daqueles a que se propõe.

3.4. Procedimento de investigação e políticas públicas

A Lei nº 13.964/2019 trouxe alguns dispositivos relevantes para o aprimoramento da processualidade no âmbito do inquérito policial, sobretudo ao disciplinar o que denominou de *cadeia de custódia* de vestígios amealhados pelos agentes de segurança na sua missão de apurar a autoria e materialidade de crimes.

Como atividade estatal desempenhada pela Administração no cumprimento de tarefa que lhe é atribuída pelo nosso sistema jurídico, o procedimento relativo ao inquérito policial é espécie do gênero *processo administrativo*, de modo que deve seguir, guardadas suas especificidades, os princípios republicanos que se extraem do art. 37 da Constituição.

⁵⁴ Nesse sentido, ver: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 79. Esse tipo de disfunção favorece a superlotação que, por seu turno, constitui um dos fatores que conduz o sistema penitenciário brasileiro ao quadro caótico reconhecido pelo STF no julgamento da ADPF 347 (Disponível em: <https://bityli.com/vPn9f>. Acesso em: 16 jul. 2020).

⁵⁵ Isso porque a variação da interpretação jurisprudencial acerca do tema faz com que alguns consigam o benefício do regime domiciliar, enquanto outros permanecem no regime mais gravoso à espera de vagas.

⁵⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit., 2019. p. 147.

Embora ainda tenhamos muito a avançar para que tanto se concretize (inclusive no que se refere à garantia de inamovibilidade do delegado de polícia na condução de investigações que, segundo os protocolos internos de distribuição de serviço, lhe forem originalmente atribuídas), o regramento da *cadeia de custódia* representa um importante passo nesse sentido.

Definida como o *conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte* (art. 158-A, caput, do C.P.P.), a *cadeia de custódia* traz uma série de regras dirigidas a preservar a higidez desses elementos de prova, o que naturalmente vai repercutir na qualidade da investigação criminal.

Uma primeira observação a respeito é a timidez da lei no que se refere à imposição da realização de registros fotográficos ou mesmo de filmagem quando da atuação dos agentes estatais nas cenas dos delitos.

Com a tecnologia hoje disponível em uma série de eletrodomésticos portáteis à disposição de qualquer cidadão, o legislador poderia ter obrigado esse tipo de documentação mais fidedigna como regra nas apurações de índole criminal, como tem sido adotado, com bastante adesão, nos Estados Unidos.

Embora haja alguma controvérsia sobre a efetividade do uso de câmeras junto ao corpo (BWC) como meio de redução dos índices de violência policial, a medida tem sido defendida por viabilizar maior *accountability* sobre a ação de combate ao crime, além de favorecer o esclarecimento de delitos, desde que aplicada em conjunto com outras medidas voltadas à melhoria das investigações e controle do uso da força por servidores públicos⁵⁷.

Nada obstante, o legislador limitou-se a autorizar o perito a fazer o registro em foto ou vídeo da sua atuação, conforme se constata do inciso III do art. 158 B do C.P.P.

No mais, o estatuto processual estipulou as diversas etapas relativas à *cadeia de custódia* (reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte⁵⁸), determinando ser *proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável*, sob pena de caracterização de fraude processual (art. 158-C, §2º do C.P.P.).

Há a atribuição de responsável pela preservação do vestígio, prevê-se condições mínimas para seu acondicionamento seguro, estipulando-se a forma pela qual se pode ter acesso a tal material (art. 158-D e 158-E do C.P.P.), em especial no que concerne à identificação de quem o fez, bem como sob que motivação.

Além desse avanço, a Lei 13.964/19 traz dispositivos relativos a dois bancos de dados que, oferecendo informações relevantes para a Administração quanto à prática de crimes, podem contribuir para a formulação de políticas públicas capazes de promover a redução da criminalidade.

⁵⁷ LUM Cynthia; STOLTZ, Megan; KOPER, Christopher; SCHERER, J. Amber. Research on body-worn cameras: what we know, what we need to know. *Criminology & Public Policy*, v. 18, p. 93-118, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/z7TmL>. Acesso em: 15 jul. 2020; CHAPMAN, Brett. Body-worn cameras: what the evidence tells us. *National Institute of Justice Journal*. p. 1-5, 2018. Disponível em: <https://bitly.com/8FNOL>. Acesso em: 15 jul. 2020.

⁵⁸ Art. 158-B do C.P.P., valendo ressaltar que o descarte depende de autorização judicial, conforme se observa do inciso X do dispositivo.

Nesse sentido tem-se a introdução do art. 34-A no Estatuto do Desarmamento, que institui um Banco Nacional de Perfis Balísticos – BNPB, o qual terá por objetivo *cadastrar armas de fogo e armazenar características de classe e individualizadoras de projéteis e de estojos de munição deflagrados por arma de fogo* (§1º).

Esse cadastro será abastecido com os elementos de munição deflagrados por ocasião de crimes (§2º), dado que impõe o estabelecimento de um canal de comunicação permanente entre a polícia científica dos Estados com a referida instituição, condição para uma sinergia capaz de operar favoravelmente para o desvendamento de delitos e enfrentamento a grupos criminosos organizados que atuam em todo o país.

É prevista a gestão do BNPB por uma *unidade oficial de perícia criminal* (§3º), sendo o acesso aos respectivos dados, tidos por sigilosos, não comercializável (§5º) e limitado para os fins previstos na lei (§4º), que contudo faz uma ressalva em tese desnecessária, ao afirmar que o gestor da instituição deve disponibilizar informações se para tanto for instado judicialmente, obrigação que, a grosso modo, decorre do inciso XXXV do art. 5º da Constituição.

O art. 7º-C inserido na Lei 12.037/2009, por sua vez, autoriza a criação, junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais – BNMID, com o escopo de *armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais* (§2º), informações colhidas no bojo de apurações de tal índole ou por ocasião de identificação criminal (§3º).

Há previsão expressa quanto à possibilidade de o BNMID interoperar com bancos de dados geridos por órgãos públicos, de qualquer dos Poderes da República, em qualquer nível de governo da Federação (§5º), sendo que para aqueles que não tenham natureza criminal o compartilhamento de elementos deve se restringir aos necessários à identificação do seu titular (§6º), comando que sugere o amplo manejo do novo instrumento para fins de desbaratamento de organizações criminosas.

Do mesmo modo que se dá com o BNPB, a lei reveste as informações do BNMID de caráter sigiloso (§8º), impede sua comercialização (§10º) e uso para fins diversos do quanto previsto na Lei 12.037/2009 ou determinação judicial (§ 8º).

Ainda sobre o impacto da nova legislação sobre as políticas públicas podemos referir o §2º do art. 133 introduzido no Código de Processo Penal, dispositivo que destina recursos oriundos da alienação de bens apreendidos ao Fundo Penitenciário, que inclusive poderiam ser usados para melhoria de estabelecimentos prisionais, bem como para a criação de unidades aptas a receber condenados à pena privativa de liberdade nos regimes semiaberto e aberto, cuja insuficiência em nosso sistema, como observado acima, é um dos principais desafios para que muitas das boas intenções do legislador se realizem.

3.5. Acordos de não persecução e colaboração premiada

Um último ponto sobre o qual gostaríamos de comentar corresponde ao avanço das técnicas de exercício consensual da autoridade no âmbito do direito penal.

Seguindo evolução análoga à observada em outros ramos do Direito, como o direito administrativo, o que se tem em mente ao se estabelecer acordos de não persecução e ao se procedimentalizar a colaboração premiada é uma visão instrumental da atividade do

Estado nas suas mais diversas searas, ou seja, o entendimento de que a persecução penal não é um fim em si mesmo, mas sim um meio de se satisfazer pautas de interesse geral.

Para quem compreende que a principal finalidade da pena é a prevenção (geral e especial) quanto à prática de condutas tidas por lesivas aos mais elevados bens jurídicos de uma dada comunidade, e não um castigo imposto ao infrator como reflexo de um sentimento de vingança que seria autorizado à sociedade, caso seja possível via acordo se obter o propósito almejado de modo mais eficiente, essa ferramenta deveria ser usada preferencialmente ao agir unilateral que, em potência, continua sendo prerrogativa da organização política.

Dois desafios se colocam em especial quanto ao uso desse tipo de técnica, que não é da tradição do nosso direito.

O principal é aparentemente de natureza cultural, já que implica uma mudança de paradigma, o que entre nós é ainda mais complexo considerando um histórico permeado por exemplos de relações não republicanas entre agentes estatais e cidadãos, a levantar suspeitas de toda ordem quando se outorga expressamente poder aos servidores para dialogarem com particular, buscando soluções consensuais no desempenho de suas atribuições.

O segundo, em alguma medida atrelado ao primeiro, é a forma de controle a ser estabelecida para que a falta de detalhamento legal quanto à resposta a ser dada no caso concreto não redunde em arbítrio ou em atuações que se deem à margem de razões de interesse público, que devem pautar toda atividade estatal.

À vista desse breve contexto, tem-se que o legislador não avançou quanto à introdução do instituto do *plea bargain* em nosso direito escrito, que permitiria, após o oferecimento da denúncia, a assunção de culpa e a concessão de benefícios ao acusado.

Por outro lado, previu-se expressamente a possibilidade da celebração de acordos previamente ao oferecimento da denúncia pelo órgão da acusação, isso seja na esfera criminal (art. 28-A do C.P.P), seja na da improbidade administrativa (art. 17, §1º da Lei 8.429/1992).

No que diz respeito à colaboração premiada, procedimentalizou-se o instituto já previsto na Lei 12.850/2013, trazendo algumas balizas dirigidas a ordenar as tratativas pré-acordo (art. 3-B e 3-C), a reforçar a consistência das informações a serem disponibilizadas pelo colaborador como condição para obtenção de benefícios (art. 3-B, §4º e 3-C, §3º) e um padrão mínimo de pena (art. 4, §7º)⁵⁹.

Entretanto, perdeu-se a oportunidade para enfrentar a questão sobre a *certeza da sanção*, por meio da previsão, por exemplo, de privação de liberdade em estabelecimentos próprios, por curto espaço de tempo, como consequência do descumprimento do acordo de não persecução penal. Caberia às partes, nos termos do acordo, definir as condições dessa sanção, seguindo parâmetros mínimos e máximos definidos em lei. Esse tipo de solução teria a vantagem de evitar a sensação de impunidade e de assegurar, àquele que se sujeita ao acordo, o benefício de não receber, mesmo quando do seu descumprimento, os efeitos simbólicos da condenação.

⁵⁹ Aspecto extremamente relevante quanto ao ponto foi o estabelecimento de previsão de que o réu delatado deverá ter oportunidade de se manifestar após o prazo concedido do réu que o delatou (art. 4, §8º), o que supre lacuna que até então existia em nosso sistema no tratamento do tema.

A falta dessa previsão traz o risco de ineficácia da medida para desafogamento das Varas Criminais, já que os processos tornarão a correr em caso de rompimento dos termos da avença firmada. Além disso, a resposta penal, nesse caso, será lenta, a favorecer a ideia de impunidade e, pois, a infirmar a coesão sistêmica esperada, reforçando um processo gradual de deslegitimação do nosso aparato repressivo no que concerne ao tratamento de determinados crimes que, apesar de violarem bens caros à comunidade, não recebem a devida atenção por parte do sistema de justiça.

4. Conclusão

Em linhas gerais, a Lei 13.964/2019 priorizou incremento da reprimenda penal sobre a criminalidade violenta ou com elevado potencial desagregador de valores comunitários. Procurou-se, também, reorganizar o sistema de progressão de pena, muitas vezes reconhecido como um dos responsáveis pela sensação de impunidade que permeia o discurso legislativo no âmbito processual penal contemporâneo.

É possível identificar, ainda, a pretensão de melhoria de instrumentos processuais penais investigativos, com restrições à ampla discricionariedade dos órgãos de repressão penal, em medidas que denotam uma preocupação com a processualidade da atuação estatal e a proporcionalidade de armas entre defesa e acusação, do que são exemplos o detalhamento de procedimentos como os da cadeia de custódia e da colaboração premiada, e mesmo a própria adoção do juiz de garantias no processo penal em geral.

Dentre outros ajustes na legislação, houve a criação de importantes ferramentas para o fim de promoção de melhores políticas públicas voltadas ao enfrentamento da criminalidade, em especial a organizada.

Nada obstante, se houve méritos inegáveis na reforma em comento, não houve, por parte do legislador, qualquer cautela em promover um regime de adaptação do processo penal vigente, com acomodação e estruturação dos órgãos envolvidos.

Para, hoje, um estado de incerteza perigoso sobre como será feita a implantação desse sistema, quer quanto aos juízes necessários para atuar nas distintas fases do processo, quer quanto à instância revisora ministerial, para as hipóteses de arquivamento de inquéritos.

Nesse sentido, a adoção do sistema acusatório de forma radical e sem indicação dos meios para sua execução suscita preocupações sobre a possibilidade de implantação de um sistema “acomodado” a partir da estrutura (inclusive orçamentária) vigente, o que provavelmente resultará numa atuação estatal disfuncional, com ampla possibilidade de exploração da confusão gerada pelos acusados de crimes graves, cujos processos seguem hoje ritos marcados por uma maior ou menor indefinição.

Além disso, a falta de cuidado acerca da questão a respeito da efetividade da sanção em crimes menos graves indica que a pretensão de aperfeiçoamento da legislação foi incompleta. Faltou cuidado para perseguir uma sistematização adequada, capaz de integrar as diferentes velocidades de incidência da reprimenda penal em um sistema normativo coeso, capaz de manter sua autorreferência operacional em níveis adequados.

Em suma, a Lei 13.964/2020 deu importantes passos para tentar melhorar a legislação penal e processual penal. Mas falta muito para que se consiga fazer com que o discurso jurídico-penal seja verdadeiro e, pois, legítimo, no sentido proclamado por Zaffaroni.

Bibliografia

- BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 9
- CAMPILONGO, Celso. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CASTELLS, Manuel. Fim de milênio. In: CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução: Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 216-239.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer, 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- CHAPMAN, Brett. Body-worn cameras: what the evidence tells us. *National Institute of Justice Journal*. p. 1-5, 2018. Disponível em: <https://bityli.com/8FN0L>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 121-210.
- FARIA, José Eduardo. *O estado e o direito depois da crise*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lília Pondé Vassalo. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 69-70.
- FLICK, Giovanni. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione. *Osservatorio costituzionale*, v. 1, 2018. p. 5-9.
- GIUNTA, Fausto; ARDITA, Sergio; PAVARINI, Massimo. Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità. *Criminalia*, Pisa, n. 2, p. 259, 2007. Disponível em: <https://bityli.com/sOu7S>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Transformações do Estado e revisão do garantismo penal nos 30 anos da Constituição Federal. In: LOUREIRO, Francisco Eduardo; DE PRETTO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae. (coord.). *A vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 305-326.
- GARCIA, Fábio Henrique Falcone. *As múltiplas faces do direito em Max Weber: fundamentos para uma leitura contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2020.
- HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, n. 18, 2003. p. 148-149.
- JAKOBS, Günther. Direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47.
- JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas no direito? Tradução de Luciano Gatti. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 83, p. 27-36, mar. 2009.
- JESSOP, Bob. *Narrating the future of the national economy and the national state?: remarks on remapping regulation and reinventing governance*. Lancaster, UK: Department of Sociology, Lancaster University, 2003. Disponível em: <https://bityli.com/Lbn1G>. Acesso em: 9 jul. 2020.

LADEUR, Karl-Heinz. *The emergence of global administrative law and the evolution of general administrative law*. Hamburg: University of Hamburg, 2010. Disponível em: <https://bitly.com/kPqIN>. Acesso em: 9 jul. 2020.

LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 15.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 2. ed. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUM Cynthia; STOLTZ, Megan; KOPER, Christopher; SCHERER, J. Amber. Research on body-worn cameras: what we know, what we need to know. *Criminology & Public Policy*, v. 18, p. 93-118, 2019. Disponível em: <https://bitly.com/z7TmL>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Edital n° 34, de 2018. Dispõe sobre a contratação de consultoria especializada para a análise de dados do Sistema Penitenciário Nacional e Segurança Pública. *Diário Oficial da União*: Projeto BRA 34/2018: Produto 2: Brasília, abr. 2018.

PASQUALE, Frank. *The black box Society: the secrets algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 13.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos CEBRAP*. n. 68, mar. 2004. p. 40-41.

RANCIÈRE, Jacques. O princípio da insegurança. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 set. 2003. Caderno Mais. Disponível em: <https://bitly.com/aTJ8L>. Acesso em: 9 jul. 2020.

RODRIGUEZ, Raúl Carnevali. Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et praxis*, Talca, v. 14, n. 1, 2008.

ROMICE, Sergio. Brevi note sull'art. 41 bis O.P. *Giurisprudenza Penale Web*, n. 12, 2017. Disponível em: <https://bitly.com/mHsyZ>. Acesso em: 17 abr. 2020. p. 19.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de execução penal*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 30.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 177-194.

SANCHÍS, Luís Prieto. Constitucionalismo e garantismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (coord.). *20 anos da Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Ivaldo. Da gênese à crise do Estado de bem-estar. *Cronos*, Natal, v. 5/6, n. 1/2, 2004. p. 289-308.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 180.

VEYGNE, Paul. *Foucault: seu pensamento, sua pessoa*. Tradução de Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 21.

ZAFFARONI, E. R. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 18-19.

Anotações sobre a atuação judicial *ex officio* na prisão cautelar em face da Lei 13.964/2019

*Aristóteles de Alencar Sampaio*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Prisão processual; 2.1. Prisão preventiva; 2.2. Prisão em flagrante; 3. Sistema acusatório; 4. Atuação judicial *ex officio* na prisão cautelar; 4.1. Atuação cautelar *ex officio*: marcos temporais e limites; 4.1.1. Audiência de custódia e prisão em flagrante; 4.1.2. Prolação de sentença condenatória e pronúncia; 4.1.3. Revisão nonagesimal; 4.2. Atuação *ex officio* condicionada e iniciativa judicial *pro reu*; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A prisão cautelar é tema bem explorado pela doutrina, dada sua relevância decorrente dos relevantes princípios constitucionais que a envolvem. Contudo, busca-se no presente artigo analisar alguns impactos sobre o instituto da prisão cautelar da recente Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, que alterou a legislação penal e a legislação processual penal, em especial, o Código de Processo Penal.

O enfoque deste artigo é a repercussão da nova legislação sobre a decretação *ex officio* na prisão cautelar no Código de Processo Penal, importando ao estudo breves digressões sobre o princípio acusatório, a prisão preventiva e a prisão em flagrante delito, analisando-se, outrossim, a introdução da revisão nonagesimal da prisão processual e suas consequências no processo penal.

Busca-se responder neste artigo a seguinte questão: ainda é juridicamente possível a decretação de prisão cautelar *ex officio*, ou seja, sem requerimento do Ministério Público, ou de representação da autoridade policial? E, caso afirmativo, em quais hipóteses esta atuação judicial pode ocorrer?

Pretende-se, assim, contribuir para o estudo de ponto relevante da prisão cautelar após a vigência da nova legislação. Sem qualquer pretensão de esgotamento de tão rica temática, importando desde já consignar que, além das inovações aqui abordadas, muitas outras modificações foram realizadas pela Lei 13.964/2019 em relação à prisão cautelar, que, contudo, escapam aos limites deste artigo.

¹ Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2. Prisão processual²

Dada a natureza dinâmica da persecução penal é comum a necessidade da concessão de medidas cautelares para a consecução de certos fins processuais, para permitir o prosseguimento da persecução penal, mediante a restrição temporária de direitos.

No processo penal, as medidas cautelares podem ser divididas em “reais” e “pessoais”.

De forma geral, as medidas cautelares pessoais são aquelas relativas à prisão cautelar e as medidas alternativas à prisão, delineados nos arts. 282 e seguintes do estatuto processual penal. Já as medidas cautelares reais são relativas às restrições sobre bens móveis ou imóveis, sendo elas os sequestros de bens móveis e imóveis,³ a especialização e registro de hipoteca legal⁴ e o arresto de bens móveis prévio ao registro e a especialização da hipoteca legal⁵ e arresto subsidiário de bens móveis.⁶

A prisão no sistema processual brasileiro pode ser classificada de acordo com sua natureza: prisão decorrente de sentença condenatória transitado em julgado (prisão-pena) ou prisão processual (prisão sem pena).⁷

A prisão processual, que não decorre de uma condenação criminal, insere-se no conceito de “medidas cautelares”,⁸ que, na técnica processual, constitui instrumento para a superação do risco de que o tempo e o estado das coisas tenham-se modificado durante a marcha processual de tal forma que tornem ineficaz a intervenção estatal para a solução do conflito; os objetivos, pois, das medidas cautelares são assegurar os meios para que a decisão judicial definitiva seja alcançada, e de forma eficaz.⁹

As medidas cautelares ostentam características específicas à sua natureza, podendo ser citadas sua instrumentalidade hipotética, isto é, será ela um instrumento para assegurar o resultado de uma previsível condenação; acessoriedade, ou seja, a medida não é um fim em si mesma; preventividade, ou seja, tem a função de evitar que um dano irreparável ou de difícil reparação aconteça; provisoriedade, pois a medida cautelar terá seus efeitos vigentes até a superveniência do provimento jurisdicional final; sumariiedade, pois a medida cautelar está fundada em juízo sumário, e não em um juízo de certeza; referibilidade, isto é, a tutela cautelar deve estar ligada a uma situação concreta de direito material; proporcionalidade, pelo qual a medida cautelar deve ser proporcional à restrição aplicável quando do provimento final.¹⁰

² Parte do tema apresentado neste tópico é uma modificação reduzida de trechos de nossa dissertação de mestrado *A colaboração premiada na Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*, apresentada junto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

³ Arts. 125 a 132 do Código de Processo Penal.

⁴ Arts. 134 e 135 do Código de Processo Penal.

⁵ Art. 136 do Código de Processo Penal.

⁶ Art. 137 do Código de Processo Penal

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 647-648.

⁸ As medidas cautelares podem ser “pessoais” ou “reais”, subdividindo-se as medidas pessoais em “prisão cautelar” e “medidas diversas da prisão”, como se depreende dos art. 319 e 320 do Código de Processo Penal.

⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (org.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*, comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 16.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 938-944.

O princípio constitucional da presunção de inocência impõe que todas as medidas cautelares que tolham a liberdade do indivíduo em matéria processual penal não possam antecipar a pena, pois somente a partir da condenação judicial definitiva ficará afastada tal presunção, sendo possível a aplicação da pena relativa à liberdade do agente. Neste sentido, inclusive, foi expressamente consignado pelo art. 313, §2º, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 13.964/19, que, além de afastar a possibilidade que a prisão cautelar possa antecipar a pena, também afasta a possibilidade da prisão cautelar embasada na simples existência da persecução penal.

Além disso, como decorre dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, dentre outros, e expressamente previsto no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, a prisão cautelar tem natureza subsidiária e excepcional, ou seja, somente será cabível caso as outras medidas cautelares alternativas à prisão não sejam adequadas.

Atualmente são previstas três modalidades de prisão processual: prisão preventiva, prisão em flagrante e prisão temporária.

Analisaremos brevemente neste trabalho alguns tópicos da prisão preventiva e da prisão em flagrante, tendo em vista a modificação destas pela nova legislação no tocante à atuação *ex officio* do magistrado. Deixaremos, por outro lado, de analisar a iniciativa judicial na prisão temporária, que é outra das modalidades de prisão processual, porquanto não houve qualquer modificação no tocante a este aspecto pela nova legislação, mantendo a impossibilidade de decretação *ex officio* pelo magistrado (art. 2º da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989).

2.1. Prisão preventiva

No tocante à prisão preventiva, em função da necessidade de se adequar a prisão processual à proteção dos direitos e a garantias fundamentais, a lei processual penal condiciona a decretação desta ao preenchimento de alguns requisitos.

A natureza cautelar do instrumento processual está subordinada a hipóteses de cabimento, pressupostos positivos e negativos que permitem legitimamente afastar a excepcionalidade da prisão sem pena.

Inicialmente, as hipóteses de cabimento da prisão preventiva estão descritas no art. 313 do Código de Processo Penal. Depreende-se do mencionado dispositivo legal que descabe a prisão preventiva: a) se o acusado se livra solto independentemente de fiança; b) nos crimes culposos; c) se o crime tem pena inferior a 4 anos de pena privativa de liberdade, caso o agente não seja reincidente. Por outro lado, cabe a prisão se o crime envolver violência doméstica e familiar, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, bem como se houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, tudo como se depreende do art. 313 do Código de Processo Penal.

Após as hipóteses de cabimento, analisa-se o pressuposto positivo, a saber, o *fumus delicti commissi*, que consiste na existência da aparência do fato delituoso praticado pelo imputado, isto é, prova da materialidade do crime e de indícios de autoria.

Além do pressuposto positivo, há o pressuposto negativo, pelo qual descabe a prisão preventiva se o imputado agiu por alguma causa de exclusão de ilicitude (art. 314 do Código de Processo Penal).

Preenchidas as hipóteses de cabimento e o pressuposto positivo e afastado o pressuposto negativo, é necessário que seja demonstrado o *periculum libertatis*, isto é, que a liberdade do imputado importe em risco aos fins do processo.

Os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal não são cumulativos e constituem, como afirma Chiavario para a análoga legislação italiana, a tipologia da exigência cautelar da prisão.¹¹

O primeiro requisito relaciona-se à garantia da ordem pública. O conceito de “ordem pública” é amplo e indeterminado, mas certamente dirige-se não a proteger o processo penal, mas sim a proteger toda a comunidade, pressupondo-se que esta seria atingida de forma muito intensa pela liberdade de criminosos que causassem intranquilidade social.¹²

Este requisito encontra forte oposição da doutrina sob o argumento de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública incorreria em inconstitucionalidade, pois visa à defesa social, consistindo em uma pronta reação ao crime ocorrido, configurando antecipação da pena vedada pela ordem constitucional.¹³ Todavia, prevaleceu na jurisprudência a tese pela qual a prisão nestas hipóteses é justificada para garantir o resultado útil do processo, uma vez que a prolação de sentença condenatória à pena privativa de liberdade decorrente da tutela processual definitiva visa a proteger a sociedade, o que seria acautelado pela prisão para a garantia da ordem pública.¹⁴

Certamente pesou na formulação da jurisprudência a triste, mas real, constatação de que há certos delitos praticados por meio de barbárie, com requintes de crueldade, ou que revelam uma reiteração criminosa contínua contra valores caros à sociedade, que impõem medidas imediatas do Poder Judiciário, sob pena de atentar contra a credibilidade da própria persecução penal institucionalizada.

Além disso, não poderiam os Tribunais pátrios desconhecer que na maioria dos países civilizados, incluindo-se Alemanha, Espanha, Portugal e Estados Unidos, dentre outros, permitem a prisão cautelar em razão da possibilidade de reiteração criminosa,¹⁵ percebendo-se que a maldade do ser humano deve ser considerada pelas instituições públicas de forma a permitir a reação estatal, sob pena de que a própria sociedade busque alternativas de autotutela igualmente deletérias.¹⁶ Até mesmo a Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece a legitimidade da prisão cautelar para garantir a ordem pública contra novos delitos.¹⁷

¹¹ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 6. ed. Torino: Utet giuridica, 2015. p. 763.

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 556.

¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 17-27, jan./mar. 1992.

¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 316.

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 559.

¹⁶ É de se lembrar os infelizmente comuns linchamentos ocorridos contra pessoas acusadas da prática de crimes sexuais contra menores, que muitas vezes geram a morte do acusado.

¹⁷ “The Court has developed in its case-law four fundamental justifications for detention pending trial: the danger of absconding, of tampering with evidence, of repetition of the offence(s), or of disturbance to the public order (see *Calmanovici v. Romania*, no. 42250/02, §93, 1 July 2008; *Georgiou v. Greece* (dec.), no. 8710/08, 22 March 2011; and the cases cited therein)”. (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case Voicu v. Romania. Julgado em: 10 set. 2014).

De qualquer forma, fixou a jurisprudência entendimento pelo qual a prisão cautelar decretada com fundamento neste requisito não ofende ao princípio constitucional da presunção de inocência.

A jurisprudência declara, em regra, que a gravidade abstrata do delito não justifica, *de per si*, a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, impondo-se que a tutela cautelar deva ser fundamentada em fatos concretos e não pela opinião do julgador sobre o caso.¹⁸

No entanto, é de se observar que não há um critério geral a guiar as decisões judiciais neste tocante, pois muitas vezes apenas a gravidade do delito praticado decorrente da forma como foi realizado tem sido aceita para legitimar a prisão preventiva.¹⁹

Entende-se de forma geral que a Lei 12.403/11, ao trazer nova redação ao art. 282, I, do Código de Processo Penal, acabou por restringir o espectro da ordem pública no sentido de que este deve ser entendido apenas com o escopo de evitar a reiteração criminosa.²⁰

Neste passo, vale salientar que o Supremo Tribunal Federal reconhece que

a prisão processual imposta com base no fundamento do acautelamento da ordem pública associa-se à tutela de interesses extraprocessuais. Vale dizer, não se trata simplesmente de aferir a probabilidade de persistência de um modelo criminoso determinado. A finalidade cautelar, portanto, desborda do fato individualmente considerado. O que se engendra é a existência de base empírica idônea que confere lastro concreto ao risco da prática de novas infrações, ainda que desvinculadas da relação específica subjacente à ação penal. Em outras palavras, o cenário fático descrito, a meu ver, revela a periculosidade concreta do agente, circunstância que evidencia o fundado receio

¹⁸ Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal consigna que: “A decisão que impõe a segregação de alguém, medida tão drástica e excepcional, precisa de vir fundamentada de forma consistente, demonstrando sólidas evidências do perigo real causado pela liberdade do acusado. Nesse sentido: HC 86.758/PR (DJ 1.9.2006), HC 84.997/SP (DJ 8.6.2007) e HC 83.806/SP (DJ 18.6.2004). É que a constrição provisória deve estar embasada em elementos concretos e não abstratamente como vazio argumento de retórica. Tal posicionamento é hoje uníssono nesta Corte cuja jurisprudência consolidou-se no sentido de entender que a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de infração penal somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, na gravidade do crime ou em razão de seu caráter hediondo. Nesse sentido, arrolou os seguintes julgados: HC 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, primeira turma, unânime, DJ: 22 out 2004; HC 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, segunda turma, unânime, DJ: 10 nov. 2006; HC 88.448/RJ, de minha relatoria, segunda turma, por empate na votação, DJ: 9 mar. 2007; HC 101244/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, primeira turma, unânime, DJ: 8 abr. 2010” (STF. HC 134382/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 2 ago. 2016.)

¹⁹ Do Supremo Tribunal Federal extrai-se julgado que representa a possibilidade da decretação da prisão para garantia da ordem pública apenas pela gravidade do crime ocorrido, utilizando-se apenas a forma de sua execução para embasar a decisão: “Conforme destacado pelas instâncias antecedentes, é idônea a fundamentação jurídica apresentada para justificar a decretação da prisão preventiva. Isso porque a decisão está lastreada em aspectos concretos e relevantes para resguardar a ordem pública, ante a periculosidade do agente, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito teria sido praticado – apreensão, após investigação policial, de aproximadamente 25kg de maconha, acondicionados na forma de 38 tablets. Na linha de precedentes desta Corte, tais circunstâncias autorizam a custódia cautelar: HC 122920. Rel. Min. Teori Zavascki, segunda turma, DJe: 9 set. 2014; RHC 117171. Rel. Min. Luiz Fux, primeira turma, DJe: 25 set. 2013; HC 117090, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, segunda turma, DJe: 4 set. 2013; HC 116744-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, primeira turma, DJe: 4 set. 2013; HC 97688, Rel. Min. Carlos Britto, primeira turma, DJe: 27 nov. 2009; HC 110848, Rel. Min. Dias Toffoli, primeira turma, DJe: 10 maio 2012; HC 105043, Rel. Min. Cármen Lúcia, primeira turma, DJe: 6 maio 2011” (STF. HC 134132 AgR/MG. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em: 7 jun. 2016).

²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (org.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*, comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 41.

*da prática de futuras infrações, ainda que não inseridas no exato contexto em que os fatos pretéritos teriam se desenrolado.*²¹

e, ainda, que “maus antecedentes também são indicativos de potencial reiteração delitiva, ainda que desconexos do fato imputado”.²²

Outro requisito da decretação da prisão preventiva é a garantia da aplicação da lei penal, que acaba por se resumir a evitar a fuga ou o desaparecimento do imputado.²³

Já o conceito de “conveniência da instrução criminal”, para fins de decretação da prisão preventiva, vem sendo entendido para impedir que o imputado suborne testemunhas ou peritos, destrua provas documentais, bem como alicie testemunhas falsas ou ameace vítimas e testemunhas, sendo certo que em tais situações há evidente cautelaridade, uma vez que tais condutas afastam a possibilidade de se produzir no processo elementos probatórios seguros para embasar a convicção judicial.²⁴

A “garantia da ordem econômica”, outro requisito legal, “tem sido identificada com situações de crimes que envolvam vultosos golpes no mercado financeiro, abalando a credibilidade na ordem econômica ou do sistema financeiro”.²⁵

A Lei 12.403/11 introduziu a previsão de que o descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão também justifica a decretação da prisão preventiva, o que pressupõe a concessão anterior de outra medida cautelar. Parte da doutrina afirma que, sem amparo expresso no texto legal, não basta o mero descumprimento da medida cautelar para a imposição da prisão preventiva, devendo estar presente alguma das demais hipóteses do *periculum libertatis*.²⁶ Discordamos deste entendimento, porquanto a lei presume o *periculum libertatis* do próprio comportamento do imputado em descumprir as obrigações anteriormente expostas, porquanto por meio deste novo comportamento (descumprimento) ele intensifica o *periculum libertatis* inicial que justificou a cominação da medida cautelar diversa da prisão que foi por ele descumprida; é, pois, desnecessária nova prova do *periculum libertatis*.

A Lei 13.964/19 modificou o art. 312 do Código de Processo Penal, dando-lhe nova redação, passando a ter o seguinte texto:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

O dispositivo legal incluiu textualmente o requisito do *periculum libertatis*, isto é, o perigo da liberdade do agente durante a persecução penal, como requisito para a

²¹ STF. HC 143333/PR. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em: 12 abr. 2018.

²² STF. HC 148240, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 22 set. 2017.

²³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 316.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. rev. e de acordo com a Lei 12.403/11. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 688-689.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 981.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 985.

decretação da prisão preventiva, o que já era reconhecido pela doutrina de forma pacífica, vindo o legislador a realçar a necessidade deste pressuposto, ao lado do *fumus delicti commissi*, para que seja possível o decreto da prisão preventiva.

O *periculum libertatis* é definido por conceitos amplos e abertos, não havendo a descrição pormenorizada das situações que configuram cada um dos conceitos justificadores da prisão cautelar,²⁷ cabendo ao intérprete integrar estes conceitos, o que permite uma dose elevada de subjetivismo para a decretação da prisão cautelar, em especial em relação à garantia da ordem pública. Em que pese o subjetivismo abrir margem para prisões arbitrárias, mostra-se impossível ao legislador prever de forma exaustiva todas as situações possíveis de perigo na manutenção da liberdade de alguém que está sendo alvo da persecução penal decorrente da própria riqueza e da diversidade dos comportamentos humanos, razão pela qual o subjetivismo deve ser entendido aqui como um mal necessário e inevitável.

Com a Lei 13.964/2019, houve a alusão expressa ao *periculum libertatis* como “o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Todavia, esse conceito prossegue sendo um conceito aberto, gerando o subjetivismo mencionado, mas, de qualquer forma, entendemos ser correta a modificação normativa para estabelecer expressamente em lei o que já estava bem estabelecido na doutrina e na jurisprudência.

Neste sentido, nossa legislação acompanha o direito processual penal italiano que expressamente prevê o pressuposto da cautelaridade para a decretação de medidas cautelares pessoais, consignando-se, ainda, a necessidade de que exista perigo atual e concreto para a justificação da decretação da prisão preventiva.²⁸

Digno de nota é a inclusão do parágrafo 2º no art. 312 do Código pela nova legislação. O dispositivo reconheceu a necessidade de fundamentação concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Ante a ausência de esclarecimento normativo sobre o conceito de “fatos novos” ou “fatos contemporâneos”, a doutrina e a jurisprudência deverão suprir esta lacuna, que, embora relevante, não comporta ser analisada aqui por ultrapassar os estreitos limites deste artigo.

2.2. Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é conceituada por Nucci como “modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal)”.²⁹

A prisão em flagrante é a única modalidade de constrição de liberdade na persecução penal brasileira de iniciativa de qualquer do povo ou dos agentes e autoridades policiais que independe para sua efetivação de ordem escrita da autoridade policial.³⁰ Em razão de seu aspecto subjetivo, a prisão flagrancial é considerada facultativa, no tocante a qualquer do povo, e obrigatória, em relação aos que têm o dever legal de realizá-la.³¹

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 977.

²⁸ Art. 274 do CPP italiano.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 16. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 756.

³⁰ Art. 301 do Código de Processo Penal.

³¹ Por força do art. 5º, XIV, da Lei Federal n. 13.022, de 8 de agosto de 2014, a guarda municipal pode exercer a polícia ostensiva e auxiliar das forças policiais, podendo encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração

Tem assento constitucional atual,³² vindo de forma constante nas Constituições desde o período do Império³³, sendo formalizada por meio do auto de prisão em flagrante delito que deve observar as formalidades previstas em lei.³⁴

Constitui pressuposto legal da prisão em flagrante o estado flagrancial.

Considerando-se a origem etimológica do vocábulo “flagrante”, que significa “o que arde”, “o que está em chamas”, a doutrina exige a atualidade e a visibilidade do crime para a configuração do estado flagrancial.³⁵

Como decorrência da conjugação destes fatores, a norma processual prevê hipóteses de situação de flagrância. Neste sentido, o art. 302 do Código de Processo Penal, que estabelece as situações da flagrância, reconhece as hipóteses de flagrante em sentido próprio (art. 302, I e II), em sentido impróprio (art. 302, III) e flagrante presumido ou ficto (art. 302, IV).

A finalidade da prisão em flagrante é a de proteger imediatamente bens jurídicos tutelados pela norma penal que estão sendo lesados pela conduta criminosa, impedindo-se o prosseguimento da lesão a estes bens. Neste sentido, como anota Zilli, a prisão em flagrante visa a “assegurar uma reação imediata do aparato repressivo às situações de flagrante violação do ordenamento penal”.³⁶

Além disso, a prisão em flagrante tem a finalidade de tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria,³⁷ porquanto traz elementos probatórios relevantes, tais como a apreensão dos instrumentos do crime, o depoimento de testemunhas presenciais e as declarações da vítima.

E em razão desta necessidade urgente de proteção social, urgência esta que afasta a possibilidade de aguardar-se qualquer ordem judicial, é que o ordenamento jurídico pátrio autoriza a prisão sem as garantias inerentes ao procedimento legitimador decorrente da decisão judicial.

A estrutura da prisão em flagrante compreende a prisão-captura pela polícia ou por qualquer do povo, a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial e a prisão-detenção, sendo assim, um ato complexo, dado que exige a conjugação de vários atos parciais que integram o todo da prisão em flagrante,³⁸ condensados estes atos no auto de prisão em flagrante.

Dentre as medidas cautelares pessoais, a prisão decorrente do estado flagrancial era considerada pela doutrina como medida cautelar pessoal, e, por consequência, era,

penal, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário. Assim, consideramos que a guarda municipal passou a ser também obrigada a agir diante de infração penal, vinculando-se ao flagrante obrigatório.

³² Art. 5º, LXI, da Carta Magna.

³³ A Constituição brasileira de 1824 previa esta modalidade de prisão no art. 179, X: “A exceção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima”.

³⁴ Previstas nos arts. 304 e 306 do Código de Processo Penal, incluindo-se a oitiva do condutor, das testemunhas presenciais, o interrogatório do suspeito, além da nota de culpa. Evidentemente, deve a autoridade observar as disposições constitucionais atinentes a esta modalidade de prisão, como a imediata comunicação da prisão à autoridade judicial competente para a apreciação da regularidade da prisão, a comunicação da prisão aos familiares do detido, a faculdade de assistência de advogado, o de ser informado de seus direitos, incluindo-se a nota de culpa e o direito de permanecer calado, o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão e pelo interrogatório policial, e, evidentemente, o respeito à sua integridade física e moral.

³⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 317.

³⁶ ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 447-494, jul./ago. 2010

³⁷ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo, 2015. p. 961.

³⁸ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo, 2015. p. 961.

por si só, título processual suficiente e independente a legitimar a prisão do indiciado. Assim, esta modalidade de prisão, embora sujeita à apreciação da autoridade judiciária para analisar sua juridicidade, não necessitava da sua substituição por uma decisão judicial para que mantivesse seus efeitos, bastando apenas a ausência de relaxamento da prisão pelo magistrado para que o indiciado permanecesse preso.

Com o advento da Lei 12.403/11, que alterou toda a formulação legal do Código de Processo Penal no tocante às medidas cautelares, passou a lei a exigir que o magistrado, quando comunicado da prisão em flagrante, aprecie, além da legalidade do auto de prisão em flagrante, a necessidade da prisão cautelar, devendo converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando as demais medidas cautelares não sejam suficientes ou adequadas ao caso.³⁹

Com esta nova regulamentação legal, a prisão em flagrante passou a não mais constituir título legitimador da prisão de forma permanente para a manutenção da custódia do preso em flagrante, tendo legitimidade muito temporária para justificar a prisão, dado que prevalece até a decisão judicial, que deve ser realizada de forma mais breve possível.

Em razão destas características, a prisão em flagrante vem sendo considerada como medida pré-cautelar, como aduz Lopes Júnior:

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.⁴⁰

Aprofundando a nova sistemática legal, houve a instituição no direito brasileiro da audiência de custódia, na qual o preso em flagrante deve ser apresentado em exíguo prazo para ser ouvido pelo magistrado. A referida audiência foi instituída por força de decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal,⁴¹ com fundamento no quanto estabelecido no art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁴²

Embora se possa questionar a forma pela qual a audiência de custódia foi instituída no país, isto é, por determinação judicial, e sem observância ao princípio da legalidade estrita, de importância ímpar no processo penal, o fato é que a Lei 13.964/2019 supriu a lacuna normativa e passou a prever expressamente a audiência de custódia, regulamentando-a na nova redação do art. 310 do Código de Processo Penal.

Desta maneira, em 24 horas após o recebimento do auto de prisão em flagrante (e não a partir propriamente da prisão em si), o juiz deve realizar a audiência de custódia,

³⁹ Art. 310 do Código de Processo Penal.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 806.

⁴¹ STF. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgada em: 9 set. 2015.

⁴² Art. 7º: Direito à liberdade pessoal: "(...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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".

na presença do acusado, de seu defensor e do representante do Ministério Público, efetivando o magistrado o controle jurídico da prisão flagrancial ocorrida.

Há uma aproximação do ordenamento jurídico brasileiro com o ordenamento jurídico italiano no qual vige o sistema de convalidação necessária da prisão em flagrante (*l'arresto in flagranza*) em “*custodia cautelare in carcere*”,⁴³ em regra, pelo “*giudice per le indagini preliminari*”, nomeando o legislador italiano a prisão em flagrante como uma entre as medidas pré-cautelares (*misure precautelari*), reconhecendo, assim, a pré-cautelaridade desta forma de prisão.

Sob a lógica garantista e considerando-se os riscos inerentes à efetivação de uma prisão sem decisão judicial, bem como a necessidade de se prevenir quaisquer violações de direitos humanos, o sistema de convalidação da prisão administrativa por meio da necessária decisão judicial sobre a prisão flagrancial é apto a conferir o justo equilíbrio entre a imprescindibilidade da prisão em flagrante para o resguardo imediato de valores caros ao ordenamento jurídico e a proteção dos direitos fundamentais do preso. No entanto, não é imune à crítica a alegada necessidade da apresentação do preso ao juiz logo após a prisão flagrancial como forma de controle desta prisão.⁴⁴

A *ratio* normativa, da mesma forma que a decisão judicial que a precedeu, cinge-se ao controle da prisão, isto é, à verificação dos requisitos legais autorizadores da prisão, bem como ao respeito aos direitos constitucionais do imputado.

Juntamente com a audiência de custódia, a nova legislação instituiu a figura do juiz de garantias ao introduzir o art. 3º-B no Código de Processo Penal.

Neste passo, é de se observar que qualquer juiz criminal “(...) já é a própria garantia de uma jurisdição que se presta segundo avaliação e asseguuração de direitos fundamentais, seja do indivíduo (autor da infração ou vítima) seja do grupo social”.⁴⁵ Isto porque a atividade jurisdicional visa precipuamente a garantir os direitos individuais em qualquer fase da persecução penal.

Se em princípio a denominação *juiz de garantia* mostra-se redundante, ao mesmo tempo não se pode negar que a nomenclatura indica o exercício jurisdicional específico

⁴³ Cf. Livro V do Código de Processo Penal italiano.

⁴⁴ Registre-se, por exemplo, que a Corte de Cassação italiana reconhece que a convalidação da prisão em flagrante pode ocorrer sem a presença do acusado, diferentemente do atual sistema brasileiro: “*Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di convalida dell'arresto e contestuale giudizio direttissimo, la mancata presenza dell'arrestato all'udienza non impedisce al giudice di provvedere, in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, alla convalida (Cass. Sez. VI n. 53850/2014 RV 261682). Invero l'eventualità che l'arresto in compagnia è contemplata dall'art. 391 commi 3 e 7 c.p.p. richiamati dall'art. 449 c.p.p. (Cass. Sez. V n. 24612/2009 RV 244138; Cass. Sez. VI n. 3410/2011 RV 249229)*”. (Corte de Cassação. Penale Sent. Sez. 4 Num. 24984/2017. Julgado em: 21 fev. 2017). De fato, o controle da prisão em flagrante pode ser realizado eficazmente sem a necessidade da audiência de custódia, uma vez que esse controle é realizado pelo magistrado conforme os elementos de informação colhidos e documentados no auto de prisão em flagrante. A oitiva do imputado, que não é interrogado na mencionada audiência, mas apenas ouvido, não tem o condão de afastar, por si só, a credibilidade da oitiva das testemunhas ouvidas pela autoridade policial e dos demais documentos eventualmente carreados por esta, o que indica a muito reduzida possibilidade desta declaração do acusado ter relevância para a modificação do controle da prisão realizada. Eventuais documentos existentes em favor do acusado poderão ser carreados pela defesa a qualquer tempo. Por outro lado, a eventual violação de sua integridade física pelo agentes policiais será constatada por meio do cotejo do exame de corpo de delito e dos depoimentos colhidos nos autos, exsurindo a pouca efetividade da audiência de custódia para tais escopos. Ademais, o interrogatório do preso pela autoridade policial poderia ser gravado, suprimindo, pois, a necessidade da presença do preso perante o juiz para documentação de eventuais lesões corporais visíveis. Mostra-se, pois, de pequena eficiência em termos processuais e muito custosa a movimentação do aparato estatal desenvolvido nesta audiência de custódia.

⁴⁵ GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia: como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

de atividade restrita à fiscalização externa da atividade de outros órgãos da persecução penal, mediante a observância e o respeito aos direitos fundamentais. Assim, e ressalvado o quanto mencionado, mostra-se adequada a nomenclatura utilizada.

O conceito legal de juiz de garantias declara que este é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário l.

A competência para a realização da audiência de custódia cabia, nos termos da Lei 13.964/2019, ao juízo de garantias. Entretanto, o juízo de garantias não entrou em vigor, eis que, sob o fundamento de que a norma federal usurpou a competência legislativa estadual prevista constitucionalmente. Assim, ao instituir norma relativa à organização judiciária, o Supremo Tribunal Federal em decisão liminar suspendeu *sine die* a implantação do juízo de garantias nos autos da ADI 6299 MC/DF.⁴⁶ Em razão disso, a competência para a realização das audiências de custódia retornou, como já era antes da nova legislação, a ser exercida pelos juízos criminais conforme a competência estabelecida em lei estadual e nos atos normativos judiciários desta decorrentes.

A nova legislação incluiu causa de relaxamento da prisão em flagrante (art. 310, §4º, do Código de Processo Penal), a saber, o decurso do prazo de 24 horas após a apresentação do auto de prisão flagrancial, determinando que a não realização da audiência de custódia sem motivação idônea importaria na automática soltura do imputado, prevendo, contudo, a possibilidade da decretação da prisão preventiva quando o caso.

Em razão da irrazoabilidade dessa consequência jurídica, o Supremo Tribunal Federal também suspendeu a vigência deste dispositivo legal.⁴⁷

Forte no princípio constitucional da Separação de Poderes, ante a superação da decisão judicial do Supremo Tribunal Federal que instituiu a audiência de custódia pelos novos dispositivos legais que passaram a suprir a anterior omissão legislativa e regulamentaram no País o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, entendemos que perderam a validade jurídica as disposições do art. 13 da Resolução n. 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que se embasava na mencionada decisão da Suprema Corte, ficando, portanto, afastada a extensão da audiência de custódia para as prisões diversas da prisão flagrancial.

Não se justifica, de fato, a extensão da audiência de custódia para outras modalidades de prisão anteriormente decretadas por autoridade judicial competente. A um, porque o magistrado a que for apresentado o preso nem sempre ostenta o poder jurisdicional de revogar a prisão decretada, seja porque não tem competência territorial, seja porque a prisão decorre, por exemplo, de determinação contida em sentença transitada em julgado contra a qual não cabe mais recurso. A dois, porque a eventual violação da integridade física durante o procedimento da prisão preventiva ou de prisão definitiva do imputado pode e deve ser apurada por meio de exame de corpo de delito e por outros meios em direito permitidos, sendo desnecessária a audiência de custódia para tal mister.

⁴⁶ STF. ADI 6299 MC/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 22 jan. 2020.

⁴⁷ STF. ADI 6299 MC/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 22 jan. 2020.

3. Sistema acusatório

A característica fundamental do sistema acusatório reside na separação entre as funções de julgar, acusar e defender, ou, como afirma Chiavario,⁴⁸ o sistema acusatório implica indubitavelmente a separação subjetiva na titularidade da função decisória no tocante ao exercício da ação penal e ao investigar, opondo-se ao sistema inquisitório.

Os modelos inquisitórios são fundados em um ideal de Estado autoritário, no qual há a prevalência do interesse estatal na reconstituição do ordenamento violado. Este modelo de processo penal imperou no Ocidente desde a Idade Média até a Revolução Francesa, ostentando especial valor para o Direito Canônico vigente na Europa, bem como para as monarquias europeias.

O conceito subjacente ao modelo inquisitivo é que quanto maior poder for conferido ao inquisidor (autoridade pública), melhor será a verdade composta na lide,⁴⁹ estando umbilicalmente ligado à ideia da busca da verdade real a qualquer custo, fundado no princípio da autoridade.

O modelo inquisitório ostenta algumas características marcantes, sendo elas: a concentração da função de julgar e acusar em um único órgão; o conceito de que o réu é um objeto do processo e não uma parte com direitos e deveres, conceito do qual decorre a inexistência da incidência do contraditório e ampla defesa; e, em regra, o processo era escrito e secreto.

Decorre do processo inquisitório a desnecessidade da regulamentação da matéria de prova, pois uma regulamentação da atividade probatória implicaria, sob a ótica autoritária, um indesejado limite à busca da verdade real.⁵⁰

No campo probatório, no sistema inquisitório há a intervenção *ex officio* do juiz, que tem liberdade para colher provas, independentemente da proposição das partes, sendo uma das características deste sistema a prisão do acusado durante o processo.

Em contraposição ao modelo inquisitório, há o sistema acusatório, fundado em dois pilares essenciais, o conceito de que o réu é titular de direitos e garantias, ostentando a qualidade de parte em igualdade de condições com o acusador público, e, ainda, a separação entre a função de julgar e acusar, que é distribuída a órgãos distintos; e, em regra, os processos são públicos.

O sistema acusatório está baseado no princípio dialético, pelo qual se considera ser a verdade melhor acertada com a permissão de atividade probatória pelos sujeitos que têm interesses contrapostos, cabendo sua análise ao juiz imparcial com base nas provas produzidas pela acusação e pela defesa em contraditório,⁵¹ sendo o processo penal acusatório a expressão de um Estado liberal-democrático, enquanto o processo penal inquisitivo puro está ligado a regimes autoritários.⁵²

⁴⁸ CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*. 6. ed. Torino: Utet Giuridica, 2015. p. 20.

⁴⁹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.

⁵⁰ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.

⁵¹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 106-107.

Expostas estas breves considerações, exsurge o conceito do sistema adversarial, próprio da *Common Law* e que, embora se aproxime do conceito do sistema acusatório, com ele não se confunde.

De fato, o *adversarial system* configura o modelo em que, além desta separação de funções de julgar, acusar e defender, “há predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas”.⁵³

O *adversarial system* ostenta características específicas, a saber, um juiz neutro e passivo; iniciativa instrutória das partes processuais e um ambiente jurídico altamente estruturado. A passividade do juiz é imprescindível para garantir sua neutralidade em relação aos fatos alegados pelas partes, evitando-se os riscos de pré-julgamento da causa decorrentes da iniciativa. Por outro lado, a iniciativa probatória das partes visa a afastar a gestão da prova pelo juiz, forçando as partes a buscarem elementos probatórios, dado que o juiz não pode ter nenhum conhecimento sobre o caso, sob pena de ser suspeito. Por fim, o ambiente jurídico fortemente estruturado decorre da existência de regras que dispõem sobre as fases do julgamento (*rules of evidence*) e sobre o comportamento das partes (*rules of ethics*).⁵⁴

A pedra de toque do processo penal adversarial é a disputa entre partes processuais em posição de igualdade perante um juiz, cabendo a este o papel de zelar pela observância das normas que disciplinam a disputa, enquanto ao acusador espera-se que busque a condenação por meio da persuasão racional pelo ônus de provar, cabendo, por fim, à defesa, o papel de buscar evitar a condenação, apresentando as teses que melhor lhe aprouver.⁵⁵

Decorre, ainda, do *adversarial system* a possibilidade ampla de negociação entre as partes em questões relevantes do processo penal.

Do quanto o exposto, um sistema processual penal acusatório pode adotar o modelo adversarial ou inquisitorial, conforme exista um predomínio das partes na marcha do processo e produção probatória (adversarial) ou atribuindo este predomínio ao magistrado (inquisitorial).⁵⁶

Em que pese pontuais inserções de institutos de negociação no processo penal, como a ampliação do instituto da colaboração premiada desenvolvido pela Lei n. 12.850/2013, e a introdução do acordo de não persecução penal no art. 28-A do Código pela Lei 13.964/2019, e a restrição à iniciativa probatória do juiz, que passou a ter poderes instrutórios mais limitados com as modificações ocorridas no art. 156 do Código, o desenvolvimento do processo penal brasileiro ocorre, ainda, por impulso oficial, havendo, ainda, marcante função social do juiz decorrente do caráter publicista do processo pátrio.

A Lei 13.964/2019 incluiu o art. 3º-A no Código de Processo Penal para reconhecer expressamente a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, consignando-se 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”, depreendendo-se

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.

⁵⁴ MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal de partes: “right of confrontations”*. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 19-20.

⁵⁵ DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, n. 121, p. 506-589, 1973.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.

do dispositivo legal a subsidiariedade do poder instrutório do magistrado na ação penal, com seu afastamento na fase investigativa, que é justamente o momento primordial da pesquisa da prova que pode gerar eventualmente alguma violação à imparcialidade judicial.

Corroborando o sistema acusatório inquisitorial pátrio, além de conferir poderes instrutórios ao magistrado, a possibilidade legal do juiz *de ofício* determinar a retirada do réu da sala de audiências sempre que verificar que a sua atitude influi no ânimo da testemunha (art. 217), bem como a retirada de qualquer pessoa que ponha em risco a ordem dos atos processuais (art. 251), além de poder determinar a condução de testemunhas faltosas (art. 218), aplicando-lhes multa (art. 219).

Desta feita, não obstante a constatação de que a iniciativa instrutória do juiz vem sendo diminuída, o fato é que esta ainda permanece prevista no ordenamento processual, não havendo, ao menos neste momento, elementos suficientes para que se afirme que o processo penal pátrio virá a se transformar em um processo puramente adversarial, porquanto as raízes da tradição da *civil law* estão consolidadas na cultura jurídica do país,⁵⁷ decorrente do processo histórico-institucional que remonta à influência europeia quando da colonização do País.

Reconhecido o sistema acusatório e mantida a iniciativa instrutória judicial no processo, o sistema do processo penal pátrio insere-se na categoria de sistema acusatório inquisitorial. Isto porque cabe ao juiz dar o impulso oficial ao processo, gerenciando e complementando sob certas hipóteses a atividade probatória das partes, as quais foram atribuídos deveres cada vez mais intensos no tocante à instrução do processo penal. E, sob os princípios inerentes ao sistema acusatório, deve o magistrado zelar pelo respeito ao contraditório na formação dos atos processuais, em especial os probatórios, devendo motivar de forma suficiente os provimentos jurisdicionais e resguardar os limites constitucionais e legais das provas produzidas.

Para arrematar, nas sociedades democráticas é inadmissível o sistema inquisitório; no entanto, a adoção do sistema acusatório inquisitorial ou adversarial cinge-se à escolha política e legítima do legislador sem que seja, nenhuma delas, indicativa de qualquer violação aos direitos fundamentais.

4. Atuação judicial *ex officio* na prisão cautelar

Com as premissas anteriormente delineadas acerca do sistema acusatório inquisitorial presente no ordenamento processual brasileiro, conclui-se que a atuação *ex officio* do magistrado para a decretação da prisão cautelar, isto é, a possibilidade do juiz decretar a prisão preventiva independentemente de requerimento do Ministério Público,⁵⁸ é compatível com o sistema acusatório brasileiro.

⁵⁷ Da mesma forma, mesmo na Itália, em decorrência de sua cultura jurídica, reconhece-se a introdução após o Código de 1988 de alguns institutos do *adversarial system*, mas com temperamento. Mario Chiavario aponta que: “Quanto à formação das provas, o código de 1988 sublinhou de várias maneiras a importância do contraditório. Antes de mais nada, admitindo a técnica do modelo processual *adversary* cujo momento chave se dá na *cross examinations*, ainda que não reduzindo o juiz a um outro e simples espectador mudo de uma lide que não exclui lances graves e inesperados” (CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad. Maurício Zanoide de Moraes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 31, jan./mar. 1994).

⁵⁸ Embora a lei declare a possibilidade de decretação de medidas cautelares, bem como da prisão preventiva a requerimento de qualquer das partes, é evidente que a prisão preventiva é requerida apenas pelo Ministério Público, e nunca pela defesa do acusado; por outro lado, considerada a pequena abrangência para fins de prisão cautelar a pedido do querelante ou, ainda,

De fato, à luz do nosso sistema acusatório inquisitorial, é de se concordar com Ada Pellegrini, para quem

não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social. O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo.⁵⁹

Ora, tendo o magistrado poderes instrutórios no nosso sistema processual, mostra-se com mais razão poder atuar, independentemente da vontade das partes, para assegurar o resultado útil do processo penal. Isto porque, ao contrário do processo civil, aquele tem sempre seus efeitos desbordantes da mera situação específica da relação jurídica firmada entre o Estado e o imputado.⁶⁰

Como já advertia Frederico Marques:

(...) é preciso não transformar em modalidade de ação penal simples incidentes processuais nascidos no curso da relação processual. Só se pode falar em ação quando, com o pedido que nela se contém, se instaura uma relação processual. Outras atividades postulatórias, e são muitas, que qualquer dos sujeitos processuais exerça, refogem do conceito de ação.⁶¹

Neste sentido, ao contrário do que afirma parte da doutrina,⁶² a iniciativa judicial para a decretação de uma medida cautelar não viola o sistema acusatório. Ora, não se confunde esta iniciativa judicial com o ingresso de uma ação, na qual vige o princípio *ne procedat iudex ex officio*, mormente porque inexiste no ordenamento pátrio um processo penal cautelar,⁶³ e, portanto, não configura esta iniciativa qualquer atentado ao sistema acusatório, embora certamente a iniciativa do magistrado em decretar medidas cautelares atente contra o *adversarial system*. Em verdade, parte da doutrina confunde “sistema acusatório” com o “sistema adversarial”, decorrendo disto conclusões jurídicas indevidas.

do assistente da acusação, neste trabalho deixaremos de abordar esses outros legitimados, mantendo o enfoque apenas no requerimento ministerial.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.

⁶⁰ Considerando-se que uma das finalidades da pena é a prevenção geral de delitos, a persecução penal de um imputado gera efeitos em toda a sociedade, sejam benéficos (quando valorizam o papel estatal de pacificação social por meio de um processo justo), sejam maléficos (quando fomentam a impunidade por uma atuação deficiente ou, ainda, quando produz arbitrariedades), o que diferencia a jurisdição penal da jurisdição civil, na qual o processo individual atinge apenas as partes envolvidas.

⁶¹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. V. II, p. 41-42.

⁶² A título de exemplo: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 159-160.

⁶³ “(...) inexiste ação ou processo cautelar. Há decisões ou medidas cautelares, como a prisão preventiva, o sequestro, e outras, mas sem que se promova uma ação ou se instaure um processo cautelar diferente da ação ou processo de conhecimentos. As providências cautelares são determinadas como incidentes no processo de conhecimento” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110).

Não se verifica, ainda, violação à imparcialidade do magistrado com a atuação judicial *ex officio* de medidas cautelares contra o imputado pois não há pré-julgamento da causa com a decretação das medidas cautelares, porquanto os pressupostos e os requisitos destas são diversos daqueles relacionados ao julgamento de mérito do processo.

Ademais, acaso qualquer decisão judicial de ofício gerasse a parcialidade do magistrado, este também deveria ser declarado impedido/suspeito quando concedesse liberdade provisória ao imputado de ofício, pois estaria sendo parcial contra o Estado e a sociedade, representado pelo Ministério Público, o que é inadmissível.

Saliente-se que a própria Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece que o mero fato do juiz ter proferido decisões relativas à prisão do imputado não justifica *de per se* violação da imparcialidade (Case Nortier v. Netherlands, j. 24 ago. 1993). Para esta Corte, a imparcialidade do juiz é presumida e deve ser afastada apenas quando comprovada sua violação por meio de *subjective test* ou *objective test*, isto é, por meio de prova que indique interesse pessoal do magistrado no caso ou prova de que a conduta do juiz no processo gere dúvida da sua imparcialidade (Case Hauschildt v. Denmark, j. 24 mai. 1989).

Desta forma, a mera prolação de decisões anteriores *pro societate*, de ofício ou atendendo a requerimento das partes, não indica violação à imparcialidade informadora da garantia constitucional do juiz natural nem atentado ao sistema acusatório.⁶⁴

Não se pode, todavia, deixar de reconhecer a tendência legislativa na redução do poder de iniciativa cautelar do magistrado, o que foi acentuado por meio da Lei 13.964/19.

Em sua redação original de 1941, o art. 311 do Código de Processo Penal atribuía ao magistrado o poder de decretar de ofício a prisão cautelar de qualquer imputado, seja na fase do inquérito policial, seja na fase processual.

Essa extensão do poder cautelar *ex officio* perdurou até 2011, quando houve a modificação do dispositivo legal pela Lei 12.403/11, que reduziu o poder do magistrado, afastando sua iniciativa cautelar na fase do inquérito policial, mantendo-a, contudo, no tocante à fase processual.⁶⁵

Com o advento da Lei 13.964/19, houve nova modificação no art. 311 do Código, passando o dispositivo legal a não mais prever a possibilidade da iniciativa cautelar do magistrado,⁶⁶ que poderá decretar agora a prisão preventiva ou qualquer medida cautelar pessoal apenas por meio de requerimento das partes ou também por representação da autoridade policial.

Embora os dispositivos legais não vedem expressamente a iniciativa do magistrado em decretar medida cautelar, ante o princípio da legalidade estrita que informa o processo penal, é de se concluir que houve a subtração desta iniciativa judicial de decretar a prisão cautelar por meio dessas modificações legislativas.

⁶⁴ Evidentemente não se pode afastar a possibilidade de que, em determinado caso concreto, a atuação judicial *ex officio* gere perda da imparcialidade do julgador, mas para que isso ocorra deve haver outros elementos corroboradores desta perda. Por ser excepcional e dependente de outras circunstâncias do caso concreto, conclui-se que, em regra, a atuação de ofício do magistrado não viola o princípio do juiz natural.

⁶⁵ Art. 311, com a redação dada pela Lei 12.403/11: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

⁶⁶ Art. 311, com a nova redação: “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”.

Portanto, em regra, é proibida a iniciativa judicial cautelar no tocante à prisão, subsistindo, contudo, de forma mais restrita, conforme será visto adiante.

4.1. Atuação cautelar *ex officio*: marcos temporais e limites

A estrutura do processo penal brasileiro, além das hipóteses em que é instado pelas partes, estabelece três momentos processuais em que o magistrado deverá obrigatoriamente analisar a custódia cautelar: na audiência de custódia (art. 310 do CPP), quando da prolação da sentença (art. 387, §1º, do CPP), além da revisão nonagesimal da custódia cautelar (art. 316, parágrafo único, do CPP, acrescido pela nova legislação).

Por outro lado, é de se registrar que o requerimento do Ministério Público ou a representação da autoridade policial no inquérito não integram os requisitos ou pressupostos da prisão cautelar por não estarem delineados nos arts. 312, 313 ou 314 do CPP, mas apenas referem-se à legitimidade da postulação cautelar, sendo, portanto, elementos externos à prisão cautelar e não integrantes de um ato jurídico complexo.

Anote-se, outrossim, que a iniciativa judicial cautelar pode ser classificada sob seu resultado em: iniciativa *pro societate*, quando se decreta a prisão cautelar ou medida cautelar, ou iniciativa *pro reu*, quando se revoga ou atenua medida cautelar já decretada, estando ambas sujeitas a regimes jurídico-processuais distintos.

4.1.1. Audiência de custódia e prisão em flagrante

Na prisão flagrancial, a discussão que se apresenta no tema proposto é se o juiz, diante da apresentação do imputado e do auto de prisão em flagrante, pode converter a prisão flagrancial em custódia preventiva mesmo contra eventual manifestação do *Parquet*;⁶⁷ é dizer: pode o juiz decretar a prisão preventiva sem o requerimento do *dominus litis*?

A prisão em flagrante, como já ressaltamos, é uma espécie de prisão pré-cautelar sujeita necessariamente à convalidação pela autoridade judiciária, não subsistindo mais por si mesma.

Dispõe o art. 310 do CPP que, logo após a prisão em flagrante, será realizada audiência de custódia, na qual deverá fundamentadamente o juiz: a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, observados os requisitos do art. 312 do CPP e caso esta prisão não puder ser substituída por outras medidas cautelares diversas da prisão; ou, ainda, c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Como a lei processual obriga o magistrado a deliberar sobre a prisão da pessoa presa em flagrante, inclusive para convertê-la em prisão em flagrante, se o caso, temos que a lei supre e substitui a manifestação de vontade do órgão ministerial, permitindo ao magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva independentemente da aquiescência ou discordância do Ministério Público à prisão preventiva que, como já anotamos, não constitui requisito ou pressuposto interno da prisão preventiva.

Em outras palavras, a decisão jurisdicional não está vinculada à manifestação do *Parquet*, pois caso contrário ocorreria indevida transferência do poder jurisdicional concedido pela Constituição Federal ao Poder Judiciário para outro órgão estatal.

⁶⁷ É o caso por exemplo do Promotor de Justiça requerer a liberdade provisória do imputado.

Ademais, pela teoria dos poderes implícitos, é aplicável ao caso o princípio *in eo quod plus est semper inest et minus*, pois se pode o magistrado condenar o imputado mesmo diante de um pedido de absolvição ministerial (art. 385, CPP), pode o menos que é o de decretar uma medida cautelar contra a manifestação ministerial.

Além disso, como esta modalidade de prisão preventiva apenas mantém prisão já ocorrida, e não modifica o *status libertatis* do indiciado, não poderia mesmo estar sujeita às restrições da iniciativa cautelar do magistrado.

Na vigência da legislação anterior à Lei 13.964/19, que também proibia a atuação *ex officio* do magistrado no tocante à prisão cautelar na fase de inquérito, com a anterior redação do art. 311 do CPP, a jurisprudência dominante já reconhecia a possibilidade desta iniciativa judicial.

O C. Superior Tribunal de Justiça reconhece que:

A impossibilidade de decretação da prisão preventiva ex officio pelo juiz na fase de investigação não se confunde com a hipótese vertente nestes autos, retratada no artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, dispositivo que permite ao magistrado, quando do recebimento do auto flagrancial e constatando ter sido a prisão formalizada nos termos legais, converter o encarceramento em flagrante do acusado na custódia preventiva, diante da presença dos requisitos constantes do artigo 312 do Estatuto Processual Repressivo, situação em que se mostra cabível o atuar de ofício pelo juiz (STJ - HC 449717/RS. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe: 29 jun. 2018).

E, ainda:

Nos termos da orientação desta Corte, não existe óbice para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ainda que de ofício, consoante a interpretação que se confere ao art. 310, II, do CPP (STJ - RHC 95.746/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma. Julgado em: 17 abr. 2018. DJe: 25 abr. 2018).

e, por fim:

Não configura nulidade a decretação, de ofício, da prisão preventiva, quando fruto da conversão da prisão em flagrante, haja vista o exposto permissivo do inciso II do art. 310, do Código de Processo Penal (precedentes) (STJ - RHC 94.204/MG. Rel. Min. Felix Fischer. DJe: 16 abr. 2018).

Assim, neste momento processual a iniciativa judicial cautelar é incondicionada, porque não depende de requerimento das partes, nem tem limites em face de seu resultado, se em favor do réu ou da sociedade.

4.1.2. Prolação de sentença condenatória e pronúncia

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível ou da pronúncia era considerada como modalidade de prisão processual, uma vez que o art. 408 (pronúncia) e o

art. 594 do Código impunham como efeito automático da condenação, ainda que recorável, e da pronúncia, a prisão do imputado.

No entanto, pela inspiração do texto constitucional fundada no princípio constitucional da presunção da inocência, a doutrina passou a reconhecer como inconstitucional os dispositivos legais que determinavam a prisão automática,⁶⁸ pois a prisão processual apenas convive com este princípio se decretada em face do *periculum libertatis*, ou seja, a prisão processual somente é constitucional quando reconhecida sua natureza cautelar e excepcional.

Por meio das Leis n. 11.689/2008, e n. 11.719/2008, o legislador reconheceu expressamente a natureza cautelar destas prisões, que passaram a não mais constituir espécies autônomas da prisão processual, integrando ambas agora o instituto da prisão preventiva.

Dispõe o art. 387, §1º do Código que, na hipótese de procedência da ação penal, o juiz deverá decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. Dispõe, por seu turno, o atual art. 413, §3º, que na pronúncia o

juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

E, por fim, no tocante à sentença proferida em sessão plenária do Tribunal do Júri, passou a dispor o art. 492, I, "e" do Código, com redação dada pela Lei 13.964/2019, que

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.⁶⁹

Embora a Lei 13.964/2019 tenha subtraído do magistrado a iniciativa para decretar prisão preventiva no curso da ação penal sem requerimento das partes, este óbice não se aplica aqui, dado que, tal como ocorre na prisão flagrancial, a previsão legal de manifestação judicial necessária sobre a prisão preventiva supre o requerimento do órgão acusatório, permitindo que o magistrado altere o *status libertatis* do imputado, determinando a prisão, sua manutenção, ou, ainda, a soltura do acusado, desde que devidamente fundamentada a decisão.

⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 325-330.

⁶⁹ Cabe aqui apenas pontuar, mas sem analisar, a existência de intensa discussão sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena no Supremo Tribunal Federal, que certamente terá reflexo sobre este dispositivo legal.

Desta feita, neste momento processual a iniciativa judicial cautelar também é incondicionada, porque não depende de requerimento das partes, nem tem limites em face de seu resultado em favor do réu ou da sociedade.

4.1.3. Revisão nonagesimal

A razoável duração do processo foi reconhecida como garantia constitucional expressa a partir da Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o inciso LXXVIII no art. 5º, da Carta Magna, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Decorre deste princípio, dentre outros, a necessidade de que a prisão processual tenha duração razoável, isto é, duração que seja compatível com sua finalidade cautelar, que inclui sua excepcionalidade e sua precariedade, não podendo ser estendida de forma injustificada, porquanto se trata de prisão sem condenação definitiva e que não pode configurar antecipação de pena.

A lei brasileira não estipula prazo certo de duração da prisão cautelar,⁷⁰ ao contrário de outros países,⁷¹ já tendo sido utilizado para tal fim pela jurisprudência o referencial temporal da duração do prazo da persecução penal constituído pela soma dos prazos previstos em lei para os atos processuais.⁷²

Superando este entendimento, mormente em face da inovação constitucional que faz menção expressa à razoável duração do processo, de forma geral, a jurisprudência deixou o mencionado referencial normativo, passando a analisar o prazo de duração da prisão cautelar sob crivo de juízo de razoabilidade em face das circunstâncias do caso concreto.⁷³

Sob este aspecto, analisa-se: a) complexidade dos fatos apurados; b) a quantidade de imputados; c) a necessidade da expedição de diligências necessárias como a expedição de cartas precatórias; d) a quantidade de testemunhas a serem ouvidas; e) o comportamento das partes, como reiterações de pedidos sem fatos novos, diligências procrastinatórias ou condutas que retardem injustificadamente a marcha processual, dentre outras circunstâncias.

Amolda-se, assim, nossa jurisprudência ao quanto reconhecido pela Corte Europeia de Direitos Humanos que, juntamente da Corte Americana de Direitos Humanos, reconhecem a indevida duração da prisão cautelar e do processo fundada em três critérios principais: a) complexidade do caso; b) a atividade processual do imputado; e c) a conduta das autoridades.⁷⁴

⁷⁰ No entanto, existe prazo para o encerramento da instrução, como é o caso da previsão do art. 22 da Lei 12.850/2013, que prevê prazo para encerramento da instrução de 120 dias, com possibilidade de prorrogação, aos réus presos pela prática de crime de organização criminosa ou crimes a este conexos.

⁷¹ Como é o caso, por exemplo, do Código de Processo Penal espanhol, que fixa prazo para a *prisión provisional* em determinadas circunstâncias conforme a duração da pena do delito objeto da ação penal, podendo durar de seis meses a dois anos, admitindo, todavia, em algumas circunstâncias, ser prorrogada (art. 504 da Ley de Enjuiciamiento criminal espanhol).

⁷² Era o caso do conhecido prazo de 81 dias previsto para o procedimento ordinário do CPP.

⁷³ Neste sentido, reconhece o Supremo Tribunal Federal que “a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não procede a alegação de excesso de prazo quando a complexidade do feito, as peculiaridades da causa ou a defesa contribuem para eventual dilação do prazo” (HC 139430, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, segunda turma. Julgado em: 6 jun. 2017).

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas essenciais: Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. V. VI, p. 6.

A legítima preocupação do legislador com o excesso e a indefinição da duração de prisões cautelares justificou a inclusão do parágrafo único no art. 316 do Código pela Lei 13.964/2019, pelo qual: “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”.

Pretendeu o legislador obrigar o magistrado a reapreciar de ofício os requisitos e os pressupostos da prisão preventiva, com a intenção de abreviar prisões desnecessárias, concretizando o princípio constitucional da razoável duração do processo, e, por conseguinte, da prisão. A revisão nonagesimal é um caso de iniciativa judicial exclusivamente *pro reu*, sendo vedada a revisão judicial de fatos *ex officio pro societate* fora dos demais momentos processuais específicos descritos neste trabalho.

Ao cominar a nulidade superveniente da decisão que decretou a prisão preventiva, acaso não observada a revisão nonagesimal, a lei, em verdade, passou a definir, ainda que de forma precária e incompleta, que o prazo da prisão preventiva será de 90 dias, devendo ser revisto neste lapso temporal, embora possa ser prorrogado pelo mesmo período de forma indefinida.

É certo que este prazo não será tão rígido quanto aquele previsto para a prisão temporária, na qual a lei determina expressamente a soltura imediata pela autoridade policial com o vencimento do prazo da prisão sem prorrogação judicial. Ausente esta determinação legislativa específica, o prazo da revisão comportará certa flexibilidade em face das circunstâncias concretas, pois dependerá de decisão judicial para a soltura do imputado, mas não poderá ser excedido de forma injustificada, sob pena de transformação da prisão em constrangimento ilegal suscetível de ser reparado por via de *habeas corpus*.

Com a inovação legal, de certa forma, o legislador atenuou o problema da dilação indevida da prisão processual e da ausência de prazo legal para esta.

Por se tratar de norma processual, a inovação legal é aplicável a todos os processos e procedimentos de persecução penal em curso (art. 2º do Código de Processo Penal).

Destina-se o comando legal ao magistrado que decretou a prisão preventiva, e, assim, até a prolação da sentença (ou acórdão de mérito em caso de competência originária), caberá ao juízo natural do feito reapreciar a decisão da prisão preventiva a cada 90 dias. Se, excepcionalmente, a decisão pela decretação da prisão preventiva for proferida, até a prolação de sentença de primeiro grau, em sede de recurso em sentido estrito/mandado de segurança pelo Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal ou por Tribunal Superior, caberá a estes a revisão *ex officio* da decisão, até porque não ostentaria competência o juízo de origem para revogar decisão de Tribunal *ad quem*.

Esclareça-se que o que se está afirmando é que, *na ausência de modificação do contexto fático-jurídico*, deverá o Tribunal realizar tal revisão e apenas até a prolação de sentença de primeiro grau. No entanto, com qualquer alteração neste contexto, poderá o magistrado de primeiro grau revisar a decisão para conceder liberdade ao imputado, uma vez que tais decisões, pela sua excepcionalidade, devem variar conforme as modificações do estado atual de perigo da liberdade do imputado; não se admite apenas que o juiz de primeiro grau modifique decisão proferida por órgão de superior instância sem a existência de novo contexto fático, sob pena de indevida usurpação de competência.

Em face da lacuna legal, entendemos, ainda, que a necessidade de revisão da decisão que decretou a prisão preventiva incide tão somente em relação às prisões decretadas

até a prolação da sentença. Prisões decretadas quando da prolação da sentença ou na instância recursal pós-sentença não estão sujeitas à revisão nonagesimal. Isto porque já estarão sendo objeto de execução provisória de julgado, o que constitui, *de per sí*, limitador idôneo e adequado da duração da prisão preventiva, e, assim, embora não definitiva, esta espécie de execução já afasta o risco concernente à duração indefinida de prisão cautelar sem cominação de pena.

Pela *ratio legis* do dispositivo, que é afastar a indevida e a indefinida duração de prisão cautelar sem condenação, temos que a revisão nonagesimal não se aplica a processos em que o mandado de prisão preventiva não tenha sido cumprido, pois nesse caso não existe o risco de duração indevida da prisão, podendo ser citado na praxe judicial os processos suspensos pela citação editalícia e com mandado de prisão expedido sem cumprimento.

Não obstante a louvável *ratio legis*, o dispositivo não está isento de críticas.

Inicialmente, o prazo previsto para a revisão judicial da prisão cautelar é muito exíguo, mormente em face da realidade do sistema judiciário brasileiro, com notória sobrecarga de processos e limitados recursos humanos e financeiros, o que gera indesejada morosidade no tramitar de feitos.

Assim, o que a prática forense gera como perspectiva é que, na maioria dos casos, a revisão nonagesimal ocorrerá sem que tenha sido alterada a situação fática do imputado pelo não encerramento da instrução, ou, por vezes, sem que esta tenha sido sequer iniciada. Uma das consequências desta exiguidade do prazo é que, pela manutenção da situação fática será, em regra, mantida a decisão anterior; há o risco, pois, que exista movimentação ineficiente da máquina judiciária, com possível aumento do tempo de tramitação do processo ou da própria prisão.

No tocante ao prazo, melhor seria se o legislador pátrio seguisse os passos da nova legislação processual chilena, na qual existe a previsão da revisão *ex officio* da prisão preventiva após o transcurso do prazo de 6 meses de seu início⁷⁵ ou quando a prisão preventiva dure mais da metade da pena privativa de liberdade a qual estará sujeito o imputado.⁷⁶ Esses prazos atenderiam a *ratio legis* e diminuiriam os riscos de movimentação ineficiente do aparato judiciário.

Por fim, há uma última observação acerca da revisão. Pela especificidade da natureza desta decisão, a exigência de fundamentação no caso da revisão *ex officio* é atenuada. De fato, por se tratar de mera revisão de decisão proferida pelo mesmo juízo, e não de decisão nova decorrente de requerimento das partes ou de novos elementos fático-jurídicos, é legítimo que a decisão revisional reporte-se aos fundamentos da decisão anterior, quando inalterado o contexto probatório-fático anterior, sem que exista qualquer violação ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. Aliás, corrobora a possibilidade da ratificação dos fundamentos já expostos na decisão anterior o reconhecimento jurisprudencial de que é válida a fundamentação *per relationem*⁷⁷ concernente à decisão anterior ou ao parecer ministerial. É possível, pois, em sede de revisão nonagesimal, a manutenção da decisão anterior por seus próprios fundamentos.

⁷⁵ Art. 145 do Código de Processo Penal chileno.

⁷⁶ Art. 152 do Código de Processo Penal chileno.

⁷⁷ “É válida a utilização da técnica da fundamentação *per relationem*, em que o magistrado emprega trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, desde que a matéria haja sido abordada pelo órgão julgador, com a menção a argumentos próprios” (STJ - AgRg HC 564.293/GO. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 30 abr. 2020). E, ainda, “(...) é legítima a técnica da motivação *aliunde*, ou *per relationem*, por meio da qual se agregam ao ato decisório as razões apresentadas em outra peça processual, como medida de economicidade, contanto que se resguarde o pleno exercício do direito ao contraditório” (STJ - HC 416.199/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe: 27 fev. 2018).

4.2. Atuação *ex officio* condicionada e iniciativa judicial *pro reu*

Na redação dada pela Lei 13.964/2019, o art. 316, *caput*, do Código de Processo Penal, passou a dispor que: “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 justifiquem”.

Neste dispositivo legal consagra-se a iniciativa judicial cautelar *pro societate* condicionada e a iniciativa *pro reu* incondicionada.

A iniciativa judicial cautelar *pro societate*, afora as hipóteses relacionadas a momentos procedimentais específicos definidos pelo legislador (audiência de custódia e prolação de sentença), foi afastada de forma geral pelo advento da Lei 13.964/2019, havendo apenas uma exceção neste dispositivo legal.

De fato, esta iniciativa judicial não se assemelha àquela permitida na audiência de custódia ou na prolação de sentença, nas quais é possível a decretação da prisão cautelar sem qualquer condicionante anterior e independentemente de pedido das partes.

Nesta hipótese legal, a iniciativa judicial *pro societate* sem requerimento das partes pressupõe, e está condicionada, a existência de uma decisão judicial anterior que tenha decretado a prisão preventiva, decisão esta que tenha sido revogada por qualquer motivo.

A hipótese mais comum desta atuação *ex officio* ocorrerá quando houver a conversão da prisão preventiva na audiência de custódia e posteriormente a concessão de liberdade ao imputado. Nesta hipótese, acaso venha a ser supervenientemente preenchidos os pressupostos e os requisitos cautelares, como por exemplo a fuga do imputado ou a coação a uma testemunha, poderá o juiz de ofício decretar a prisão preventiva independentemente de requerimento do Ministério Público.

A lei facilita a decretação *ex officio* nestes casos, porque compreende que a reiteração do ilegal comportamento do imputado, colocando a sociedade ou o processo em risco com sua liberdade uma segunda vez, exige uma postura mais ativa e célere do magistrado para garantir o resultado útil do processo penal.

Embora de forma não muito sistemática, a lei previu expressamente uma restrição a esta iniciativa: no tocante à prisão preventiva estar fundada no descumprimento de medidas cautelares anteriores, deverá haver pedido do Ministério Público, a teor do art. 282, §4º, do Código. Assim, nesta hipótese, não poderá haver a atuação *ex officio* do magistrado.

Já a iniciativa judicial cautelar *pro reu*, isto é, a revogação da prisão preventiva ou sua substituição por outras medidas cautelares, é ilimitada e incondicionada, pois pode ser efetivada pelo magistrado a qualquer tempo da persecução penal, seja no tramitar do inquérito policial, seja no do processo, e independe de qualquer decisão anterior; isso ocorre para prestigiar o princípio constitucional da presunção de inocência, bem como consagra o compromisso institucional do magistrado como o máximo protetor da liberdade dos cidadãos.

5. Conclusão

Com o presente trabalho, buscou-se apresentar breves considerações do novo panorama jurídico acerca da iniciativa judicial cautelar na prisão processual no processo penal após o advento da Lei 13.696/2019.

Para tanto, após tecidas considerações iniciais sobre a prisão processual, passamos a delinear a compatibilidade da iniciativa cautelar judicial com o sistema acusatório definido pela Constituição Federal, concluindo-se que esta iniciativa se harmoniza com o sistema acusatório brasileiro, embora seja incompatível com o *adversarial system*, que, contudo, não é o adotado no país.

Por outro lado, esta iniciativa cautelar do magistrado não ofende ao princípio do juiz natural, no que toca à imparcialidade do magistrado, ante a diversidade de conteúdo da decisão cautelar e da decisão de mérito do processo penal, não importando em pré-julgamento da causa ou indicação de suspeição.

Definida a compatibilidade constitucional da iniciativa cautelar judicial, constatou-se que o legislador, com a Lei 13.964/19, buscou restringir esta iniciativa durante o tramitar da ação penal, não permitindo, em regra, que o juiz decreta a prisão preventiva de ofício, como outrora era permitido, mantendo, contudo, esta iniciativa de forma condicionada e limitada.

Verificou-se que o juiz ainda mantém poder de decretar *ex officio* a prisão preventiva quando da audiência de custódia e da prolação de sentença condenatória ou de pronúncia, sem necessidade de requerimentos dos legitimados, podendo, ainda, decretar esta prisão em outras hipóteses específicas, mas condicionadas a outros elementos.

Buscou-se, ainda, compreender de forma crítica a revisão nonagesimal da prisão preventiva instituída pela nova legislação em face do princípio constitucional da razoável duração do processo, reconhecendo sua relevância pela fixação de prazo de duração para a prisão preventiva, com sugestão de aprimoramentos à norma fundada no direito comparado.

Por fim, conclui-se que, mesmo que tenha sido restringida, a iniciativa judicial no tocante à prisão preventiva ainda subsiste, é necessária, e tem a função de resguardar o papel ativo do magistrado no processo penal brasileiro.

Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad. Maurício Zanoide de Moraes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 31, jan./mar. 1994.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 6. ed. Torino: Utet giuridica, 2015.

DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: A comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, n. 121, p. 506-589, 1973.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia: como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (org.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*, comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 17-27, jan./mar. 1992.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JÚNIOR, Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas essenciais: Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. V. VI, p. 6.
- MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal de partes: "right of confrontations"*. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. V. II.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 16. ed. São Paulo: Forense, 2017.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 447-494, jul./ago. 2010.

O *habeas corpus* no Projeto do Código de Processo Penal – PLS 156/09

Brenno Gimenes Cesca¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Gregório E. R. Selingardi Guardia²

Promotor de Justiça

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Notas acerca da atual disciplina do *habeas corpus*. 3. O *habeas corpus* no PLS 156/09. 4. Análise crítica do PL 156/09. 5. Conclusões. Referências bibliográficas. Anexo: Proposta dos autores de disciplina do *habeas corpus*.

Resumo: O objeto do presente artigo é analisar a disciplina do *habeas corpus* no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PLS 156/09). Inicialmente, foram feitas considerações acerca da disciplina atual do instituto. Seguiu-se a análise crítica do Projeto de Lei referido, com proposta de alterações.

Palavras-chave: *Habeas corpus*. CPP atual. PLS 156/09. Análise crítica.

Abstract: This paper aims to analyze the *habeas corpus* discipline in the new Brazilian Criminal Procedure Code Proposition (PLS 156/09). At first, considerations were made about the current institute discipline. Then, a critical analysis of the PLS 156/09, suggesting amendments.

Keywords: *Habeas corpus*. Current Brazilian Criminal Procedure Code. PLS 156/09 (New Code Proposition). Suggestion of amendments.

1. Considerações iniciais

A concretização das garantias constitucionais somente é viável com a previsão de regras que estabeleçam atuações judiciais imprescindíveis à tutela dos direitos fundamentais. Tais regras, no processo penal, constituem a jurisdição penal constitucional das liberdades, na qual se inclui o *habeas corpus*.³

Como acentua Pontes de Miranda:

¹ Mestre e doutorando em Direito pela USP, professor e juiz formador da EPM e da ENFAM.

² Mestre e doutor em Direito pela USP, professor convidado da ESMP-SP.

³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 343.

(...) onde não há remédio do rito do *habeas corpus*, não há, não pode haver garantia segura da liberdade física. Errar é humano, coagir é vulgar; abusar do poder é universal e irremediável. A história é toda prova disso. (...) Só um recurso pronto, fácil, suspensivo, como o *habeas corpus*, pode acudir à liberdade dos indivíduos. Sem ele (...) fica à mercê do policial, do inquirir, das averiguações e da justiça o direito dito inalienável cuja relevância as Constituições acentuaram.⁴

Este instituto tem sua origem moderna na inglesa *Magna Charta Libertatum* (1215), outorgada por João Sem-Terra, destinando-se a resguardar a liberdade de locomoção do ser humano.⁵

No Brasil foi primeiramente adotado pelo Código de Processo Penal de 1832,⁶ valendo frisar que, conquanto o Código Criminal do Império a ele fizesse referência,⁷ não o regulamentou.

Em 1871 foi regulamentado o *habeas corpus* preventivo (Lei nº 2.033), então desconhecido, inclusive na Inglaterra.⁸

Alcançou o *status* de garantia constitucional na Constituição de 1891,⁹ sendo também inscrito nas Constituições seguintes, ressaltando-se o seu não cabimento nas hipóteses de transgressão disciplinar.¹⁰

Da interpretação da Constituição republicana, três posicionamentos foram defendidos: o primeiro, capitaneado por Rui Barbosa, sustentava que a garantia era invocável em todos os casos em que um direito estivesse ameaçado. Em sentido diametralmente oposto, acreditava-se que o remédio era destinado exclusivamente à liberdade de locomoção. Já para a corrente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, o *habeas corpus* era cabível não apenas para tutela da liberdade de locomoção *stricto sensu*, mas também de outros direitos reflexamente atingidos pela restrição à liberdade de locomoção.¹¹

A reforma constitucional de 1926, porém, deu nova redação ao art. 77, §22,¹² da Constituição Federal, circunscrevendo o campo de abrangência do *writ* à sua vocação original.

Em 1934, para tutela dos demais direitos, houve a introdução, em nosso ordenamento, do mandado de segurança.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e prática do habeas corpus*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. Tomo I, p. 124-125.

⁵ Sobre o *habeas corpus* e o Direito inglês: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009. V. IV, p. 334; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 403; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 738.

⁶ Cf. arts. 340 a 355.

⁷ Cf. arts. 183 a 188.

⁸ Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 902; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009. V. IV, p.336; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 404.

⁹ Segundo o art. 77, §22: Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder.

¹⁰ CF/1934, art. 113, n. 23; CF/37, art. 112, n. 16; CF/46, art. 141, §23; CF/67, art. 150, §20; Emenda n. 1/69, art. 153, §20.

¹¹ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 342; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009. V. IV, p. 336-337.

¹² “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.”

Ousou-se restringir o cabimento do *habeas corpus* apenas com a edição do Ato Institucional n. 5 (13 de dezembro de 1968), no auge do regime militar, que proscreveu seu manejo nas hipóteses de crime político, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular (art. 10).

É atualmente cláusula pétrea constitucional, dispondo o art. 5º, LXVIII, da Constituição da República: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, ressalvando, porém, o art. 142, §2º, que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

A previsão de um remédio específico para a proteção direta e imediata da liberdade de locomoção consta também nas cartas internacionais de direitos humanos. O art. 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 consigna como direito individual o recurso efetivo que ampare contra atos que violem os direitos fundamentais. A Convenção Europeia de 1950 assegura o direito de recorrer a um tribunal que se pronuncie em breve prazo sobre a prisão e que ordene a liberdade no caso de ilegalidade (art. 5º).¹³ A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 acolhe o preceito no art. 18; o Pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, prevê ampla tutela da liberdade no inciso VI do art. 7º.¹⁴

Da tradução de seus termos – *habeas corpus* significa “tome o corpo”¹⁵ (e, consequentemente, conduza-o à presença da autoridade judicial) –, já se extrai sua finalidade, ou seja, a tutela do direito de locomoção.

Pretende-se neste estudo traçar os principais contornos da disciplina do *habeas corpus* no Projeto de Lei de Código de Processo Penal – PLS 156/09.

A relevância do tema é de ser aferida pela aprovação, em 9 de novembro de 2010, da Emenda nº 2-CCJ (Substitutivo), seguida, em 23 de novembro de 2010, da aprovação do Projeto pelo Plenário do Senado, em turno suplementar, com apresentação de emendas.¹⁶ O texto foi aprovado pelo Senado em 7 de dezembro, realizadas substanciais alterações.¹⁷ Consigne-se, por oportuno, que após a aprovação pelo Senado Federal este Projeto de lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados, recebendo o n. PL 8.045/10, estando atualmente em trâmite. Houve apresentação, em 13 de junho de 2018, de parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, de relatoria do Deputado João Campos, mas ainda não houve sua apreciação pela Casa Legislativa.

¹³ No mesmo sentido, o art. 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Sobre o *habeas corpus* nas Cartas internacionais de Direitos, cf. CHIAVARIO, Mario. *Processo e Garanzie dela Persona*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982. p. 293-295; PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di Procedura Penale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1988. p. 51.

¹⁴ Segundo o art. 7º: “Toda pessoa privada de liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene a sua soltura se a prisão ou detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido ou abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa”.

¹⁵ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 422; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 739; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 412.

¹⁶ PROJETO de Lei do Senado n. 156, de 2009. Atividade Legislativa. Disponível em: <https://bit.ly/370Nuy1>. Acesso em: 25 nov. 2010.

¹⁷ NOVO Código do Processo Penal pode ser votado nesta quarta na CCJ. Agência do Senado. 16 mar. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3kFtMbj>. Acesso em: 29 out. 2020.

Antes, porém, de aduzir a disciplina proposta no Projeto, é necessário, a fim de contextualizar o assunto, enunciar breves notas acerca de sua atual regulamentação. Passa-se, então, à apresentação e à análise das disposições legais insculpidas no Projeto, trazendo à colação propostas de emendas exibidas por renomados institutos e doutrinadores.

2. Notas acerca da atual disciplina do *habeas corpus*

Cuida-se de ação constitucional (autônoma de impugnação), não se confundindo com recurso, vez que com seu ajuizamento se inaugura nova relação jurídica processual. Ademais, seu manejo prescinde da existência de processo anterior, sendo cabível, inclusive, ao contrário do que se passa com os recursos, após o trânsito em julgado.¹⁸

Deve, assim, atender às condições da ação e pressupostos processuais, acerca dos quais se dissertará brevemente.

O *habeas corpus* tem por objeto a proteção do direito de liberdade de locomoção. Sua concessão pode exibir natureza de tutela declaratória (reconhece a ocorrência de prescrição, e.g.), constitutiva (anulação parcial ou total do feito) ou mandamental (ordem de soltura).¹⁹

Embora seja possível a concessão de liminar, por construção doutrinária e pretoriana,²⁰ não se cuida de ação cautelar, mas de conhecimento, cuja tutela é definitiva.

Distingue-se o *habeas corpus* liberatório (quando o paciente já está preso) do preventivo (ameaça de sofrer violência ou coação), sendo diversas as possibilidades de manejo deste último.

As hipóteses de cabimento desta ação constitucional são previstas no art. 648 do Código de Processo Penal.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I – quando não houver justa causa;

II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que a lei determina;

III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V – quando alguém não for admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza;

VI – quando o processo for manifestamente nulo;

VII – quando extinta a punibilidade.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 343.

¹⁹ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Tomo II, p. 364. Diversamente, para Rogério Lauria Tucci, a tutela jurisdicional do *habeas corpus* subdivide-se em ação cautelar, ação constitutiva e ação declaratória (*Habeas corpus, ação e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 11).

²⁰ TOURINHO FILHO relata que no *Habeas Corpus* 41.296 pela primeira vez o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar; o Min. Gonçalves de Oliveira, então presidente da Corte, ao deferir o provimento provisório, argumentou que possível no mandado de segurança, quando em jogo direitos patrimoniais, não se compreendendo que, quando em risco a liberdade, não viesse admitida a providência cautelar (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 917).

Há quem entenda que a enumeração da lei é taxativa,²¹ máxime porque a falta de justa causa, arrolada no inciso I, é suficiente para abranger outros casos não previstos. Há, todavia, vozes em sentido contrário, apontando que o rol é exemplificativo, porquanto, qualquer restrição, em face da amplitude dada a este instituto pela Carta Federal, seria inconstitucional.²²

Existe impossibilidade jurídica do pedido de *habeas corpus* apenas na hipótese de prisão disciplinar militar (art. 142, §2º, da Constituição Federal), mas mesmo neste caso a vedação se circunscreve ao mérito da ordem de encarceramento, podendo logo a prisão ser atacada por esta ação nos casos de incompetência, ausência de previsão legal, não atendimento às formalidades legais e excesso de prazo.²³

No concernente ao interesse de agir, não se admite sua impetração quando há ausência de ameaça à liberdade de locomoção, como no caso em que somente é prevista a pena de multa²⁴ – podendo ser impetrado mandado de segurança –, ou quando já extinta a pena privativa de liberdade²⁵ (correto seria o ajuizamento de revisão criminal).

Entendia-se não impedir a impetração de *habeas corpus* a existência de recurso com efeito suspensivo, por se tratar o *writ* de medida mais ágil na tutela da liberdade de locomoção.²⁶ A disciplina era, pois, diversa do mandado de segurança, incabível nas hipóteses em que o ato possa ser impugnado por recurso dotado de efeito suspensivo (art. 5º, II, da Lei n. 12.016/09). Todavia, atualmente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação diversa, no sentido de não caber *habeas corpus* substitutivo de recurso, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.²⁷

Discute-se acerca da possibilidade do ajuizamento de *habeas corpus* quando já transitada em julgado a decisão criminal condenatória. Entendemos ser admissível quando, sem aprofundado exame das provas – o que apenas pode ser feito em revisão criminal – for viável averiguar a ilegalidade da coação, como ocorre quando há nulidade processual, extinção da punibilidade,²⁸ ou mesmo, atipicidade da conduta.²⁹

O Supremo Tribunal Federal, aliás, não tem admitido o *habeas corpus* como sucedâneo da revisão criminal, salvo nos casos de flagrante ilegalidade ou nulidade.³⁰

²¹ Nesse sentido: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009. V. IV, p. 353.

²² Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 423.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 348.

²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 745. Nessa esteira, o verbete n. 693, das Súmulas do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada”.

²⁵ Assim o entendimento sumulado n. 695, do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade”.

²⁶ Nesse sentido, STJ, RHC 26.191/SP, quinta turma. Julgado em: 21 set. 2010. DJ: 11 out. 2010. Rel. Min. Laurita Vaz. Da ementa, extrai-se: “(...) 4. Apesar de ser a apelação o recurso próprio cabível contra sentença condenatória, não há óbice ao manejo do *habeas corpus* quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso, onde a alegada ilegalidade demanda, apenas, a leitura das razões de decidir do magistrado sentenciante (...)”.

²⁷ STF, HC 113.890. Rel. Min. Rosa Weber, primeira turma. Julgado em: 3 dez. 2013. DJ: 28 fev. 2014; STJ, HC 340.364/MG. Rel. Min. Ribeiro Dantas, quinta turma. Julgado em: 10 dez. 2015. Dje: 18 dez. 2015.

²⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 425.

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 853-854.

³⁰ STF, HC 95128. Rel. Min. Dias Toffoli, primeira turma. Julgado em: 9 fev. 2010; HC 103532. Rel; Min. Ricardo Lewandowski, primeira turma. Julgado em: 21 set. 2010.

No tocante aos crimes ambientais em que o acusado é pessoa jurídica, por não haver liberdade de locomoção como objeto de tutela, falta interesse de agir para o ajuizamento de *habeas corpus*; é possível o manejo do mandado de segurança.³¹

Há, porém, quem defenda a possibilidade da impetração de *habeas corpus* nessas hipóteses, sob pena de violação da isonomia constitucionalmente consagrada em desfavor da pessoa jurídica.³²

A legitimidade ativa, nos termos do *caput*, do art. 654, do Código de Processo Penal, é de qualquer pessoa (física, jurídica, nacional ou estrangeira). O impetrante é substituto processual do paciente, pleiteando direito alheio em nome próprio.³³ Prescinde-se, para ingressar com *habeas corpus*, de capacidade postulatória. O Ministério Público pode impetrar *habeas corpus* desde que em favor da defesa, não podendo utilizá-lo como sucedâneo de recurso para tutelar direito da acusação.³⁴

O paciente deve ser pessoa física,³⁵ podendo a ação ser impetrada em favor de grupo de pessoas, desde que determinadas e individualizadas.³⁶

O magistrado pode conceder o *writ* mesmo de ofício (art. 654, §2º, do Código de Processo Penal).

O legitimado passivo é a autoridade coatora responsável pela coação ilegal (não se confundindo com o órgão a que pertence). O particular também pode figurar no polo passivo,³⁷ na medida em que a lei não exige provenha a coação ilegal de autoridade, tal qual ocorre em sede de mandado de segurança.³⁸

No que respeita à competência, os critérios são *hierarquia* e *território*. É competente o órgão jurisdicional imediatamente superior ao autor da coação ilegal.

O juiz de direito, destarte, será competente se o praticante da coação ilegal for autoridade policial ou particular.

Se o coator for juiz ou membro do Ministério Público³⁹ de primeira instância, cabe ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal (a depender do cargo da autoridade, se estadual ou federal), apreciar o *habeas corpus*.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1048.

³² PACHECO, Rodrigo Batista. "Habeas corpus" e a pessoa jurídica: interpretação à luz do princípio da igualdade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 116, p. 10-11, jul. 2002.

³³ Embora aparentemente não haja limites na legitimação ativa, é necessário, a fim de não prejudicar a linha de defesa adotada pelo paciente, que não haja oposição deste ao ajuizamento da demanda. Caso o paciente desautorize a impetração de *habeas corpus*, haverá falta de interesse de agir. Assim prevê, por exemplo, o art. 192, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

³⁴ STF, HC 84101. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, primeira turma. Julgado em: 4 maio 2004.

³⁵ Não é possível, destarte, a impetração em favor de animais (MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 410). Na jurisprudência: STF, RHC, Rel. Djaci Falcão, RTJ 63/399.

³⁶ STJ, HC 7065. Rel. Min. Anselmo Santiago, sexta turma. Julgado em: 15 set. 1998.

³⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 348; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 405; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 742. Na jurisprudência: TJSP – RHC – Rel. Nélson Fonseca – RT 688/309.

³⁸ O inciso LXIX, do art. 5º da Constituição Federal, exige que o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

³⁹ Isso porque goza o membro do Ministério Público de foro por prerrogativa de função e a concessão de *habeas corpus* em razão de ato por ele perpetrado pode levar ao reconhecimento da prática de crime pela autoridade coatora, especialmente, de abuso de autoridade. Há, porém, entendimento diverso (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Tomo II, p. 374-375), no sentido de que a competência é do juiz de primeira instância.

Todavia, se a matéria é da alçada da justiça especializada, como ocorre, por exemplo, na Justiça Eleitoral, a competência é do respectivo órgão jurisdicional de segundo grau. Nessas circunstâncias, é competente para conhecer *habeas corpus* em que juiz federal figura como autoridade o Tribunal Regional Eleitoral correspondente.

O mesmo ocorre, *mutatis mutandis*, com a Justiça do Trabalho, nos moldes do art. 114, IV, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n. 45, de 2004.⁴⁰

A competência dos tribunais superiores é disciplinada pelos arts. 102 e 105 da Constituição Federal.

No que tange aos Juizados Especiais Criminais, se a autoridade coatora for juiz de direito, a competência será da turma recursal respectiva. Se, sem embargo, a autoridade coatora fosse a própria turma recursal, entendia-se, inicialmente, que a competência seria do Supremo Tribunal Federal, inclusive com a edição de súmula nessa direção.⁴¹ Essa tese, contudo, foi alterada pela Suprema Corte, que, a partir do julgamento do HC n. 86.834/SP (Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 23 ago. 2006), passou a reconhecer a competência do Tribunal de Justiça ou Regional Federal a que vinculada a turma recursal.

Finalmente, o procedimento é simples, consistindo em petição inicial (cujos requisitos estão expostos no §1º, do art. 654 do Código de Processo Penal); pedido de informações à autoridade coatora (facultativo – arts. 662 e 664);⁴² parecer do Ministério Público (apenas em segundo grau – Decreto-Lei n. 552, de 25 de abril de 1969), e julgamento, não havendo fase instrutória (as provas são pré-constituídas). A praxe, como já se disse, admite a concessão de liminar se presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.⁴³

É possível que o juiz determine a apresentação do paciente, caso julgue necessário (art. 656, *caput*). Na prática, porém, esta medida não tem sido aplicada.

O assistente de acusação apenas pode intervir na ação penal condenatória (art. 268 do Código de Processo Penal), não sendo possível, assim, seu ingresso no *habeas corpus*.

É admissível a intervenção do querelante, tendo em vista que o julgamento do *writ* pode repercutir na ação penal privada por ele ajuizada.

São estas, em breves linhas, as principais considerações sobre a atual disciplina do *habeas corpus* no ordenamento pátrio.

⁴⁰ O STF concedeu liminar, com efeito *ex tunc*, nos autos da ADI 3684 MC (Rel. Min. Cezar Peluso, tribunal pleno. Julgado em: 1 fev. 2007), para, dando interpretação conforme à Constituição Federal, sem redução de texto, aos incisos I, IV e IX do art. 114 da CR, estabelecer que estes dispositivos legais, acrescidos pela Emenda Constitucional n. 45, não atribuem à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais. Do voto do relator extrai-se que, no tocante ao *habeas corpus*, a competência da Justiça Laboral se circunscreve àqueles impetrados contra atos de seus próprios órgãos no exercício de suas competências não penais.

⁴¹ Súmula n. 690 do STF: “Compete ao STF o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais”.

⁴² Embora apenas previsto o pedido de informações em segundo grau, por analogia tem sido também solicitado, quando necessário, em primeira instância.

⁴³ Todavia, nos moldes do verbete da Súmula n. 691, do Supremo Tribunal Federal: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. Cabe asseverar, porém, mitigados diuturnamente pela Corte Suprema os rigores desta súmula quando manifesta a ilegalidade da decisão indeferitória de liminar. Nesse sentido: HC 86864 MC. Rel. Min. Carlos Velloso, pleno. Julgado em: 20 out. 2005.

3. O *habeas corpus* no PLS 156/09

Acerca da terminologia empregada no Projeto, optou-se pela permuta da expressão *liberdade de ir e vir por direito de locomoção*, como se pode constatar da redação do art. 635, do Projeto de Lei. Nos incisos I, III, IV e VI, do art. 636, a expressão *coação* foi substituída por *prisão*.

O art. 636 do Projeto 156/09 enumera os casos de coação ilegal que legitimam o uso do *writ*, com proposições vinculadas diretamente à liberdade deambulatoria. Se por um lado deve ser afastado o cabimento quando o ato não se relacionar à limitação atual ou potencial do direito de locomoção, por outro, não pode haver restrição à liberdade que não esteja amparada pelo remédio constitucional.⁴⁴

O rol das hipóteses de cabimento do *habeas corpus* não se apresenta taxativo. É de se dizer, no entanto, quando atingido outro direito fundamental, em razão de ato ilegal de autoridade pública, adequado será o manejo do mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da Constituição Federal).⁴⁵

A novel disciplina do Projeto mantém a mesma redação para os incisos II, III, IV e V, do art. 636, do Código de Processo Penal. Impõe, contudo, alterações substanciais ao suprimir a possibilidade de interposição do *writ* para o exame da falta de justa causa decorrente da ausência de suporte probatório para o inquérito ou ação penal. O mesmo se poderá aduzir sobre outros possíveis constrangimentos ilegais, como é o caso do indiciamento criminal. Esta parece ser a interpretação mais condizente com a modificação do inciso I, do art. 636, que substitui o postulado genérico da “*falta de justa causa*” pela proposição “*quando não houver justa causa para a prisão ou para sua decretação*”.⁴⁶

O inciso VI, do art. 636, modifica o atual estatuto processual, ao prever a ilegalidade da coação “quando o processo a que se refere a prisão ou a sua decretação for manifestamente nulo”. Sob este viés, a *mens legis* repousa na ideia de vinculação direta entre o uso do *writ* e a arguição de ilegalidade que redundou em prisão, a evidenciar que a ação de impugnação exigirá nulidade manifesta, bem como fundamento para a anulação de todo o processo.

⁴⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Habeas corpus: direito de locomoção*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *Tortura, crime militar, habeas corpus*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 65.

⁴⁵ Nas palavras de Vicente Greco Filho a finalidade do *habeas corpus* é “a proteção da liberdade de locomoção, a liberdade de ir e vir, atingida ou ameaçada por ato ilegal ou abusivo. Outras liberdades públicas terão amparo pelo mandado de segurança, previsto no inciso seguinte do mesmo artigo da Constituição Federal” (GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 144).

⁴⁶ Não se ignore, com base na atual disciplina de regência do *habeas corpus*, frequentes os julgados que trancam as investigações alicerçadas na falta de justa de causa, “por ser o fato atípico em decorrência do princípio da insignificância, pela adequação social da conduta ou por outras causas de exclusão da tipicidade, pela prescrição da pena projetada ou em perspectiva, enfim, por ausência das condições da ação” (WUNDERLICH, Alexandre. *Habeas corpus e a dimensão da liberdade: 20 anos após a Constituição Federal de 1988*. In: PRADO, Geraldo (org.). *Processo Penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 36). Alexandre Wunderlich ainda ressalta outra face da garantia fundamental do *habeas corpus*, atinente ao direito ao silêncio. O autor sublinha que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal comporta a impetração do *writ* para assegurar o direito contra a autoincriminação (WUNDERLICH, Alexandre. *Habeas corpus e a dimensão da liberdade: 20 anos após a Constituição Federal de 1988*. In: PRADO, Geraldo (org.). *Processo Penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 36). Insta acentuar, portanto, que os novos contornos do remédio constitucional no Projeto de Lei 156/09, sobretudo a associação direta entre *habeas corpus* e tutela da liberdade, ensejarão modificações no amplo cabimento do *writ*.

Por sua vez, o inciso VII, do mesmo artigo, acrescenta mudança pontual à redação do Código de 1941, ao estabelecer ilegalidade “quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão”.

O art. 638 normatiza o tratamento do tema nos Tribunais, de maneira que competirá conhecer do pedido de *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no art. 102, inciso I, alíneas “d” e “j”, da Constituição da República, e ao Superior Tribunal de Justiça, na hipótese do art. 105, inciso I, alínea “c”, da Carta.

Consignada nos incisos do art. 638 a competência dos Tribunais sempre que atribuídos os atos de violência ou a coação ilegal ao juiz das garantias, a turma recursal ou autoridade sujeita à competência originária destes Tribunais (inciso III); a competência das turmas recursais, sempre que os atos de violência ou coação ilegal provierem do Juizado Especial Criminal (inciso IV); a competência do juiz das garantias,⁴⁷ em relação aos atos eivados de ilegalidade realizados no curso da investigação, e ao juiz do processo, quando encerrada a jurisdição daquele. Segundo a letra do parágrafo único do mesmo artigo, a “competência do juiz ou tribunal cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior hierarquia jurisdicional”.

Há que atentar suprimida na redação do art. 639 expressa referência à competência do Ministério Público: “O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem”.

Nos casos de manifesta coação ou ameaça ilegal, em que a demora na prestação jurisdicional possa acarretar grave prejuízo aos direitos fundamentais, a previsão da cautela liminar é ressaltada expressamente nos arts. 640, 644 e 645 do Projeto. Como já se assentou, é notável a vanguarda dos Tribunais diante da ausência de normatização da temática, valendo-se da disciplina do mandado de segurança para permitir o adiantamento da tutela.⁴⁸

Ademais, conforme o art. 645 do Projeto, o relator poderá conceder cautela liminar ou a ordem sempre que a coação ilegal confrontar com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio Tribunal.⁴⁹

Recebidas as informações, o Ministério Público terá vista dos autos por cinco dias, a contar da data de recebimento dos autos na respectiva secretaria, cabendo à secretaria do Tribunal informar sobre o decurso do prazo (art. 646). Decorrido tal lapso temporal,

⁴⁷ A figura do *juiz das garantias*, também prevista no Projeto (arts. 15 a 17), foi inserida em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 13.964/2019, que integra o denominado “Pacote Anticrime”, a qual acrescentou os arts. 3-B a 3-F ao Código de Processo Penal, prevendo caber a esse magistrado o “controle da legalidade da investigação criminal” e a “salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (*caput*). Esse instituto foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.305 (Rel. Min. Luiz Fux). Para o ministro, em análise preliminar, as respectivas normas ofendem a autonomia organizacional do Poder Judiciário, redundando em “completa reorganização da Justiça criminal do país, preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria”. Outrossim, há violação à autonomia financeira do Judiciário, diante do impacto financeiro relevante causado pela inovação legislativa, sem a necessária estimativa, como prescreve a Constituição, argumento esse também aplicável ao Ministério Público.

⁴⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Habeas corpus* e a advocacia criminal. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *Tortura, crime militar, habeas corpus*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 141.

⁴⁹ No texto final aprovado pelo Senado, outra a redação formulada: “art. 674. O relator poderá conceder cautela liminar, total ou parcialmente, se entender que é manifesta a coação ou ameaça ilegal e que a demora na prestação jurisdicional poderá acarretar grave prejuízo aos direitos fundamentais, dispensando, inclusive, o pedido de informações à autoridade apontada como coatora”.

com ou sem manifestação, o *habeas corpus* será decidido na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.

Não será admitido o *writ*, nos termos do parágrafo único, do art. 636, quando previsto recurso com efeito suspensivo – alteração que privilegia o emprego do recurso legal específico e pauta-se pelos ideais de celeridade e zelo pela duração razoável do processo.⁵⁰

Em consonância com a redação do parágrafo único, do art. 645, do Projeto, a falta de justa causa para a ação penal pode ser atacada pela via do agravo.

A previsão específica do recurso consta, ademais, do art. 463, inciso I, do Projeto.⁵¹

4. Análise crítica do PL 156/09

Para a realização de profícuo estudo do Projeto de Lei 156/09 optou-se pela elaboração de quadros comparativos entre a disciplina original do Projeto de Lei 156/09, o seu Substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, bem como o texto final aprovado pelo Senado em 7 de dezembro (Parecer n. 1.636/10, da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal), não se olvidando das devidas referências aos mais significativos estudos dos Institutos e Comissões acerca do *habeas corpus*.⁵² Tudo com o escopo de fomentar o debate e a reflexão sobre a reforma do Código de Processo Penal, vindo acrescentadas, ainda, breves sugestões e considerações dos autores.

Antes, contudo, é importante frisar que o Projeto, ao restringir as hipóteses de manejo do *habeas corpus*, tem sido bastante criticado, sendo inclusive reputado inconstitucional.⁵³

Roberto Delmanto Junior pontua que o projeto configurou notável retrocesso. Por primeiro, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais o volume de trabalho será o mesmo: os numerosos *habeas corpus* serão substituídos por agravos. Ademais, o agravo – mesmo quando raramente se conceda efeito suspensivo – não é capaz de cumprir o papel do célere e eficaz *habeas corpus*. Terceiro, o acórdão que julgar o agravo apenas poderá ser impugnado por recurso extraordinário ou especial, não cabendo outro agravo e nem *habeas corpus*. Finalmente, é contraditório, ao se pretender celeridade, restringir a única ação que é realmente rápida.⁵⁴

⁵⁰ A redação foi modificada pela redação final, com supressão do parágrafo único (art. 664).

⁵¹ Clara, a esse respeito, a exposição de motivos do Projeto: “No âmbito das ações de impugnação, deu-se cabimento ao *habeas corpus* apenas nos casos de prisão e de iminência de prisão ilegais, tendo em vista a possibilidade de interposição de agravo contra a decisão de recebimento da denúncia. Introduziu-se o mandado de segurança, em regulação específica, ampliando-se, ainda, a legitimidade na ação de revisão criminal”.

⁵² Resgatou-se a Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01, elaborada por Comissão presidida pela Min. Maria Thereza de Assis Moura, trabalho este realizado antes mesmo do Projeto de Reforma do Código. Foram também analisadas as propostas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), bem assim pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

⁵³ Nesse sentido, há o entendimento de DOTTI, René Ariel. MUDANÇA no CPP que restringe o uso de *habeas corpus* é criticada pela OAB. Última instância. 18 maio 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3jHhKkgk>. Acesso em: 26 out. 2010; CURY, Matheus Guimarães. A CULPA é do *habeas corpus*. Jornal A Tribuna, 5 out. 2010. Coluna Tribuna Livre; PAULA, Leonardo Costa de. Agravo do projeto n. 156/2009 e possíveis repercussões no *habeas corpus*. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, p. 766-782, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2TyhcyQ>. Acesso em: 25 nov. 2010; TORON, Alberto Zacharias. HABEAS CORPUS está sendo amesquinhado. Consultor Jurídico. 20 maio 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3jIZMdo>. Acesso em: 26 out. 2010.

⁵⁴ DELMANTO JUNIOR, Roberto. Recrudescimento a caminho. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 84, 16 p, 2010. Em sentido análogo, cf. MARIZ DE OLIVEIRA, Antônio Claudio. MISSÃO do Processo Penal. Migalhas. 25 jun. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2HMSmh9>. Acesso em: 29 out. 2020.

Posicionamo-nos de acordo com a matriz do Projeto, com pontuais sugestões de alterações, como se verá.

O uso do *writ* deve vincular-se aos casos de restrição da liberdade – atual ou potencial. A violação de outros direitos fundamentais pode ser atacada por mandado de segurança (CF, art. 5º, inciso LXIX).

Esta interpretação, longe de ferir cláusula pétrea constitucional, realça os contornos originais deste remédio constitucional.

Ademais, de há muito o *habeas corpus* não tem a propalada celeridade. Consoante pontua Gustavo Badaró, a circunstância de ser cabível o *habeas corpus* mesmo quando a ameaça de prisão é remota, fez desta ação constitucional verdadeiro agravo, impetrado mesmo em hipóteses em que é cabível outro recurso. Paradoxalmente, ressalta o autor, a liberdade acaba sendo prejudicada, na medida em que não mais se observa tramitação prioritária de *habeas corpus*, dado o seu volumoso número a assoberbar os tribunais. O STF, inclusive, já concedeu *habeas corpus* para determinar que outro *habeas corpus* em trâmite no STJ fosse julgado em prazo razoável (HC n. 91.041-6/PE).⁵⁵

Passemos aos quadros comparativos, ressaltando que as alterações propostas a partir do Texto Inicial foram grafadas em itálico para melhor compreensão. A numeração de nossa proposta tomou por base a do texto do Substitutivo do Senado, procedendo-se às necessárias alterações ante a supressão e o acréscimo de dispositivos. Constitui anexo o texto integral de nossa proposição, para facilitar a visualização.

Texto Inicial	Substitutivo	IBDP	IAB	Texto aprovado pelo Senado	Nossa posição
Art. 636. A coação considerar-se-á ilegal:	Art. 647. A coação considerar-se-á ilegal:	Art. 647. A coação considerar-se-á ilegal <i>quando</i> :	Art. 636. A coação considerar-se-á ilegal:	Art. 664. A coação considerar-se-á ilegal:	Idem ao IBDP
I – quando não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação;	I – quando não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação;	I – não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação;	I – quando não houver justa causa <i>(suprimido)</i> ;	I – quando não houver justa causa <i>(suprimido)</i> ;	I – não houver justa causa para a <i>ordem de prisão</i> ;
II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;	II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;	II – alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;	II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;	II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;	Idem ao IBDP
III – quando quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo;	III – quando quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo;	III – quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo;	III – quando quem ordenar a <i>coação</i> não tiver competência para fazê-lo;	III – quando quem ordenar a <i>coação</i> não tiver competência para fazê-lo;	Idem ao IBDP

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Tomo II. p. 365.

Texto Inicial	Substitutivo	IBDP	IAB	Texto aprovado pelo Senado	Nossa posição
IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão;	IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão;	IV – houver cessado o motivo que autorizou a prisão;	IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a <i>coação</i> ;	IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a <i>coação</i> ;	IV – houver cessado o motivo que autorizou a <i>ordem de prisão</i> ;
V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;	V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;	V – não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;	V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza;	V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza;	Idem ao IBDP
VI – quando o processo a que se refere a prisão ou sua decretação for manifestamente nulo;	VI – quando o processo a que se refere a prisão ou sua decretação for manifestamente nulo;	VI – <i>houver nulidade no processo ou ilegalidade na investigação a que se refere a prisão ou a sua decretação</i> ;	VI – quando o processo (<i>suprimido</i>) for manifestamente nulo;	VI – quando o processo (<i>suprimido</i>) for manifestamente nulo;	VI – <i>houver nulidade no processo ou ilegalidade na investigação em que se determinou a prisão</i> ;
VII – quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão.	VII – quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão.	VII – extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão.	VII – quando extinta a punibilidade (<i>suprimido</i>)	VII – quando extinta a punibilidade (<i>suprimido</i>)	Idem ao IBDP
		VIII – <i>houver hipótese de rejeição da denúncia ou queixa no processo em que se determinou a prisão.</i>	VIII – <i>quando violado direito fundamental constitucionalmente estabelecido.</i>		Idem ao IBDP
Parágrafo único. Não se admitirá o <i>habeas corpus</i> nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo.	Parágrafo único. Não se admitirá o <i>habeas corpus no prazo em que for cabível a interposição de recurso com efeito suspensivo.</i>	Parágrafo único. Não se admitirá o <i>habeas corpus no prazo em que for cabível a interposição de recurso que possa ser recebido no efeito suspensivo, nem quando o recurso for recebido neste efeito.</i>	Parágrafo único. (<i>Suprimido</i>)	Parágrafo único. (<i>Suprimido</i>)	Idem ao Texto Inicial.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual incluiu um novo inciso (VIII) no art. em comento do Projeto e sugeriu o aprimoramento da redação do dispositivo ao readaptar o texto do *caput*, do inciso VI e do parágrafo único.

Nesse sentido, a palavra *quando* foi deslocada para o *caput* a fim de evitar repetição constante. O parágrafo único, por sua vez, evidencia a vedação da impetração de *habeas corpus* tanto no prazo de interposição de recurso passível de recebimento no efeito suspensivo como, também, quando ao recurso for conferido esse efeito.

A redação originária do inciso VI foi considerada muito restritiva por não apenas exigir a nulidade de todo o processo, mas impor que seja manifesta, condição que na prática pode se mostrar inviável. Ademais, o referido inciso limita a hipótese à fase processual, olvidando eventuais ilegalidades já na etapa de investigação que podem estar na base da fundamentação da prisão. Para tanto, basta lembrar da prisão que, fundada em material colhido no âmbito de busca e apreensão ou mediante a quebra de sigilo telefônico ou fiscal, esteja fora do casuísmo legal.

Segundo o respeitável posicionamento do Instituto, o inciso VIII assegura ao imputado o direito de contestar a prisão em ação penal que, embora não se faça nula, apresente inicial com vício a comportar rejeição, hipótese muito frequente e não contemplada nos incisos anteriores. Advirta-se, no entanto, que a ampliação não enseja qualquer risco de excessivo aumento do cabimento do *habeas corpus*, porquanto, nos termos do parágrafo único, é limitada a incidência da regra apenas à existência de recurso não dotado de efeito suspensivo, por força de lei ou decisão judicial.

As sugestões do IBDP com relação ao *caput* e aos incisos VII e VIII mostram-se sobremaneira pertinentes.

Parece-nos adequado apenas pontuar alguns aspectos da redação do artigo. A respeito do inciso I, sugere-se a substituição da expressão *prisão ou sua decretação* por *ordem de prisão*, com vistas à simplificação e coesão normativa. No tocante ao inciso IV, cumpre trocar a palavra *prisão* pela expressão *ordem de prisão*, para assim tornar mais evidente que a referência é não apenas à prisão já realizada, mas também à ordenada e ainda não cumprida.

Em relação ao inciso VI, alterada a redação proposta pelo IBDP para substituir *a que se refere a prisão ou a sua decretação* por *em que se determinou a prisão*, expressão que corresponde àquela empregada nos incisos VII e VIII.

No que diz respeito ao parágrafo único, com a sugestão do IBDP, expirado *in albis* o prazo para interposição de recurso com efeito suspensivo, pode-se entender autorizada a impetração de *habeas corpus*. Tal previsão tornaria o comando legal facilmente contornável, pois, pretendendo a parte interessada lançar mão do remédio constitucional, bastaria deixar escoar o prazo de interposição do recurso dotado de suspensividade. Acolhida a redação original, exaurido o prazo para a utilização de recurso com efeito suspensivo, não seria possível a impetração de *habeas corpus*, ou seja, vedar-se-ia o manejo do *habeas corpus* como sucedâneo recursal, à semelhança do que já ocorre com o mandado de segurança (art. 5º, II, da Lei 12.016/09).

Observa-se que tanto no PL 4.206/01 (Comissão Ada Pellegrini Grinover) quanto na Emenda ao Substitutivo Global (Comissão Maria Thereza de Assis Moura) não foram propostas alterações ao atual art. 648 do Código de Processo Penal.

Em sentido oposto à proposta do Texto Inicial, bem como ao do substitutivo, o Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), em seu parecer, afirma:

matérias atinentes ao habeas corpus e ao mandado de segurança devem ser tratadas de forma unificada, tendo em vista a tentativa do

PLS de restringir o remédio constitucional do habeas corpus apenas aos casos de prisão ou ameaça de prisão ilegal, medida temerária que vem na contramão da tendência doutrinária e jurisprudencial, deixando a tarefa de insurgência às outras ilegalidades para os estreitos limites do recurso de agravo e do mandado de segurança.

As alterações propostas pelo Instituto podem ser sintetizadas na “manutenção de dispositivos atuais atinentes ao *habeas corpus* no Código de Processo Penal, a introdução de previsão de concessão de liminar e a fixação de prazo de 24h para pedir e prestar informações”.

As manifestações nessa direção sensibilizaram o Senado. O texto final aprovado por essa Casa Legislativa mantém as regras atuais de admissão do *habeas corpus*, esvaziando a pretendida reforma do Código neste particular.

Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
Art. 649. O juiz ou o tribunal, dentro dos limites de sua competência, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for autoridade coatora.	Art. 637. O juiz ou o tribunal, dentro dos limites de sua competência, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for autoridade coatora.	Art. 648. O juiz ou o tribunal, dentro dos limites de sua competência, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for autoridade coatora.	Idem ao Substitutivo, com renumeração (art. 665).	Idem ao Substitutivo.
	Parágrafo único. No exercício de sua competência, poderão, de ofício, expedir ordem de <i>habeas corpus</i> , quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.	Parágrafo único. No exercício de sua competência, poderão, de ofício, expedir ordem de <i>habeas corpus</i> , quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.	Idem ao Substitutivo.	Parágrafo único. No exercício de sua competência, poderão, de ofício, expedir ordem de <i>habeas corpus</i> , quando, no curso de <i>investigação ou</i> processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Acrescentou-se ao texto do parágrafo único a possibilidade da expedição de *habeas corpus*, de ofício, também no curso da investigação.

Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
Art. 650. Competirá conhecer, originariamente, do pedido de <i>habeas corpus</i> :	Art. 638. Competirá conhecer do pedido de <i>habeas corpus</i> :	Art. 649. Competirá conhecer do pedido de <i>habeas corpus</i> :	Idem ao Substitutivo, com renumeração (art. 666).	Idem à Comissão Maria Thereza de Assis Moura, com renumeração (art. 649).
I – ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no art. 102, I, <i>d e i</i> , da Constituição da República;	I – ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no artigo 102, inciso I, alíneas <i>d e i</i> , da Constituição da República;	I – ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos nas alíneas <i>d e i</i> do inciso I do art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil;	Idem ao Substitutivo.	I – Ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça nos casos previstos na Constituição da República;
II – ao Superior Tribunal de Justiça, nos casos previstos no art. 105, I, <i>c</i> , da Constituição da República;	II – ao Superior Tribunal de Justiça, nos casos previstos no artigo 105, inciso I, alínea <i>c</i> , da Constituição da República;	II – ao Superior Tribunal de Justiça, nos casos previstos na alínea <i>c</i> do inciso I do art. 105 da Constituição da República Federativa do Brasil;	Idem ao Substitutivo.	II – (<i>suprimido</i>)
III – aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, sempre que os atos de violência ou coação forem atribuídos a juiz das garantias, à turma recursal ou à autoridade sujeita à competência originária destes tribunais, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;	III – os tribunais, sempre que os atos de violência ou coação ilegal forem atribuídos ao juiz das garantias, à turma recursal ou à autoridade sujeita à competência originária destes tribunais;	III – aos tribunais, sempre que os atos de violência ou coação ilegal forem atribuídos ao juiz das garantias, à turma recursal ou autoridade sujeita à competência originária destes tribunais;	Idem ao Substitutivo	II – aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais respectivos, sempre que os atos de violência ou coação forem atribuídos a juiz ou turma recursal a eles vinculados, ou autoridade sujeita à sua competência originária, ressalvada a competência da justiça especializada;
IV – às turmas recursais, sempre que os atos de violência ou coação provierem de juiz de juizado especial criminal.	IV – às turmas recursais, sempre que os atos de violência ou coação provierem do juizado especial criminal.	IV – às turmas recursais, sempre que os atos de violência ou coação provierem do juizado especial criminal.	Idem ao Substitutivo	Idem ao Texto Inicial, com renumeração (inciso III).

Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
	V – ao juiz das garantias, em relação aos atos eivados de ilegalidade realizados no curso da investigação e ao juiz do processo, quando encerrada a jurisdição daquele.	V – ao juiz das garantias, em relação aos atos eivados de ilegalidade realizados no curso da investigação e ao juiz do processo, quando encerrada a jurisdição daquele.	Idem ao Substitutivo.	<i>IV – ao juiz das garantias, em relação aos atos realizados no curso da investigação ou perpetrados por particulares, e ao juiz do processo, quando encerrada a jurisdição daquele.</i>
Parágrafo único. A competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição.	Parágrafo único. A competência do juiz ou tribunal cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior hierarquia jurisdicional.	Parágrafo único. A competência do juiz ou tribunal cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior hierarquia jurisdicional.	Idem ao Substitutivo.	Idem ao Texto Inicial.

Em relação ao *caput*, concordamos com a redação proposta pela Comissão Maria Thereza Assis Moura, devendo ficar evidenciado que a competência ora disciplinada é originária, e não em grau recursal.

A redação dos incisos I e II foi alterada para dispor, em apenas um inciso, que a competência dos Tribunais Superiores é prevista na Constituição. Dessa forma, se sobrevier emenda constitucional que altere esta competência, o Código continuará atualizado.

É necessário especificar, no inciso III (que de acordo com a proposta deste trabalho seria o inciso II), que os tribunais referidos são os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais. Substituímos a expressão *juiz das garantias* por *juiz*, que engloba tanto o juiz do processo (a que não se fez referência no Projeto, seja em sua primeira redação, no Substitutivo ou no texto final) quanto o de garantias. É importante, também, incluir a expressão a *eles vinculados*, para evidenciar que um tribunal apenas pode conhecer de *habeas corpus* impetrado contra ato dos juízes ou turmas recursais hierarquicamente inferiores ao mesmo tribunal.

Impende também ressaltar a competência da justiça especializada (eleitoral e trabalhista – 121, §4º, V, e art. 114, IV, da Constituição Federal – não se desconhecendo a discussão que existe em relação à competência da justiça do trabalho).⁵⁶

No tocante ao inciso V (nosso inciso IV), insta esclarecer qual o juiz competente para conhecer de *habeas corpus* impetrado em face de ato de particular; com opção pelo juiz de garantias, mais habituado a lidar com os fatos que ocorrem na seara extrajudicial.

⁵⁶ Cf. nota n. 37.

A previsão é imprescindível a fim de se evitar sucessivos conflitos de competência, e bem assim discussões sobre se realmente seria cabível *habeas corpus* contra atos de particulares, à falta de previsão da autoridade competente para conhecê-lo – entendimento que redundaria em retrocesso.

Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo	IAB	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
Art. 654. <i>O habeas corpus</i> poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, <i>bem pelo Ministério Público.</i>	Art. 639. <i>O habeas corpus</i> poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem.	Art. 650. <i>O habeas corpus</i> poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem.	Art. 639. <i>O habeas corpus</i> poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem.	Idem ao Substitutivo, com renumeração (art. 667).	Art. 650. <i>O habeas corpus</i> poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, <i>bem pelo Ministério Público apenas em favor da defesa.</i>
§1º A petição de <i>habeas corpus</i> conterà:	§1º A petição de <i>habeas corpus</i> conterà:	§1º A petição de <i>habeas corpus</i> conterà:	§1º A petição de <i>habeas corpus</i> conterà:	Idem ao Substitutivo.	Idem ao Texto Inicial.
a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exerce a violência, coação ou ameaça;	a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exerce a violência, coação ou ameaça;	a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exerce a violência, coação ou ameaça;	a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exerce a violência, coação ou ameaça;	Idem ao Substitutivo.	Idem ao Texto Inicial.
b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;	b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;	b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;	b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;	Idem ao Substitutivo.	Idem ao Texto Inicial.
c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.	c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.	c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.	c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.	Idem ao Substitutivo.	Idem ao Texto Inicial.

Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo	IAB	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
§2º O <i>habeas corpus</i> poderá ser impetrado oralmente, na Secretaria do Juízo, e neste caso será reduzido a termo, observando-se o disposto no §1º.	§2º O <i>habeas corpus</i> poderá ser impetrado por termo na secretaria do juízo competente, observando-se o disposto no parágrafo anterior.	§2º O <i>habeas corpus</i> poderá ser impetrado por termo na secretaria do juízo competente, observando-se o disposto no §1º deste artigo.	§2º O <i>habeas corpus</i> poderá ser impetrado por termo na secretaria do juízo competente, observando-se o disposto no parágrafo anterior.	Idem ao Substitutivo.	§2º Não preenchendo a inicial os requisitos legais, será determinada a sua emenda, ou, não possuindo o impetrante formação jurídica, a abertura de vista à Defensoria Pública para fazê-lo.
§3º Os juízes ou tribunais podem, nos limites de suas competências, conceder de ofício ordem de <i>habeas corpus</i> quando, no curso do processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.	§3º Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.	§3º Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.	§3º O juiz ou relator poderá conceder liminarmente a ordem requerida. Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.	Idem ao Substitutivo.	§3º O <i>habeas corpus</i> poderá ser impetrado oralmente, na Secretaria do Juízo ou Tribunal, e neste caso será reduzido a termo, observando-se o disposto no §1º.
			§4º Os juízes e tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de <i>habeas corpus</i> , quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.		

Para dirimir eventual questionamento, é importante legitimar expressamente o Ministério Público, no *caput* do artigo, à impetração de *habeas corpus*, e circunscrever esta atuação em favor da defesa.

A proposta de modificação do parágrafo 2º autoriza a emenda da inicial pelo impetrante ou Defensoria Pública, caso não tenha ele formação jurídica. Por outro giro, a redação do parágrafo 2º (nosso parágrafo 3º), frisando a possibilidade de impetração de *habeas corpus* oral, sugerida pela Comissão Maria Thereza Assis Moura, mostra-se mais adequada. Acrescentamos apenas a possibilidade de dedução oral também nos casos de competência originária dos Tribunais. Ambas as medidas visam a privilegiar as autênticas características do remédio heroico, que na essência dispensa formalidades rígidas, sobretudo para atender com eficiência à correção de ilegalidade.⁵⁷

A norma do parágrafo 3º, do Texto Inicial, mantida no Substitutivo e no Texto Final, é desnecessária, como se verá adiante, à vista de nosso parágrafo 2º, do art. 651.

Igualmente despidendo o acréscimo do parágrafo 4º por parte do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), diante da previsão do parágrafo único, do art. 648, do Substitutivo.

Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo	IBDP	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
Art. 656. Recebida a petição de <i>habeas corpus</i> ou lavrado o respectivo termo, conforme o caso, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.	Art. 640. Recebida a petição de <i>habeas corpus</i> , o juiz, se não for o caso de concessão de cautela liminar, estando preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar, se entender imprescindível ao julgamento do processo.	Art. 651. Recebida a petição de <i>habeas corpus</i> , o juiz, não sendo o caso de concessão de cautela liminar e estando preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar, se entender imprescindível ao julgamento do processo.	Art. 651. Recebida a petição de <i>habeas corpus</i> , o juiz <i>ou o relator</i> , não sendo o caso de concessão de cautela liminar e estando preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar, se entender imprescindível ao julgamento do processo.	Idem ao Substitutivo, com renumeração (art. 668).	Art. 651. Recebida a petição <i>ou termo</i> de <i>habeas corpus</i> , o juiz <i>ou o relator (suprimido)</i> , se julgar necessário e estiver preso o paciente, mandará que lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela ...*, p. 152.

Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo	IBDP	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
<p>§1º Em caso de desobediência, sem prejuízo da responsabilidade do detentor, o juiz providenciará para que o paciente seja imediatamente apresentado em juízo.</p>	<p>Parágrafo único. Em caso de desobediência, o juiz providenciará a imediata soltura do paciente, encaminhando cópias do ocorrido ao Ministério Público para a apuração da responsabilidade.</p>	<p>Parágrafo único. Em caso de desobediência, o juiz providenciará a imediata soltura do paciente, encaminhando cópias do ocorrido ao Ministério Público para a apuração da responsabilidade.</p>	<p>Parágrafo único. Em caso de desobediência, o juiz ou o relator providenciará a imediata soltura do paciente, encaminhando cópias do ocorrido ao Ministério Público para a apuração da responsabilidade.</p>	<p>Idem ao Substitutivo</p>	<p>§1º Em caso de desobediência, e não havendo possibilidade de cumprimento imediato da ordem de outro modo, o juiz ou relator providenciará a imediata soltura do paciente, encaminhando cópias do ocorrido ao Ministério Público para a apuração da responsabilidade civil e criminal e ao superior hierárquico do detentor para apuração da responsabilidade administrativa.</p>
<p>§2º Caso entenda necessário para fazer cessar imediatamente a coação ou ameaça manifestamente ilegais, o juiz ou relator poderá conceder liminar, antecipando total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida, para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do <i>habeas corpus</i>, ou para determinar providência diversa, de acordo com as peculiaridades do caso.</p>					<p>§2º Caso entenda necessário para fazer cessar imediatamente a coação ou ameaça manifestamente ilegais, e independentemente das providências previstas no caput e §1º desta disposição, o juiz ou relator poderá conceder liminar, antecipando total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida.</p>

A previsão da *possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela* valoriza a terminologia mais técnica em comparação a *cautela liminar*, consoante nossa sugestão de parágrafo autônomo (§2º). A redação do Projeto pode induzir à interpretação de que a liminar apenas possa ser concedida antes da apresentação do preso ao juiz. Todavia, não há olvidar que o magistrado pode se convencer da necessidade da antecipação dos efeitos da tutela apenas após ouvir o preso. É mais conveniente dispor que a apresentação do preso ao magistrado deva ser feita sempre que seja necessária e não apenas quando considerada imprescindível.

Em relação ao parágrafo único (nosso §1º), é certo que pode ocorrer desobediência da ordem de apresentação, mas há também a possibilidade de seu pronto cumprimento de outro modo (pelo superior hierárquico do detentor desobediente; pela polícia militar, e.g.). Nesses casos, mostra-se mais razoável que a ordem seja cumprida do que o paciente de imediato seja colocado em liberdade – providência a ser adotada apenas quando a determinação não puder ser imediatamente satisfeita.

Impende, ainda, esclarecer que as responsabilidades a serem apuradas pelo Ministério Público são a civil e a penal. É necessária, também, a apuração da responsabilidade administrativa, mediante o encaminhamento de cópias ao superior hierárquico do detentor desobediente.

Texto Inicial	Substitutivo	IBDP	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
Art. 641 (...)	Art. 652 (...)	Art. 652 (...)	Art. 669 (...)	Art. 652 (...)
III – se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal	III – se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal		III – idem ao Substitutivo.	III – (<i>suprimido</i>)
§2º O juiz poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por motivo de doença.	§2º O juiz poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por motivo de doença.	§2º O juiz <i>ou o relator</i> poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por motivo de doença.	Idem ao Substitutivo.	Idem ao IBDP.

Fica evidente, com base no art. 651 do Substitutivo que o paciente apenas será apresentado por ordem judicial; daí porque óbvia e portanto supérflua a previsão do inciso III.

Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo ⁵⁸	IBDP	Nossa posição
Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, se for o caso, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas.	Art. 642 A autoridade apontada como coatora será notificada para prestar informações no prazo de 24 (vinte e quatro horas), após o que, no mesmo prazo, o juiz decidirá, fundamentadamente.	Art. 653. A autoridade apontada como coatora será notificada para prestar informações no prazo de 24 (vinte e quatro horas), após o que, no mesmo prazo, o juiz decidirá, fundamentadamente.	Art. 653. A autoridade apontada como coatora será notificada para prestar informações no prazo de 24 (vinte e quatro horas), após o que, no mesmo prazo, o juiz decidirá, fundamentadamente	Idem Texto Inicial, com renumeração (art. 653).
(...) §2º Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz arbitrará o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos do inquérito policial ou aos do processo judicial.	(...) §2º Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz arbitrará o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos do inquérito policial ou aos do processo judicial.	(...) §2º Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz arbitrará o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos do inquérito policial ou aos do processo judicial.	(...) §2º Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz <i>ou o relator</i> arbitrará o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos <i>da investigação criminal</i> ou aos do processo judicial.	Idem ao IBDP.
§3º Se a ordem de <i>habeas corpus</i> for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz.	§3º Se a ordem de <i>habeas corpus</i> for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz.	§3º Se a ordem de <i>habeas corpus</i> for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz.	§3º Se a ordem de <i>habeas corpus</i> for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz <i>ou relator</i> .	Idem ao IBDP.
(...) §5º Quando o paciente estiver preso em lugar que não seja o da sede do juízo ou do tribunal que conceder a ordem, o alvará de soltura será encaminhado por qualquer meio idôneo de comunicação, observado o necessário cuidado para assegurar a autenticidade do documento.	(...) §5º Quando o paciente estiver preso em lugar que não seja o da sede do juízo ou do tribunal que conceder a ordem, o alvará de soltura será expedido por meio eletrônico, ou por via postal, ou por outro meio que dispuser.	(...) §5º Quando o paciente estiver preso em lugar que não seja o da sede do juízo ou do tribunal que conceder a ordem, o alvará de soltura será expedido por meio eletrônico, ou por via postal, ou por outro meio que dispuser.		§5º <i>A ordem de habeas corpus será comunicada por qualquer meio idôneo de comunicação, preferencialmente o mais célere.</i>

⁵⁸ Em relação a este artigo de lei, idêntica à redação do texto final aprovado pelo Senado, com renumeração (art. 670)

Nas justificações atinentes a este artigo, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) avaliou mais adequado, como em vários outros casos, que conste a expressão *juiz ou relator*, de forma a assegurar a necessária e correta amplitude da legitimação para o ato, tanto ao juiz quanto ao relator do caso no tribunal (Desembargador ou Ministro).

Como é possível a impetração de *habeas corpus* na fase de investigação criminal, que é gênero do qual o inquérito policial é espécie, melhor que haja a alteração sugerida para evitar confusões e conferir maior amplitude à ação impugnativa.

Segundo a redação proposta para o §5º, fica abrangida pelo dispositivo não apenas a ordem de soltura, mas também o salvo-conduto. Observa-se que a comunicação da ordem, mesmo estando o paciente preso na sede do juízo, não é comumente feita na pessoa do detentor, e sim, no mais das vezes, via *e-mail* ou outro meio de comunicação a distância. Não há, assim, razão para se distinguir a forma de encaminhamento da ordem, conforme o local em que estiver preso o paciente (se na sede do juízo ou tribunal responsável pela ordem ou em local diverso). Simplificou-se, ademais, a redação, substituindo-se a locução *meio eletrônico, ou por via postal, ou por outro meio de que se dispuser, por qualquer meio, preferencialmente o mais célere*, de forma a continuar o Código atualizado em face da superveniência de outros meios de comunicação ou mesmo da extinção de algum (postal, e.g.).

Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
Art. 661. Em caso de competência originária dos tribunais, a petição de <i>habeas corpus</i> será encaminhada imediatamente ao presidente do tribunal ou do órgão fracionário competente.	Art. 643. Em caso de competência originária dos tribunais, a petição de <i>habeas corpus</i> será apresentada no protocolo para imediata distribuição.	Art. 654. Em caso de competência originária dos tribunais, a petição de <i>habeas corpus</i> será apresentada no protocolo para imediata distribuição.	Idem ao Substitutivo, com renumeração (art. 672)	Art. 654. Em caso de competência originária dos tribunais, a petição de <i>habeas corpus</i> será, após apresentada, imediatamente distribuída.
				Parágrafo único. Aplica-se ao <i>habeas corpus</i> de competência originária dos tribunais o disposto no §2º do art. 650.

Preferiu-se a referida redação para o art. 643 do Texto Inicial, porquanto, distribuidor e protocolo são, muitas vezes, seções administrativas diversas, dependendo da organização do tribunal.

No parágrafo único autorizou-se a emenda da inicial nos casos de competência originária do tribunal.

Emenda ao Substitutivo Global do VPL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo	IAB	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
Art. 662. Se a petição contiver os requisitos do art. 654, §1º, o presidente, se necessário, requisitará à autoridade indicada como coatora informações por escrito. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o relator mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição.	Art. 644. Se a petição contiver os requisitos do art. 639, serão requisitadas as informações por escrito, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, se não for o caso de concessão liminar da ordem. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o relator mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição.	Art. 655. Se a petição contiver os requisitos do art. 650, serão requisitadas as informações por escrito, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, se não for o caso de concessão liminar da ordem. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o relator mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição.	Art. 644. Se a petição contiver os requisitos do art. 639, serão requisitadas as informações por escrito, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, se não for o caso de concessão liminar da ordem. <i>(Suprimido)</i> . Não tendo o impetrante formação jurídica, poderá o relator abrir vista à Defensoria Pública para emenda ou aditamento à inicial.	Art. 673. Se a petição contiver os requisitos do art. 667, serão requisitadas as informações por escrito, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, se não for o caso de concessão liminar da ordem. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o relator mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição.	<i>(Suprimido)</i>

Acreditamos, à vista de nossa proposta de redação dos arts. 650, 651, 653 e 654, ser desnecessária a previsão do art. 655 do Substitutivo.

Previmos a requisição de informações à autoridade coatora em outra disposição (nosso art. 655), dando nova redação ao art. 657 do Projeto, proposta a ser apresentada oportunamente para melhor visualização.

Como se observa, pretendemos unificar a disciplina do *habeas corpus* de competência originária dos tribunais aos apresentados em primeiro grau de jurisdição, de molde que em todos seja possível a dedução oral, o aditamento da inicial e a apresentação do preso ao magistrado. Ademais, como se verá, o prazo para apresentação de informações no caso de *habeas corpus* de competência originária dos Tribunais deve ser o mesmo previsto para a primeira instância, ou seja, 24 (vinte e quatro) horas, nada justificando essa diferenciação, como bem observou o IAB. Com as alterações propostas, houve inclusive redução do número de dispositivos legais que regulamentam o *habeas corpus*, o que redundará em economia legislativa.

Texto Inicial	Substitutivo	IBDP	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
Art. 645. O relator poderá conceder cautela liminar ou conceder a ordem, sempre que a coação ilegal confrontar com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal.	Art. 656. O relator poderá conceder cautela liminar, <i>total ou parcialmente, se entender que é manifesta a coação ou ameaça ilegal e que a demora na prestação jurisdicional poderá acarretar grave prejuízo aos direitos fundamentais, dispensando, inclusive, o pedido de informações à autoridade apontada como coatora.</i>	Art. 656...	Idem ao substitutivo, com renumeração (art. 674).	<i>(Suprimido)</i>
Parágrafo único. Caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, da decisão do relator que negar a cautela liminar ou conceder a ordem.	<i>(Suprimido)</i>	<i>(Suprimido)</i>	Idem ao Substitutivo.	Idem ao IBDP.

Segundo a redação do Substitutivo (aprovada pelo Senado) e a sugestão do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), é prescindível a disposição do parágrafo único, no sentido de que caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, da decisão do relator que negar a cautela liminar ou conceder a ordem, na medida em que há previsão específica e mais abrangente no art. 469, parágrafo 1º, inciso I.

Parece-nos, à vista de nosso §2º do art. 651, desnecessária a previsão do *caput* do art. 656, impondo-se como consequência, tal qual previsto pelo IBDP, que seja também extirpado o parágrafo único.

Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo ⁵⁹	IBDP	IAB	Nossa posição
Art. 664. Recebidas as informações, <i>ou dispensadas</i> , o Ministério Público terá vista dos autos por 5 (cinco) dias, a contar da data do seu recebimento na secretaria daquele órgão.	Art. 646. Recebidas as informações, o Ministério Público terá vista dos autos por 5 (cinco) dias, a contar da data do recebimento dos autos pela sua secretaria, cabendo à secretaria do tribunal informar sobre o decurso do prazo.	Art. 657. Recebidas as informações, o Ministério Público terá vista dos autos por 5 (cinco) dias, a contar da data do recebimento dos autos pela sua secretaria, cabendo à secretaria do tribunal informar sobre o decurso do prazo.	Art. 657. Recebidas as informações, o Ministério Público terá vista dos autos por 5 (cinco) dias, a contar da data do recebimento dos autos pela sua secretaria, cabendo à secretaria do tribunal informar <i>imediatamente ao relator esta data</i> .	Art. 646. Recebidas as informações, o Ministério Público terá vista dos autos por 5 (cinco) dias, a contar da data do recebimento dos autos pela sua secretaria, cabendo à secretaria do tribunal informar sobre o decurso do prazo.	Art. 655. A autoridade apontada como coatora será notificada para prestar informações no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.
§1º Decorrido o prazo, a secretaria do Tribunal requisitará os autos, com ou sem manifestações, para que o habeas corpus seja julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a seguinte.	§1º Decorrido o prazo, com ou sem manifestação, o habeas corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.	§1º Decorrido o prazo, com ou sem manifestação, o habeas corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.	§1º <i>O relator, verificando o decurso do prazo sem manifestação do Ministério Público, requisitará os autos para devolução imediata, para dar prosseguimento ao julgamento.</i>	§1º Decorrido o prazo, com ou sem manifestação, o habeas corpus será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.	§1º Recebidas as informações, o Ministério Público terá vista dos autos por 5 (cinco) dias, a contar da data do recebimento dos autos pela sua secretaria, cabendo à secretaria do tribunal informar <i>incontinenti o relator</i> sobre o decurso do prazo.

⁵⁹ Idêntica à redação do Substitutivo é a do Texto Final aprovado pelo Senado, com renumeração (art. 675).

Emenda ao Substitutivo Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo ⁵⁹	IBDP	IAB	Nossa posição
§2º Se o impetrante requerer, <i>destacadamente</i> , na impetração, será intimado da data do julgamento.	§2º Se o impetrante o requerer na impetração, será intimado da data do julgamento.	§2º Se o impetrante o requerer na impetração, será intimado da data do julgamento.	§2º Com ou sem manifestação do Ministério Público, o <i>habeas corpus</i> será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte.	§2º <i>O descumprimento do prazo assinado no §1º acima gerará constrangimento ilegal ao paciente, sanável pela via de novo habeas corpus para a instância superior.</i>	§2º <i>O relator, comunicado do decurso do prazo sem manifestação do Ministério Público, requisitará os autos para devolução imediata, a fim de dar posse ao julgamento.</i>
§3º A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.	§3º A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.	§3º A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.		§3º Se o impetrante o requerer na impetração, será intimado da data do julgamento.	§3º Idem ao §2º do IBDP.
				§4º A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.	§4º Idem ao parágrafo 2º do Texto Inicial.
					§5º Idem ao parágrafo 3º do Texto Inicial.

A justificativa do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) pauta-se no câmbio de redação do *caput* para impor à secretaria o dever de informar ao relator – incumbido do controle da observância dos prazos – o termo inicial do lapso temporal para manifestação do Ministério Público. A mudança mostrou-se necessária, uma vez que se a verificação do decurso do prazo couber à secretaria do tribunal, haverá uma inexorável perda de tempo entre a sua certificação e a comunicação ao gabinete do relator. A proposta visa a suprimir, portanto, esta dilação entre comunicações.

Acrescido, também, o parágrafo 1º, prevendo, decorrido o prazo sem essa manifestação, é dever do relator requisitar os autos para prosseguir no julgamento – providência que não estava prevista no Projeto e que visa a assegurar a celeridade necessária na tramitação do *habeas corpus*.⁶⁰

Alvitramos a alteração da redação do *caput* para disciplinar a requisição de informações, concedendo à autoridade coatora o mesmo prazo que lhe é deferido em primeiro grau de jurisdição, como já anotado.

Consignamos, em nosso §1º, que decorrido o prazo de manifestação do Ministério Público, deve a secretaria do tribunal comunicar *incontinenti* ao relator. Parece-nos que este prazo deve ser controlado não pelo relator, mas pela secretaria, como uma de suas atribuições.

Texto Inicial	Substitutivo	IBDP	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
Art. 648. O secretário do tribunal lavrará a ordem que, assinada pelo presidente do tribunal, câmara ou turma, será dirigida, por ofício ou telegrama, ao detentor, ao carcereiro ou autoridade que exercer ou ameaçar exercer o constrangimento.	Art. 659. O secretário do tribunal lavrará a ordem que, assinada pelo presidente do tribunal, câmara ou turma, será dirigida, por ofício ou telegrama, ao detentor, ao carcereiro ou à autoridade que exercer ou ameaçar exercer o constrangimento.	Art. 659. O secretário do tribunal lavrará a ordem em ofício que, assinado pelo presidente do tribunal, câmara ou turma, será <i>enviada por meio eletrônico ou por outro meio mais célere e idôneo de que dispuser</i> , ao detentor, ao carcereiro ou à autoridade que exercer ou ameaçar exercer o constrangimento.	Idem ao Substitutivo, com renumeração (art. 677).	(<i>Suprimido</i>)

O Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) institui modificação para a atualização dos meios de comunicação de atos, retirando aqueles burocráticos e permitindo a utilização da forma mais idônea e célere disponível. Entretanto, considerando a previsão sugerida do parágrafo 5º do art. 653, mostra-se desnecessário este comando legal.

⁶⁰ Devido ao acréscimo do parágrafo 1º foi necessário adaptar a redação do atual parágrafo 2º (antigo §1º).

Texto Inicial	Substitutivo	Texto final aprovado pelo Senado	Nossa posição
Art. 651. Ordenada a soltura do paciente em virtude de <i>habeas corpus</i> , será responsabilizada penal, civil e administrativamente a autoridade que, por má-fé ou abuso de poder, tiver determinado a coação.	Art. 662. Ordenada a soltura do paciente em virtude de <i>habeas corpus</i> , será responsabilizada penal, civil e administrativamente a autoridade que, por má-fé ou abuso de poder, tiver determinado a coação.	Idem ao Substitutivo, com renumeração (art. 680).	Idem ao Texto Inicial, com renumeração (art. 659).
Parágrafo único. Neste caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade.	Parágrafo único. Nesse caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade.	Idem ao Substitutivo.	Parágrafo único. Neste caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade <i>civil e criminal</i> da autoridade, <i>assim como a seu superior hierárquico para a apuração da responsabilidade administrativa.</i>

A respeito do parágrafo único do dispositivo ora debatido, a remessa de cópias ao superior hierárquico é a medida mais adequada para apuração da responsabilidade administrativa.

Global do PL 4.206/01 (Comissão Maria Thereza de Assis Moura)	Texto Inicial	Substitutivo ⁶¹	IBDP	Nossa posição
Art. 665. Constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, praticado por carcereiro, diretor da prisão, escrivão, oficial de justiça ou autoridade judiciária ou policial embarçar ou procrastinar o cumprimento de ordem de <i>habeas corpus</i> , as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, podendo o juiz ou tribunal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, aplicar ao responsável multa na quantia de até 50 (cinquenta) salários-mínimos.	Art. 652. O carcereiro ou o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça ou a autoridade judiciária ou policial que embarçar ou procrastinar a expedição de ordem de <i>habeas corpus</i> , as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, serão responsabilizados penal, civil e administrativamente.	Art. 663. O carcereiro ou o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça ou a autoridade judiciária ou policial que embarçar ou procrastinar a expedição de ordem de <i>habeas corpus</i> , as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, <i>serão multados em até 50 (cinquenta) salários-mínimos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.</i>	Art. 663. O carcereiro ou o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça ou a autoridade judiciária ou o <i>integrante do Ministério Público</i> ou policial que embarçar ou procrastinar a expedição de ordem de <i>habeas corpus</i> , as informações sobre a causa da prisão, a <i>emissão de parecer</i> , a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, <i>serão multados em até 50 (cinquenta) salários-mínimos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.</i>	Idem ao IBDP, com renumeração (art. 660).
		Parágrafo único. Nesse caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade dos servidores e das autoridades.		

Em conformidade com a tese do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), concluímos que a previsão de prazo para emissão de parecer ministerial do *caput* do art. 681 deve ser acompanhada da devida sanção em caso de descumprimento, por questão de isonomia, de modo que todos os operadores do Direito que retardarem o cumprimento de suas atribuições deverão estar sujeitos às mesmas providências.

⁶¹ A mesma é a redação do texto final aprovado pelo Senado, com renumeração (art. 681)

5. Conclusões

Desde o advento da reforma constitucional de 1926, a aplicação mais dilatada do *habeas corpus* foi abolida, resguardado o emprego do remédio heroico para a tutela do direito à liberdade de locomoção. Como se pode observar, a ausência de proteção de outros direitos não foi duradoura, à medida que já em 1934 introduziu-se o mandado de segurança “para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal de qualquer autoridade”.

Ao longo do tempo, entretanto, cada vez mais se cristalizou uma concepção ampliada de cabimento do instituto do *habeas corpus*. Assim é que tamanho elastério na interpretação da disciplina processualística do *writ*, com o beneplácito da doutrina e da jurisprudência, acabou por importar autêntica barafunda conceitual da *falta de justa causa*.

Neste sentido é a tese que admite a possibilidade de constrangimento e latente ameaça à liberdade – aqui incluídas não apenas questões diretamente ligadas à prisão, mas também aos outros direitos fundamentais – mesmo quando ainda inexistente direta ameaça à locomoção, ação penal instaurada, ou inquérito.

Trilhando, pois, no sentido oposto, é evidente que o objetivo do Projeto de Lei 156/09 é a restrição do uso do *habeas corpus*.

O Projeto tem sido bastante criticado neste particular, como se anotou, tanto que a redação final aprovada pelo Senado esvaziou a pretendida reforma do Código, mantendo a atual disciplina das hipóteses de cabimento do *habeas corpus*.

As reflexões e sugestões referidas neste breve estudo coadunam-se com a linha mestra da reforma legislativa. Como tivemos ocasião de asseverar, deve ser vinculado o uso do *writ* aos casos de restrição da liberdade – atual ou potencial –, sem qualquer limitação nestas hipóteses. Sem embargo, a violação que comprometer outros direitos fundamentais dispõe do mandado de segurança como via de defesa (CF, art. 5º, inciso LXIX).

Interpretar a regra do inciso LXVIII, do artigo 5º, da Carta Federal, à luz da defesa do direito de locomoção, não é restringir o âmbito de aplicação de uma garantia pétrea constitucional, mas sim resgatar a feição originária e mais preciosa do *habeas corpus*: a proteção da liberdade física contra o arbítrio e a opressão.

Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Tomo II.

BELAUNDE, Domingo García. El Habeas Corpus latinoamericano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, n. 1, p. 413-435, 2000.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e Garanzie dela Persona*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.

CURY, Matheus Guimarães. A CULPA é do *habeas corpus*. *Jornal A Tribuna*, 5 out. 2010. Coluna Tribuna Livre.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias Processuais nos Recursos Criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. Recrudescimento a caminho. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 84, 16 p, 2010.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. V. I.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980. V. IV.

FERNANDES, Og. O *habeas corpus* no Projeto do CPP. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, p. 24-26, ago. 2000. Edição Especial.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Liberdades públicas: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Habeas corpus: direito de locomoção. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *Tortura, crime militar, habeas corpus*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades do Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009. V. IV.

MARIZ DE OLIVEIRA, Antônio Claudio. MISSÃO do Processo Penal. Migalhas. 25 jun. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2HMsmh9>. Acesso em: 29 out. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breves novas sobre os recursos no Projeto de Código de Processo Penal (PLS 156/2009). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, p. 20-21, ano 18, ago. 2000, Edição especial.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Habeas Corpus e a Advocacia Criminal. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *Tortura, crime militar, habeas corpus*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. sp.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACHECO, Rodrigo Batista. “Habeas corpus” e a pessoa jurídica: interpretação à luz do princípio da igualdade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 116, p. 10-11, jul. 2002.

PAULA, Leonardo Costa de. Agravo do projeto n. 156/2009 e possíveis repercussões no habeas corpus. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, p. 766-782, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2TyhcyQ>. Acesso em: 25 nov. 2010.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di Procedura Penale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *História e Prática do Habeas Corpus*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

PRADO, Geraldo. Recursos (Projeto de Lei n. 4.206/2008). In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 345-427.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TORON, Alberto Zacharias. *HABEAS CORPUS* está sendo amesquinhado. Consultor Jurídico. 20 maio 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3jIZMdo>. Acesso em: 26 out. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. *Habeas Corpus, Ação e Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

WUNDERLICH, Alexandre. Habeas corpus e a dimensão da liberdade: 20 anos após a Constituição Federal de 1988. In: PRADO, Geraldo (org.). *Processo Penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 15-46.,

Anexo: Proposta dos autores de disciplina do *habeas corpus*

CAPÍTULO II Do *habeas corpus*

SEÇÃO I Do cabimento

Art. 646. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ilegal no seu direito de locomoção, ressalvados os casos de punição disciplinar.

Art. 647. A coação considerar-se-á ilegal quando:

I – não houver justa causa para a ordem de prisão;

II – alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III – quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo;

IV – houver cessado o motivo que autorizou a ordem de prisão;

V – não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI – houver nulidade no processo ou ilegalidade na investigação em que se determinou a prisão;

VII – extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão;

VIII – houver hipótese de rejeição da denúncia ou queixa no processo em que se determinou a prisão.

Parágrafo único. Não se admitirá o *habeas corpus* nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo.

Art. 648. O juiz ou o tribunal, dentro dos limites de sua competência, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora.

Parágrafo único. No exercício de sua competência, poderão, de ofício, expedir ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de investigação ou processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação.

Seção II Da competência

Art. 649. Competirá conhecer, originariamente, do pedido de *habeas corpus*:

I – Ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça nos casos previstos na Constituição da República;

II – aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais respectivos, sempre que os atos de violência ou coação forem atribuídos a juiz ou turma recursal a eles vinculados, ou autoridade sujeita à sua competência originária, ressalvada a competência da justiça especializada;

III – às turmas recursais, sempre que os atos de violência ou coação provierem do juizado especial criminal;

IV – ao juiz das garantias, em relação aos atos realizados no curso da investigação ou perpetrados por particulares, e ao juiz do processo, quando encerrada a jurisdição daquele.

Parágrafo único. A competência do juiz ou tribunal cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior hierarquia jurisdicional.

Seção III

Do procedimento

Art. 650. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público apenas em favor da defesa.

§1º A petição de *habeas corpus* conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

§2º Não preenchendo a inicial os requisitos legais, será determinada a sua emenda, ou, não possuindo o impetrante formação jurídica, a abertura de vista à Defensoria Pública para fazê-lo.

§3º O *habeas corpus* poderá ser impetrado oralmente, na Secretaria do Juízo ou Tribunal, e neste caso será reduzido a termo, observando-se o disposto no §1º.

Art. 651. Recebida a petição ou termo de *habeas corpus*, o juiz ou o relator, se julgar necessário e estiver preso o paciente, mandará que lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

§1º Em caso de desobediência, e não havendo possibilidade de cumprimento imediato da ordem de outro modo, o juiz ou relator providenciará a imediata soltura do paciente, encaminhando cópias do ocorrido ao Ministério Público para a apuração da responsabilidade civil e criminal e ao superior hierárquico do detentor para apuração da responsabilidade administrativa.

§2º Caso entenda necessário para fazer cessar imediatamente a coação ou ameaça manifestamente ilegais, e independentemente das providências previstas no *caput* e §1º desta disposição, o juiz ou relator poderá conceder liminar, antecipando total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida.

Art. 652. Se o paciente estiver preso, nenhum motivo escusará a sua apresentação, salvo:

I – grave enfermidade do paciente;

II – não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção.

§1º O detentor declarará à ordem de quem o paciente estiver preso.

§2º O juiz ou o relator poderá ir ao local em que o paciente se encontrar, se este não puder ser apresentado por motivo de doença.

Art. 653. A autoridade apontada como coatora será notificada para prestar informações no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após o que, no mesmo prazo, o juiz decidirá, fundamentadamente.

§1º Se a decisão for favorável ao paciente, será logo posto em liberdade, salvo se por outro motivo dever ser mantido na prisão.

§2º Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz ou o relator arbitrará o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos da investigação criminal ou aos do processo judicial.

§3º Se a ordem de *habeas corpus* for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz ou relator.

§4º Será *incontinenti* enviada cópia da decisão à autoridade que tiver ordenado a prisão ou tiver o paciente à sua disposição, a fim de juntar-se aos autos do processo.
§5º A ordem de *habeas corpus* será comunicada por qualquer meio idôneo de comunicação, preferencialmente o mais célere.

Art. 654. Em caso de competência originária dos tribunais, a petição de *habeas corpus* será, após apresentada, imediatamente distribuída.

Parágrafo único. Aplica-se ao *habeas corpus* de competência originária dos tribunais o disposto no §2º do art. 650.

Art. 655. A autoridade apontada como coatora será notificada para prestar informações no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

§1º Recebidas as informações, o Ministério Público terá vista dos autos por 5 (cinco) dias, a contar da data do recebimento dos autos pela sua secretaria, cabendo à secretaria do tribunal informar *incontinenti* o relator sobre o decurso do prazo.

§2º O relator, comunicado do decurso do prazo sem manifestação do Ministério Público, requisitará os autos para devolução imediata, a fim de dar prosseguimento ao julgamento.

§3º Com ou sem manifestação do Ministério Público, o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão, podendo, entretanto, adiar-se o julgamento para a sessão seguinte;

§4º Se o impetrante o requerer na impetração, será intimado da data do julgamento;

§5º A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, se o presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.

Art. 656. Se o juiz ou o tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal, julgará prejudicado o pedido.

Seção IV Disposições finais

Art. 657. Os regimentos dos tribunais estabelecerão as normas complementares para o processo e julgamento do pedido de *habeas corpus* de sua competência originária.

Art. 658. A impetração e o processamento do *habeas corpus* independem de preparo e de pagamento de custas ou despesas.

Art. 659. Ordenada a soltura do paciente em virtude de *habeas corpus*, será responsabilizada penal, civil e administrativamente a autoridade que, por má-fé ou abuso de poder, tiver determinado a coação.

Parágrafo único. Neste caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade civil e criminal da autoridade, assim como a seu superior hierárquico para a apuração da responsabilidade administrativa.

Art. 660. O carcereiro, o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça, a autoridade judiciária, o integrante do Ministério Público ou policial que embarçar ou procrastinar a expedição de ordem de *habeas corpus*, as informações sobre a causa da prisão, a emissão de parecer, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, serão multados em até 50 (cinquenta) salários-mínimos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

O Pacote Anticrime e a Lei Maria da Penha: reflexos das reformas procedimentais e na esfera de liberdade dos envolvidos

Elaine Cristina Monteiro Cavalcante¹
Professora e juíza aposentada

Sumário: Introdução. 1. Aspectos gerais. 2. Do juiz das garantias. 3. Da prisão preventiva prevista no artigo 20, da Lei 11.340/2006 à luz da Lei 13.964/2019. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: o objetivo deste artigo é analisar os impactos das reformas introduzidas pelo Pacote Anticrime na Lei Maria da Penha e na esfera de liberdade dos envolvidos. A Lei 13.964/2019 trouxe mudanças significativas ao ordenamento jurídico penal brasileiro. Todavia, alguns de seus institutos impactaram a liberdade e o microsistema de proteção à mulher previstos na Lei 11.340/2006. Em virtude do elevado número de violência de gênero contra a mulher existente no Brasil, que se agravou com a pandemia de coronavírus, a divisão de atribuições do juiz na persecução penal por meio do juiz de garantias poderá prejudicar a mulher em situação de violência, salvo se o juiz das garantias também for especializado. A prisão preventiva prevista no artigo 20, da Lei 11.340/2006, não foi revogada tacitamente e deve ser harmonizada com o artigo 311, do Código de Processo Penal, sendo vedado ao juiz decretar a prisão preventiva de ofício, em qualquer fase da persecução penal.

Palavras-chave: Processo penal. Pacote anticrime. Impacto. Lei Maria da Penha. Liberdade.

Abstract: the scope of this paper is to analyse the impacts of the reforms introduced by the Anticrime Package into the Maria da Penha Law, and the realm of the freedom of the individuals involved. The Law 13.964/2019 has brought significant changes to the Brazilian criminal legal system. However, some of its institutes impacted the freedom and microsystem of protection for women provided for in Law 11.340/2006, concerning significant changes to the Brazilian penal judicial order. Due to the high number of gender-based violence against women in Brazil, which was aggravated by the coronavirus pandemic, the division of the judge's duties in criminal prosecution through the guarantees judge may harm women in situations of violence, unless the guarantee judge is also specialized. Regarding the preventive detention provides for in article 20, of Law 11.340/2006, was not tacitly revoked and must be harmonized with article 311, of the Code of Penal Prosecution, and the judge is prohibited from decreeing the preventive detention of office, in any phase of criminal prosecution.

Keywords: Criminal proceedings. Anticrime package. Impact. Maria da Penha law. Freedom.

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito no Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Professora da Escola Paulista da Magistratura. Juíza de Direito Aposentada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Introdução

Este artigo tem por objeto analisar os impactos trazidos pela Lei 13.964/2019 ao microsistema de proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar previsto na Lei 11.340/2006.

Utilizando métodos de pesquisas de dados estatísticos de violência de gênero e revisão de literatura sobre o tema, no capítulo um foram abordados aspectos gerais dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, que garante a inviolabilidade do direito à liberdade. Foi igualmente abordada a Lei 13.964/2019, denominada *Pacote Anticrime* e seus propósitos, acenando com os principais diplomas legislativos nacionais e internacionais que nortearam a elaboração da Lei 11.340/2006, denominada *Lei Maria da Penha*, que foi impactada em alguns aspectos que foram expostos nos capítulos seguintes.

No capítulo dois foi analisada a inovação consistente no juiz das garantias, trazida pela Lei 13.964/2019, que estabeleceu o sistema acusatório, vedando expressamente a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação. Foram explicitadas as críticas ao instituto e as razões que levaram ao ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Associação dos Magistrados Brasileiros e Associação dos Juizes Federais do Brasil, que culminou com a suspensão de sua eficácia *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal. A partir daí, foram tecidas considerações sobre o elevado índice de violência de gênero no Brasil, com dados estatísticos, e o prejuízo que a divisão de atribuições entre o juiz das garantias e o juiz da instrução poderia trazer à efetividade e celeridade das medidas protetivas de urgência concedidas em favor das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Explicitando os motivos dessa conclusão, sugere-se que, em caso de manutenção do instituto, o juiz das garantias seja tão especializado quanto os juízos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

No capítulo três foi analisada a vigência do artigo 20, da Lei 11.340/2006 que trata da prisão preventiva do agressor, à luz das sucessivas reformas processuais, especialmente da Lei 13.964/2019. As reformas processuais foram explicitadas e os requisitos para a decretação da prisão preventiva foram estudados, a fim de estabelecer um panorama da atual situação legislativa envolvendo a decretação e a revogação da prisão preventiva aos autores de crimes cometidos no âmbito doméstico e familiar.

A abordagem das reformas procedimentais teve também a ótica da liberdade dos envolvidos.

1. Aspectos gerais

O artigo 1º, da Constituição Federal, dispõe que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Este é um supraprincípio e consiste no reconhecimento constitucional dos limites da esfera da intervenção do Estado na vida do cidadão, ratificando, assim, a liberdade como um direito universal dos seres humanos.

O princípio da igualdade está consubstanciado no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal e consiste em um princípio fundamental da pessoa, que garante a inviolabilidade do direito à liberdade.²

A Lei 13.964/2019 promoveu importantes alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

O projeto de lei teve por escopo estabelecer medidas de combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes cometidos com violência contra a pessoa, em face da grave crise que assola nosso país envolvendo corrupção e segurança pública.

As reformas, portanto, visaram adequar o ordenamento jurídico à realidade atual, visando dar mais agilidade às ações penais e efetividade ao cumprimento das penas.

No entanto, modificações importantes impactaram diretamente o sistema protetivo previsto na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que consiste num marco para a liberdade da mulher.

O artigo 1º, da Lei 11.340/2006, faz alusão expressa ao fato de que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 26, §8º, da Constituição Federal,³ da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, da Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Assim, dispõe sobre a criação dos juzizados de violência doméstica e familiar contra a mulher e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher tem duplo objetivo: eliminar a discriminação e assegurar a igualdade.

Assim, nos termos do artigo 1º, da Convenção, a discriminação contra a mulher significa

*toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.*⁴

O Brasil assinou a Convenção em 18 de dezembro de 1979, no mesmo ano em que foi adotada pela ONU. A aprovação pelo Congresso ocorreu em 14 de novembro de 1983, por meio do Decreto Legislativo nº 93. A ratificação se deu em 1º de fevereiro de 1984 e a promulgação ocorreu em 30 de março de 1984, por meio do Decreto 89.406.⁵

² Art. 5º, da CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).

³ Artigo 226, §8º, da CF: “O Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

⁴ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Humanos da Mulher na Ordem Internacional. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 371-383.

⁵ LAVORENTI, Wilson. *Violência e Discriminação contra a Mulher: Tratados Internacionais de Proteção e o Direito Penal Brasileiro*. Campinas: Millenium Editora, 2009.

Dessa forma, ao ratificar a Convenção, o Brasil assumiu internacionalmente o compromisso de eliminar todas as formas de discriminação de gênero, a fim de assegurar a efetiva igualdade entre homens e mulheres (formal e material).

Por outro lado, a Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, denominada Convenção de Belém do Pará, consistiu em outro diploma de grande importância na proteção internacional dos direitos das mulheres.

Foi o primeiro tratado internacional a reconhecer a violência contra a mulher como um fenômeno generalizado, que alcança, sem distinção de raça, classe social, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres.

Define a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano, ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na privada”, afirmando que consiste em grave violação aos direitos humanos e ofensa à dignidade humana, visto que são manifestações de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.⁶

A Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher foi discutida e aprovada em Belém do Pará e foi adotada pela Assembleia Geral da OEA em 9 de junho de 1994. O Brasil a assinou na mesma data, e o Congresso Nacional a aprovou em 1º de setembro de 1995. Foi ratificada pelo Brasil, sem reservas, em 27 de novembro de 1995 e promulgada em 1º de agosto de 1996.⁷

Ressalta-se que o Estado brasileiro, ao ratificar documentos internacionais, assumiu, no plano internacional, o compromisso de adotar medidas internas para garantir os direitos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares, tanto assim que editou a Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha.

De tudo deflui que liberdade, isonomia e dignidade da pessoa humana são valores distintos que não se confundem, porém não temos como dissociá-los, uma vez que jamais existirá liberdade sem que haja isonomia e dignidade da pessoa humana.

Assim, temos, de um lado, todo o microsistema de proteção à mulher introduzido pela Lei 11.340/2006, que abrange sua liberdade, harmonizada com o sistema internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres. E, de outro lado, a Lei 13.964/2019, que visou adequar o ordenamento jurídico à realidade atual, buscando dar mais agilidade às ações penais e efetividade ao cumprimento das penas, impactando, contudo, alguns aspectos da Lei 11.340/2006, que serão expostos a seguir.

2. Do juiz de garantias

A Lei 13.964/2019, denominada Pacote Anticrime, inovou ao contemplar no artigo 3º-A do Código de Processo Penal o juiz das garantias.⁸

A novel legislação estabeleceu o sistema acusatório, que já era adotado pela Constituição Federal de 1988, que prevê no artigo 129, I, que compete ao Ministério

⁶ PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Humanos da Mulher na Ordem Internacional. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷ LAVORENTI, Wilson. *Violência e Discriminação contra a Mulher: Tratados Internacionais de Proteção e o Direito Penal Brasileiro*. Campinas: Millenium Editora, 2009.

⁸ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação.

Público promover, *privativamente*, a ação penal pública na forma da lei. Assim, o titular da ação penal é o Ministério Público, ressalvados os casos específicos, enquanto a função de julgar pertence ao Poder Judiciário, observado o princípio do juiz natural.

O saudoso jurista José Frederico Marques já ensinava:

no sistema acusatório, autor e réu encontram-se em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz, tal como consagra o direito brasileiro. A titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, e não ao juiz, órgão estatal tão-somente de aplicação imparcial da lei para dirimir os conflitos entre o jus puniendi e a liberdade do réu.⁹

Nesse contexto, visando concretizar o sistema penal acusatório, a nova lei criou o juiz das garantias, vedando expressamente a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação.

De acordo com o artigo 3º-B do Código de Processo Penal, o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. De forma que o juiz da instrução somente terá contato com o resultado da investigação depois de oferecida e recebida a denúncia, a fim de ter maior imparcialidade.¹⁰

Além disso, o artigo 3º-B do Código de Processo Penal elencou de forma não exaustiva a competência do juiz de garantias.

Ocorre que o instituto foi alvo de muitas críticas, tanto que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 6.298, no Supremo Tribunal Federal, alegando inconstitucionalidades formais e materiais.

Além das inconstitucionalidades, a Ação Direta de Inconstitucionalidade apontou diversas outras questões, dentre elas os prejuízos à aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006).

Outras dessas ações foram ajuizadas pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA (ADI 6.299); pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL) (ADI 6.300) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) (ADI 6.305).¹¹

O então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, em plantão judicial, concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas nas ADIs 6.298, 6.299

⁹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Volume I. Campinas: Bookseller, 1997. p. 71.

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019*: Comentários às Alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

¹¹ Acerca dos argumentos da inconstitucionalidade do instituto, Antonio Edilberto Oliveira Lima os condensou em dois grupos principais: 1º - A criação do Juiz das Garantias estaria eivada de inconstitucionalidade, por vício formal, em razão de a Lei 13.964/19 ter invadido competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, violando o art. 24, XI, e § 1º, da CF/88. Além de ofender a competência dos Tribunais para criação de órgãos do Poder Judiciário e definição de sua organização, nos termos do artigo 96, I, “d”, além do artigo 96, II, “b” e artigos 110 e 125, § 1º, da CF/88. 2º - Seria o juiz das garantias inconstitucional por violação ao princípio do Juiz Natural e ante a impossibilidade de sua implementação no território brasileiro, sobretudo no prazo de *vacatio* fixado na Lei. Seja pela carência de juizes, seja pela elevação do custo operacional para tal mudança, seja, ainda, porque sua implantação agravaria o problema da morosidade da justiça, violando, assim, o princípio constitucional da duração razoável do processo. (CAVALCANTE, André Clark Nunes et.al. Lei Anticrime Comentada. Leme: JH Mizuno, 2020)

e 6.300 para conferir-se interpretação conforme as normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3ºB a 3ºF, do CPP), para esclarecer que não se aplicam aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O argumento de sua excelência para afastar a incidência do juiz de garantias aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher foi justamente o fato de que “exigem disciplina processual penal específica, que traduza um procedimento mais dinâmico, apto a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica”.

Posteriormente, o relator da Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/Distrito Federal revogou a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendeu *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) [...]”.

Pois bem, em que pese o fato de o instituto do juiz das garantias estar com a eficácia de sua implantação suspensa, é certo que ao instituir o juiz de garantias buscou-se vedar a iniciativa dele na fase de investigação. Isso traria prejuízo concreto às vítimas de violência doméstica no que tange à celeridade que deve nortear a apreciação de medidas protetivas de urgência estabelecidas na Lei 11.340/2006.

Segundo o Comitê para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Cedaw), a violência contra as mulheres é baseada no gênero. Assim, para o Comitê, a violência de gênero é um dos meios sociais, políticos e econômicos fundamentais pelos quais a posição subordinada das mulheres em relação aos homens e seus papéis estereotipados são perpetuados.¹²

A violência de gênero no Brasil segue os parâmetros da América Latina. O *El País* divulgou os dados do último relatório da ONU Mulheres, no qual consta que nove mulheres são assassinadas diariamente na América Latina, três delas no Brasil, onde houve 2.559 assassinatos, colocando a América Latina como uma das regiões mais perigosas do mundo para ser mulher fora de uma zona de guerra.¹³

Malgrado a existência de legislação exemplar de combate à violência doméstica, inclusive, com a tipificação do feminicídio, é certo que os números de casos de violência doméstica no Brasil são muito elevados.

Segundo a publicação *O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha* do Conselho Nacional de Justiça, de 2018, em 2017 ingressaram nos tribunais de justiça estaduais do país 452.988 casos novos de conhecimento criminais em violência doméstica contra a mulher, número este 12% maior que o verificado em 2016, quando 402.695 casos novos foram registrados. O Tribunal de Justiça de São Paulo apresentou o maior volume, com 67.541 casos novos. O Mapa da Violência publicado em 2015 colocou o Brasil na quinta pior posição no ranking de países com maior índice de homicídios de mulheres: 4,8 assassinatos a cada cem mil mulheres.¹⁴

¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação Geral nº 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do Comitê para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Cedaw)*. Tradução de Neri Accioly. Brasília: CNJ, 2019.

¹³ MENEGUELLI, Gisela. *Brasil, três mulheres são assassinadas por dia*. Dados da ONU. *Green Me Brasil*, Roma, 28 nov. 2018. Viver Sociedade. Disponível em: <https://bit.ly/39KvRjX>. Acesso em: 25 nov. 2020.

¹⁴ Os países que mais registraram assassinatos de mulheres foram El Salvador (8,9 assassinatos a cada 100 mil mulheres), Colômbia (6,3), Guatemala (6,2), Rússia (5,3), Brasil (4,8) e México (4,4). (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2015 *apud* BRASIL, 2018)

Em relação às medidas protetivas de urgência, verificou-se que, de acordo com os tribunais, entre 2016 e 2017, foram respectivamente expedidas 194.812 medidas e 236.641 medidas, portanto, um aumento de 21% no período. Em dados proporcionais à quantidade de mulheres residentes por unidade da Federação, os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Norte, da Paraíba e de São Paulo apresentaram baixas proporções, ficando abaixo de uma medida protetiva a cada mil mulheres residentes.¹⁵

Durante a recente pandemia pelo coronavírus, o regime de isolamento gerou aumento do número de casos de violência doméstica no Brasil, visto que as mulheres foram obrigadas a permanecerem mais tempo em seu domicílio em companhia de seus agressores. Além do aumento do número de casos de violência, houve, também, diminuição do número de registros de ocorrência, visto que, em decorrência do isolamento, muitas mulheres não conseguiram sair de casa para fazê-la ou ficaram com medo por força da proximidade dos parceiros, o que afetou diretamente a liberdade delas.¹⁶

Isto não aconteceu somente no Brasil, visto que na Itália, cuja quarentena se iniciou em 9 de março de 2020, foi registrada queda de 43% das denúncias/ocorrências de crimes cometidos no âmbito doméstico.¹⁷

Tanto assim que o secretário geral da ONU, António Guterres, recomendou aos países uma série de medidas para combater e prevenir a violência doméstica durante a pandemia. Dentre elas, maiores investimentos em serviços de atendimento on-line; implementação de serviços de alerta de emergência em farmácias e supermercados; e criação de abrigos temporários para vítimas de violência de gênero.¹⁸

Por outro lado, em relação às medidas protetivas de urgência, durante o mês de março no estado de São Paulo comparado ao mesmo período do ano passado, houve aumento de 2,1% de solicitações e de 31% de concessões das medidas. No entanto, no mês de abril, quando a quarentena já estava mais implementada, o número de medidas protetivas caiu substancialmente, assim como os registros de ocorrência que dependem da presença física da vítima.¹⁹

No Brasil, o número total de denúncias durante a pandemia caiu de 8.440 em março de 2019 para 7.714 em março de 2020, o que significa uma redução de 8,6%. Registros de boletins de ocorrência apresentaram queda nos primeiros dias do isolamento nos crimes que, em regra, exigem a presença das vítimas, como por exemplo as lesões corporais dolosas em decorrência de violência doméstica. No estado de São Paulo, houve queda de 8,9% no registro de ocorrências.²⁰

Trata-se de questão de segurança pública, visto que a tutela de urgência preconizada pelas medidas protetivas comporta situação de antecipação de tutela em face de seu caráter preventivo. Tanto é verdade que o artigo 12-C, da Lei 11.340/2006, acrescentado pela Lei 13.827/2019, prevê a possibilidade de concessão de medidas protetivas de

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília: CNJ, 2018.

¹⁶ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19*: nota técnica. São Paulo: Decode, 2020.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ JAQUELINE. Chefe da ONU alerta para o aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus. Não Se Cale, Campo Grande, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/31sHWW3>. Acesso em: 7 abr. 2020.

¹⁹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19*. São Paulo: Decode, 2020.

²⁰ Ibidem.

urgência pela autoridade policial quando o município não for sede de comarca ou não houver delegado disponível no momento da denúncia, com comunicação ao juiz no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, o qual decidirá em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada.²¹

Este cenário reclama atendimento especializado à mulher em situação de violência doméstica e familiar, tanto que foram criadas varas especializadas em todas as unidades da Federação, que contam com magistrados que atuam sob a ótica da perspectiva de gênero. Contam também com equipes multidisciplinares integradas por profissionais da área psicossocial, jurídica e de saúde, que promovem atendimento, acolhimento e encaminhamento dessas vítimas aos serviços públicos existentes.

Aliás, este é o entendimento da Procuradoria-Geral da República, que sugeriu ao Corregedor Nacional de Justiça que o juiz das garantias não fosse aplicado a processos com ritos próprios, como dos juizados especiais criminais, já excepcionados pela Lei Maria da Penha e tribunal do júri.

Sugeriu-se, outrossim, que caso se entenda que o juiz das garantias deva se aplicar aos juízos especializados, deverá haver juízes das garantias especializados, como por exemplo em varas de lavagem de capitais e sistema financeiro, varas de violência doméstica e tribunais do júri.

Salta aos olhos que os pedidos de medidas protetivas de urgência teriam sua efetividade prejudicada caso fosse implantado o juiz das garantias nas varas especializadas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Isto porque, via de regra, os requerimentos são formulados diretamente pela vítima, sem necessidade de advogado e sem que haja investigação instaurada, justamente para que a tutela de urgência seja prestada, evitando-se a situação de risco e preservando-se a liberdade da mulher.

A vingar a implantação do juiz das garantias nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, haveria inegável retrocesso ao sistema protetivo implementado pela Lei Maria da Penha.

Mas não é só.

A prática da judicatura nas varas especializadas em violência doméstica e familiar contra a mulher demonstra que o procedimento cautelar instaurado para a apreciação dos requerimentos de medidas protetivas de urgência permanece apensado eletronicamente ao inquérito policial. Permitindo, assim, que qualquer incidente naqueles autos, como descumprimento da decisão judicial que concedeu medidas protetivas de urgência, por exemplo, seja apreciado com a celeridade necessária. Esses incidentes são muito comuns, tanto durante a investigação quanto durante a tramitação da ação penal.

²¹ Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida[1]: incluído pela Lei 13.827, de 2019). I- pela autoridade judicial; (incluído pela Lei 13.827, de 2019); II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou (incluído pela Lei 13.827, de 2019); III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. [2-3-4-5] (incluído pela Lei 13.827, de 2019). § 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. [6] (incluído pela Lei 13.827, de 2019).

Daí por que a regra esculpida no parágrafo 3º, do artigo 3º-C, do Código de Processo Penal (com eficácia de implantação suspensa), inviabilizaria a apreciação rápida de qualquer incidente que envolvesse a tutela de urgência das medidas protetivas no âmbito da ação de conhecimento.²²

Dessa forma, o juiz da instrução que se deparasse com qualquer incidente relacionado às medidas protetivas de urgência, as quais podem ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia ou até eventualmente revogadas, não teria acesso aos autos do procedimento cautelar, que contém todos os elementos necessários para a adequada análise do pedido, o que representaria verdadeiro retrocesso ao microsistema protetivo previsto na Lei Maria da Penha.

Por fim, é digno de destaque o fato de que, nos termos do artigo 3º-C, do Código de Processo Penal (com eficácia de implantação suspensa), o juiz da instrução somente receberá os autos após a análise da resposta à acusação do acionado de sorte que o legislador inseriu na competência do juiz das garantias o poder de decidir mérito. Visto que pode até absolver sumariamente o denunciado, resta ao juiz da instrução apenas a possibilidade de reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias (art. 3º-C, § 2º, do CPP).

De tudo deflui que a divisão de atribuições do juiz na persecução penal indubitavelmente prejudicará a mulher em situação de violência doméstica e familiar, dada a especialidade do juiz que atua nas varas de violência doméstica, salvo se o juiz das garantias também for especializado.

3. Da prisão preventiva prevista no artigo 20, da Lei 11.340/2006 à luz da Lei 13.964/2019

Analisaremos neste tópico a vigência do artigo 20, da Lei 11.340/2006, que trata da prisão preventiva do agressor, à luz das sucessivas reformas processuais especialmente da Lei 13.964/2019.

“Conceitua-se prisão como a supressão da liberdade individual mediante clausura, em decorrência de flagrante ou por ordem escrita da autoridade judiciária competente”.²³

Há duas formas de prisão, aquela decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado e a prisão processual, que não decorre de condenação, a qual é decretada no curso do processo, antes, portanto, do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A prisão processual deve ser decretada somente em situações em que seja absolutamente necessária, nos estritos termos da lei, tratando-se de medida de exceção.

A prisão preventiva, em um sentido amplo, é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e tem significado

²² Art. 3º C do CPP. 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 (...) § 3º. Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento. 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.

²³ FREITAS, Jayme Walmer. *Prisão cautelar no Direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 54.

*idêntico à prisão processual, cautelar, provisória ou prisão sem pena. Em sentido mais estrito, vem prevista nos arts. 311 e ss do CPP [...].*²⁴

O artigo 20, da Lei 11.340/2006 dispõe que em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Em verdade, tal dispositivo praticamente repetiu o que já constava no artigo 311, do Código de Processo Penal, quando entrou em vigor a Lei 11.340/2006.

Ocorre que a Lei 12.403/2011 deu nova redação ao artigo 311, do Código de Processo Penal, para constar que, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício. Pode se dar no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Isto significa que no curso do inquérito policial já não era mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz, dependendo, para tanto, de representação da autoridade policial ou de requerimento do representante do Ministério Público.

Essa era, portanto, a interpretação a ser dada ao artigo 20, da Lei 11.340/2006, que deveria ser harmonizado com o disposto no artigo 311, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, que somente permitia a decretação de prisão de ofício pelo juiz no curso da ação penal.

Nada obstante, a Lei 13.964/2019 alterou novamente a redação do artigo 311, do Código de Processo Penal, que agora dispõe que 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 ainda por representação da autoridade policial.

Atenta ao princípio acusatório, a novel legislação não permite ao juiz decretar a prisão preventiva de ofício em qualquer fase da persecução penal, seja na fase do inquérito policial, seja na fase da ação penal.

Assim, com a devida vênia aos que entendem em sentido contrário, essa alteração, em nosso sentir, deve ser aplicada ao artigo 20, da Lei 11.340/2006 que deve ser harmonizado com a nova redação dada ao artigo 311, do Código de Processo Penal.

Releva notar que, o dispositivo em apreço, malgrado inserido em lei especial, limitou-se a transcrever a redação original do artigo 311, do Código de Processo Penal, de sorte que tem inteira aplicação o disposto no artigo 13, da Lei 11.340/2006. Esta prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal ao processo, ao julgamento e à execução de causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.²⁵

De tudo deflui que não é o caso de aplicação do princípio da especialidade como argumento para a aplicação do artigo 20, da Lei 11.340/2006 ao arripio da alteração

²⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 253.

²⁵ Art. 13 da LMP. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal, de Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei.

introduzida no artigo 311, do Código de Processo Penal. De forma que o artigo 20, da Lei Maria da Penha deve ser interpretado em harmonia com o artigo 311, do Código de Processo Penal.

Trata-se, pois, de outra hipótese de prisão preventiva, além daquelas previstas no artigo 313, do Código de Processo Penal.

No entanto, para a decretação da prisão preventiva aos autores de crimes cometidos no âmbito doméstico e familiar, é necessário que estejam presentes os requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, ou seja, quando houver prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (redação dada pela Lei 13.964/2019).

Dessa forma, não basta que o crime tenha sido cometido no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, que abrange crimes apenados com reclusão ou detenção, mas deve ficar demonstrada a existência de prova da ocorrência do crime e a existência de indício suficiente de autoria. Vale dizer, indício veemente de autoria (*fumus comissi delicti*), acrescido do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (*periculum libertatis*) à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal.

Digno de destaque, o disposto no parágrafo segundo, do artigo 312, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 13.964/2019, determina que 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.

Rogério Sanches Cunha bem explicita que,

na esteira da jurisprudência do STJ, o § 2º do artigo 312 do CPP, acrescentado pela Lei 13.964/19, reconhece que a urgência intrínseca às cautelares exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende evitar com a segregação processual. Tese outra não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade (STJ - HC 509.878/SP, j. 05/09/2019).²⁶

Por outro aspecto, a Lei 13.964/2019 manteve a redação constante no artigo 313, III, do Código de Processo Penal, que admite a decretação da prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Renato Flávio Marcão ressalta que,

a proteção legal encontra-se robustecida em relação a estas determinadas particularidades em razão de questões humanitárias e por levar em conta a reduzida ou nenhuma capacidade de resistência das vítimas,

²⁶ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 268.

*que assim ficam expostas à crueldade e ausência de parâmetros morais do agressor. Atende, ainda, a princípios constitucionais específicos ligados à preservação da infância e da adolescência, respeito aos idosos, enfermos e pessoas portadoras de deficiência.*²⁷

A possibilidade do decreto de prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, consiste em importante mecanismo de manutenção da eficácia das medidas estabelecidas.

Importante ter presente que, mesmo cometido um crime apenado com detenção, cuja pena máxima não seja superior a quatro anos, como ocorre com o crime de lesão corporal (artigo 129, § 9º, do Código Penal) ou ameaça (artigo 147, do Código Penal), é possível a decretação da prisão preventiva nessas condições.

Não se olvida que a jurisprudência inclina-se no sentido de que somente deve ser decretada a prisão preventiva quando houver o descumprimento de medida protetiva anteriormente aplicada.²⁸

No entanto, como expusemos acima, a prisão preventiva poderá ser decretada sempre que necessária, adequada e proporcional, como *ultima ratio*, podendo fundamentar-se a decisão judicial no artigo 20, da Lei 11.340/2006 c.c. artigos 311, 312 ou 313, III, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido vai o enunciado 29, do Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: "Enunciado 29: É possível a prisão cautelar do agressor independentemente de concessão ou descumprimento de medida protetiva, a fim de assegurar a integridade física e/ou psicológica da ofendida".

Por outro lado, o artigo 20, parágrafo único, da Lei 11.340/2006, disciplina que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Estabelecendo um paralelo entre este dispositivo e o artigo 316, do Código de Processo Penal, modificado pela Lei 13.964/2019, verifica-se que o juiz pode, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva caso surja um fato novo que não mais justifique sua manutenção. Da mesma forma, uma vez revogada a medida, caso surjam motivos outros que autorizem nova decretação, pode o juiz decretar a prisão preventiva.

E o parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 13.964/2019, tem inteira aplicação aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher ao estabelecer que "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".

²⁷ MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 146.

²⁸ Habeas Corpus. Lei Maria da Penha. Ameaça de morte a ex-esposa. Impetração visando revogação da prisão preventiva do paciente. Impossibilidade. Imposição de medidas protetivas para que o paciente se mantivesse distante da vítima, seus familiares e testemunhas, abstraindo-se de manter qualquer contato. Desobediência às medidas protetivas. Decretação da prisão preventiva foi medida de rigor, a fim de se resguardar a integridade física e psicológica da vítima e seu filho. Ordem denegada. (TJSP, hc 23138502201118260000-SP, 3ª C. Dir. Crim. j. 29.11.2011, rel. Dr. Ruy Alberto Leme Cavalheiro *apud* DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012).

Conclusão

A Lei 13.964/2019, denominada Pacote Anticrime, consistiu em importante instrumento legislativo que trouxe mudanças significativas no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal. O objetivo foi, dentre outros, adequar o ordenamento jurídico à realidade atual, visando dar mais agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas.

Em que pese a importância desse diploma legislativo, é certo que o instituto do juiz das garantias trouxe um impacto severo à Lei 11.340/2006, uma das três melhores leis do mundo de proteção à mulher, elaborada tendo como norte a Constituição Federal e instrumentos internacionais de proteção à liberdade e aos direitos humanos das mulheres.

Em face do elevado número de violência de gênero contra a mulher em nosso país, que se agravou com a pandemia do coronavírus, sobretudo em face do compromisso internacional assumido pelo Brasil ao ratificar os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, é dever do Estado adotar estratégias para prevenir, investigar, processar, punir e reparar a violência contra a mulher. De sorte que, em nosso sentir, a divisão de atribuições do juiz na persecução penal por meio do juiz das garantias, indubitavelmente prejudicará a mulher em situação de violência, dada a especialidade do juiz que atua nas varas de violência doméstica e familiar, que conta com equipe multidisciplinar na área psicossocial, salvo se o juiz das garantias também for especializado.

No que concerne à prisão preventiva prevista no artigo 20, da Lei 11.340/2006, nos posicionamos no sentido de que tal dispositivo não foi revogado tacitamente e deve ser harmonizado com o artigo 311, do Código de Processo Penal, cuja redação foi alterada pela Lei 13.964/2019. De forma que, em atenção ao princípio acusatório, é vedado ao juiz decretar prisão preventiva de ofício em qualquer fase da persecução penal, seja na fase do inquérito policial, seja na fase da ação penal.

Conclui-se, portanto, que a prisão preventiva poderá ser decretada sempre que necessária, adequada e proporcional, como *ultima ratio*, podendo fundamentar-se a decisão judicial no artigo 20, da Lei 11.340/2006 c.c. artigos 311, 312 ou 313, III, do Código de Processo Penal, sem jamais olvidar que a liberdade é a regra e a prisão é a exceção.

Bibliografia

- AMB ALEGA que juiz das garantias pode prejudicar aplicação da Lei Maria da Penha. *Conjur*, São Paulo, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/354IMJk>. Acesso em: 7 abr. 2020.
- BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, crimes sexuais e feminicídio*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília: CNJ, 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação geral no 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do Comitê para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Cedaw)*. Tradução Neri Accioly. Brasília: CNJ, 2019.
- CAVALCANTE, André Clark Nunes *et al.* *Lei Anticrime Comentada*. Leme: JH Mizuno, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006*, comentada artigo por artigo. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19: nota técnica*. São Paulo: Decode, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3515Jgx>. Acesso em: 7 abr. 2020.

FREITAS, Jayme Walmer. *A prisão cautelar no Direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JAQUELINE. Chefe da ONU alerta para o aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus. *Não Se Cale*, Campo Grande, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/31sHWW3>. Acesso em: 7 abr. 2020.

LAVORENTI, Wilson. *Violência e discriminação contra a mulher: tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro*. Campinas: Millenium, 2009.

MARCÃO, Renato. *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

MENEGUELLI, Gisela. *Brasil, três mulheres são assassinadas por dia*. Dados da ONU. Green Me Brasil, Roma, 28 nov. 2018. Viver Sociedade. Disponível em: <https://bit.ly/39KvRjX>. Acesso em: 25 nov. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Os direitos humanos da mulher na ordem internacional. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 371-383.

SILVA, Marco Antonio Marques (org.). *Corrupção, ética e cidadania*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Os institutos da colaboração premiada e da captação ambiental e as novidades do Pacote Anticrime

Everton Luiz Zanella¹
Promotor de Justiça

1. Colaboração premiada

1.1. Natureza jurídica

Podemos definir colaboração premiada como um instrumento jurídico por meio do qual o Estado atribui recompensas legais (benefícios) ao autor ou partícipe de infrações penais em troca de informações e elementos que sejam eficazes para uma investigação ou processo-crime.

Embora já presente no ordenamento jurídico brasileiro há mais de duas décadas, em diversas normas legais, não havia uma conceituação legal para o instituto da colaboração premiada até o advento da novel Lei 13.964/2019 (“pacote anticrime”), a qual inseriu na Lei 12.850/2013 (lei de combate ao crime organizado) o artigo 3º-A, com a seguinte redação: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

Referido dispositivo legal trata da natureza jurídica da colaboração premiada, estabelecendo que ela é, simultaneamente, um meio de obtenção de prova e um negócio jurídico processual.

A colaboração premiada é, em si própria, um **meio de obtenção de prova** porque o colaborador, ao narrar e confessar os fatos delituosos, trará importantes informações que auxiliarão na busca dos elementos necessários para o deslinde da investigação ou do processo.

É fato que a confissão do colaborador é, de *per si*, um meio probatório de sua responsabilidade criminal (artigos 197 a 200 do Código de Processo Penal). Porém, a colaboração vai muito além da confissão, uma vez que, a partir das declarações e informações do colaborador, as autoridades investigativas partirão **em busca de outras provas**,² como identificação de testemunhas, apreensão de documentos, quebras de sigilos bancário, fiscal, telefônico, telemático etc., no afã de demonstrar não só a responsabilidade do colaborador como também daqueles que forem por ele delatados.

Ademais, o acordo de colaboração é um **negócio jurídico processual**, uma vez que se trata de um instrumento que expressará declarações de vontades dos envolvidos, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos no processo. Ao prever a natureza negocial do instituto, o legislador **afasta** a ideia – defendida por alguns doutrinadores – de que

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo. Doutor e Mestre pela PUC/SP. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

² A Lei 13.964/2019 deixou claro, em seu art. 4º, § 16, que as palavras do colaborador, isoladamente, são insuficientes para provar os fatos. *In verbis*: “nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I – medidas cautelares reais ou pessoais; II – recebimento de denúncia ou queixa-crime; III – sentença condenatória”.

a colaboração premiada seria um direito subjetivo do investigado. Ela não é, pois a Lei prevê expressamente que deve haver anuência de ambas as partes.³

O mesmo art. 3º-A da Lei 12.850/2013 também estabeleceu dois pressupostos para o acordo de colaboração premiada: utilidade e interesse público.

Útil significa idônea, proveitosa. A colaboração deve trazer reais vantagens à investigação e ser eficaz para se atingir suas finalidades: identificar os demais criminosos, localizar produtos, instrumentos e vítimas de crimes etc.⁴

Já o **interesse público** deve ser demarcado pelo binômio vantagens da colaboração para o Estado *versus* prêmios ao colaborador. Assim, a concessão de benefícios ao investigado/acusado somente se justifica se ela se mostrar razoável e proporcional frente à importância das informações por ele transmitidas. Noutros termos, a colaboração deve evidenciar uma boa relação de “custo-benefício”.

Exemplo: do ponto de vista probatório, será útil e interessante reduzir a pena de um criminoso (abrindo-se mão de parcela do *jus puniendi* estatal) se este delatar lideranças da organização criminosa e indicar o local para onde foi desviado o dinheiro público.

1.2. Legitimidade e requisitos para o acordo, e os prêmios ao colaborador

O procedimento legal para a formalização de um acordo de colaboração premiada (formato, etapas e requisitos procedimentais) está previsto na Lei 12.850/2013, artigos 3º-A a 7º.

Ele poderá ser formulado pelo Promotor de Justiça a qualquer momento (durante as investigações ou processo), ou pelo delegado de polícia na fase de investigação. Nesta segunda hipótese, o acordo será precedido de manifestação do Ministério Público.

De outro lado estará o proponente (colaborador), necessariamente acompanhado de defensor, particular ou público, garantindo-se o princípio da ampla defesa (art. 4º, § 15). O advogado estará presente na apresentação da proposta de colaboração (art. 3º-C, *caput*), nas tratativas prévias ao acordo (art. 3º-C, § 1º) e no seu ato de formalização e assinatura (art. 4º, § 6º).

Nos termos do art. 4º, § 13, da Lei 12.850/2013, com redação alterada pela Lei 13.964/2019:

o registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador.

³ Como estudaremos mais adiante neste texto, o art. 3º-B, § 1º, da Lei, incluído pelo “pacote anticrime”, permite que a autoridade ministerial ou policial **indefiram sumariamente** a proposta de acordo formulada por pretensão colaborador. Com todo respeito às opiniões divergentes, este artigo de lei deixa muito claro que o acordo **não** é um direito subjetivo do réu.

⁴ A Orientação Conjunta n.º 01/2018 das 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal prevê, em seu item 24.3, que a colaboração premiada é movida pela demonstração de **interesse público**, revelado por quatro critérios: a) oportunidade do acordo; b) efetividade e **utilidade** do acordo (definidas como “capacidade real de contribuição do colaborador para a investigação, por meio do fornecimento de elementos concretos que possam servir de prova”); c) explicação sobre quantos e quais são os fatos ilícitos e pessoas envolvidas que ainda não sejam de conhecimento do MPF; d) indicação dos meios pelos quais se fará a respectiva prova.

Embora o procedimento para a formalização do acordo de colaboração esteja descrito exclusivamente na Lei 12.850/2013 (artigos 3º-A a 7º), o instituto em si é positivado em diversas outras normas legais:

- Lei 9.807/1999, art. 13 e 14 (que trata da proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e ao réu colaborador);
- Lei 9.613/1998, art. 1º, § 5º, com a redação conferida pela Lei 12.683/2012 (lavagem de dinheiro);
- Lei 8.072/1990, art. 8º, parágrafo único (crimes hediondos);
- Lei 8.137/1990, art. 16, parágrafo único (crimes contra a ordem tributária, ordem econômica e relações de consumo);
- Lei 7.492/1986, art. 25, § 2º (crimes contra o sistema financeiro nacional);
- Código Penal, art. 159, § 4º, com redação dada pela Lei 9.269/1996 (crime de extorsão mediante sequestro);
- Lei 11.343/2006, art. 41 (tráfico de drogas);
- Além da própria Lei 12.850/2013, art. 3º-A a 7º, recentemente modificada pela Lei 13.964/2019 (combate às organizações criminosas).⁵

Cada um desses diplomas legais estabelece alguns requisitos específicos para a colaboração, os quais guardam estreita relação com os ilícitos que são objeto da norma (v.g., a Lei 9.613/1998 objetiva do colaborador esclarecimentos para a localização de bens direitos e valores objeto do crime de lavagem de dinheiro), bem como alguns possíveis prêmios ao colaborador.⁶

Num aspecto geral, é possível assinalar que a autoridade celebrante do acordo terá por meta:

⁵ A colaboração premiada foi igualmente prevista na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo), incluída no ordenamento jurídico interno brasileiro por meio do Decreto presidencial 5.015/2004, que trata da colaboração no seu art. 26:

1. Cada Estado-Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente:

I) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

II) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

III) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime. (grifo nosso).

2. Cada Estado-Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de **reduzir a pena** de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. (grifo nosso).

3. Cada Estado-Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de **conceder imunidade** a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção (grifo nosso).

⁶ Observar que as Leis 12.529/2011 (lei antitruste), 12.846/2013 (lei anticorrupção empresarial) e 13.506/2017 (lei das infrações contra instituições financeiras) possibilitam o **acordo de leniência**, negócio jurídico pactuado entre um órgão estatal (CADE, Controladorias, BACEN, CVM) e a pessoa jurídica que praticou infrações às leis, prevendo atenuação ou exclusão de sanções administrativas em troca de uma colaboração, que pode, conforme o caso, ter ou não seus efeitos estendidos para a esfera penal, a depender da participação do órgão do Ministério Público (titular da ação penal) no referido acordo. Para aprofundamento nesta temática, sugerimos a leitura de artigo de nossa autoria “O acordo de leniência como instrumento de combate à corrupção”, publicado na obra *Direito Negocial e Corrupção no Estado Democrático de Direito*. MESSA, Ana Flávia; CENCI, Elve Miguel; MUNIZ, Tânia Lobo (orgs.). *Direito Negocial e Corrupção no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 137-153.

- A identificação dos membros da organização ou associação criminosa e dos autores e partícipes das infrações penais praticadas;
- A recuperação total ou parcial do produto ou proveito dos crimes;
- E a localização de eventual vítima (que esteja com sua liberdade restringida).

A Lei 12.850/2013, no art. 4º, incisos II e III, adiciona mais dois possíveis objetivos do celebrante:

- A revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas da organização criminosa;
- E a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da sobredita organização.

Todas as Leis extravagantes preveem como recompensa ao colaborador a possibilidade de **redução de pena em até 2/3** (dois terços). Todavia, a lei de *proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores*, a lei de *combate ao crime organizado* e a lei de *lavagem de dinheiro* estipulam benefícios ainda maiores.

A primeira delas autoriza o **perdão judicial** (e conseqüente extinção da punibilidade) ao réu colaborador primário, considerando, também, outros requisitos como natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão do fato, além da eficácia da colaboração (art. 13, parágrafo único, da Lei 9.807/99).

A segunda (Lei 12.850/2013) permite, além do perdão judicial (sem a ressalva quanto à primariedade), também a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

Por último, a terceira norma legal (Lei 9.613/1998, com redação da Lei 12.683/2012) confere, além de todas essas benesses, também a faculdade de o juiz fixar regimes de pena aberto ou semiaberto ao colaborador.⁷

O quadro destacado pode ensejar a interpretação de que haveria um conflito de normas, pois é possível, num caso concreto, a identificação de crimes tipificados em mais de uma das leis acima mencionadas (exemplo: tráfico de drogas e lavagem de dinheiro). Então poderiam pairar dúvidas sobre quais informações que poderão ser cobradas do colaborador para a realização do acordo e quais os benefícios que poderiam ser a ele ofertados em contraprestação.

Tal conflito, contudo, é apenas aparente e de fácil deslinde.

Com efeito, parece-nos que para a formalização do acordo deverá o colaborador fornecer às autoridades os informes e elementos exigidos pelas leis especiais que dispõem sobre os crimes apurados (exemplo: havendo tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, o colaborador deverá indicar meios para se localizar e apreender a droga e, também,

⁷ Nesse caso, entendemos que o juiz pode substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito ainda que ausentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, bem como fixar regimes mais brandos de cumprimento de pena mesmo que ultrapassados os limites legais do art. 33, § 2º, do mesmo diploma. Do contrário, não haveria necessidade de previsão legal das benesses, pois a situação já estaria abarcada pelo próprio Código Penal. Apesar da redação do atual art. 4º, § 7º, II, da Lei 12.850/2013 (alterada pelo pacote anticrime), que estabelece serem nulas, no acordo de colaboração, as cláusulas que alterem as regras e critérios dos regimes de pena previstos no Código Penal, pensamos que a restrição **não se aplica** na hipótese de colaboração em crime de lavagem de dinheiro, vez que para esta a Lei especial (Lei 9.613/1998), que prevalece em relação à geral (CP), expressamente admite a faculdade de um regime mais brando ao colaborador.

os bens oriundos da lavagem); recebendo, em permuta, os benefícios que também são estipulados nas leis que regem os fatos, podendo, conforme a eficácia da sua colaboração, receber os prêmios mais amplos a que fizer *jus* (no exemplo dado, poderiam ser aplicadas as benesses da Lei 9.613/1998, que são mais vantajosas que aquelas previstas na Lei 11.343/2006).

Este critério que aqui adotamos privilegia a lei especial (que traz requisitos específicos para uma proposta de colaboração, a depender da natureza do crime investigado) e possibilita, paralelamente, a concessão dos maiores prêmios viáveis ao colaborador, incentivando-o a colaborar.

1.3. Fase de negociações (“pré-colaboração”)

A Lei 13.964/2019 introduziu na Lei 12.850/2013 os artigos 3º-B e 3º-C, com disposições específicas sobre a fase prévia à formalização do acordo de colaboração. A mudança é importante, pois existia um vácuo legal para regular a etapa de negociações preliminares.

O novo art. 3º-B, *caput*, da Lei 12.850/2013 reza que:

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.

E o art. 3º-C, *caput*, prescreve o seguinte:

A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público.

Destarte, a fase de negociação prévia se inicia com uma **proposta** de formalização do acordo de colaboração, a qual será firmada pessoalmente pelo pretense colaborador, assistido por advogado (constituído ou defensor público); ou será redigida e apresentada diretamente pelo causídico, instruída com procuração que outorgue poderes específicos para tanto.

Não enxergamos nenhum óbice para que o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia provoquem o investigado ou seu advogado (por exemplo, durante uma oitiva em procedimento investigatório), orientando-os dos prêmios previstos em lei para a hipótese de colaboração e incentivando-os à formulação da proposta formal.⁸

A proposta do pretense colaborador deverá conter em seu bojo informações e elementos de prova aptos a convencer a autoridade ministerial ou policial de que o acordo pode

⁸ Neste sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime* – comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 521.

ser útil, efetivo e que atenda ao interesse público. Por isso, a lei descreve que “incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração” (art. 3º-C, § 4º).

O destinatário da proposta (membro do *Parquet* ou delegado de polícia) poderá **indeferir-la sumariamente**, com a devida justificativa, cientificando o interessado (art. 3º-B, § 1º). Esta rejeição liminar terá cabimento se a proposta não contiver elementos de prova suficientes para embasar uma ação penal ou quando as investigações já tramitarem em estágio avançado e, em decorrência, a avença não se fizer nem útil nem necessária.⁹ Em virtude dos princípios da lealdade processual e da boa-fé, o conteúdo da proposta indeferida será mantido em sigilo e não poderá ser utilizado como prova contra o proponente.

Por outro lado, se a proposta não for sumariamente indeferida, a autoridade policial ou membro do Ministério Público firmarão com o colaborador, assistido pelo seu advogado, um **termo de confidencialidade**, assinado por todos, para o seguimento das tratativas (art. 3º-B, §§ 2º e 5º).

O termo de confidencialidade assegura o sigilo das investigações e, ao mesmo tempo, confere segurança jurídica ao colaborador, pois impede o posterior indeferimento, sem justa causa,¹⁰ da proposta já recebida (art. 3º-B, § 2º).

O recebimento da proposta de colaboração e a subscrição do termo de confidencialidade não suspendem a investigação criminal. Porém, a Lei permite que as partes pactuem a não-adoção de medidas cautelares pessoais (pedido de prisão preventiva ou medidas do ar. 319 do CPP) ou reais (sequestro ou arresto). Isto significa que, por uma questão de lealdade, as autoridades policial e ministerial não ingressarão com pleitos judiciais que restrinjam a liberdade ou os bens daquele que está colaborando com a Justiça (art. 3º-B, § 3º).

A proposta de colaboração, pelo conteúdo revelado, pode se demonstrar potencialmente útil e interessante para a apuração de fatos criminosos, mas não oferecer, de imediato, elementos suficientes que os comprovem (exemplo: narra de forma consistente um complexo esquema de pagamento de verbas ilícitas a servidores públicos, mas não apresenta os comprovantes de tais pagamentos, por não possuí-los). Nesse caso, o art. 3º-B, § 4º permite a realização de uma **instrução prévia**, para *identificar ou complementar o objeto da proposta, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público*.

Para Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renee do Ó Souza, os atos e diligências instrutórias são praticados pela autoridade celebrante.¹¹ Já para Guilherme de Souza Nucci, “a instrução deve ser presidida pelo juiz das garantias”.¹²

Pensamos que se a colaboração é proposta na fase investigativa (e esta é a regra, na prática), a fase instrutória deve ser conduzida pela autoridade que preside o procedimento

⁹ Neste sentido, o enunciado 40 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 Operacional Criminal (CNCOCRIM) disciplina que “o indeferimento pode se basear em ausência de lastro probatório da colaboração ou na sua desnecessidade para a investigação” (grifo nosso).

¹⁰ A *contrario sensu*, poderá haver indeferimento futuro com justa causa, se a autoridade descobrir, após a assinatura do termo de confidencialidade, a má-fé do colaborador (que, por exemplo, apresentou provas falsas ou dados inverídicos).

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. *Crime organizado* – comentários à Lei 12.850/2013. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 131.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

investigatório (membro do Ministério Público, se for um procedimento próprio, nos moldes da Resolução 181/2017 do CNMP, ou o delegado de polícia no bojo de inquérito policial), as quais terão por finalidade colher elementos probatórios buscando subsídios complementares para decidir pela celebração (ou não) do acordo de colaboração, podendo, por exemplo, ouvir uma testemunha ou requisitar documentos. É evidente, no entanto, que se necessária diligência que demande **reserva de jurisdição**, como quebra do sigilo bancário, fiscal, telefônico ou telemático, deverá a autoridade celebrante representar/requerer tais diligências ao juiz competente.¹³

Se, finalizada a instrução prévia, a autoridade policial ou o membro do Ministério Público optarem pela não-celebração do acordo, a proposta de colaboração será restituída ao proponente e os elementos probatórios que a acompanharem não serão utilizados contra ele (art. 3º-B, § 6º), preservando-se a confidencialidade e a boa-fé.

Por derradeiro, a Lei define que todas as tratativas sobre a colaboração premiada serão realizadas pelas autoridades (policial ou ministerial) diretamente com o proponente, necessariamente assistido, em todos os atos, por advogado constituído ou defensor público (art. 3º-C, § 1º) e, em caso de eventual conflito de interesses (entre o proponente e seu advogado), deverá a autoridade celebrante recomendar a presença de outro advogado ou solicitar a participação de um defensor público (art. 3º-C, § 2º).

1.4. O perdão judicial ao colaborador

O art. 4º, § 2º, da Lei 12.850/2013 preceitua que:

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 CPP.

O perdão judicial é **causa extintiva da punibilidade** prevista no art. 109, IX, do Código Penal. Sua proposta pode partir do delegado de polícia ou membro do Ministério Público.

A proposta de perdão judicial pode ser prevista expressamente como cláusula do acordo de colaboração premiada, mas também pode ser feita posteriormente, a depender da relevância da colaboração. Ora, por configurar hipótese de isenção absoluta de pena, o perdão judicial é indubitavelmente um extenso benefício ao colaborador,¹⁴ de maneira que, consoante princípios da proporcionalidade e do interesse público, que devem nortear a colaboração, ele somente deve ser oferecido se a colaboração for assaz expressiva. Por exemplo: colaborador identifica os líderes da organização criminosa e todas as contas bancárias em que o dinheiro ilícito está aplicado, contribuindo para o desmantelamento ou enfraquecimento das atividades estruturadas.

¹³ Juiz de garantias, observando-se, entretanto, que a eficácia do art. 3º-B do CPP se encontra suspensa pelo STF, em decisão cautelar nas ADINs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

¹⁴ O art. 4º, § 4º permite o não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o que nos parece uma vantagem ainda mais acentuada ao colaborador, já que nem haverá processo, culminando, como veremos no próximo tópico, numa extinção sumária da punibilidade.

O perdão judicial proveniente de um acordo de colaboração premiada é aplicado, tão apenas, no momento da **sentença**. O julgador, após análise do mérito da demanda, deve primeiramente decidir pela condenação do colaborador para, somente então, reconhecer a causa de extinção de punibilidade.

Inaplicável, na presente hipótese, a Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece que a decisão judicial concessiva do perdão judicial é *meramente declaratória* (ou seja, pode ser aplicada a qualquer momento, independentemente de instrução e análise de culpa lato sensu).

Explica-se: a sentença concessiva do perdão judicial é *meramente declaratória* quando bastar ao juiz declarar uma situação consolidada e imutável. Tal pode ocorrer, v.g., quando, num choque de veículos, o juiz, ao analisar o inquérito relatado, verificar de plano que a morte da vítima atinge o condutor de forma tão grave que a pena se torne desnecessária (art. 121, § 5º, do Código Penal) – exemplo: vítima é filha do condutor. Nesse caso, o óbito está consumado, sendo irreversível o quadro, e a culpa do homicida pode já estar estampada na investigação. Basta que o juiz declare o perdão a qualquer momento.¹⁵

Ocorre que o perdão judicial oriundo de uma colaboração premiada é diferente. Primeiro porque ele demanda a certeza do juiz em proferir uma sentença condenatória (conforme art. 4º, § 7º-A, da Lei 12.850/2013, incluído pela Lei 13.964/2019), o que exige uma intrincada instrução probatória sobre crimes cometidos por organização criminosa. Segundo porque a aplicação do perdão judicial é **condicional**, pois o colaborador somente poderá recebê-lo se cumprir integralmente os termos do acordo, incluindo a necessidade de confirmar os fatos em juízo (art. 4º, §§ 12 e 17), bem como não praticar novos delitos no curso do processo, sob pena de rescisão do avençado (art. 4º, § 18).

Quanto à parte final do § 2º do art. 4º – que faz menção à possibilidade de aplicação do art. 28 do CPP – nos parece que ela é duplamente ilógica. A uma porque a Lei 13.964/2019 alterou a redação do sobredito dispositivo legal, suprimindo a homologação judicial do arquivamento (e transferindo-a para o âmbito interno do Ministério Público).¹⁶ A duas porque a proposta de perdão judicial é, frisa-se, analisada na sentença, depois do julgamento de mérito, ocasião em que o juiz decidirá por aplicá-la ou não, decisão da qual caberá apelação caso haja insatisfação das partes (não havendo o que se falar, nesse momento, em remessa do feito à Procuradoria-Geral de Justiça).¹⁷

O perdão judicial, nos termos do art. 4º, § 2º, pode ser representado pelo delegado de polícia que celebre o acordo de colaboração. Entendemos, particularmente, ser necessária a concordância expressa do Ministério Público com a oferta do perdão, uma vez que a autoridade policial não possui capacidade postulatória, não podendo propor um prêmio que aniquile a pretensão punitiva do titular da ação penal. Entretanto, o Supremo

¹⁵ É claro que o ideal seria o processo para, sob o crivo do contraditório, ser comprovada a culpa. Porém, o processo apenas trará mais desgaste ao réu, que reviverá os fatos e, afinal, será condenado sem imposição de pena. Então, para a preservação do próprio acusado, e também por questões de economia, celeridade e efetividade da Justiça, é comum que o Ministério Público proponha o arquivamento dos autos ao juiz, solicitando o reconhecimento imediato – e declaratório – do perdão judicial.

¹⁶ O art. 28 está com sua eficácia suspensa pelo STF, em decisão cautelar nas ADINs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

¹⁷ Importante notar que há dois momentos distintos de atuação judicial: num primeiro, o juiz será instado para homologar o acordo de colaboração premiada (que pode conter o prêmio do perdão judicial), o que será feito após a análise da presença dos requisitos legais; se o magistrado não homologar o acordo, ele o devolverá às partes para que façam os ajustes necessários nos moldes do art. 4º, § 8º. Num segundo momento, após a instrução, o juiz sentenciará o processo quando aplicará, de fato, o perdão judicial (desde que pactuado) para o colaborador que cumpriu integralmente os termos da colaboração. Em nenhuma dessas etapas haverá a aplicação do art. 28 do CPP.

Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 5.508-DF, entendeu que o referido dispositivo não ofende o art. 129, I, da Constituição Federal (sendo constitucional, portanto), cabendo ao Ministério Público se manifestar, sem caráter vinculante, na representação do delegado de polícia (Pleno, Relator: Min. Marco Aurélio, j. 20 jun 2018).

1.5. Homologação judicial do acordo de colaboração premiada

O juiz não participa de nenhuma das fases do acordo, pois deve manter preservada sua imparcialidade.

Caberá ao magistrado a homologação do acordo (art. 4º, §§ 6º e 7º). Para tanto, o juiz o fará após uma detida análise do termo de colaboração, que lhe será encaminhado conjuntamente com as declarações do colaborador e cópia da investigação; e, na sequência, ouvirá sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, sem a presença do órgão do Ministério Público.¹⁸

No ato de homologação, o juiz verificará a regularidade e legalidade do acordo (art. 4º, § 7º, I); a adequação dos prêmios e dos resultados da colaboração com os seus objetivos legais (§ 7º, II e III); e a voluntariedade da manifestação de vontade do colaborador, especialmente nos casos em que ele está ou esteve sob efeito de medidas cautelares (§ 7º, IV). Se ausentes tais requisitos, o juiz poderá recusar a homologação do acordo, hipótese em que devolverá o termo de colaboração às partes para que façam as adequações necessárias (§ 8º, com redação da Lei 13.964/2019).

Observamos que “pacote anticrime” alterou a redação original do § 8º que previa a possibilidade de o juiz, de ofício, adequar a proposta. Andou bem o legislador, pois o juiz não participa das negociações, motivo pelo qual não cabe a ele modificar (ou adequar) aquilo que foi convencionado pelas partes.

Além disso, não há por parte do magistrado, nesta etapa, uma análise meritória dos fatos (o que será feito na sentença, conforme art. 4º, § 11º), mas simplesmente uma verificação formal da proposta. Caso constate algum vício (ilegalidade, involuntariedade do colaborador etc.), o juiz o assinalará, devolvendo o termo de acordo às partes para amoldá-lo.

Antes mesmo da mudança legislativa, Marcos Zilli já apontava tal solução:

*Resultando da análise judicial inconsistências e desrespeitos aos padrões aqui delineados, não caberá ao juiz corrigi-los. Tampouco poderá homologar o acordo com restrições. Como não participou da negociação, não terá ele condições para avaliar a importância da cláusula no contexto do acordo. Assim, todo o acordo deverá ser devolvido às partes que deverão reexaminá-lo.*¹⁹

¹⁸ Neste sentido, citamos Rodrigo Capez: “neste particular, observamos que a voluntariedade do acordo de colaboração poderá ser aferida pelo juiz em audiência própria com o colaborador e seus defensores, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13, da qual, segundo o entendimento adotado pelos Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki nos procedimentos de sua relatoria, não participará o Ministério Público, pois o seu objetivo é aferir se o colaborador sofreu algum tipo de coação” (CAPEZ, Rodrigo. O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 17, n. 44, p. 117-130, julho/setembro 2016. Disponível em: <https://bit.ly/35yJY81>. Acesso em: 10 jul. 2020).

¹⁹ ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-5, março 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2HDhtxA>. Acesso em: 11 jul. 2020.

A homologação judicial é de fundamental importância para conferir segurança jurídica ao acordo. Do contrário, o colaborador municiaria o órgão acusatório com informações e elementos probatórios sem ter certeza de que seria beneficiado na futura sentença, fator que obviamente desincentivaria as propostas de colaborações.

O art. 4, § 7º, II, com redação da Lei 13.964/2019, delinea que são nulas as cláusulas do acordo que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, as regras de cada um dos regimes e os requisitos de progressão de regime. A novel legislação encerra a polêmica sobre a possibilidade de cláusulas que extrapolam o texto legal.

Com efeito, existiam duas correntes sobre a viabilidade ou não de o acordo conter cláusulas extralegais.

A primeira delas sustentava a possibilidade por se tratar de acordo entre celebrante e colaborador, os quais poderiam, por exemplo, estabelecer um regime mais favorável de pena ou a progressão de regime com um tempo de cumprimento da pena aquém das frações legais. Há decisão da 1ª Turma do STF adotando essa permissividade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Inq. 4405*. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 27 fev. 2018).

A segunda corrente, entretanto, argumenta:

ser cogente o estrito cumprimento da lei quanto aos benefícios passíveis de negociação (...) se se trata, o acordo de colaboração premiada, de um negócio jurídico processual, às partes não é dada a possibilidade de livremente dispor sobre as suas consequências sem o respeito de balizas mínimas.²⁰

A 2ª Turma do STF adotou esse entendimento mais limitativo no HC 151.605-PR (Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 20 mar. 2018).

O legislador do “pacote anticrime” abraçou expressamente a 2ª posição, restritiva, no art. 4º, § 7º, II.

Portanto, por força de norma legal expressa, há limite para as cláusulas do acordo, não se podendo transacionar com regimes e frações de cumprimento de pena que excedam os regramentos legais. Arrazoamos, contudo, que os acordos celebrados antes da vigência da lei 13.964/2019 não devem ser anulados, pois presentes, naquela ocasião, a boa-fé dos celebrantes.

Outro ponto polêmico foi solucionado com o disposto no art. 4º, § 7º, IV, o qual prescreve que o juiz sopesará a “voluntariedade da manifestação de vontade do colaborador, especialmente nos casos em que ele está ou esteve sob efeito de medidas cautelares”.

Ora, havia um posicionamento minoritário na doutrina de que não seria possível celebrar acordo de colaboração premiada com investigado ou acusado preso cautelarmente, pois isto retiraria a voluntariedade do ato. Todavia, esse entendimento foi corretamente rechaçado pela nova Lei, que clarifica que a voluntariedade não é incompatível com a situação (atual ou pretérita) de imposição de cautelares pessoais.

Conforme ensinamentos de Gláucio Roberto Brittes de Araújo:

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime* – comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 534.

O que não se admite é a prisão destinada a obter confissão ou delação, tendo em vista que o direito ao silêncio decorre do instinto ou dever natural de autopreservação e, em última instância, diz com a dignidade da pessoa humana. Obviamente excluída a prisão cautelar como instrumento de barganha ou meio de suprir meios tradicionais e menos gravosos de obtenção de provas, não subsistiriam razões para negar aos presos a avaliação da possibilidade de colaboração, sobretudo na execução, quando restaria praticamente esvaziado o instituto pela exigência de colaborador solto (grifo nosso).²¹

Comungamos do entendimento, porquanto o fato de o colaborador estar preso provisoriamente não o impede de declarar, de forma válida, seu consentimento para a realização do acordo, pois a liberdade volitiva não tem relação com a física. Aliás, neste caminho já decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal no HC 127,483-PR (Relator: Min. Dias Toffoli, j. 27 ago. 2015). No mais, o colaborador é assistido do início ao fim por um advogado e, não olvidemos, o acordo trará benefícios (e não prejuízos) a ele.

O acordo será reduzido a termo e deverá conter o relato da colaboração e seus possíveis resultados, as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia, a declaração de aceitação do colaborador e de seu advogado, as assinaturas dos presentes e a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário (art. 6º).

O acordo e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade (art. 7º, § 3º, com redação do “pacote anticrime”).

Celebrado o acordo de colaboração premiada na fase investigativa, o prazo para o Ministério Público oferecer denúncia (e também o prazo prescricional) poderá ser **suspenso por até 6 meses**, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas pactuadas (art. 4º, § 3º).

O prazo semestral deve ser requerido ao juiz competente (até porque somente a decisão judicial suspende o prazo da prescrição) e ele pode ser de fundamental importância para a comprovação das informações prestadas pelo colaborador, bem como para verificar a eficácia da avença. Nas palavras de Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renee do Ó de Souza:

procura-se conceder um tempo hábil para que se demonstre a eficácia da colaboração (...) o prazo, em suma, permite a demonstração de que o ato do beneficiário com o favor legal efetivamente se constituiu em uma colaboração, mostrando-se apto, por isso, a atingir os objetivos da Lei.²²

No decorrer do prazo, o colaborador deverá entregar as provas, em especial as documentais, com as quais tenha se comprometido (exemplo: extratos bancários, contratos, fotografias, e-mails trocados com membros da organização etc.).

²¹ ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. Garantias na delação premiada. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 17, n. 44, p. 79-92, julho/setembro 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3dX1nLz>. Acesso em 13 jul. 2020.

²² CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. *Crime organizado – comentários à Lei 12.850/2013*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 172.

Sem prejuízo, o Ministério Público poderá utilizar o prazo para confirmar a veracidade de todos os elementos probantes trazidos pelo colaborador, bem como o grau de eficácia atingido pela colaboração, promovendo as diligências necessárias para tanto.²³

1.6. O não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público

O art. 4º, § 4º, com redação dada pela Lei 13.964/2019, prevê:

Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I – não for o líder da organização criminosa; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Se o agente for o primeiro a colaborar; se ele não for o líder da organização criminosa; e se a infração não era de conhecimento prévio das autoridades, o órgão do Ministério Público poderá **deixar de oferecer a denúncia** em relação àquele (agente colaborador).

A Lei 12.850/2013 já prescrevia em sua redação original a possibilidade de não oferecimento de denúncia pelo *Parquet*, exigindo, porém, apenas dois requisitos cumulativos entre si: o colaborador não ser o líder da organização criminosa e ser ele o primeiro a prestar efetiva colaboração.

A Lei 13.964/2019 agregou um terceiro requisito, também cumulativo: que a proposta de acordo de colaboração aluda-se a infração penal cuja existência não seja de conhecimento prévio do Ministério Público.²⁴ O novo § 4º-A define que há conhecimento prévio (da infração) quando o Ministério Público ou a autoridade policial *já tenham instaurado algum procedimento investigatório para apuração dos fatos* narrados pelo colaborador.

Assim, se já havia investigação formalmente instaurada (procedimento investigatório criminal do MP ou inquérito policial) para a apuração dos fatos, é **incabível** como prêmio o não-oferecimento de denúncia pelo *Parquet* (é admissível o acordo de colaboração premiada, mas a denúncia deverá ser oferecida à Justiça).

Se ainda não havia investigação criminal instaurada e os fatos chegaram ao conhecimento do Poder Público por intermédio do colaborador, é permitido ao membro do Ministério Público o não-ajuizamento da ação penal, o que consiste no maior benefício possível em favor do colaborador (que sequer é processado).

²³ Não podemos esquecer que as diligências para checar a veracidade e a importância da colaboração podem (e devem) ser efetuadas antes mesmo da formalização do acordo, na chamada fase “pré-colaboração” (nos termos dos arts. 3º-B e 3º-C da Lei 12.850/2013), a qual admite uma **fase de instrução preliminar** (art. 3º-B, § 4º). Ainda assim, o Ministério Público poderá se valer de mais um prazo de 6 meses, prorrogáveis, após a assinatura do termo de colaboração se esse período for necessário para o cumprimento de todas as medidas de colaboração assumidas no acordo.

²⁴ Tal requisito não é uma novidade no ordenamento jurídico pátrio, pois já era exigido na Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste) para se decretar a **extinção da ação punitiva** movida pelo CADE contra o infrator nos **acordos de leniência**. A Lei Antitruste diferencia os benefícios que podem ser aplicados ao leniente a depender do conhecimento prévio da infração à ordem econômica por parte da Superintendência-Geral do CADE: se ela já tinha conhecimento e já investigara os fatos, o benefício ao leniente é a redução da multa de 1/3 a 2/3; se o CADE ainda não tinha conhecimento prévio da infração (este conhecimento foi levado pelo próprio leniente), existe a possibilidade de **imunidade administrativa absoluta** (“extinção da ação punitiva”), nos termos do art. 86, § 4º, I e II, da Lei 12.529/2011.

O não-oferecimento de denúncia – e o conseqüente **arquivamento** dos autos da investigação – é, em nosso pensar, uma causa específica de **extinção de punibilidade** do colaborador agraciado e, por força desta natureza, deverá ser submetido a homologação judicial.

Aliás, neste mesmo sentido é o entendimento de Cleber Masson e Vinicius Marçal, que se referem ao ato como uma “causa extintiva da punibilidade *sui generis*”,²⁵ e de Andrey Borges de Mendonça, o qual acrescenta que, homologado em juízo o acordo de colaboração, não mais se faz possível a propositura (ou retomada) de ação penal contra o colaborador em razão da formação de coisa julgada material.²⁶

Embora seja uma causa extintiva da punibilidade, o não-oferecimento de denúncia pelo Ministério Público não é propriamente um perdão judicial, pois, como já vimos, este é reconhecido pelo juiz no bojo da sentença. Diversamente, o ato de não-oferecimento de denúncia (que alguns chama de *imunidade processual*) é uma medida discricionária do órgão acusatório, submetida a homologação judicial, que ocorre **sumariamente**, isto é, sem a existência de processo-crime.

Estamos diante de mais uma medida legal de abrandamento do *princípio da obrigatoriedade da ação penal*, já mitigado anteriormente pela Lei 9099/95, com o instituto da transação penal (art. 76); Lei 12.529/2011, com a previsão de não-oferecimento de denúncia ao leniente (art. 87); e, mais recentemente, na Lei 13.964/2019, que inseriu o *acordo de não persecução penal* no art. 28-A do Código de Processo Penal.^{27, 28}

Os três institutos acima reportados (transação penal, acordo de leniência e acordo de não persecução penal), além de atenuarem o *princípio da obrigatoriedade da ação penal*, resultam, quando integralmente cumpridos, em uma decisão judicial de **extinção da punibilidade** (arts. 76, §§ 3º e 4º, c.c. 84, parágrafo único da Lei 9099/95; art. 87, parágrafo único, da Lei 12.529/2011; e art. 28-A, § 13, do CPP, com redação da Lei 13.964/2019).

Ora, a extinção da punibilidade deve necessariamente ser declarada pelo juiz para que produza efeitos. Essa declaração será feita no ato de homologação do acordo de colaboração premiada. Nesse caso, o termo de colaboração deverá vir acompanhado de uma manifestação ministerial fundamentada no sentido de que a denúncia não será oferecida, pois, diante da grande eficácia das provas e informações prestadas pelo colaborador e presentes os requisitos do art. 4º, § 4º e 4º-A, este receberá o maior dos prêmios previstos em Lei.

Em que pese inexistir previsão legal de uma decisão judicial declaratória de extinção de punibilidade para os casos de não-oferecimento de denúncia ao colaborador, o art. 4º, § 7º determina que qualquer acordo de colaboração premiada depende de homologação

²⁵ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015. p. 119-120. Notar que este posicionamento foi adotado antes da alteração legal do art. 28 do Código de Processo Penal

²⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado. *Custos Legis*, Rio de Janeiro, v. 4, 2013.

²⁷ O acordo de não persecução penal também é uma hipótese de não-oferecimento de denúncia que pode ser aplicada pelo Ministério Público ao autor dos fatos, acompanhado de advogado, particular ou público, quando houver: a) requisitos objetivos: crime sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 anos, e desde que a medida seja suficiente para a reprovação do fato; b) requisitos subjetivos: primariedade do agente e este não ter sido beneficiado pelo mesmo instituto nos últimos 5 anos; c) pressupostos: a confissão do réu e não ser hipótese de arquivamento dos autos (ou seja, há prova de materialidade e indícios suficientes de autoria); d) condições: reparação do dano, renúncia do agente (beneficiário do acordo) ao produto/proveito do crime e a aceitação desse em prestar serviços comunitário ou em pagar uma prestação pecuniária. O acordo deverá ser homologado pelo Juiz.

²⁸ A possibilidade de o MP deixar de oferecer denúncia também foi prevista no art. 37, IV, da extinta Lei 10.409/2002, “lei de drogas” de curtíssima duração, revogada pela Lei 11.343/2006, que não contemplou o mesmo instituto.

pelo magistrado. Por isso, esse, ao analisar a presença dos requisitos legais e o cumprimento do acordo por parte do colaborador (portanto, um controle judicial da colaboração), aplicará, por analogia, as normas legais que regulam a extinção da punibilidade quando há cumprimento de transação penal, acordo de leniência e acordo de não persecução penal (institutos análogos).

Uma dúvida pode surgir ao leitor: diante da recente alteração do art. 28 do CPP (com eficácia, por ora, suspensa liminarmente pelas ADINs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305), que estabelece que a homologação do arquivamento do inquérito policial passará para um controle interno do Ministério Público e não mais do juiz, deverá o não-oferecimento de denúncia pelo *Parquet* continuar a ser apresentado ao Poder Judiciário para homologação?

A resposta à indagação é positiva, pois a medida culminará na extinção da punibilidade do agente, a qual somente pode ser declarada pelo juiz de direito.²⁹

A manifestação do Ministério Público direcionada ao juiz, informando o não-oferecimento de denúncia em face do colaborador, poderá ser encaminhada em conjunto com o próprio acordo de colaboração premiada, buscando-se uma decisão que homologue a avença e extinga a punibilidade com fulcro no art. 4º, § 4º.

É possível, porém, que o Ministério Público primeiro encaminhe o acordo de colaboração para homologação e requeira a suspensão, por 6 (seis) meses (art. 4º, § 3º), do prazo para o oferecimento de denúncia e do prazo prescricional até que o colaborador cumpra integralmente as medidas de cooperação assumidas. Após, constatando que todas elas foram honradas (e que se fazem concretamente presentes os requisitos do art. 4º, § 4º e 4º-A, da Lei), o promotor de justiça pedirá ao juiz que declare a extinção da punibilidade do colaborador, que não será denunciado.³⁰

Ora, a maior utilidade do prazo semestral estampado em Lei é, justamente, estabelecer um período para checagem do cumprimento das medidas de colaboração para que não haja indevida extinção sumária de punibilidade daquele que não é merecedor da benesse.³¹

Se, no curso deste prazo de sobrestamento, o colaborador descumprir qualquer medida de colaboração ou se for verificado que ele apresentou informações inverídicas, será possível o oferecimento de denúncia. É o mesmo que ocorre, por exemplo, quando o autor dos fatos descumpra a transação penal no âmbito do Juizado Especial Criminal (Súmula Vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal)³² ou o acordo de não persecução penal (art. 28-A, § 10, do CPP).

Isso, porque, mesmo que o juiz já tenha homologado o acordo de colaboração premiada, ainda não há decisão judicial declarando a extinção da punibilidade com amparo no art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/2019, já que o prazo da denúncia está suspenso a pedido do Ministério Público.

²⁹ Haverá, primeiramente, a decisão judicial que declarará a extinção sumária da punibilidade, dado o não-oferecimento da denúncia. Na sequência, o promotor de justiça encaminhará os autos da investigação para os órgãos internos de controle do MP, para homologação do arquivamento (o qual, nesse caso, será meramente formal, já que extinta a punibilidade).

³⁰ Sem prejuízo de ser oferecida denúncia em relação aos demais investigados.

³¹ O não-oferecimento de denúncia deve ser medida excepcional adotada pelo MP apenas se as informações e provas cedidas pelo colaborador forem plenamente eficazes e relevantes e, ainda assim, se for possível ter absoluta certeza do integral cumprimento do acordo até o encerramento do prazo semestral (ou do prazo prorrogado). Do contrário, tal medida não deve ser tomada, pois a decisão que extingue a punibilidade do colaborador faz coisa julgada material.

³² “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”. (Súmula Vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal)

1.7. Momentos da colaboração premiada

Comumente, o acordo de colaboração premiada é formalizado na fase investigativa e o respectivo termo, com a proposta de colaboração e elementos probatórios, acompanham a inicial acusatória. O acordo deverá permanecer em sigilo até o seu recebimento (art. 7º, § 3º).

Embora menos usual, o acordo de colaboração também pode ser realizado na fase processual permanecendo suspenso o processo e a prescrição até que o colaborador cumpra as medidas assumidas. As consequências do acordo serão as mesmas (perdão judicial, diminuição de pena etc.) e terão sua eficácia analisada na sentença (art. 4º, § 11).

O art. 4º, § 5º, da Lei 12.850/2013 possibilita, ainda, a colaboração premiada posterior à sentença, ou seja, após a condenação do agente. Nesta ocasião, o juiz poderá reduzir a pena até ½ (metade) ou autorizar a progressão de regime ainda que não cumprido o lapso temporal previsto em lei (art. 112 da Lei n.º 7.210/1984, com redação dada pelo “pacote anticrime”).

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato entendem que a colaboração após a sentença definitiva fere a coisa julgada, sendo, pois, inconstitucional, além de “moralmente desprezível e estimulante de uma postura de afronta completa à legalidade”.³³ Noutro vértice está o posicionamento de Eduardo Araújo da Silva, de que o acordo de colaboração premiada pode ser realizado mesmo após o trânsito em julgado da condenação, ou seja, no momento da execução penal, já que a lei é expressa neste sentido.³⁴

Realizada a colaboração, é importante que se garanta ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo do colaborador nos termos do art. 4º, § 10º-A, da Lei 12.850/2013, acrescido pelo “pacote anticrime”, o qual carrou para o âmbito legal o entendimento manifestado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no HC 157.627 quando decidiu, tendo por base os princípios da ampla defesa e do contraditório, que a Defesa Técnica dos acusados delatados deveria apresentar seus memoriais finais após os memoriais dos delatores.³⁵

1.8. Rescisão do acordo de colaboração premiada

Os §§ 17 e 18 do art. 4º da Lei 12.850/2013, incluídos pela Lei 13.964/2019, preveem duas causas de rescisão do acordo de colaboração premiada: omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração (§ 17); ou quando o colaborador não cessar o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração (§ 18). A doutrina acrescenta uma terceira, que é o descumprimento das obrigações assumidas no acordo.

A primeira hipótese se dá se existir omissão dolosa de “fatos objeto da colaboração” e é característica do colaborador que, agindo de má-fé, não revela todos os fatos ilícitos nos quais está envolvido; oculta a participação de membros da organização; apresenta provas falsas; adultera provas; muda sua versão no curso da instrução processual etc.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 129-130.

³⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus 157.627. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 27 de julho de 2019.

A segunda hipótese é a não-cessação pelo colaborador das atividades ilícitas. Ora, não há sentido algum em alguém lavrar um termo de colaboração com Justiça e prosseguir praticando delitos. Essa causa de rescisão já era antevista para os acordos de leniência (art. 86, § 1º, II, da Lei 12.529/2011; art. 16, § 1º, II, da Lei 12.846/2013; e art. 30, § 2º, II, da Lei 13.506/2017).

Há uma terceira hipótese, que pode ser atribuída tanto ao colaborador como à autoridade celebrante, que é o não-cumprimento das obrigações assumidas no acordo quando, por exemplo, a autoridade, em descompasso com o termo assinado, solicita medidas cautelares pessoais em face do colaborador; ou se este (colaborador) não entrega um importante documento, como se comprometera a fazer quando assinou o termo.

Se o colaborador der causa à rescisão será possível utilizar todos os elementos de prova por ele fornecidos, mesmo em seu desfavor, já que o descumprimento ocorrera por sua culpa.

Por fim, a rescisão (tratada neste capítulo) difere da retratação e da anulação. Nas palavras de Rafael Abujamra e Fernando Henrique de Moraes Araújo,³⁶ a **retratação** consiste no arrependimento de qualquer das partes, a qual pode ocorrer até a homologação do acordo, tendo como consequência a perda do benefício ao colaborador, mas não autoriza o uso da prova em seu desfavor (art. 4º, § 10). Já a **anulação** é a perda de validade no ato negocial por conta de vícios insanáveis.

1.9. Deveres e direitos do colaborador

O colaborador tem o dever de narrar tudo aquilo que sabe sobre os fatos ilícitos apurados bem como apresentar todos os elementos de corroboração que possua (art. 3º-C, §§ 3º e 4º). Também tem o dever de cessar a prática criminosa. O desrespeito a esses deveres, como tratamos no subitem anterior, ensejarão na rescisão do acordo de colaboração premiada.

Além disso, o colaborador renuncia ao direito ao silêncio e está sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade (§ art. 4º, 14). Se ele imputar falsamente a prática de infração penal a pessoa que sabe inocente, ou se apresentar informações inverídicas às autoridades celebrantes do acordo, cometerá o crime tipificado no art. 19 da Lei 12.850/2013.

Por outro lado, a Lei traz em seu art. 5º um rol de direitos do colaborador:

- Usufruir das medidas de proteção previstas no art. 7º da Lei 9.807/1999;
- Ver preservadas sua qualificação e imagem, inclusive pelos meios de comunicação (quem desrespeitar a vedação pode ser enquadrado no crime do art. 18 da Lei);
- Ser conduzido para oitiva em juízo separadamente dos demais coautores e partícipes dos crimes e com eles não ter contato visual;
- E cumprir prisão cautelar ou pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus condenados (neste sentido também o art. 15 da Lei 9.807/1999).

³⁶ ABUJAMRA, Rafael; ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes. A delação e colaboração premiada. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (orgs.), *Crime organizado* – atualizado de acordo com o pacote anticrime. São Paulo: Almedina, 2020. p. 199.

Por fim, é também direito do colaborador a assistência por defensor (constituído ou público) durante todos os atos de colaboração (art. 3º-C, § 1º, art. 4º, §§ 7º, 9º e 15).

2. Captação ambiental

2.1. Definição e natureza jurídica

A captação ambiental é um meio de obtenção de prova destinado a combater organizações criminosas, com previsão legal no art. 3º, II, da Lei 12.850/2013.

Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

[...]

II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.

(grifo nosso).

Trata-se de uma forma de registrar, dentro de um ambiente específico (em um determinado local), sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos trocados entre pessoas ali presentes a partir do uso de gravadores ou da colocação de microfones com amplificadores em pontos estratégicos. Noutras palavras, alguém, mediante utilização de aparelhagem específica, gravará áudios, imagens e sons compartilhados num certo espaço físico.³⁷

2.2. Pressupostos, requisitos e legitimidade

A Lei 12.850/2013, embora tenha assegurado a permissibilidade da captação ambiental para investigações sobre organizações criminosas, não especificou, em sua redação original, qual o procedimento a ser adotado. A doutrina majoritária pregava a aplicação, naquilo que fosse compatível, do procedimento da Lei 9.296/1996 (lei de interceptações telefônicas e telemáticas).

A Lei 13.964/2019, suprimindo a lacuna e encampando a posição doutrinária adicionou na Lei 9.296/1996 o art.8º-A com a seguinte redação:

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

I – a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II – houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

³⁷ ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado – análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 163.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º (VETADO).

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.

A Lei 13.964/2019 exigiu expressamente para a captação ambiental os mesmos pressupostos da interceptação telefônica/telemática quais sejam a existência prévia de investigação criminal ou processo penal (*caput* do art. 8º-A da Lei 9.296/1996).

Dois requisitos são necessários (art. 8º-A, I e II): o primeiro deles é a impossibilidade da obtenção da prova por outros meios disponíveis, que sejam igualmente eficazes (critério de proporcionalidade), tal como ocorre com a interceptação telefônica/telemática. O segundo é a existência de indícios de autoria e participação em crimes com penas máximas superiores a 4 anos ou infrações a esses conexas. Neste aspecto, o “pacote anticrime” não utilizou o mesmo critério eleito pela Lei 9.296/1996 (“*crimes punidos com reclusão*”), preferindo a opção pela gravidade em abstrato do delito (e não a espécie da pena).

A legitimidade ativa para o pleito é a mesma da interceptação telefônica/telemática: representação da autoridade policial (no curso de investigação) ou requerimento do Ministério Público (na fase de investigação ou durante o processo).

A nova legislação não previu a possibilidade de o juiz autorizar de ofício a captação ambiental. Aqui, dúvidas podem surgir.

Numa primeira análise poder-se-ia pensar pela possibilidade de o magistrado autorizar a medida de ofício numa conjugação do art. 8º-A, § 5º com o art. 3º da Lei 9.296/1996.³⁸ Porém, parece-nos que o art. 3º da lei de interceptação telefônica, fruto da redação original da norma (1996), está em dissonância com o processo penal **acusatório**, expressamente adotado pelo “pacote anticrime” (inserção do art. 3º-A no CPP).

Ressaltamos que o art. 3º da lei de interceptações telefônicas já era apontado como inconstitucional para parte da doutrina³⁹ antes mesmo da entrada em vigor da Lei 13.964/2019 por se entender que, ao determinar de ofício uma medida desta natureza, de caráter puramente investigatório (ainda que possa ocorrer no trâmite de processo), haveria um ativismo descabido do juiz, fato que macularia sua imparcialidade.

³⁸ Art. 3º da Lei 9.296/1996: “a interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento”.

³⁹ Neste sentido, *vide* GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica “de ofício”: inconstitucionalidade. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul, n. 43, maio/junho 2015.

2.3. Prazo da medida

O prazo previsto é o mesmo da interceptação telefônica/telemática: 15 (quinze) dias, prorrogáveis.

Interessante verificar que o art. 5º da Lei 9.296/1996 rezou que o prazo quinzenal da interceptação telefônica/telemática pode ser renovado “por igual tempo” uma vez comprovada sua indispensabilidade.

Por longo tempo, a doutrina discutiu se seria possível uma única prorrogação (de maneira que o período máximo da medida seria 30 dias) ou se não haveria um limite temporal, podendo este variar caso a caso conforme a necessidade da diligência para a colheita da prova.

Prevaleceu a tese de que a prorrogação da interceptação telefônica/telemática pode ser deferida pelo juiz, de forma fundamentada, sempre que indispensável para a adequada busca da prova. Neste trilhar, Vicente Greco Filho, para quem “a lei não limita o número de prorrogações possíveis, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas necessárias à investigação, mesmo porque 30 dias pode ser prazo muito exíguo”.⁴⁰

A jurisprudência dos nossos tribunais superiores seguiu na mesma diretriz, em especial quando se busca investigar fatos imputados a organizações criminosas. Nesse sentido, o STF no RHC 108.926-DF⁴¹ e o STJ no HC 300.768-GO.⁴²

A Lei 13.964/2019, ao introduzir o art. 8º-A, § 3º na Lei 9.296/1996, dispôs textualmente que a captação ambiental pode ser renovada, por decisão judicial, “**por iguais períodos**, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada” (grifo nosso).

Logo, resta evidente que não há limite temporal para a captação ambiental, a qual poderá ser estendida, mediante nova decisão judicial, fundamentada, a cada 15 (quinze) dias, desde que: estejam presentes os requisitos legais; haja necessidade, utilidade e razoabilidade da medida; e seja identificada atividade criminal ininterrupta (figuras do *crime permanente* – que se prolonga no tempo, como uma extorsão mediante sequestro; do *crime continuado* nos termos do art. 71 do Código Penal; ou da *habitualidade ou reiteração criminosa*, isto é, quando o agente é contumaz na prática de infrações penais, tendo a criminalidade como seu meio de vida).

⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51.

⁴¹ “É legítima a prorrogação de interceptações telefônicas, desde que a decisão seja devidamente fundamentada e observe o art. 5º, XII, da Constituição Federal e a Lei 9.296/96. Eventual referência às decisões pretéritas não traduz motivação deficiente quando demonstrado que as razões iniciais legitimadoras da interceptação subsistem e o contexto fático delineado pela parte requerente indique a sua necessidade, como único meio de prova, para elucidação do fato criminoso”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RHC 108.926-DF. Relator: Min. Teori Zavascki, 24 de fevereiro de 2015)

⁴² “Segundo a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o disposto no art. 5º da Lei 9.296/1996 não limita a prorrogação da interceptação telefônica a um único período, podendo haver sucessivas renovações, desde que devidamente fundamentadas [...]. O juízo de primeiro grau autorizou o monitoramento das ligações telefônicas por entender que os elementos, já colhidos, demonstravam indícios gravosos de prática criminosa e apontavam para a imprescindibilidade do deferimento da medida excepcional. Posteriormente, prorrogou o prazo das interceptações telefônicas, por concluir que os indícios apurados demonstravam que se tratava de tráfico internacional de cocaína, sendo impossível a utilização de outros meios de prova diante da organização e sofisticação dos criminosos [...] Habeas corpus não conhecido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). HC 300.768-GO. Relator: Min. Sebastião Reis Junior, 06 de novembro de 2014)

2.4. A autorização judicial; quando é necessária?

A necessidade ou não da autorização judicial para a captação ambiental é um ponto que sempre foi bastante nebuloso e provocador de intensos debates na doutrina, pois ela **não foi expressamente exigida** pela Lei 12.850/2013.^{43, 44}

O “pacote anticrime” poderia ter cessado definitivamente essa polêmica, mas, em nossa opinião, não o fez.

Isto porque, embora o novel art. 8º-A, *caput*, da Lei 9.296/1996 preveja a necessidade de autorização judicial para a captação ambiental, o art.10-A, igualmente adicionado pela Lei 13.964/2019, tipificou a conduta de *realizar captação ambiental sem autorização judicial* “**quando esta for exigida**” (grifo nosso), apresentando uma excludente de tipicidade quando a captação é realizada por um dos interlocutores (§ 1º).⁴⁵

A leitura conjugada do art. 8º-A com o art. 10-A sinaliza que a autorização judicial **nem sempre** será exigível. Mas, afinal, quando ela será?

A resposta está vinculada à finalidade da autorização judicial, que é preservar os direitos fundamentais dos envolvidos. Por isso ela (resposta ao questionamento) dependerá de dois fatores:

- 1º – da natureza da captação ambiental: se é uma gravação unilateral, uma escuta ou uma interceptação;
- 2º – da natureza do local: se público (local público, aberto ou exposto ao público) ou privado (recinto particular).

Assim como ocorre com as conversas telefônicas, é imprescindível subdividir a captação dos sinais *eletromagnéticos, ópticos ou acústicos* em três modalidades diversas, com diferentes consequências: **gravação unilateral** (feita por um dos interlocutores), **escuta** (feita por terceiro com consentimento de um dos interlocutores) e **interceptação ambiental**, também chamada de *captação propriamente dita* (feita por terceiro sem consentimento de ninguém).

Se for uma captação ambiental gravada **unilateralmente**, isto é, feita por um dos interlocutores, a intimidade revela-se compartilhada, sendo **desnecessária** a autorização judicial seja o local público ou privado. Neste sentido, posicionou-se, já algumas vezes, o STF:

ACÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário

⁴³ Ao contrário da antiga Lei de combate ao crime organizado (Lei 9.034/1995, hoje revogada), que exigia expressamente a prévia autorização judicial para a captação ambiental.

⁴⁴ Não parece ter sido um mero esquecimento do legislador de 2013, pois esse, quando entendeu pertinente, condicionou expressamente outros meios de obtenção de prova à prévia autorização judicial como o fez no art. 8º, § 1º (ação controlada) e no art. 10 (infiltração de agentes).

⁴⁵ “Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial”.

provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro (RE n. 583.937 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, Dê 18.12.2009).

No mesmo sentido: ARE n.º 685764 (Rel. Min. Roberto Barroso, 1ªT, j. 07/04/2015); RHC n.º 125319 (Rel. Min. Teori Zavascki, 2ªT, j. 10/02/2015); e ARE n.º 933530 (Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ªT, j. 01/03/2016).

Não por outro motivo, o próprio legislador previu, expressamente, no art. 10-A, § 1º da Lei 9.296/1996, incluído pelo “pacote anticrime”, que **não há crime** se a captação é realizada por um dos interlocutores. Portanto, considerando que o delito consiste em *realizar a captação sem autorização judicial*, a conclusão que chegamos é que a autorização judicial é **prescindível** (inexigível) se a gravação ambiental é unilateral.

Se estivermos diante de uma **interceptação ambiental**, isto é, feita por terceiro sem ciência nem consentimento de nenhum dos interlocutores, ela será lícita, independentemente de autorização judicial, somente se o local for **público** (aberto ou exposto ao público), já que nestes casos os interlocutores abrem mão da intimidade.

Isto ocorre porque num ambiente público as pessoas naturalmente têm sua imagem exposta e sabem que, ao falar ou se expressar, poderão ser ouvidas por terceiros. A captação (seguida de gravação) teria o mesmo efeito de uma testemunha que visse o investigado no local ou que o ouvisse falar algo. Não há diferença substancial. A distinção dá-se apenas quanto ao grau de precisão sobre a reprodução do fato em juízo (já que a gravação é, como regra, mais precisa) não havendo maior ou menor violação de intimidade.

Porém, para se realizar a interceptação ambiental em local **privado**, a autorização judicial será **necessária** por haver violação da intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal). Com efeito, se o local é de acesso restrito, nele só poderá ingressar quem for autorizado. Desta forma, para inserir aparelhagem de gravação (de sons e imagens) numa casa ou num escritório, os órgãos de investigação necessitarão de autorização formal do Poder Judiciário.

Neste sentido, as palavras de Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renee do Ó Souza, para os quais a decisão judicial é “absolutamente necessária nos casos que se pretende captar esses sinais em local particular, fechado ao público, com expectativa legítima de privacidade”.⁴⁶

Quando tratamos de **escuta ambiental**, ou seja, realizada por terceiro, mas com consentimento de um dos interlocutores, esta será válida quando colhida em ambiente público (assim como a interceptação). Se em ambiente privado, **indispensável** a autorização judicial, pois em que pese um dos interlocutores consinta para a gravação do ato, há ofensa à intimidade do outro (art. 5º, X, da CF), aplicando-se a regra geral do *caput* do art. 8º-A da Lei 9.296/1996.⁴⁷

⁴⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. *Crime organizado* – comentários à Lei 12.850/2013. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 61.

⁴⁷ A discussão é menos intensa do que na escuta telefônica, porque nesta nos parece mais comum a presença de um terceiro autorizado por um dos interlocutores, mas sem a ciência do outro, já que ele estaria “oculto” na linha telefônica. Na escuta ambiental, dificilmente um terceiro estaria em ambiente privado, gravando uma conversa, com ciência de apenas um dos interlocutores e escondido de outro.

De qualquer forma, seria possível, nessa hipótese, invocar a chamada *teoria da proporcionalidade* para utilização desta prova numa investigação ou processo-crime, a depender da análise do caso concreto.

Consoante tal teoria, a escuta ambiental seria admissível se presentes os subelementos do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e justa medida), ou seja, para se tutelar um direito que, no caso *sub judice*, irá se sobrepor ao direito à intimidade da outra pessoa (que teve a conversa gravada sem consentir para tanto).

Exemplo: uma pessoa está sendo extorquida por outra e pede um encontro num local privado, pertencente ao extorsionário, e nele comparecer com um amigo, que permanece do lado de fora, mas com um equipamento (de um bom alcance) que consegue captar som e áudio da conversa. Entendemos que, adotando-se o princípio da proporcionalidade, poderá a gravação ser aproveitada como prova em juízo contra o autor do crime, pois visaria tutelar a integridade física e mental e o patrimônio da vítima, bens jurídicos penais que devem, num choque de direitos e garantias constitucionais, prevalecer em detrimento da inviolabilidade da intimidade daquele que está cometendo a extorsão.

2.5. Outras disposições

Ademais, são aplicáveis à captação ambiental, subsidiariamente, as demais regras da Lei 9.296/1996 (§ 5º do art. 8º-A).

Tal como ocorre com a interceptação telefônica/telemática, se a captação ambiental for autorizada judicialmente, deverá a autoridade policial ou ministerial responsável pela diligência encaminhar ao juiz uma mídia contendo as gravações de sons e imagens, acompanhada de um auto circunstanciado que contenha o resumo das operações realizadas (art. 6, § 2º, c.c. art. 8º-A, § 5º, ambos da Lei 9.296/1996), permitindo não apenas o controle por parte do juiz que autorizou a operação, como também o exercício diferido do contraditório.

A gravação que não interessar à investigação ou ao processo será inutilizada por decisão judicial após requerimento do Ministério Público ou da defesa (art. 9º c.c. art. 8º-A, § 5º, ambos da Lei).

Referências

ABUJAMRA, Rafael; ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes. A delação e colaboração premiada. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (orgs.). *Crime organizado* – atualizado de acordo com o pacote anticrime. São Paulo: Almedina, 2020.

ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. Garantias na delação premiada. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, n. 44, p. 79-92, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/35AwtEP>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Rodrigo. O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, n. 44, p. 117-130, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3ouhiWE>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. *Crime organizado – comentários à Lei 12.850/2013*. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica “de ofício”: inconstitucionalidade. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul, n. 43, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime – comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado. *Custos Legis*, Rio de Janeiro, v. 4, 2013.

MESSA, Ana Flávia; CENCI, Elve Miguel; MUNIZ, Tânia Lobo (orgs.). *Direito Negocial e Corrupção no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANELLA, Everton Luiz. O acordo de leniência como instrumento de combate à corrupção. In: MESSA, Ana Flávia; CENCI, Elve Miguel; MUNIZ, Tânia Lobo (org.). *Direito Negocial e Corrupção no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 137-153.

ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado – análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2016.

ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-5, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/35zywsR>. Acesso em: 11 jul. 2020.

As medidas assecuratórias no Pacote Anticrime

Gilberto Azevedo de Moraes Costa
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

O CPP, ao tratar das medidas de cunho assecuratório, previu três espécies, a saber, o sequestro, o arresto e a especialização da hipoteca legal. A matéria está disciplinada no Capítulo VI do Título VI (Das questões e processos incidentes), entre os arts. 125 e 144-A. Desde a vigência do diploma legal, algumas alterações surgiram. A primeira, em 2006, serviu para corrigir um erro histórico, na medida em que, quando da promulgação da lei, a dois institutos diversos era empregado o mesmo nome, isto é, chamava-se de sequestro tanto esta própria figura como o arresto. Em 2012, surgiu, por força do que estabelece o art. 144-A, a possibilidade de venda antecipada de bens constritos. Por fim, em 2019, além de algumas mudanças pontuais em dispositivos específicos, foi criada a possibilidade de o bem objeto de medida assecuratória ser utilizado por órgãos públicos.

Dado o objetivo deste trabalho, consistente em analisar as alterações legislativas recentes, maior atenção se dará àquilo que foi criado pelo chamado Pacote Anticrime, vale dizer, pelas alterações decorrentes da promulgação da Lei 13.964/19. Entretanto, como pressuposto, é necessário analisar o tema como um todo, ou seja, as medidas assecuratórias, apresentando, assim, um panorama geral.

2. Busca e apreensão

O CPP prevê a necessidade, e em alguns casos a possibilidade, de constrição de diversos bens. E, por conta da existência de alguma semelhança entre as várias espécies de medidas, é importante distingui-las, separando-as. Como visto no capítulo mencionado anteriormente, estão previstas três espécies de cautelares. Mas há ainda uma outra providência, que redundava também na retirada de coisas do poder de alguém, medida essa que não pode ser confundida com as demais e aplicada em substituição.

Trata-se da busca e apreensão, figura prevista no Capítulo XI do Título VII (Da prova). Tal medida, até mesmo em decorrência de onde foi disciplinada, já revela que se distingue das demais. A matéria foi regulamentada entre os arts. 240 e 250 do CPP, e no primeiro dispositivo citado, mais especificamente nos incisos do parágrafo inicial, se vê que a providência é adotada quando há fundadas razões a justificar a apreensão de coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação, bem como objetos falsificados e contrafeitos, além de armas e munições e demais instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso¹.

¹ O art. 240, § 1º, do CPP conta com vários incisos (de *a* até *h*), mas aqui interessa aquilo que especificamente consta dos incisos *b*, *c* e *d*.

A finalidade primordial da busca e apreensão, até mesmo por conta de onde foi disciplinada no Código, é a obtenção de prova, vale dizer, não tem por escopo principal a arrecadação de bens para fins de perda, confisco ou para garantia de reparação do dano decorrente da prática de crime². Uma das semelhanças entre as figuras (apreensão e medidas assecuratórias) está no fato de que em ambos os casos algo é retirado do poder de alguém³.

Em outras legislações, como a italiana, a apreensão, seja para a finalidade probatória, seja para garantir, no futuro, o ressarcimento do dano causado pelo delito, é denominada de sequestro. Por conta disso, a doutrina⁴ costuma chamar a atenção neste ponto, e observa que há o sequestro penal (ou judicial), que se assemelha à apreensão prevista na legislação pátria, e o sequestro conservativo, este como medida assecuratória de futura execução civil.

Não há dúvida, porém, que sobre um mesmo objeto podem recair duas medidas: a arma de fogo com numeração suprimida é meio de prova, e por isso é objeto de apreensão, e em razão de o seu porte constituir fato ilícito, se dá o perdimento (art. 25 da Lei 10.826/03). Outras coisas podem ser apreendidas, e funcionará como meio de prova e para ressarcir o lesado do prejuízo decorrente da infração penal. Isso se dará, por exemplo, com a restituição da coisa furtada.

Perceba-se que a apreensão não incide sobre bens imóveis, mas isso, por si só, não serve para distingui-la de forma suficiente dos outros institutos aqui estudados, a saber, do sequestro e do arresto. O art. 125 do CPP, que trata da primeira figura (sequestro), faz alusão à imóveis. No entanto, é possível também o sequestro de bens móveis, medida disciplinada no art. 132 do mesmo diploma.

O aludido dispositivo legal, na sua parte final, faz expressa ressalva à busca e apreensão⁵. Assim, quando for cabível tal providência, não se cogitará de sequestro. Compete, então, analisar, no item seguinte, o cabimento do sequestro.

Antes, porém, é importante salientar que algumas coisas, embora não se constituam bens imóveis, são insuscetíveis de apreensão. O art. 240, § 1º, do CPP conta com oito alíneas, mas não em todas (*a*, *e* e *h*) foi empregado o termo “apreender”. Daí é possível concluir que, mesmo havendo busca (atividade antecedente), algumas coisas não serão apreendidas, embora sejam encontradas.

A alínea *h*, por exemplo, faz alusão à colheita de “qualquer elemento de convicção”, regra que se assemelha àquela prevista no art. 6º, III, do CPP, onde se diz que a

² É importante anotar que busca e apreensão não configuram uma única diligência. É possível que ocorra busca e não se verifique a apreensão, e igualmente se mostra viável a apreensão sem busca. O que se vê é que, na prática, adotou-se, por hábito, a nomenclatura aludida (busca e apreensão), como se se tratasse de algo unitário. A respeito do tema, PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes (*Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 60) diz que “a apreensão, no mais das vezes, segue a busca. Emerge, daí, o costume de vê-las unidas. Conceitos que se teriam fundido, como se fossem uma e mesma coisa, ou objetivamente inseparáveis. As buscas, contudo, se distinguem das apreensões, como os meios diferem dos fins”.

³ PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos (*Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 193) observa que não há entre os autores um consenso a respeito da natureza jurídica da apreensão, alguns apontando-a como coação penal lícita, outros como meio de prova, havendo ainda quem diga se tratar de instrumento de obtenção de prova e também como medida cautelar.

⁴ LEONE, Giovanni (*Tratado de derecho procesal penal: impugnaciones, proceso de prevencion criminal, ejecucion*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989. v. 3, p. 565-566) anota que “el secuestro penal se dirige a la conservación de las pruebas, y pueden disponerlo, no sólo el juez, sino el ministerio público y los mismos órganos de policía judicial, puede referirse a cosas muebles e inmuebles y está regulado por normas particulares de ejecución; en cambio, el sequestro [embargo] conservativo penal tende a actuar una garantía patrimonial de las obligaciones provenientes del delito”.

⁵ Na verdade, consta do dispositivo que se procederá ao sequestro de bens móveis quando “não for cabível a medida regulada no Capítulo XI do Título VII deste Livro”.

autoridade policial, logo que tiver ciência da prática de infração penal, colherá “todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”.

São objetos da colheita os resquícios deixados pela prática do crime, a exemplo do sangue encontrado no local onde foi praticado o homicídio. Esses vestígios deverão, em razão da reforma operada pela Lei 13.964/19, ser coletados, competindo ao servidor encarregado da diligência observar a cadeia de custódia, nos termos do art. 158-A e seguintes do CPP.

Em suma, a apreensão se dará quando o objetivo principal for a obtenção de elementos de prova, ou seja, algo que aponte a existência do crime e/ou a autoria. São, enfim, as coisas que foram buscadas ou apenas achadas e que decorrem da prática da infração, seja instrumento do crime ou de falsificação (ou de contrafação), seja o produto do crime⁶.

3. Sequestro

O sequestro, nos termos do art. 125 do CPP, é cabível sobre os imóveis adquiridos pelo agente (seja indiciado ou acusado) com os proventos obtidos com a infração. Em outros termos, a medida recai não sobre aquilo que o indivíduo obteve diretamente com a prática da infração, como, por exemplo, o automóvel subtraído, mas sobre o que ele subsequentemente obteve de vantagem com o cometimento do delito⁷.

O imóvel mencionado no dispositivo citado (art. 125 do CPP) seria aquele que o agente comprou, por exemplo, com o dinheiro que conseguiu praticando roubo⁸. O bem de raiz não será apreendido, nos termos do art. 240 do CPP, quer por sua própria natureza (imóvel), quer porque não figurará precipuamente como meio de prova da infração penal.

O imóvel, então, será sequestrado para, no futuro, se for o caso, ser perdido ou utilizado para ressarcir o dano decorrente do ilícito levado a efeito (art. 133, § 1º, do CPP). Primeiro, na verdade, o produto da venda do bem será direcionado ao lesado⁹ e ao terceiro de boa-fé. Não havendo, ou na hipótese de o montante obtido ser superior ao necessário para a reparação do dano, será recolhido aos cofres públicos.

⁶ TORNAGHI, Hélio (*Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 225) afirma que os móveis “poderão ser apreendidos: se houverem sido obtidos por meios criminosos (art. 240, § 1º, b, segunda parte); se forem instrumentos de falsificação ou de contrafação, ou forem, eles próprios, falsificados ou contrafeitos (art. 240, § 1º, c); se forem armas ou munições ou instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fins delituosos (art. 240, § 1º, d)”.

⁷ FARIA, Bento de (*Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. v. 1, p. 235) explica que “as coisas furtadas ou roubadas não podem ser sequestradas, mas devem ser apreendidas e restituídas à vítima do delito”.

⁸ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 2, p. 376) afirma que “a força da medida assecuratória vai a ponto de alcançar bens móveis, não suscetíveis de apreensão (art. 132), e os imóveis (art. 126), que, adquiridos pelo infrator da lei penal, sejam proventos ou proveito do seu crime, ainda quando tais bens tenham sido transferidos a terceiro”.

⁹ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 106) lembra que “as medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal voltam-se, primordialmente, à reparação do dano causado pelo delito, a qual também abarca, nos termos do artigo 141, as despesas processuais e as penas pecuniárias”.

Não é qualquer imóvel de propriedade do agente que figurará como objeto do sequestro, senão aquele que foi adquirido com os proventos da infração¹⁰. Por conseguinte, quando do requerimento, deverá ser especificado o bem de raiz e demonstrado que se trata daquilo que foi obtido com o proveito do delito¹¹.

Se o agente adquiriu móveis, poderá também ser decretado o sequestro. O art. 132 do CPP, além da ressalva mencionada anteriormente, referente à busca e apreensão, estabelece ainda que precisam estar presentes os requisitos do art. 126 do mesmo diploma, ou seja, deverá ser demonstrada a existência de indícios veementes da procedência ilícita dos bens.

É fato que dificilmente, no cotidiano, será objeto de sequestro bens móveis, e isso decorre tanto da forma pela qual se transmite a referida espécie de propriedade – pela tradição – como pelo fato de não haver, de ordinário, registro em órgãos públicos. Caberia, por exemplo, o sequestro da joia adquirida pelo indivíduo que praticou roubo e usou o dinheiro subtraído para a aquisição, mesmo que essa joia tenha sido dada de presente, na sequência, por exemplo, para o cônjuge (art. 125, parte final, do CPP).

Como muito dificilmente se conseguirá produzir a prova a respeito dessa sequência de atos, para que não fique o interessado desamparado, o Código previu também outra figura, de natureza assecuratória, ou seja, o arresto, figura a ser estudada mais adiante. Cabe, agora, analisar aquilo que se acostumou denominar de sequestro subsidiário.

3.1. Sequestro subsidiário

O chamado sequestro subsidiário encontra previsão no art. 91, § 2º, do CP e foi acrescentado no ordenamento por força da Lei 12.694/12. Isso se deu porque a mesma legislação passou a prever (art. 91, § 1º) que “Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior”.

Na hipótese, portanto, de ser infrutífera a descoberta do produto ou proveito do crime, ou quando estes estiverem fora do Brasil, está o juiz autorizado a declarar a perda de outros bens¹² de propriedade do agente. A menção genérica a bens evidencia que qualquer um, independentemente da natureza, pode sofrer constrição. Em outras palavras, o sequestro pode recair sobre coisas móveis, inclusive valores, e imóveis.

¹⁰ O CPP, ao empregar a expressão sequestro, não a utilizou com a precisão técnica que era de se esperar. Objeto de sequestro é o bem determinado sobre o qual as partes litigam a respeito da posse ou da propriedade. No caso, segundo a regra contida do art. 125 do CPP, não se vislumbra a aludida disputa: aquele que postula a concessão da medida não disputa a titularidade com o indiciado. É por isso que TORNAGHI, Hélio (*Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 216) sustenta que “o sequestro do art. 125 do Código de Processo Penal é um misto de sequestro e arresto. Tal como o primeiro, recai sobre determinados bens, isto é, sobre os bens adquiridos com os proventos da infração, e não sobre qualquer bem do indiciado. Mas aqui a propriedade não é controvertida”.

¹¹ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 111) observa que “o Código de Processo Penal, no artigo 125, fala, todavia, em ‘bens adquiridos com o provento’, quando o correto seria ‘bens adquiridos com o produto da infração’, estes sim proventos da infração”.

¹² O dispositivo legal poderia ter outra redação, pois o termo bem é bastante abrangente, englobando não somente as coisas. Ou seja, quando se fala em bens, neles estão incluídos também os valores. De todo modo, a menção também a valores serve para afastar qualquer dúvida quanto à possibilidade de a medida alcançar dinheiro de propriedade do indivíduo.

A medida, como se vê da própria redação, se mostra como subsidiária, e, consequentemente, aplicável quando não foi sequestrado o produto do crime ou aquilo que é considerado provento da infração. A propósito, é importante deixar anotada a diferença que há entre as duas figuras. Produto é a coisa obtida como resultado próprio da infração (p.ex. dinheiro furtado); proveito (ou provento) consiste naquilo em que o agente converteu o produto (p.ex. o imóvel que adquiriu com o dinheiro furtado).

O dispositivo em análise, como se percebe, se refere a ambos (produto e proveito), e nem poderia ser diferente, pois se não se encontra o produto, via de regra isso decorre da conversão em proveito, medida muitas vezes adotada pelo autor de infração com o propósito de dificultar a produção da prova do ilícito.

A doutrina¹³ fala que o sequestro subsidiário somente se aplica quando, apesar das diligências, não foi possível localizar o produto nem o proveito, bens esses de origem ilícita, ao contrário daqueles que serão atingidos por força da decisão judicial de constrição, possivelmente coisas não obtidas ilicitamente.

Outra leitura que se pode fazer é que, a partir da entrada em vigor da mencionada lei, passou a ser possível, no caso de não localização do produto, o sequestro de outros bens, pouco importando a sua origem (se lícita ou ilícita), como forma de impedir que o agente obtenha vantagem econômica com a prática da infração.

Muitos crimes, mesmo que não sejam contra o patrimônio, como se sabe, geram lucro ao seu autor. O juiz, então, analisando o caso concreto e observando critérios de equidade, terá condições de mensurar o proveito obtido pelo agente com o cometimento da infração, e, diante disso, fixado o montante, sequestrar bens de propriedade deste, independentemente da origem espúria ou não.

A mudança legislativa, fruto do Pacote Anticrime, criou mais uma previsão de perda de patrimônio, prevista que está no art. 91-A do CP, para as hipóteses de crimes graves, isto é, para as infrações cuja pena máxima supere seis anos de reclusão.

Antes, porém, de analisar a referida figura, é necessário tratar do arresto, até mesmo para saber qual medida assecuratória se aplica para que se consiga garantir, ao final do processo, a perda de bens autorizada pela nova legislação.

4. Arresto

O arresto está previsto nos arts. 136 e 144 do CPP. Alguns desses dispositivos tiveram, conforme anotado na introdução, a redação original modificada, pois, quando da promulgação do Código, a referida medida era incorretamente denominada de sequestro.

O arresto difere do sequestro pois atinge não o produto ou o proveito do crime¹⁴, senão os bens de propriedade do autor da infração penal. A medida visa garantir que, ao final, em caso de condenação, seja o lesado ressarcido do prejuízo que experimentou em decorrência do dano causado pelo cometimento do delito.

Pouco importa, portanto, se o agente, ao levar a efeito o crime, experimentou vantagem econômica. Interessa, diferentemente, saber se alguém sofreu prejuízo, ou seja, se há aquela figura denominada lesado. A propósito, é bom deixar claro que a vítima ou

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 1060-1061.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3, p. 48.

o ofendido não necessariamente ostenta também a qualidade de lesado; este é a pessoa (física ou jurídica) que sofre lesão patrimonial.

Perceba-se, então, que em algumas hipóteses será possível deferir o sequestro de bens, mas não o arresto; e, em outras, se verificará a presença dos requisitos autorizados desta medida, mas não os da outra. Há, ainda, a possibilidade de ambas as providências assecuratórias encontrarem espaço para serem deferidas, e, por outro lado, não se pode deixar de mencionar que em algumas situações nenhuma das medidas terá cabimento.

O CPP, antes de disciplinar o arresto, tratou da especialização da hipoteca (art. 134 e art. 135), que tem por objeto bens imóveis¹⁵. Em outros termos, o diploma legal optou, em primeiro lugar, para que se garanta ao credor (lesado) a reparação do dano, a constrição de imóveis, e para assegurar que o devedor (indiciado ou acusado) não pratique ato que fraude a execução, e assim frustre a expectativa da outra parte, a possibilidade do arresto (art. 136).

O procedimento de especialização de hipoteca, como se verá mais adiante, é longo e demorado, e até que seja concluído é possível, em um caso concreto, que o devedor, vendo-se na iminência de ter atingidos seus bens pela medida, deles pretenda se desfazer. Assim, para evitar tal prática, o art. 136 do CPP permite o arresto, mais especificamente um arresto antecedente da especialização da hipoteca.

Perceba-se que esse é um arresto específico, na medida em que visa bem determinado, qual seja, aquele que na sequência será objeto de especialização de hipoteca. Por conta disso, segundo a redação do dispositivo, não pode o interessado postular o arresto de qualquer bem (móvel) do patrimônio do agente, senão o imóvel que é objeto da hipoteca legal.

Há, portanto, que se distinguir, no CPP, dois tipos de arresto. Este, que é tido como uma medida precauteladora, e aquele outro, previsto no art. 137, que é subsidiário e atinge bens móveis, inclusive valores.

O art. 136 do CPP, ao disciplinar o arresto prévio, diz que a medida poderá ser decretada de início e será revogada se no prazo de quinze dias não for promovida a especialização da hipoteca. O interessado, então, para garantir o sucesso da medida principal (especialização da hipoteca), se vale da ferramenta colocada à sua disposição. Tem, porém, como ônus, agir de maneira célere, já que, superado o lapso temporal aludido, o arresto fica sem efeito¹⁶.

A doutrina¹⁷ discute se, tal como se impõe no procedimento que redundará na inscrição da hipoteca, precisa o interessado no arresto estimar o valor do dano ocasionado e apontar o valor do imóvel cuja constrição requer.

Voltada agora a atenção ao arresto subsidiário, é salutar mais uma vez esclarecer que ele está previsto no art. 137 do CPP e recai sobre bens móveis. Ao menos de acordo com a letra da lei, vale dizer, seguida a interpretação literal, não haveria a possibilidade

¹⁵ BARROS, Romeu Pires de Campos (*Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 432) lembra que não há previsão de hipoteca legal de bens móveis, exceto de navios. Acrescento que o art. 1.473, VII, do CC prevê o arresto de aeronaves.

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de (*Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1275) anota que “a desídia do ofendido em levar adiante este procedimento acarretará o cancelamento da do gravame de inalienabilidade, restaurando-se o *status quo*. Nessa mesma linha, uma vez levantado o arresto prévio por não ter sido promovido o processo de registro dentro do prazo de 15 (quinze) dias, o juiz não poderá atender a outro pedido de arresto prévio à hipoteca legal”.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique (*Processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1069, grifo nosso) sustenta que “também para o arresto prévio ao registro e especialização da hipoteca legal, se estime o valor da responsabilidade e o valor dos imóveis, não podendo a constrição ser excessiva”. LIMA, Renato Brasileiro de (*Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1274) diz que as medidas são desnecessárias.

de o lesado postular, como medida inaugural, sem antes demonstrar a inexistência de imóveis do agente ou a insuficiência deles, a constrição de bens móveis.

Ocorre que nos dias atuais, em que há a possibilidade de emprego de mecanismos eficazes para alcançar o patrimônio do devedor, e assim assegurar o direito do credor, a exemplo do bloqueio eletrônico de valores depositados em conta, seria de se questionar a característica subsidiária da medida. Exigir do lesado, antes de postular a constrição de móveis, a demonstração da inexistência de imóveis do devedor ou a sua insuficiência, pode tornar a previsão legal letra morta. É certo que o interessado preferirá se valer da jurisdição cível, onde, com base no art. 301 do CPC, postulará a constrição independentemente da necessidade de produção da aludida prova¹⁸.

O lesado, vale o reforço, não é obrigado a litigar perante a Vara Criminal para ver garantido o seu direito; pode, caso prefira, ajuizar ação perante o juízo cível (art. 64 do CPP)¹⁹. Mas como o foco do presente trabalho não é discutir a necessidade de releitura de previsões que surgiram quando da promulgação do CPP, é necessário deixar esse assunto para outra ocasião. Aqui se buscará, como já dito na introdução, apresentar, em linhas gerais, as medidas assecuratórias aplicáveis e dar maior ênfase às alterações trazidas pela recente reforma que atingiu tanto o CP como o CPP.

5. Especialização de hipoteca

O procedimento de especialização e inscrição de hipoteca está previsto nos arts. 134 e 135 do CPP. O primeiro desses dispositivos estabelece que a providência poderá ser requerida pelo lesado em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes de autoria.

A norma legal peca em diversos aspectos. Veja-se que, embora faça alusão aos “imóveis do indiciado”, prevê que a medida somente terá cabimento “em qualquer fase do processo”, ou seja, quando está presente a figura do acusado²⁰. Poderia, diante dessa divergência, surgir dúvida a respeito do termo inicial. Mas, frise-se desde logo, que prevalece o entendimento de que somente depois de ofertada a inicial acusatória²¹, seja queixa ou denúncia, está o interessado autorizado a deduzir o requerimento.

A norma legal, não bastasse o aludido equívoco, comete outro, menos grave, é verdade, ao prever a legitimidade ativa do ofendido, quando o correto seria fazer

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 294 ao 333). In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. v. 4, p. 169) observam que não mais havendo, a partir da edição do CPC/15, as cautelares específica (previstas no CPC/73), está o lesado autorizado a postular a providência cautelar que melhor atende a seus interesses, algo que pode se assemelhar ao arresto, a exemplo do bloqueio de valores depositados em conta bancária.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3, p. 42), a propósito do tema, salienta que “se for proposta a ação civil *ex delicto*, pode o interessado requerer a medida no juízo cível, como pode, também, requerer outras medidas cautelares”.

²⁰ TORNAGHI, Hélio (*Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 230) aponta o erro redacional, mas anota que “nada impede que a lei se refira ao acusado, em juízo, falando em indiciado. O melhor teria sido referir-se ao acusado”.

²¹ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 425. No mesmo sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1267. Em sentido contrário,

alusão ao lesado²², pois é este o indivíduo que experimenta o dano suscetível de reparação em dinheiro.

O dispositivo, por fim, prevê algo redundante, na medida em que estabelece, como requisitos, a demonstração da certeza da infração e a presença de indícios suficientes de autoria, elementos que são necessários para que ocorra o recebimento da peça inaugural. Ora, se o procedimento de especialização somente tem cabimento após o início do processo, não haveria necessidade em se referir a esses elementos²³.

O procedimento que redundava na inscrição, de seu turno, está previsto no art. 135 do CPP. Já no *caput* do citado dispositivo consta que o interessado deverá estimar, na petição que apresentará, o valor da responsabilidade civil e, além de individualizar o imóvel (ou imóveis) do réu, também estimar o seu valor de mercado, providências que não afastam a atuação do magistrado no mesmo sentido. Realmente, ao receber a petição, o julgador “mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis”.

Depois de feita a avaliação, o que, nos termos do art. 135, § 2º, do CPP, exige a nomeação de perito, será facultado às partes a manifestação. O juiz, na sequência, arbitra o valor e permite a inscrição da hipoteca, tendo em vista que o imóvel foi especificado.

6. Inovações trazidas pela reforma de 2019

A Lei 13.964/19 alternou não apenas o Código de Processo Penal, mas também o Código Penal. Em relação ao primeiro, passou a prever (art. 133-A) a possibilidade de o bem sujeito à medida assecuratória ser utilizado por órgãos públicos; quanto ao segundo, criou o art. 91-A, que disciplina, de forma mais abrangente, o perdimento de bens.

No que toca a tal providência, compete analisar a possibilidade de aplicação de alguma cautelar para que se viabilize o sucesso da medida, vale dizer, é necessário verificar se, antes de ser decretado o perdimento, alguma providência assecuratória tem cabimento.

Como os temas mencionados são distintos, é necessário tratar, com intuito de dar maior clareza, cada um deles em tópicos próprios. É o que se passará a fazer.

6.1. A utilização de bens por órgãos públicos

O art. 133-A, *caput*, do CPP prevê a possibilidade de o juiz autorizar

a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal, do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades.

²² SILVA, Germano Marques da. *Direito processual penal português: noções gerais, sujeitos processuais e objecto*. 7. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 279.

²³ LIMA, Renato Brasileiro de (*Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1268) observa, neste ponto, que “como a inscrição da hipoteca legal só é possível na fase judicial, o *fumus boni iuris* a que se refere o art. 134 do CPP é tido como presumido. Afinal, a falta de justa causa para o exercício da ação penal é uma das causas de rejeição da peça acusatória (CPP, art. 395, III)”.

Norma semelhante já constava em lei especial, mais especificamente na Lei 11.343/06. Realmente, desde a edição do diploma mencionado, está prevista (art. 61, redação original) a possibilidade de utilização por parte de órgãos públicos de bens apreendidos. Referido dispositivo, assim como outros constantes do estatuto mencionado, foi alterado pela Lei 13.840/19. A mudança, no entanto, não impediu tal prática. Atualmente, o art. 62 disciplina o assunto, prevendo que os bens mencionados no art. 61²⁴ poderão ser utilizados pela polícia.

Note-se que a norma constante do CPP, no que diz respeito aos bens²⁵, é mais abrangente que a regra contida na Lei 11.343/06. Outrossim, prevê diversos órgãos públicos, isto é, não apenas as polícias. Ainda, é de se reparar que enquanto o art. 61 da lei especial faz referência somente a bens apreendidos, o Código alude aos bens sequestrados, apreendidos ou sujeitos a qualquer medida assecuratória.

Neste ponto já surgem algumas dificuldades. É certo que o bem apreendido, se pertence ao lesado, tem de ser a ele devolvido, pois essa é a forma mais elementar de reparação do dano decorrente do crime. Conforme anteriormente anotado²⁶, os produtos da infração precisam ser apreendidos, enquanto os proventos do crime podem ser objeto de sequestro.

Apreendido, portanto, um automóvel de propriedade daquele que figura como lesado, não se cogitará, a princípio, de autorização de uso por parte de algum órgão público. O particular, que já foi espoliado de seu bem, não tem de, quando do encontro, vê-lo sob o poder e uso por parte da administração pública. Portanto, é importante verificar a quem pertence a coisa, pois, a depender da titularidade, não será possível aplicar as normas em comento (art. 133-A do CPP e art. 62 da Lei 11.343/06).

O sequestro é cabível para retirar, do poder do agente, o bem proveito da infração. Assim, quando o indivíduo obtém vantagem financeira com a prática de crime e, por exemplo, com o dinheiro obtido compra um automóvel, este poderá ser sequestrado. Havendo, porém, interesse do lesado na conservação do bem – principalmente quando ele figura como autor do pedido de sequestro – surge a questão de saber se pode ou não o bem ser utilizado pelos órgãos públicos.

O sequestro, mais uma vez se diga, não serve apenas como medida antecedente do perdimento (art. 91, II, do CP). O lesado, por ter interesse em ver o seu prejuízo ressarcido, pode figurar como requerente da aludida medida assecuratória, e nesse caso é de se questionar a possibilidade de o bem ser repassado, ainda que apenas durante o trâmite processual, aos cuidados do órgão que pretende utilizá-lo.

O perdimento somente será decretado quando o bem não servir para reparar o dano decorrente da prática do ilícito²⁷. Em outros termos, o perdimento (ressalvado aquele

²⁴ O art. 61, *caput*, da Lei 11.343/06 está assim redigido: “A apreensão de veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte e dos maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei será imediatamente comunicada pela autoridade de polícia judiciária responsável pela investigação ao juízo competente”.

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de (*Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1282) adverte que “sem embargo do silêncio do art. 133-A do CPP, revela-se inadmissível que a medida ora sob comento incida sobre armas de fogo. Isso porque, nesse caso, há regramento específico acerca de sua destinação, qual seja, o art. 25 da Lei n. 10.826/03”.

²⁶ Vide item 2.

²⁷ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 2, p. 76) diz que “o sequestro é uma medida tendente a tão somente a garantir o pagamento, ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, do valor, em dinheiro, correspondente aos bens, de que ficaram privados, em razão do delito, quando esses mesmos bens não lhes podem mais ser restituídos, e evitar, com a perda do saldo para a União, a auferição de qualquer lucro da sua ação delituosa”.

que atinge bens ilícitos) é medida subsidiária em relação ao ressarcimento, e daí se nota que em primeiro lugar o legislador colocou o interesse do particular.

Parece certo, porém, que se ele (lesado) não requereu o sequestro e também não manifestou interesse em ver o bem constrito ser empregado como garantia de futura reparação do prejuízo, não haveria razão para impedir o direcionamento da coisa ao órgão público interessado na utilização, certo que ao final, acolhida a pretensão acusatória, poderá ser decretado o perdimento.

O art. 133-A, § 4º, do CPP deve, então, ser interpretado nesse sentido, não servindo para justificar o uso provisório, em qualquer situação, do bem constrito pelo órgão público. Em outras palavras, a norma em comento não funciona como fundamento para autorizar, em detrimento do lesado, o uso do bem durante o trâmite processual em toda e qualquer situação.

Perceba-se que no dispositivo consta que, após o trânsito em julgado, poderá ser determinada a transferência definitiva da propriedade ao órgão público. Isto é, somente o bem cujo uso é possível pela administração pública é que poderá ao final do processo, se for o caso, lhe ser transferido – transferência de domínio.

O art. 133-A, *caput*, do CPP fala, vale o reforço, em bem sujeito a qualquer outra medida assecuratória. Embora, como visto²⁸, o CPC atual, se afastando da orientação seguida pelo diploma de 1973, tenha deixado de prever as cautelares específicas, o fato é que em razão de o aludido dispositivo legal (art. 133-A) estar contido do CPP, tudo leva a crer que o legislador quis se referir às medidas assecuratórias previstas no aludido estatuto. Logo, é de se concluir que as outras medidas correspondem ao arresto e à hipoteca.

Tais ferramentas, de cunho assecuratório, estão à disposição do lesado. Consequentemente, não parece haver muito sentido autorizar o uso dos bens cuja constrição foi requerida pelo citado indivíduo, que atua sempre com o interesse de ver sanada a lesão patrimonial experimentada. É bem verdade que o art. 133-A, § 1º, do CPP estabelece que o órgão de segurança pública que participou da ação de investigação ou repressão que redundou na constrição do bem terá preferência na sua utilização. Mas isso não faz com que desapareça o interesse primordial do lesado. Portanto, o que a lei quis dizer é que, na ausência de interesse do lesado sobre o bem constrito, terá preferência no uso o órgão que participou dos atos aludidos anteriormente.

Havendo, pois, interesse do lesado, o bem deverá ser depositado, e, se for o caso, vendido antecipadamente, conforme autoriza o art. 144-A do CPP. Segundo referido dispositivo, a alienação prévia se justifica quando a coisa estiver sujeita à deterioração ou depreciação, ou quando existir dificuldade para a manutenção.

Note-se, em reforço, que se fosse entregue para o uso de algum órgão público, o bem poderia sofrer deterioração ou desgaste, o que redundaria na diminuição do seu valor de mercado, e, por conseguinte, haveria redução da garantia conferida ao lesado.

O art. 133-A, *caput*, do CPP, semelhantemente ao que estabelece o art. 62, *caput*, da Lei 11.343/06, prevê, como pressuposto para o deferimento da autorização de uso, a presença do interesse público. Ocorre que, por opção legislativa, ficou estabelecido que se dá preferência ao direito do lesado (art. 91, II, do CP). Portanto, o que se deve

²⁸ Vide nota de rodapé nº 18.

entender é que, ausente o interesse da aludida figura, o uso do bem pelo órgão público poderá ser deferido pelo juiz, desde que atendido o interesse público.

Quando, então, for o caso de entregar o bem ao órgão público, haverá cessão apenas da posse. Em outros termos, não é transferida a propriedade, nem mesmo de forma provisória ou temporária. O art. 133-A, § 3º, do CPP corrobora tal entendimento, na medida em que não menciona a mudança da titularidade. Os bens descritos no dispositivo (veículo, embarcação e aeronave) são bens móveis, motivo pelo qual o registro no órgão competente não tem o condão – como ocorre em relação aos imóveis – de alterar a titularidade da propriedade.

Saliente-se, porém, que se houver venda antecipada, tal como autoriza o art. 144-A do CPP (e o art. 61 da Lei 11.343/06), aí sim se constatará a transferência do domínio. Realmente, aquele que se consagrou vencedor no certame (ou seja, o arrematante que participou do leilão público) adquirirá o bem, e, por conseguinte, o valor dado a título de pagamento será depositado judicialmente (art. 144-A, § 3º, do CPP). Mas essa situação, como se percebe, é bastante distinta daquela outra (de cessão de uso).

A lei (art. 144-A, § 3º, do CPP) fala em conversão de renda em favor da União, estado ou Distrito Federal, e nesse ponto foi dito menos daquilo que era devido. Com efeito, a venda antecipada não afasta o direito do lesado, e por tal razão, ainda que se verifique a aludida hipótese, deve ser resguardado o interesse da mencionada figura, que não pode ser prejudicada. Em outros termos, a norma deve ser interpretada no sentido de que, somente no caso de não se constatar a presença do direito do lesado sobre o valor obtido com a venda antecipada do bem, será o montante, na hipótese que autoriza o perdimento, convertido em renda aos citados entes estatais.

Inexistindo óbice à utilização do bem pelo órgão público, conforme anotado anteriormente, será dada a autorização de forma preferencial àquele que participou das investigações ou da repressão que redundou na retirada da coisa do poder de quem indevidamente o tinha (art. 133-A, § 1º).

Para que essa preferência seja exercida, é necessário que o órgão que goza do aludido benefício manifeste interesse; do contrário, isto é, na hipótese de silêncio, concluir-se-á que o bem não lhe interessa. Poderá, então, outro órgão postular a cessão de uso, quando, então, o juiz verificará se a solicitação atende ao interesse público (art. 133-A, § 2º, do CPP). É possível ainda que, dada a natureza da coisa, nenhum órgão tenha interesse na utilização. Neste caso, ou bem será depositado, ou, verificada qualquer das situações previstas no art. 144-A do CPP, será vendido de forma antecipada.

É importante, nesse passo, analisar o momento a partir do qual o requerimento pode ser feito pelo órgão público interessado no uso. O pressuposto é que o bem já tenha sido objeto da medida assecuratória, devendo ser lembrado que nem todas são cabíveis desde a fase investigativa. Mas, tendo em vista a inexistência de impedimento legal, não parece possível desautorizar o uso pelo só fato de ainda não haver ação penal em curso na hipótese de a medida assecuratória ser cabível já na etapa anterior.

As cautelares têm como característica a provisoriedade, motivo pelo qual o uso do bem pelo órgão público, durante o curso do processo, não será definitivo. Constatada a hipótese de perdimento, nos termos do art. 133-A, § 4º, o juiz poderá determinar a transferência da propriedade ao ente cujo órgão fez uso do bem.

Já foi dada alguma atenção à regra contida no art. 133-A, § 3º, do CPP. Cabe, agora, assinalar, em complemento, que a provisoriedade do certificado a ser expedido se justifica tanto pelo fato de o bem, ao final do processo, poder não ser dado por perdido (p.ex. absolvição por ter o juízo concluído que o fato não existiu ou por pertencer a terceiro da boa-fé) como pelo fato de ter o bem, em caso de perdimento, que ser transferido a outro ente, isto é, diverso daquele que fez uso.

6.2. Perdimento (art. 91-A do CP)

A Lei 13.964/19, como dito, alterou o CP, que passou a contar com o art. 91-A, norma que prevê uma nova hipótese autorizadora de perdimento de bens. A medida, conforme se vê da cabeça do citado dispositivo, não é cabível em todo e qualquer crime, senão apenas em casos graves, ou seja, para as infrações às quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão. Portanto, não se cogita da aplicação da regra aos crimes de menor potencial ofensivo e às contravenções.

Novamente se diga que o produto e o proveito da infração penal são objeto de perdimento caso não tenham de ser utilizados para reparar o dano causado ou não tenham de ser direcionados ao terceiro de boa-fé (art. 91, II, do CP). O que a nova previsão regulamenta é a hipótese de não ser encontrado o produto e/ou o proveito.

Trata-se, portanto, de uma medida substitutiva, a qual, para ser aplicada, precisa observar alguns parâmetros. Leva-se em conta o patrimônio do indivíduo e, realizado juízo de ponderação, é analisado se os bens que o integram teriam como ser adquiridos com a renda lícita obtida pelo agente. Havendo discrepância, isto é, não vislumbrada a compatibilidade entre renda e patrimônio, decreta-se a perda.

O perdimento não atingirá, via de regra, a integralidade do patrimônio. A lei diz que a medida alcança o excedente, ou seja, aquilo que não teria como ser obtido pelo agente, não fosse a vantagem econômica conseguida com a prática de crime.

Em algumas situações, porém, será possível decretar o perdimento total do patrimônio do indivíduo. Imagine-se, por exemplo, um indivíduo que nunca trabalhou como empregado nem como autônomo, vale dizer, jamais exerceu atividade remunerada lícita, tampouco recebeu doação ou herança, o que não lhe impede de ser titular de bens de valor elevado. No curso do processo, acolhida a pretensão acusatória, constatado que o acusado integra associação criminosa que foi constituída com intuito de cometimento de delitos patrimoniais, conclui-se, dadas as peculiaridades do caso, que o patrimônio foi obtido de maneira ilegal. Nessa situação, tudo lhe será tomado.

Em outras situações, diferentemente, a constatação do patrimônio de origem espúria será mais difícil. É o que ocorre quando, por exemplo, se está diante de servidor público acusado da prática de corrupção passiva. Em casos assim, nota-se que parcela dos bens do denunciado é lícita, pois adquirida com a remuneração que lhe é paga pelos cofres públicos; outra parcela, porém, não o será, e quanto a ela, deverá ocorrer o perdimento.

A lei criou, aparentemente, uma hipótese de inversão do ônus da prova (ou, o que dá no mesmo, uma exoneração, ao menos parcial, do ônus de prova por parte da acusação), estabelecendo no art. 91-A, § 2º, do CP que o indivíduo poderá comprovar a compatibilidade do patrimônio com a renda, bem como a licitude da procedência dos bens. Em outros termos, amealhados elementos que tornam verossimilhante a alegação

da incompatibilidade entre renda e patrimônio, pode o réu provar a origem lícita. Caso não consiga fazer tal prova, será decretado o perdimento.

O Ministério Público, ao oferecer a denúncia, pedirá o perdimento e indicará, quando o caso (conforme salientado), a diferença (art. 91-A, § 3º, do CP). Vale dizer, a acusação terá de formular expressamente o pedido e apontar aquilo que considera ser o patrimônio composto de bens de origem ilícita. Para que isso se dê, o aludido órgão terá de previamente realizar exame a respeito do patrimônio do denunciado.

O juiz, de sua parte, não está autorizado a proferir, caso haja pedido expresso, sentença genérica. Segundo o art. 91-A, § 4º, do CP, o magistrado, quando da prolação da decisão final, precisará, em caso de procedência, indicar o valor da diferença e especificar os bens que declara perdidos.

É certo, vale a anotação, que nem todos os bens cuja perda será decretada precisam estar registrados em nome do réu. O art. 91-A, § 1º, do CP, em seus dois incisos, dispõe que integram o patrimônio do agente aqueles que, apesar de constar em nome de terceiro, estão sob o domínio direto ou indireto do agente, quer na data da infração, quer recebidos posteriormente.

Aplicada a aludida norma, é possível, por exemplo, decretar a perda do veículo cujo preço de mercado é incompatível com os rendimentos lícitos do agente, pessoa que sempre esteve em poder do bem, muito embora registrado, junto ao órgão de trânsito, em nome de terceiro. Aliás, em se tratando de bem móvel, pouca relevância tem o registro, na medida em que a transferência da propriedade se dá com a tradição, presumindo-se proprietário aquele que exerce os poderes inerentes ao domínio.

Outrossim, considera-se como integrante do patrimônio do réu o bem que foi, a partir do início da atividade criminosa, transferido a título gratuito a terceiro ou que lhe foi cedido por preço irrisório. Nestes casos, não se analisa se o terceiro tinha ou não ciência da origem ilegal da coisa. Como recebeu gratuitamente ou mediante contraprestação vil, sofrerá os efeitos da perda.

Os bens supramencionados, em razão da possibilidade do decreto de perdimento, são suscetíveis de medida assecuratória, mais especificamente de sequestro. O Ministério Público, que, como visto, tem o ônus de indicar a diferença apurada entre o que seria patrimônio lícito e ilícito, pode, presentes os requisitos dos arts. 126 e 132, ambos do CPP, requerer a concessão da aludida medida cautelar.

Assim agindo, preenchidos os requisitos legais, os bens supostamente adquiridos de maneira ilícita serão retirados provisoriamente do poder do agente. Poderão, ademais, satisfeitas as condições previstas no art. 133-A do CPP, ser utilizados por órgãos públicos. Ao final do processo, constatado que os bens não teriam como ser adquiridos com a renda lícita auferida pelo réu, será decretado o perdimento e poderá algum bem, aquele cujo uso foi concedido a órgão público, lhe ser definitivamente transferido.

7. Conclusão

O CPP, desde a sua entrada em vigor, dispõe de mecanismos que visam assegurar o interesse do lesado e de terceiro de boa-fé, bem como de ferramentas criadas para impedir que o indivíduo, com a prática do crime, obtenha vantagem financeira.

Ocorre que, em razão de o Direito Penal ter sido durante muito tempo um ramo da ciência jurídica que atingia somente pessoas pobres, pouca importância se deu às medidas assecuratórias previstas na legislação processual, certo que os delinquentes, em sua imensa maioria, não tinham meios para reparar o dano causado pela conduta ilícita levada a efeito e não contavam com patrimônio composto de bens suscetíveis de perdimento.

Havia, a bem da verdade, em décadas passadas, o criminoso eventual, indivíduo que agia sozinho ou, quando muito, em coautoria. Com o passar do tempo, porém, a criminalidade tomou grandes proporções: os delinquentes se uniram, formando verdadeiras empresas cuja atividade única é a prática de infrações penais. Por meio dessas associações, os membros passaram a obter considerável lucro e, por outro lado, causaram e causam prejuízos não apenas às pessoas, mas também ao poder público, que tem que investir muito dinheiro no combate à criminalidade organizada.

A partir, então, de um determinado momento, passou a ser eficaz o emprego das medidas assecuratórias, figurando o perdimento de bens como uma medida que não só desencoraja a reiteração da prática de ilícitos como fragiliza o poder das organizações delituosas, que ficam desprovidas de dinheiro e outros bens para dar continuidade às suas atividades.

A recente reforma do Código Penal e do Código de Processo Penal, que, conforme explicado durante o desenvolvimento deste trabalho, alterou algumas previsões legais e criou outras ferramentas jurídicas, precisa ser elogiada. É certo que a mudança poderia ser mais extensa: alguns institutos, na forma como ainda previstos, parecem ultrapassados.

É o caso, por exemplo, da previsão do arresto subsidiário, medida que somente pode ser aplicada, caso se interprete literalmente o texto legal, quando não houver imóveis suscetíveis de contração ou quando o valor deles for insuficiente para reparação do dano. Neste ponto, deixou o legislador de se atentar para a existência de novos mecanismos, bastante eficazes, que servem para, de maneira rápida, retirar bens e valores do poder daquele que é apontado como provável autor de crime.

Melhor, talvez, tivesse sido o CPP seguir o exemplo do atual Código de Processo Civil, que abandonou a sistemática de prever cautelares específicas, optando por dar aos interessados a possibilidade de requer a medida que melhor se adapta ao caso concreto.

De todo modo, é certo que com o emprego das previsões atualmente existentes na legislação penal e processual penal o combate à criminalidade, principalmente a criminalidade organizada, será mais eficaz.

Bibliografia

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 2.
- FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. v. 1.
- GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal: impugnaciones, proceso de prevencion criminal, ejecucion*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989. v. 3.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 294 ao 333). In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. v. 4.

PITOMBO, Cleunice Aparecida Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

SILVA, Germano Marques da. *Direito processual penal português*: noções gerais, sujeitos processuais e objecto. 7. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal

Gláucio Roberto Brittes de Araújo¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

No contexto histórico de aproximação do nosso sistema ao acusatório mais puro, conferindo às partes mais poderes e disponibilidade sobre interesses em conflito, o Pacote Anticrime ampliou o espaço de **Justiça Negociada**. Abandonou-se há muito a ideia de que a obrigatoriedade da ação penal obstava acordos. A Lei Maior, na verdade, definiu seu titular e albergou o princípio da **legalidade**, que pode ser atendido tanto pela **obrigatoriedade** da ação, como pela **oportunidade regrada**, pois não estão em antagonismo. Ademais, a controvérsia teórica sobre o objeto e fins do processo penal (se a lide a ser composta ou crime a ser necessariamente elucidado para responsabilização pessoal inexorável), acirrada por ocasião da discussão da Lei 9099/95, restou superada, inclusive por injunções pragmáticas de **política criminal**. A despeito das críticas ao utilitarismo crescente na seara penal em detrimento do **devido processo legal**, amainaram-se as resistências à aplicação antecipada de **medidas despenalizadoras**, que não deixavam de acarretar restrições de direitos, sob a égide da presunção de inocência, antes do desenvolvimento da persecução e da elucidação da autoria e materialidade em prol do interesse público abalado. Assim, atualmente discutem-se mais os limites e **as funções de cada ator** na elaboração, homologação e execução dos acordos penais. É nesse cenário que a justiça negociada no Brasil ganhou mais um instrumento, o ANPP, enquanto o *plea bargain*, por ora, enfrenta resistências para ser consagrado na legislação. Reconhecida, então, a utilidade dessa nova modalidade, por contemplar novas infrações, restará resolver diversas questões atinentes à operação no sistema pátrio, atentando para nossas singularidades e diferenças em relação a outros institutos, como **transação penal**, **sursis processual** e *plea bargain*.

Compreensível a **exigência de confissão**, além da possibilidade de conferir valor relativo (a rigor diminuto) no julgamento, por se cuidar de apuração de infrações mais graves do que aquelas que permitem transação penal e sursis processual. As condições ajustadas também são, em tese, mais gravosas, havendo ainda obrigatórias e cumulativas. Aliás, a lei autoriza o ANPP somente se inviável a resolução da lide no **Jecrim**. O *plea bargain*, por sua vez, se viesse a ser introduzido, certamente exigiria reconhecimento pleno e formal da culpa e anuência com determinada pena, não somente condições, pois recairia sobre delitos mais graves.

Cumprê destacar, inicialmente, que o juiz perde aquela **ingerência nas negociações** e não busca ativamente conciliar ou compor as partes, como se admite na transação penal e no sursis processual. Assim como na colaboração premiada, não enceta esforços para aproximá-las e **não se pronuncia sobre a conveniência do ajuste e o mérito**

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

das condições ajustadas. A sindicabilidade restringe-se à **regularidade**, liberdade das partes e aspectos formais e à **legalidade**, cabimento na situação concreta e extensão das cláusulas. Essa tendência de aproximação ao modelo acusatório puro reflete também nas **restrições** à inserção de medidas ou efeitos complementares, como já vinha ocorrendo com a prisão e determinação de provas **de ofício**. No Pacote Anticrime, aliás, a eliminação desses resquícios do modelo inquisitivo é evidenciada ainda pelo **arquivamento** de procedimento investigativo **sem homologação** judicial e pela previsão do **juízo de garantias**.

Prontamente, surgiu divergência sobre aplicação imediata do art. 28A da lei 13964/19 aos **processos em cursos**. Alguns operadores do direito vincularam o ANPP ao juízo de garantias, sobretudo para evitar o acesso à confissão pelo julgador, ao arrepio da **mens legis** da íntegra da inovação gestada. Somente com o julgamento da constitucionalidade pelo STF e sua implementação, seria possível o acordo, sob tal perspectiva. Outros identificaram a negociação com uma nova **etapa pré-processual**. Vencida aquela oposição inicial, tem prevalecido a ideia de que a negociação é antecedente lógico do julgamento e que se busca mais aplicar medidas **despenalizadoras** do que propriamente evitar apenas a instauração do processo, seguindo-se a jurisprudência consolidada para o *sursis* processual, que permitia sua homologação **até a sentença**. Segundo uma corrente minoritária, corresponderia a um **direito subjetivo** do investigado. Objetava-se que tal natureza seria **incompatível com a discricionariedade** das partes na negociação, ainda que regrada, e que não acarretaria, por si só, a dispensa da confissão, como se pretende. Condições, aliás, poderiam ser estabelecidas para o exercício de um direito. De qualquer modo, não há como obrigar o titular da ação a aceitar quaisquer condições para chegar a um acordo, pois a lei usou a expressão **“poderá”** e permitiu análise da **suficiência e necessidade** das medidas. A propósito, se fosse direito subjetivo, quando o órgão de revisão confirmasse a recusa do promotor, caberia ao juiz realizar o acordo de ofício, o que afronta a razoabilidade e a coerência do sistema. E a dispensa da confissão pelo juiz, além de **contra legem** e desprovida de amparo dogmático, tem consequências negativas para a **política criminal, inibindo o interesse** do acusador, que não desfrutaria da maior **contrapartida** do acordo conferida por lei e que não contaria com **efeito essencial da inexecução**.

Com todo respeito às posições divergentes, o **conceito** mais apropriado de ANPP é de um **negócio jurídico** extraprocessual para **resolução da lide** na seara penal, mediante **extinção da punibilidade**. Antes da lei, esse efeito não era obtido, pois a **Resolução 180** cc 183, CNMP, previa **apenas o arquivamento** condicionado do procedimento extrajudicial, tanto que sua constitucionalidade foi reconhecida por recair sobre atividade administrativa e **não judicial**, por não afetar propriamente o processo e não viabilizar a extinção da pretensão punitiva estatal. Segundo Mazloun e Mazloun², a fase para negociação retroage por representar programa despenalizador estatal de política criminal em benefício dos réus em geral. Na verdade, consideramos a rigor que agora, por sua natureza **mista (processual e penal)**, repercutindo sobre o direito **material** em benefício do acusado, a **retroatividade** se impõe. A propósito, a despeito de discordarmos da ideia de direito subjetivo, entendemos que a lei, ao submeter o ajuste à sindicabilidade, inclusive da necessidade e suficiência, e à **homologação** judicial para gerar efeitos, compeliu o titular

² Retirado da página internet, em 18 de fevereiro de 2020: <https://bit.ly/375HhgE>.

da acusação – e mesmo o MP como *custos legis* nas ações privadas – **justificar a recusa** da proposta, não podendo decorrer de mero capricho ou arbítrio. A propósito, o investigado pode pedir a **revisão** daquela postura em 30 dias e **há quem** defenda a possibilidade de o próprio juiz provocá-la **de ofício**, embora revogado o texto do antigo art. 28. Ademais, o promotor tem o **dever de motivar** suas manifestações por força de sua Lei Orgânica e dos princípios da **moralidade administrativa, isonomia** e probidade. Não caberia a discriminação de alguns investigados sob o manto de uma ampla discricionariedade. A expressão “poderá” do caput do art. 28-A não autoriza tal conclusão precipitada, sendo comum o emprego, sem técnica rigorosa, de vocábulos de tal jaez pelo legislador ao se referir ao poder-dever de uma autoridade. Possível invocar-se ainda a jurisprudência que acolhe tal orientação para rejeição do sursis sob argumento de não preenchimento de condições subjetivas.

De qualquer modo, para atender ao escopo maior do pacote, mormente o de permitir negociação em infrações médias para concentrar esforços e recursos na punição exemplar e mais severa das graves, não há como acolher resistências infundadas por convicção pessoal, marcadas pelo subjetivismo da crença em suposto incremento da impunidade, ainda que dissimuladas por expedientes jurídicos. Enfim, cabe ao **juiz zelar pela efetividade** do instituto, tanto em prol das garantias individuais, como da legitimidade e suficiência da ingerência estatal sobre os ilícitos. Na tutela dos **direitos fundamentais**, o juiz maneja os instrumentos colocados à sua disposição, mas não impõe acordo e condições por força do princípio acusatório. Como a lei empregou a expressão “investigado”, não se limitou ao indiciado, cabendo o ANPP em **qualquer procedimento, como o PIC** (procedimento investigatório criminal instaurado pelo MP) e o PET em tribunal superior. Deve haver oportunidade para negociação também em **ação privada** e, se o querelante se recusa, embora presentes os requisitos legais, mesmo sob pretexto de insuficiência, o MP pode interceder como **custos legis, promovendo** o acordo e evitando que haja processo justamente para infrações de gravidade menor ainda, de sorte a preservar reflexamente a igualdade substancial entre infratores em situações semelhantes.

Não cabe ao juiz participar das negociações e assistir à confissão, até porque, se não houver homologação, fatalmente teria sua imparcialidade afetada por aqueles fatos no processo instaurado. Possível até mesmo que seja gravada pelo promotor apenas depois de certa a viabilidade do ajuste, novamente na ausência do juiz. Ainda que possam ocorrer em dependências do Judiciário, de sorte a lhes conferir solenidade e propiciar ao investigado condições mais propícias para opções mais livres e seguras do que no ambiente da promotoria, é recomendável que compareça à sala somente quando já frutíferas e não faça constar as condições do **termo de audiência**, como se debatidas na sua presença, mas apenas eventual **concordância do investigado e a homologação**. Nesse lance, também é conveniente, embora não obrigatória, a **ausência temporária do titular da acusação** para assegurar a tranquilidade do investigado, sob orientação de seu defensor. Se o juiz verificar sua **incerteza, ausência de requisito** ou presença de óbice legal, deve **rejeitar de plano** a homologação, decisão que desafiaria recurso em sentido estrito. Ao avaliar a **necessidade e suficiência**, **no entanto**, pode entender necessário **glosar** ou alterar alguma cláusula, motivo pelo qual o retorno do promotor à sala é útil, evitando-se a redesignação do ato. Se realizada a adequação, o magistrado homologa e, se as **partes insistirem** nos termos iniciais, novamente caberá **recurso em sentido estrito** da recusa. Se concluído o acordo, adverte o investigado sobre os efeitos, confirma sua

anuência e o homologa, podendo ainda determinar medidas **complementares para sua execução**, sem que isso represente ofensa ao princípio acusatório.

A confissão, por sua vez, não precisa contemplar, no nosso sentir, todos os detalhes, inclusive delação de coautores ou partícipes, bastando o **fato principal** com suas qualificadoras. A lei não empregou a expressão circunstanciadamente (com todas circunstâncias), mas **circunstancialmente (naquele contexto)**, e não pretendeu dificultar a negociação para expiação de culpa e obtenção de elemento determinante da condenação, na hipótese de descumprimento. Não se exige, contudo, **prévia confissão no inquérito** ou PIC, impondo-se a oportunidade para negociação, sob a perspectiva de benefícios antes não cogitados. Para viabilizar as tratativas, é possível também agora a expedição de **carta precatória**, pois a aplicação da resolução dependia da comunicação entre promotores de diferentes localidades, mas a lei previu o controle judicial, embora limitado, o que justifica a intervenção de um juízo deprecado para instar as partes às tratativas sobre condições eventualmente sugeridas pelo promotor natural, para viabilizar a gravação da confissão pelo MP local e para colher a anuência do **investigado**, restando ao deprecante a homologação. Havendo **conflito** de sua vontade com a do **advogado**, deve prevalecer a do primeiro, ao contrário do interesse recursal. O profissional o orientará e estará **presente**, mas a manifestação determinante é de quem escolherá entre cumprir condições e ser processado. Possível até mesmo que a confissão somente seja gravada pelo promotor, depois de certa a viabilidade do ajuste e da sindicabilidade, mas novamente na ausência do juiz.

Se houver agente com **prerrogativa de foro**, os autos devem ser encaminhados ao tribunal competente para que decida pela conexão ou desmembramento, quando retornarão para somente então concluir a negociação. Sustentamos solução semelhante àquela adotada para a homologação da colaboração premiada, evitando que, por exemplo, decida pela exceção à reunião das imputações, sem competência. Chegou-se a ponderar, a propósito, que o ANPP **desestimularia colaborações** por ser mais benéfico, mas, na verdade, caberá, em regra, para delitos de média gravidade, sendo que, mesmo na hipótese de organização criminosa, essa imputação geralmente viria acompanhada pela de outro delito, o que impediria o acordo e reclamaria colaboração para algum favor legal.

Quanto à possibilidade de a confissão **prejudicar** algum **comparsa** que não fez ANPP, cumpre observar que ela somente poderá ser considerada, se houver descumprimento, como seria em qualquer litisconsórcio passivo, e ainda assim poderá ser contrastada por retratação em interrogatório. Se o beneficiado, outrossim, for arrolado e ouvido em juízo, não será compromissado e não terá renunciado ao direito de ficar silente. Além de não se tratar formalmente de colaboração, urge resguardar o direito de não autoincriminação de quem poderá ser processado, em caso de rescisão. A crítica a suposto estímulo indevido às declarações comprometedoras da situação de terceiros é refutada pela consagração da atenuante da confissão e das formas de colaboração. Ainda quanto à extensão da confissão, ela **não precisa recair sobre ilícitos desconhecidos** ou posteriores cometidos pelo investigado, restringindo-se ao **objeto do inquérito**, tanto que há recomendação do CAO criminal do MP bandeirante para que o fato e a classificação jurídica sejam delimitados claramente no acordo, a fim de evitar dúvidas e tentativas de estendê-lo para eventos estranhos. Rescisão caberia por **omissão** apenas se relevante sobre dado essencial daquele fato, ao arrepio da **boa-fé objetiva** e da lealdade dos negócios. A prática de **nova infração**, por outro lado, ao contrário do sursis, não acarretará **rescisão** obrigatória, salvo se **houver previsão** nesse sentido no termo do ajuste. O acordo para o novo delito é que não será possível por expressa disposição legal.

Por fim, não é demais recomendar cautelas na avaliação da voluntariedade do agente, a fim de coibir autoacusações falsas, como de “laranjas”, coação e outros vícios, confirmando-se a consciência dos efeitos da confissão e do descumprimento do acordo. Reitere-se que, se **não homologado**, também por **lealdade** processual e moralidade administrativa, os agentes públicos não poderão levar em consideração a virtual confissão e **informações fornecidas pelo investigado**, o que não ocorre na hipótese de descumprimento culposo. A traição pelo Estado faria o instituto perder credibilidade e não ser cogitado pela defesa. Discordamos de Rodrigo Leite Cabral³, quando propõe, em caso de não homologação, a simples intimação do réu para **pedir exclusão da confissão** dos autos, pois consideramos que tal elemento passa a ser ilegítimo (destinava-se ao ANPP, perdendo sentido, inclusive para rescisão), não recaindo sobre ela propriamente **direito disponível**. Ademais, a garantia mais eficaz da imparcialidade não pode depender de iniciativa do interessado. Ao argumento de que poderia lhe interessar a **atenuante** legal opõe-se o de que precisará e bastará, para tanto, confessar no interrogatório judicial. Outra distinção importante consiste no **efeito da inexecução** (e não necessariamente da rejeição) de **obstar a suspensão** condicional do processo. Com efeito, foge à razoabilidade permitir a sobreposição de institutos e o esgotamento dos esforços na aplicação de todos, sobretudo quando o interessado trai a confiança e despreza, sintomaticamente, compromissos assumidos de maneira voluntária. Em ambas formas de composição, **suspende-se o prazo prescricional**, até porque ainda não há pena, mas **condições** para evitá-la, que não gozam de imperatividade e **não admitem execução compulsória**, como a prisão, além de não se cogitar ainda de reconhecimento de injusto típico culposo, vigorando a **presunção de inocência** em sua plenitude. São **equivalentes** funcionais da dimensão **preventiva** da sanção e encerram regras de conduta.

Quanto aos requisitos objetivos, a pena mínima cominada ao delito deve ser **inferior a quatro anos**, opção do legislador compatível com a perspectiva de substituição por restritiva de direitos, embora essa seja admitida para condenação de quatro anos também. São computadas as causas de modificação da pena, adotando-se para a **redução o maior percentual em perspectiva**, como por exemplo 2/3 na tentativa, o que fatalmente estenderá o acordo para crimes objetivamente graves, e para **aumento o menor percentual** previsto. A Súmula 723, do STF, aliás, já emprega tal critério para negar o sursis apenas se o aumento mínimo fizesse a pena superar um ano, bem assim a admissão pelo STJ do acordo para contrabando tentado, pautando-se pela redução de 2/3. Todavia, não cabe ao juiz avançar sobre a *opinio delicti* nessa etapa, vislumbrando **desclassificação** da imputação e compelindo as partes à negociação, ao arpejo do princípio acusatório. Nesse diapasão, para **continuidade** delitiva considera-se o aumento **mínimo** da pena e para o concurso **material a soma** das mínimas cominadas.

O delito não pode ter sido cometido com **ameaça ou violência**, salvo contra **coisa**, surgindo divergência se contra pessoa bastaria sua modalidade **culposa**, como sustenta Cabral⁴, ou se apenas a dolosa impediria ANPP. Não nos convence o argumento de que, se o legislador desejasse, teria previsto o benefício para todas infrações culposas, como em outros diplomas, já que aqui ele apenas previu óbice, cuja exegese deve ser **restritiva**, por ressaltar a regra orientada pela pena. Concordamos, de outro giro, com a ideia de que

³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 166.

⁴ *Ibidem*, p. 91.

a vedação inclui **violência presumida**, como na tentativa do art. 217, CP, a despeito da pena reduzida admiti-lo, e a **imprópria**, pois não deixariam de ser dolosas, reprováveis e excludentes de inúmeros favores legais, como se extrai da compreensão sistemática das normas e da coerência do nosso sistema. A despeito da alusão à admissibilidade de justificativas atinentes à reprovabilidade e consequências do homicídio culposo pela jurisprudência, na rejeição de reprimendas alternativas ou outros benefícios, insistimos que, em abstrato, o ordenamento não equiparou a gravidade das infrações dolosas e culposas, e seguiu a linha de agravar ou não atenuar a resposta apenas para violência orientada pelo dolo, restando a avaliação de eventuais circunstâncias de **culpa grave ou com consequências** assaz perniciosas em **concreto** para recusar o acordo por **insuficiência** e falta de proporcionalidade, inclusive mediante distinção, por exemplo, entre espécies de lesões e morte.

Nesse ponto, desponta a importância do terceiro requisito, relacionado aos fins de **política criminal**, consistente na **suficiência para prevenir e reprovando o injusto**, atestada a necessidade por não caber resposta mais branda. A resolução adotava para os danos o critério objetivo de valor (até 20 salários-mínimos), mas a lei conferiu ao titular da ação maior discricionariedade, embora deva ser justificada objetiva e empiricamente, como, por exemplo, na **lesividade e relevância dos bens jurídicos e/ou culpabilidade**. Aqui são úteis as noções de sistema integral de direito penal, no qual o processo realiza desideratos de política criminal, admitindo avaliação do merecimento e necessidade de reprimenda, segundo fins preventivos. Seriam sopesadas com os resultados esperados de condições bem ajustadas ao caso concreto. Todavia, à luz do princípio **acusatório, não cabe ao juiz** substituir as partes e se imiscuir na *opinio delicti* para externar posição subjetiva sobre a **conveniência do ajuste ou mérito de suas cláusulas**. Zelarà pela legalidade, como na rejeição por ausência daqueles outros requisitos legais, limitando-se a instar as partes à reformulação nas situações de **teratologia**, como se faz em HC concedido de ofício, mediante superação da Sumula 691, STF, por exemplo. Somente diante de **arbitrariedade e manifesta ilegalidade** – inclusive na forma de **absoluta leniência** com o ilícito, cuja admissibilidade certamente ensejará controvérsias na doutrina e jurisprudência – o juiz deixará de homologar, com base nesse parágrafo quinto.

À luz do princípio da interdição da arbitrariedade, é correta a hipótese preconizada por Cabral⁵, embora entendamos que não seja a única capaz de ensejar a rejeição, de emprego dos percentuais de redução (inc. III) da pena mínima cominada para fixar **duração da prestação de serviços aquém do piso** (percentual maior do que 2/3) **ou além do permitido** (menor do que 1/3), de sorte a tornar insuficiente ou desnecessária a medida, respectivamente. O titular da ação pode acatar a não homologação, oferecendo denúncia/queixa, pois pressuposta a existência de materialidade e indícios de autoria, ou recorrer, como também a defesa. A propósito, entendemos que a **única hipótese** de devolução dos autos pelo juiz para diligências e **prosseguimento da investigação** é a de justamente ser **prematura** a negociação. Nas **demais rejeições, presente justa causa, impõe-se denúncia**, até porque a **obrigatoriedade** não foi abolida do nosso sistema, subsistindo implícita no monopólio da ação penal pública previsto na Lei Maior, como já esclarecemos. Reafirma-se a importância de que somente quando madura a investigação, **excluída** a possibilidade de **arquivamento ou prescrição, abre-se a fase de acordo**, até

⁵ Ibidem, p. 136.

para que não se repita praxe verificada na implementação do JECrim, de todo contraproducente para simplificação e desobstrução do sistema de justiça, da formulação imediata de propostas açodadas com base em mero TC, sem análise, sequer perfunctória, da tipicidade da conduta e do suporte probatório mínimo, por vezes transmitidas coletivamente aos “autores do fato”.

Por outro lado, é possível que, por ocasião da audiência de **custódia**, já existam elementos suficientes de autoria e materialidade para acusação e, em tese, seja possível o ANPP, cabendo ao juiz, contudo, redobradas **cautelas** na avaliação dessa base fática e na confirmação da **voluntariedade** do investigado, dadas as circunstâncias adversas, como **entrevista** mais superficial e célere com defensor, exíguo tempo para reflexão, eventuais **efeitos de álcool** ou entorpecente. Não poderá colher manifestação do atuado sobre os fatos, mormente confissão, no termo da custódia. Deverá encerrá-lo e se ausentar das tratativas para, somente num **segundo momento**, se frutíferas, abrir **novos termos** para as providências da homologação do ajuste escrito apresentado pelos interessados. Por outro lado, auspiciosa a recomendação do MPSP de **não se fazer constar a impossibilidade** do ANPP nessa ocasião, a fim de não vincular o promotor natural da causa e inviabilizar as tratativas, quando mais oportunas e mais propícias as condições. Se concluído e homologado o acordo pelo juiz da custódia, embora fosse factível, em tese, a remessa diretamente à vara de Execuções, é certo que a **distribuição** prévia a um juiz natural de conhecimento permitirá medidas complementares, como **comunicações** a órgãos oficiais, e a fixação da competência para a hipótese de rescisão.

Reafirmamos a importância da oportunidade para **correção** dos termos do acordo, à luz do princípio da **conservação dos negócios** jurídicos e economia processual. E em caso de **recusa**, não há previsão legal da **remessa ao órgão de revisão** para tal fim, de sorte que restaria ao juiz não homologar ou reconsiderar sua posição, embora a submissão de ofício da negativa imediata e injustificada de mera negociação comporte divergências. Cabral chega a admiti-la até mesmo para retificação, mas reconhece que, se **rechaçada pelo órgão**, restaria ao juiz a **homologação ou não**. Dúvidas não pairam sobre a possibilidade de **provocação da revisão pelo investigado**, enquanto a iniciativa de ofício do juízo depende da posição adotada, refutada por quem se inclina **mais** para o sistema **acusatório** e ideia de discricionariedade das partes **ou** admitida por aqueles que concebem o controle judicial de legalidade mais amplo, na forma compreendida pela Súmula 696, do STF, para o sursis processual, sendo que a observância de suposto **direito subjetivo** do investigado contra abusos não dependeria diretamente da atuação da defesa técnica. Nessa ordem de ideias, na condução do procedimento, o juiz zelaria pela lealdade das partes, pela impessoalidade, isonomia e probidade, que vinculam também o promotor.

Orientação intermediária poderia se consolidar em torno dos critérios aqui invocados para limitar a atuação jurisdicional aos requisitos verificáveis de plano, sem incursão sobre a oportunidade regrada, na avaliação pelo MP da necessidade e suficiência das condições do ajuste. Vale dizer, o juiz **de ofício** submeteria à revisão a **resistência a sanar erro evidente** (p.ex. superado período depurador de cinco anos, descaracterizando o óbice da reincidência invocado), mas não a explicitada em reiteração de razões de **política criminal**, ainda que improcedentes, cabendo ao **investigado a provocação**. Antes da lei, surgiram questionamentos acerca de sua forma, se realizada diretamente junto ao órgão de revisão, ao promotor ou ao juiz natural. Na primeira hipótese, faleceria competência para avocar os autos e na segunda para enviar, sobretudo com a judicialização formal da negociação ora vigente, além de conferir ônus operacional ao investigado e o risco de

se indispor com a parte adversa na sequência do procedimento. Com efeito, como o juiz acompanha tal fase e fatalmente os autos estarão conclusos, caberá a ele processar o incidente. E se **procedente a revisão**, será necessário **designar novo promotor**, inspirando-se no revogado art. 28 e preservando-se a independência funcional do antecessor. Todavia, aquele designado poderá não celebrar o acordo por **outro motivo**, como a retração da confissão. De qualquer modo, a **admissibilidade a quo** como filtro para evitar **remessas inócuas** (p.ex. quem provoca é reincidente), que seria exercida pelo promotor, sob a égide da resolução do CNMP, foi conferida ao juiz, até porque, durante a revisão, o **processo ficará suspenso**, tendo liame direto com sua presidência e celeridade.

Ainda sobre o par. 5, cumpre reiterar que o controle não é vertical sobre a intensidade da resposta estatal e das condições, mas **horizontal** acerca da legalidade, como de cláusulas sobre reparação de dano inexistente, renúncia a bem de terceiro ou devolução para quem não é vítima, exemplos bem lembrados por Cabral. De qualquer modo, a finalidade precípua da **revisão** é analisar o inconformismo com a **ausência da proposta ou recusa da adequação**, motivo pelo qual recairá sobre a motivação atinente à suposta insuficiência ou desnecessidade, já que, se não preenchidos requisitos peremptórios, não se deve assoberbar o órgão competente para mera reafirmação do descabimento evidente do benefício para reincidentes, crimes com pena a partir de 4 anos ou praticados mediante violência, por exemplo. E contra o subsequente **recebimento da denúncia**, ante a inviabilidade da negociação e eventual negativa de submissão à revisão, poderá o investigado socorrer-se do HC. A decisão nessa fase deve ainda **destinar instrumentos e bens apreendidos**, mantendo vinculados ao feito aqueles de interesse probatório, com perspectiva de perda ou de ilicitude indubitável. Se frustrado o ANPP e oferecida denúncia ainda na audiência, o denunciado poderá ser **prontamente citado** por economia processual.

Cumpre ao juiz, ademais, avaliar a presença de algum **óbice legal** ao ANPP. Um deles é se tratar de crime (**não contravenção**) de violência **doméstica** (diz mais com âmbito da ocorrência) ou **familiar** (com a natureza da relação), de qualquer natureza, o que contempla a **psicológica**, até porque a real já estaria excluída na análise dos requisitos, ou ainda cuja vítima seja **mulher** (por rebaixar o sexo e não por eventuais motivos íntimos), mas **apenas em desfavor do “agressor”**. Vale dizer, admitir-se-ia o acordo com uma agressora. Quando apenas um dos delitos do concurso material o impede, sugere-se o ajuste **parcial**, se a soma das penas não superar o teto. O segundo óbice expresso na lei é o cabimento de negociação no JECrim, ponderando-se que o emprego dessa expressão autorizou, à luz da legalidade, a possibilidade de **opção** pela transação ou ANPP para infrações de menor potencial ofensivo de competência da Justiça **Eleitoral ou Militar**, como pondera Cabral⁶, cabendo mais uma vez às partes, em conformidade com a *mens legis* da comunhão de interesses e o poder que lhes foi conferido nesse modelo, e não ao juiz, embora compreensível a tendência de se prestigiar o que é mais benéfico ao investigado. De qualquer maneira, a exclusão do JECrim decorre da **isonomia substancial**, evitando-se o ANPP, objetivamente mais gravoso, mediante escolha aleatória do MP, para infrações de menor potencial ofensivo. Por fim, o último impedimento é a celebração de **ANPP, transação penal ou suspensão condicional nos 5 anos anteriores ao fato**, não implicando, a superação desse termo no curso do processo, a renovação da oportunidade para negociação.

⁶ Ibidem, p. 201-207.

No tocante aos requisitos **subjetivos**, o investigado não pode ser **reincidente**, sendo **irrelevante se específico**, e não cometer crime de maneira **habitual**, cujo conceito não veio explicitado, mas remeteria a infrações sucessivas de qualquer espécie, ou de forma **reiterada**, para qual **bastaria um antecedente** da mesma, ou ainda **profissional**, que diz com planejamento e modo organizado de execução. Divergências surgirão certamente sobre a possibilidade de considerar atos infracionais, sobre o conceito de elementos probatórios (se quaisquer **evidências dos autos ou se apenas certidão de condenação** transitada em julgado por força da presunção de inocência) e de **infrações insignificantes**. Essa ressalva legal, no nosso sentir, busca não computar aquelas condutas alcançadas pela noção de **bagatela** desenvolvida na jurisprudência e na doutrina, **prescindindo de prévia** e expressa declaração judicial. Vale dizer, as partes e o juiz podem considerar não significativo fato ainda sob apuração, interpretando-se restritivamente o óbice e prestigiando-se assim a liberdade de negociação, até porque o reconhecimento anterior certamente implicaria absolvição e tornaria inócua a exceção da parte final da norma. No mesmo sentido, para vedar o acordo, reputamos necessária ao menos certidão da condenação anterior para se concluir pela reiteração e de outras para habitualidade, pois não haverá, em regra, cognição exauriente sobre esses fatos pretéritos. De outro giro, como a lei não se referiu a coisa julgada, embora fosse possível, e incluiu a reincidência já na primeira parte da norma. Preconizamos, por fim, a exclusão das condutas realizadas quando menor por sua natureza jurídica e por conta das expressões “criminal” e “infrações penais”, que **não se confundem com ato infracional**.

O juiz deve, então, analisar se efetivamente preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos e ausentes óbices. O acordo precisa ainda atender às condições de existência, validade e eficácia. O juiz confirma se as partes são **legítimas e se suas manifestações de vontade são livres** ou se estão viciadas, por exemplo, por esqualidez ou excesso de acusação capaz de compelir o investigado a aceitar condições, sem o necessário discernimento, ou até mesmo por confissão pontual e apenas aparente com objetivo de induzir o MP a erro. Essa hipótese, contudo, não deve impor, no nosso sentido, a oitiva da gravação pelo magistrado. Enfim, não se analisa somente a hipótese de coação evidente, sendo que essa, a propósito, pressupõe promessa de **mal injusto** e não de simples oferecimento de denúncia ou de pleito de medida gravosa, como pondera aquele autor. Observa também que, no plano da validade, o autor referido admite o ajuste com enfermos, se clara a vantagem. Nessa seara, aliás, o juiz verifica se as **condições não atentam contra direitos fundamentais**, mormente aquelas estabelecidas livremente pelo MP, como a autodeterminação mediante submissão do investigado a internação compulsória. Confirma, por fim, se o ajuste observa a **forma legal**, se elaborado por **escrito**, com assinaturas de todos e assistência de advogado, precedido de **entrevista** reservada. Superadas tais etapas, a homologação, após confirmação da **vontade pelo investigado em audiência**, não exigida em outros sistemas, confere eficácia ao ajuste. Na avaliação da regularidade, sobretudo vontade, e da legalidade, principalmente cabimento para delito e seus autores/partícipes, não se faz incursão no mérito das obrigações e conveniência do acordo.

Forçoso evitar **ordens de revisão** das condições, ainda que sob argumento de proporcionalidade, pois o investigado fatalmente será **prejudicado pelo agravamento das condições ou**, se determinado o **abrandamento, pela recusa motivada do titular da proposta**, frustrando a negociação e desencadeando o processo, com suas consequências deletérias para o acusado. No mesmo diapasão, não entendemos que, nos processos em curso, o juiz possa obstar o ANPP e desclassificar a qualquer momento a imputação para

fins de aplicação do art. 89, da lei 9099/95. Cabe à defesa aderir à proposta ou confiar na **desclassificação** futura para obter vantagem apenas em tese mais interessante, até porque pode considerar, dadas as circunstâncias em concreto, que a primeira estratégia é mais conveniente, evitando fiscalização de condições por dois anos. Tratando-se de espaço para as partes negociarem, delimitado pela *opinio delicti*, sem prejuízo de eventual trancamento da ação ou absolvição sumária, no momento oportuno, se o juiz interferir precocemente no mérito, poderá frustrar a negociação, até por não se admitir sursis processual de ofício, fomentando ainda a via recursal, em detrimento da economia processual. A **ingerência excessiva** na oportunidade do acordo ou seu conteúdo é contraproducente aos fins de política criminal e espírito da inovação legislativa, além de comprometer o princípio acusatório. Úteis os critérios de sindicabilidade desenvolvidos pelos tribunais superiores para a colaboração premiada. Em suma, para determinar excepcionalmente glosa de cláusula ou condição, demandar-se-ia evidente abuso ou insuficiência de sorte a comprometer a própria legalidade. Se negada adequação, por equivaler à frustração de ajuste viável, restaria a revisão. Se obstada a aplicação da lei, por outro lado, mediante recusa descabida da negociação pelo titular da ação, também pode o juiz interceder, **acolhendo provocação** da revisão pelo investigado ou até mesmo remetendo de ofício (segundo aqueles que admitem tal providência), ao ler a cota da rejeição desprovida de justificativa plausível, quando submetida com a **exordial à conclusão**. A propósito, se excluída tal iniciativa judicial, seria conveniente conceder oportunidade para o investigado ter **ciência da posição ministerial** e pedir a revisão, **sob pena de** submetê-la ao órgão competente apenas diante de eventual **preliminar da resposta** à acusação, quando já recebida a denúncia. Vale dizer, somente na citação o investigado tomaria conhecimento da oposição ao ajuste pela parte contrária, frustrando-se o desiderato do legislador de **evitar a persecução** judicial, sobretudo quando é notória a carga sancionatória no meio social da instauração do processo. Em contrapartida, **se é o juiz quem impede** o ajuste e nega a homologação, cabe **Recurso** em sentido estrito. E se **provido**, há quem preconiza a **substituição** do juiz para preservar a imparcialidade e sua independência na sequência do processo. Com efeito, poderá haver rescisão por inexecução e, por conseguinte, necessidade de julgamento. Da homologação caberia, em tese, apelação, mas as partes não teriam interesse e a **vítima não goza de legitimidade**, podendo apenas provocar a revisão do arquivamento. Ainda que potencialmente pudesse desejar processo para sanção ou acordo para reparação célere, não se lhe conferiu tal poder.

A lei previu **condições obrigatórias e uma livre** a cargo do titular da ação. A despeito das expressões equivocadas “cumulativa e alternativamente” que conjuga hipóteses **excludentes**, a melhor doutrina vem considerando que são **cumulativas** aquelas dos incisos I a III com a do inc. IV “ou” do inc. V (aqui sim **alternativamente** por causa da partícula “ou” entre as duas). Romulo Moreira⁷, contudo, sustenta que as quatro primeiras são cumulativas e que, se inviável a aplicação de alguma (p.ex. se impossível reparação), seria adotada outra pelo MP, com base no inc. V, o que explicaria a partícula “ou” antes dela. De qualquer modo, resultaria ilógico e contra o texto da lei impor todas cumulativamente, como se o MP sempre devesse criar uma quinta condição, ou autorizar a opção por uma apenas das cinco, tornando inócua a previsão de tantas medidas para a almejada resolução integral da lide.

⁷ <https://bit.ly/3k0wAzH>, acessado em 28/05/2020.

No inc. I a **reparação** de dano prestigia o protagonismo que a vítima ganhou no processo nas últimas décadas, o que incluiria o dano **moral**, recomendando-se sua intimação para oferecer subsídios ao promotor na negociação, quando não for querelante. Embora fosse possível se cogitar da indenização **mínima** do art. 387, do CPP, auspiciosa a busca pela integralidade em consonância com os fins de política criminal e consequências do acordo pensadas pelo legislador. O dano **coletivo** também estaria açambarcado, seguindo-se jurisprudência, sobretudo para delitos de corrupção *lato sensu*, que se orientou por sua fixação em condenações exemplares da Lava Jato. Sobre essa ideia de restabelecer o *status quo ante*, Cabral⁸ destaca o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2016 no caso da Fazenda Rio Verde. Importante, de qualquer maneira, que seja fixado valor **líquido e certo**, evitando-se incidentes na execução, além de se perquirir a lesão real e capacidade do investigado para a forma de cumprimento. A **ressalva da “impossibilidade”** demanda **prova concreta** e não mera alegação, não se aplicando à restituição, quando a res estiver acessível ao investigado, em nossa opinião.

No inc. II está prevista a **renúncia a instrumento** do crime, inclusive **lícito** por não ter discriminado (não caberia ao intérprete distinguir e criar exceção), além de **produto e proveito**. Há doutrina que reputa **inconstitucional** a inclusão do lícito por representar confisco, ao arrepio do art. 91, CP, causando enriquecimento sem causa do Estado, diferentemente da perda alargada, que dependeria de ausência de prova da origem da discrepância patrimonial e de infração com pena máxima cominada superior a seis anos e de condenação. Entendemos que a opção do legislador, contudo, é **legítima**, assim como fez com instrumentos não proibidos, mas usados no tráfico ou lavagem. Além de legalmente prevista no espectro de responsabilização, assim como a multa, não se cogitando de locupletamento estatal indevido, é certo que estará acobertada pela disposição do investigado, que pode ainda se recusar a fazer o acordo. A medida, aliás, é conveniente para **localização** e pronta destinação desses objetos, para poupar tempo e gastos com **depósito**.

No inc. III, a duração da prestação de **serviços** à comunidade parte da pena mínima com menor aumento, se presente causa para tanto, ou com maior diminuição possível, se verificada causa legal, seguindo-se **desconto de 1/3 a 2/3**, sugerindo-se que o percentual varie conforme a **gravidade** da conduta, a **medida da culpabilidade** e demais fatores do art. 59, CP. Se respeitados esses limites e justificada a adoção de **desconto menor** do que o máximo, **não** cabe ao juiz interceder para alteração. Restaria saber se o resultado **inferior a 6 meses**, divergindo do disposto no **art. 46, CP**, seria admitido. Pensamos que a disciplina **especial** prevalece, como já ocorre com o art. 28, da lei de drogas, mas, ante a omissão sobre o critério de horas, aplica-se o **subsidiário de 1h por dia**. A única hipótese de intervenção **judicial** direta no conteúdo do acordo diz respeito à designação do **local** da prestação de serviços na execução, embora, como salienta Cabral, teria sido melhor conferir tal matéria às partes, com condições de, durante a negociação, ajustá-la à capacidade profissional do investigado, aos efeitos sociais e preventivos de política criminal, à espécie da infração e de interesses lesados. Com efeito, não vislumbramos óbice à antecipação desse dado, até porque poderia se fundar no inc. V. A propósito, andou bem o legislador no inciso IV, quando definiu como destinatária da prestação **pecuniária** entidade que cuide dos **bens jurídicos iguais ou semelhantes** aos atacados. Importante destacar que deve ser uma das

⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 129.

credenciadas e **não a vítima**, como no CP, até porque já prevista a reparação de danos em seu favor e a possibilidade de outra condição livremente escolhida pelo titular da ação. Variará de **um a 360 salários-mínimos**, conforme, na nossa opinião, **condição financeira do agente, sua culpabilidade**, gravidade do fato e eventual repercussão patrimonial.

Como a referência é expressa ao MP, no inc. V, entendemos que o **querelante não** poderia criar **livremente** condição, tendo o primeiro atividade supletiva nesse ponto. De qualquer modo, não pode ser **proibida, desproporcional e ofensiva à dignidade** da pessoa humana, incluindo a autonomia de vontade, ou capaz de vincular **terceiros**. Deve ser ainda **específica e com prazo**. A **defesa pode sugerir**, assim como provocar as negociações. São exemplos recorrentes a **renúncia** de função pública ou mandato, se **pertinente** com o crime, como naquelas cometidos contra a Administração Pública; o compromisso de não se candidatar ou de não participar de concurso, licitação ou **contrato**; de não exercer **atividade determinada**, até mesmo como forma de obstar a reincidência específica; de se submeter a tratamento **ambulatorial ou programas** de ressocialização; de não se **aproximar** de certas pessoas ou lugares, como estádios em função de infrações cometidas em eventos esportivos; de publicar certa informação; de **não delinquir**; de **não dirigir** automotores; de se **retratar** publicamente ou de excluir conteúdo de **redes sociais**; e de **repatriar** bens ou valores. Como se percebe claramente, o ANPP abre espaço para a ingerência penal atender a fins de **prevenção** da pena, inclusive positiva especial e geral. Notamos o desiderato legislativo de abdicar ou mitigar a dimensão retributiva para infrações de média gravidade, remanescendo as condenações, mormente de privação de liberdade, para reincidentes e delitos graves.

Com efeito, além de muito útil para os fins da justiça negociada, tais medidas **não violam** o princípio da **legalidade** e seu corolário de taxatividade, pois não são penas, mas **condições aceitas** voluntariamente. Salienta Cabral⁹ que são suscetíveis de previsão também **deveres laterais** ou acessórios, como de informação e **comprovação do cumprimento**, o que pode ser interessante para dispensar o ofício de realizar novas intimações; como o de adotar comportamento orientado pela lealdade e boa-fé, sem distorcer o sentido das cláusulas; e como o de **cooperação**, além de passível de consignação no termo determinações de comunicações de **órgãos oficiais**, administrativos e de fiscalização, visando facilitar a consecução dos fins do ANPP. Enfim, reputamos viável a inclusão de cláusula complementar com obrigações já compatíveis com medidas previstas no nosso ordenamento, sem prejuízo de outros meios alternativos de resolução de conflito, inclusive a Justiça **Restaurativa**. A propósito, conveniente a reunião do investigado, seu advogado e autoridades competentes para negociação de todas questões que envolvam eventual responsabilização civil, disciplinar, por improbidade administrativa, por infrações da lei anticorrupção e acordo de leniência, formalizada em seus respectivos procedimentos, evitando-se *bis in idem* e atendendo a vetusto pleito da advocacia de solução integral e coerente das pendências do interessado com o Estado, sem sucessivas, colidentes, surpreendentes e excessivas medidas jurídicas.

Com a **homologação**, que integra o negócio para lhe conferir eficácia, **transcende-se** o interesse das partes para o público, devendo a **vítima ser intimada** dessa decisão, que marca **suspensão da prescrição**, e de eventual **inexecução**. No tocante aos recursos, cumpre acrescentar que, tendo a lei conferido papel importante ao juiz no processamento do ANPP,

⁹ Ibidem, p. 146-147.

o indeferimento da **intimação do investigado para tratativas** com o promotor desafiaria, em tese, **correição parcial**, até porque a lei não lhe atribuiu tal encargo, como invoca Cabral para o comparecimento de infrator e representantes à audiência de advertência ou como previa a resolução sobre a matéria. Aliás, o MP pode até pedir que o investigado seja **advertido** no mandado de que a ausência injustificada será considerada desinteresse para fins de preclusão. A correição poderia ser admitida também para a **ingerência indevida** do juiz no acordo. Na fiscalização do cumprimento das condições, por sua vez, apropriado o **Agravo em Execução**, como, por exemplo, contra a definição do local, sem estrita observância da resolução 154, do CNJ, e das **condições** da prestação de serviços ou contra a **rescisão**. A propósito, para evitar tais incidentes, é aconselhável um **breve contraditório**, concedendo oportunidade para o investigado provar o cumprimento ou oferecer justificativa, evitando-se devolução eventualmente inócua ao juízo de conhecimento. **Não bastaria o decurso do prazo**, se inerte o investigado, priorizando-se os fins político-criminais do novo instituto e o papel de destaque da **vítima**, além da **obrigatoriedade das condições** para extinção de punibilidade, de todo benéfica materialmente para o interessado. A propósito, **não gera antecedentes** criminais e apenas obstará novo acordo para fato ocorrido nos 5 anos seguintes. E mais adequado teria sido o emprego da expressão “**declarará**”, ao invés de “**decretará**” a **extinção**.

A **execução** seria promovida diretamente à luz da resolução pelo MP, o qual instruiria o pedido com os autos, solução que chegou a ser preconizada por alguns, mesmo após a entrada em vigor da lei. Consideramos, contudo, que, por força das funções ora conferidas ao juiz, seria mais apropriada a **distribuição dos autos** ao juízo competente, a fim de que seja viabilizado eventual **conflito de competência** e assegurada a ulterior comunicação do cumprimento para fins de **registros** ou da **rescisão** para prosseguimento da persecução, sobretudo quando se cogita da ação **privada** e do risco de inércia com intuito escuso de **barganha** ou outro, desviando a finalidade do instituto. Ademais, embora apenas a prestação de serviços à comunidade dependesse da operacionalização pela vara ou anexo especializado e pudesse ser suficiente seu apoio logístico ao juízo comum, o legislador optou por atribuir a fiscalização das condições ao juízo de execuções, não se vislumbrando na opção, em tese, evidente inconstitucionalidade. De qualquer maneira, o **manual** editado pelo **TJSP** estabelece que cabe ao juiz o controle do prazo de trinta dias para o MP promover a execução e que, se as condições fixadas no acordo puderem ser cumpridas de forma **instantânea** (p.ex. renúncia a bens e direitos; restituição do bem à vítima; prestação pecuniária etc.), fica **dispensado** o ajuizamento perante o **Juízo das Execuções**. Nessa situação, aquele que homologar o acordo poderá, desde logo, extinguir a punibilidade do agente. O manual pressupõe ainda a possibilidade de audiência de homologação por **videoconferência** ou teleaudiência, sendo expedida carta precatória, se inviável, assim como a realização em **Plantão** Judiciário ou Audiência de Custódia de forma concentrada, nas sedes de Circunscrição Judiciária, remetidos os autos para redistribuição, em seguida, ao juízo competente, que abrirá vista ao MP para peticionamento na execução, intimará a vítima, cientificará a delegacia de polícia, decidirá sobre os objetos apreendidos, na forma da seção XXV, capítulo IV, das **Normas de serviço da Corregedoria**, e aguardará o cumprimento.

Os **tribunais**, por sua vez, em decorrência de foro privilegiado, poderão **delegar** a fiscalização das condições. Nos feitos da Justiça **Federal, Eleitoral e Militar**, todavia, como bem ressalva Cabral¹⁰, **não** haverá deslocamento para a Vara de Execução **estadual por não**

¹⁰ *Ibidem*, p. 177.

se tratar de privação de liberdade, nos termos da Súmula 192, STJ. A propósito, como não se cuida de pena, como assentou a Súmula 35, do STF, para vedar a execução forçada da transação, **sequer** se cogita de **detração** e, em caso de rescisão, o que for cumprido não será deduzido de eventual condenação. O autor citado denomina efeitos **extraprocessuais** a **perda** irreversível do valor ou serviço prestado, como se fosse doação, e a atribuição de **título executivo à vítima**, passível de oposição até mesmo aos herdeiros, enquanto os endoprocessuais principais seriam a retomada da persecução e a valoração da confissão.

A propósito, na **ação privada**, o juiz zelará pela legalidade contra eventual arbítrio do querelante, que não poderá escolher com qual ou quais querelados negociará, em virtude da **indivisibilidade**. Em contrapartida, certamente representará problema o risco de **decadência**, cujo prazo **não conta com a suspensão**, como a prescrição, durante o ANPP, recomendando-se celeridade no seu processamento e exiguidade dos prazos. E não cabe à privada **subsidiária**, durante a negociação e cumprimento do ajuste, por **não** se tratar de **inércia** do MP. Nas persecuções contra **pessoa jurídica**, como nas infrações ambientais, vigorando a heterorresponsabilidade no nosso sistema, impõem-se cautelas singulares, como já ocorre na nomeação de defensores diferentes em caso de colidência na autodefesa. Cabral sugere, com propriedade, que sejam conferidos **poderes específicos**, inclusive de confissão, para representante **diverso daquele** que poderá ser também **investigado**, a fim de não se comprometer seu direito de não autoincriminação, caso não seja contemplado pelo acordo, como na recusa ou na ausência de requisitos. Com efeito, não se pode exigir do reincidente, por exemplo, que confesse em nome da empresa para o acordo, tendo no seu julgamento tal elemento em desfavor, a despeito da oportunidade para interrogatório, motivo pelo qual é interessante a sugestão de se contentar com apresentação de **documento** assinado por outro preposto da empresa.

Nos processos em **curso**, o MPSP tem admitido institucionalmente a negociação até mesmo na hipótese de **levantamento da revelia**, o que poderá ocorrer, no nosso sentir, até a sentença, inclusive se reconhecida pelo juiz a **desclassificação** cuja infração ou pena em perspectiva seja compatível com o acordo. Somente seria importante aguardar a **preclusão** da matéria para providências práticas visando as tratativas. Por analogia ao teor da súmula 337, do STJ, aplicável ao sursis processual, não deixa de ser meio legítimo de se reconduzir o investigado **ao status** do qual deveria ter desfrutado **ab initio** e de se evitar a persecução, ainda que parcialmente, porque essa contempla a etapa judicial. Além disso, como ponderam alguns autores, se a lei estabelece que “durante a investigação” caberia o ANPP ao juízo de garantias, pressupõe que ao de instrução seria admissível no processo. Divergimos, contudo, da opinião de Cabral de que a confissão poderia ser tomada por interrogatório judicial, pois ausente amparo legal e presente risco de contaminação da imparcialidade de eventual julgamento. De toda sorte, o instituto agora mais se aproxima da transação penal, que extingue a punibilidade, do que da Resolução 181/183 do CNPM, que previa apenas arquivamento de cunho pré-processual. Assim, o essencial é a natureza também **penal**, cuja **retroatividade** benéfica somente **não** seria possível em **grau de recurso**, quando já proferida sentença **não inquinada de nulidade**, porque ausente previsão do benefício à época. Restaria ao juízo *ad quem* decidir os recursos e não simplesmente tornar sem efeito o julgamento escorrido (que não ignorou fase que inexistia) para retroceder etapas processuais. E também seria inviável franquear a negociação naquela instância, inclusive com colheita de confissão.

Ainda quanto à competência, em caso de prerrogativa de função, nos termos do art. 1 e 6 da Lei 8038/90, como o ANPP pressupõe base para juízo de **admissibilidade**,

a **homologação** caberia ao órgão **colegiado** e não ocorreria monocraticamente, como na colaboração premiada. Nos demais tribunais, restaria definir se poderia ser conferida ao relator *ad referendum*. Em primeiro grau, por outro lado, onde houver departamento de inquérito, enquanto não revista a suspensão da previsão do juízo de garantias, poderá surgir discordância sobre o ANPP e seus termos entre o promotor oficiante e o da vara para qual forem distribuídos os autos, sendo útil a especialização institucional da atribuição, como ocorreu em Pernambuco. No nosso sentir, a discordância ulterior seria irrelevante perante o ato jurídico perfeito, enquanto seria admitida a hipótese contrária de **reconsideração de negativa do antecessor** eventualmente consignada nos autos. No arquivamento parcial (sobre uma ou algumas imputações ou investigados), poderia coexistir intimação da vítima para provocar órgão de revisão, ANPP para quem preenchesse os requisitos e denúncia contra quem estivesse em situação incompatível com o ajuste, cujo processamento aguardaria a solução de eventual revisão. **Sobrevindo imputação** formal, como na rescisão, em fase **processual avançada** da primeira, **não** seria recomendável a **reunião** de autos, que tumultuaria o curso e o desfecho da ação, excepcionando-se o efeito principal da conexão.

No tocante às hipóteses de vedação do ANPP, bem observa Cabral que inexistente para infrações **eleitorais**, pois, a despeito de ausente previsão na respectiva lei complementar, a lei **ordinária** pode ser aplicada **subsidiariamente**, como já ocorria com o sursis processual e a transação. De outro giro, a exclusão desses dois benefícios pelo art. 90 A, da Lei 9099/95, para crimes **militares**, não pode recair extensivamente sobre o ANPP. Para os crimes **hediondos**, **também não há vedação** expressa, como existia na resolução, e como a pena cominada a alguns o admitiria (organização criminosa, porte de arma proibida, favorecimento de prostituição de adolescente e até mesmo outros na modalidade tentada), **restaria justificativa** fundada em elementos concretos sobre a gravidade do fato e a **insuficiência** do ajuste para os fins de política criminal, à luz da **proporcionalidade**. No tocante à operacionalização dos acordos, no mais, forçoso é atentar para a disciplina mais minuciosa dos arts. 379, 530 das normas da egrégia **Corregedoria** de Justiça de SP.

Portanto, registradas algumas inquietações e possíveis soluções, esperamos ansiosamente pelo aprimoramento do emprego de tão profícuo instrumento de **justiça negociada**, sobretudo pela **experiência compartilhada** dos juízes e demais operadores do direito, com vistas à prestação jurisdicional mais justa, eficaz e permeada pelos **princípios constitucionais**, que permitirá ainda concentrar tempo e recursos no combate à criminalidade mais grave.

Bibliografia

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

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ARAUJO, Glaucio Roberto Brittes de. Habeas Corpus e a dosimetria da pena. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda *et al.* (org.). *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2017.
- CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP, com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GARCIA, Alessandra Dias. *O juiz das garantias e a investigação criminal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual do Processo Penal*. Florianópolis: Editorial Tirant, 2019.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução Francisco Muñoz Conde, Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luis Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- LANGER, Máximo. *Revolución en el proceso penal Latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Código de Processo Penal comentado*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyra. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *ConJur*, São Paulo, 6 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3dshgsZ>. Acesso em: 28 maio 2020.
- LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 12 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.
- LUIZI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal: 3ª atualização*. Campinas: Millennium, 2009.
- MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. *ConJur*, São Paulo, 7 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/318FGmv>. Acesso em: 28 maio 2020.
- MELLADO, José María Asencio. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Trivium, 1991.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo acordo de não persecução penal. *JusBrasil*, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3k0wAzH>. Acesso em: 28 maio 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2003.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: TJSP, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3j0hw3u>. Acesso em: 14 out. 2020.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WOLTER, Jürgen. El sistema integral del Derecho penal. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

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

Pontos controvertidos do Pacote Anticrime

Lauro Mens de Mello

Juiz substituto em Segundo Grau do TJSP

Thiago Elias Massad

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Rodrigo Francisconi Costa Pardal

Assessor jurídico em Segundo Grau do TJSP

Resumo: este artigo busca uma abordagem iminentemente prática, discutindo pontos que podem trazer dificuldades na aplicação no dia a dia. Aborda-se as alterações quanto à prescrição, a análise do *quantum* para a progressão na prática de crimes hediondos e equiparados e as alterações para aplicação da pena nos casos dos crimes de roubo agravados. Buscou-se a apresentação das possibilidades de interpretação para favorecer a aplicação caso a caso.

Alterações trazidas no pacote anticrime no tocante à prescrição

A Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, trouxe novidades com referência à prescrição, com alteração do artigo 116 do Código Penal.

Ressalta-se, inicialmente, que a imprescritibilidade é regra. Ora, sendo a imprescritibilidade regra, deve-se obrigatoriamente interpretar-se as causas de suspensão e interrupção do prazo prescricional de forma restritiva, dentro de uma interpretação sistemática.

O artigo 116, *caput*, do Código Penal trata das hipóteses de suspensão de prescrição da pretensão punitiva.

O inciso primeiro foi mantido e o segundo apenas alterou-se “enquanto cumpre pena no estrangeiro” por “enquanto cumpre pena no exterior”, ou seja, sem alteração no conteúdo, visto que exterior não tem significação mais ampla ou restrita que no estrangeiro.

Já o inciso terceiro trouxe novidades, sendo do seguinte teor: “na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis”.

A expressão inadmissível deve ser entendida como rejeição recursal por falta de pressuposto e não negativa de provimento após análise do mérito.

No tocante aos embargos de declaração deve-se analisar primeiramente se são referentes às decisões de primeiro grau, segundo grau ou apenas das Cortes Superiores.

O uso da conjunção coordenativa “ou”, entre a primeira parte do dispositivo e a segunda parte, indica alternância. Uma situação são os embargos, outra refere-se aos recursos.

Desta forma, não existindo qualquer menção quanto aos embargos, eles – quando inadmissíveis – suspendem todos os prazos prescricionais, ou seja, perante o juiz de primeiro grau, perante os de segundo grau e perante as Cortes Superiores.

Ainda quanto aos embargos parece-me claro que eles necessariamente têm que ser “inadmissíveis”, pois a alternância, a meu ver, com o uso do “ou”, tem por função apenas restringir o alcance quanto ao grau de jurisdição e não afirmar que os embargos de declaração sempre suspendem. A alternância não exclui a necessidade da inadmissibilidade, mas apenas o alcance.

É inviável o entendimento de que os embargos que suspendem a prescrição seriam àqueles interpostos perante as Cortes Superiores, visto que neste caso utilizar-se-ia “e” e não “ou”, como ocorreu. Assim os embargos independem do grau de jurisdição, enquanto os recursos somente perante as Cortes Superiores.

Caso a redação fosse mais técnica, colocando-se cada hipótese em um inciso, aumentar-se-ia a clareza do texto legal.

Outro ponto a analisar-se é se apenas os embargos de declaração da defesa, quando inadmissíveis, suspendem o prazo prescricional, ou se os embargos da inadmissíveis da acusação também o fazem.

A lei não faz qualquer menção a quem interpõe os embargos. O Ministério Público, na esfera penal, atua como parte no processo. Assim, possível seria a suspensão. Porém, analisando-se sobre uma ótica restritiva das causas de suspensão, o Estado Acusação, quando interpõe embargos inadmissíveis, não acarretaria a suspensão. Mesmo porque se a demora no desfecho da causa decorre de embargos de declaração, interposto pelo Ministério Público, que são julgados inadmissíveis, não haveria motivo para se prejudicar a defesa. Como no caso em que a acusação demora demais para praticar determinado ato processual, não pode a defesa ser prejudicada. A questão mostra-se controversa, mas parece-me que a melhor solução é que os embargos inadmissíveis da acusação não suspendam o prazo prescricional.

Quanto a serem os embargos “inadmissíveis”, importante recordar-se que as Cortes Superiores os vêm exigindo com o fim de prequestionamento das decisões.

Nesta hipótese, embora siga o entendimento de que existe pré-questionamento implícito, não sendo necessário que o tribunal mencione expressamente o dispositivo legal atacado, como ensina o min. Eduardo Ribeiro de Oliveira no seu artigo¹, não se pode entender como inadmissível os embargos quando a parte deixa claro que este é sua finalidade.

Mas há também outra corrente passível de ser sustentada. A rigor, os embargos, ainda que para prequestionamento, pressupõem algum vício, algo que possa ser aclarado. Ora, mesmo nesse caso os embargos apenas têm cabimento se tiver havido omissão do tribunal. Portanto, havendo omissão, os embargos são cabíveis e o prequestionamento é adequado, não havendo que se falar em suspensão da prescrição. No entanto, no caso do tema já ter sido analisado no acórdão, os embargos são protelatórios e a prescrição deve ser suspensa, ainda que se alegue prequestionamento, uma vez que na prática não há o que prequestionar.

Porém quando a finalidade dos embargos for meramente protelatória – muitas vezes buscando a prescrição, o que se busca evitar com a presente novidade legislativa – sendo mera repetição do recurso já apreciado, os embargos devem ser declarados inadmissíveis.

¹ “Pquestionamento”, na coletânea *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, publicado pela RT.

Igualmente são inadmissíveis os embargos extemporâneos.

Obviamente, sendo acolhidos por existir na decisão questão a ser aclarada, não há que se falar em suspensão do prazo de prescrição.

A suspensão inicia-se com a interposição do recurso e permanece até a publicação da decisão que os entendeu inadmissíveis.

Surge aqui situação curiosa: os embargos são opostos e o prazo fica suspenso, mas sob a condição de o julgamento ser pela inadmissibilidade. Caso sejam acolhidos, retroage-se e o prazo prescricional volta a correr *ex tunc*, como se não tivesse sido suspenso. Portanto, a mera oposição não suspende em definitivo a prescrição, devendo ao final se dar a inadmissibilidade dos embargos para que a suspensão do prazo se mantenha.

Ao final da suspensão poder-se-ia falar que ela volta a correr da data da decisão. Porém, antes da publicação as partes não tomam conhecimento e não podem impugná-la, não gerando efetivamente o andamento do feito que fica suspenso até aquele motivo pela interposição dos embargos, motivo pelo qual me parece que deveria ser da publicação.

Na segunda parte trata-se dos recursos às cortes superiores. Mais uma vez, inexistindo qualquer indicação, todos os recursos possíveis de serem interpostos perante as cortes superiores podem suspender o prazo prescricional. Assim, os extraordinários e especiais, sujeitos ao duplo juízo de admissibilidade, os originários etc., quando inadmissíveis, suspendem o prazo prescricional.

Desta forma, quando conhecido do recurso, mesmo sendo negado o pedido, não haveria a suspensão do prazo prescricional.

A suspensão iniciaria com a interposição do recurso até a decisão que o julgou inadmissível. Nos casos de duplo juízo de inadmissibilidade, quando o tribunal o julgar inadmissível e não ocorrer recurso para as cortes superiores, é com a publicação dessa decisão que volta a correr o prazo. Com recurso para as cortes superiores, com a publicação da decisão onde elas entendem ser inadmissível, é a data em que o prazo volta a fluir.

Em casos de recursos de juízo de admissibilidade simples, suspende-se com a interposição do recurso e volta a correr com a publicação da decisão que o julgou inadmissível.

O alcance do inadmissível é semelhante àquele empregado nos embargos, falta de pressupostos, não havendo que se falar em suspensão quando o mérito é apreciado, ainda que o recurso seja desprovido.

Tratando de matéria penal mais gravosa, que suspende a prescrição, não poderá retroagir. Porém, o Superior Tribunal de Justiça já entendia que não sendo admitido o recurso em Segundo Grau e sendo entendido por ele inadmissível o agravo em recurso especial, a data do trânsito em julgado retroage até à data do término do prazo para interposição do último recurso².

Quanto à parte que interpõe o recurso inadmissível, reiteram-se os argumentos dos embargos onde, apesar da lei não fazer distinção, deve atingir apenas recurso da

² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1260918/MA. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23 fev. 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF. 19 maio 2020a.

defesa, que não pode ser prejudicada por equívoco da acusação que interpõe recurso inadmissível. Tanto assim que, em tese, caso a acusação ficasse interpondo recursos inadmissíveis um atrás do outro, o réu ficaria com a prescrição suspensa, funcionando tal prática como verdadeira “pena perpétua”, afastada expressamente pela Constituição Federal.

O inciso IV do artigo 116 do Código Penal prevê que fica suspensa a prescrição “enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal”.

Tal ponto guarda semelhança com suspensão condicional do processo e como naquele caso, não podendo o Estado exercer a persecução penal, não há como falar-se em prescrição.

Como nas outras hipóteses, o prazo suspende-se com a homologação do acordo e volta a fluir quando publicada a decisão que o rescinde.

A questão seria a hipótese da causa de rescisão ocorrer durante o prazo, mas o pedido de rescisão e a própria decisão que o rescinde ser posterior. Como ocorre no instituto análogo, creio que se irá firmar o entendimento que ainda que a decisão seja posterior ao prazo, ocorrendo a causa de rescisão durante o prazo, o acordo será rescindido e o prazo retornará da publicação da decisão que o rescindir.

Por outro lado, pode se objetar que o evento ensejador da rescisão deve firmar o lapso para que volte a correr o prazo prescricional. Mormente, porque não pode o decurso do prazo prescricional depender da maior ou menor demora da prestação jurisdicional.

Por fim, observa-se que o parágrafo único do artigo 116 do Código Penal, que trata da pretensão executória, foi mantido sem alterações, não existindo o que ser analisado, tanto que o *caput* trata de um tipo de pretensão e o parágrafo de outra.

Desta forma fica claro que a lei buscou acabar com verdadeiros abusos de direito, onde a defesa ficava recorrendo eternamente, com uso de embargos e recursos inadmissíveis, apenas para buscar a prescrição, negando com isso que a sociedade em geral e as vítimas em particular obtivessem um desfecho acerca do crime praticado.

Alteração do *quantum* para a progressão para crimes hediondos e equiparados

O Pacote Anticrime alterou o artigo 112 da Lei das Execuções Penais, mudando o uso de frações para porcentagem. Na prática alguns casos não trazem maiores dificuldades, exceto matemáticas. A antiga fração de 1/6, prevista anteriormente, foi substituída por 16%, que corresponde aproximadamente a 1/6.

O ponto mais controvertido reside no caso do *quantum* de progressão para crimes hediondos e equiparados, visto a má redação do texto legal.

Discute-se no caso o lapso objetivo necessário para a progressão de regime, que pode ser interpretado como de 60% (equivalente à antiga fração de 3/5) ou de 40% (análoga à fração de 2/5), dependendo do crime praticado, que é utilizado como reincidência.

É certo que nos termos do artigo 2º, §2º da Lei nº 8.072/90, indubitavelmente, a agravante necessitaria cumprir 3/5 da pena para a progressão de regime:

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos),

se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Contudo, o debate há muito superado e pacificado³, voltou à tona com as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 ao revogar aquele dispositivo, estabelecendo novos lapsos temporais, em especial para os crimes hediondos:

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:

[...]

V – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

[...]

VII – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado.

Ora, quanto aos neófitos no cometimento de crimes hediondos ou equiparados, nada mudou, ou seja, necessita-se o cumprimento mínimo de 2/5 ou 40% da pena para ser beneficiado com a progressão de regime. Entretanto, em relação aos reincidentes, a infeliz e atécnica redação do inciso VII, do artigo 112, da LEP, traz problemas de interpretação. E isso porque é possível dizer que existe uma contradição entre o inciso V – que exige que o preso seja primário de qualquer crime – e o inciso VII – que exige que o preso seja reincidente em crime hediondo ou análogo.

No Tribunal de Justiça de São Paulo surgiram duas correntes.

A primeira corrente se dá no sentido de que a reincidência deve ser específica em crime hediondo ou equiparado, conforme expresso no dispositivo. Tratando-se de reincidência em outra espécie de crime, aplica-se o inciso V, ainda que conste do mesmo a necessidade de ser primário⁴.

Inicialmente há que se ressaltar que aplicar o raciocínio ensejador da fração mais gravosa caracteriza analogia *in malam partem*, o que é vedado em nosso ordenamento. Sequer há que se falar em calibragem com princípios para que se admita referida analogia, uma vez que tal ponderação apenas se dá entre princípios e a vedação da analogia prejudicial não é princípio, mas regra. Portanto, não está sujeita à referida calibragem.

Ao se aplicar analogia *in malam partem* viola-se a legalidade, cláusula pétrea. Ademais, o dispositivo se refere à reincidência em crime hediondo ou equiparado, e não qualquer reincidência. Como se não bastasse o argumento anterior. É inegável que são situações diferentes e que não podem ser equiparadas, sob pena de também se violar a isonomia, a individualização da pena e a proporcionalidade. Ora, é evidente que são situações diversas e que merecem, segundo o legislador, tratamentos jurídicos diversos, o que inclusive já se deu quando da redação do artigo 83, inciso V, do Código

³ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 173.992/MS. 5ª Turma, rel. min Laurita Vaz, j. 3 maio 2012, *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 10 maio 2012.; BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 301.481/SP. 6ª Turma, rel. min. Ericson Maranhão, j. 2 jun. 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 11 jun. 2015.

⁴ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Excepcionalidade 0003530-81.2020.8.26.0496. 14ª Câmara, rel. Hermann Herschander, j. 06.07.2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 jul. 2020.

Penal ao vedar livramento condicional para sujeitos reincidentes em crimes hediondos ou equiparados. Portanto, aqui, da mesma forma, são violados os princípios mencionados, bem como a legalidade e uma regra que por ser de tal ordem não admite calibragem nos moldes de Alexy.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça resolveu impasse semelhante e aplicou o raciocínio aqui explanado na seara do livramento condicional quando o sujeito for primário e de bons antecedentes, hipótese que não se encaixa em nenhum dos incisos do artigo 83 do Código Penal:

No caso de paciente primário, de maus antecedentes, como o Código não contemplou tal hipótese, ao tratar do prazo para concessão do livramento condicional, não se admite a interpretação em prejuízo do réu, devendo ser aplicado o prazo de um terço. 2- O paciente primário com maus antecedentes não pode ser equiparado ao reincidente, em seu prejuízo. Precedentes. 3- Ordem concedida para cassar o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, restabelecendo a decisão de primeiro grau que concedeu o benefício do livramento condicional a Daniel da Silva Olegário.⁵

Portanto, diante dos motivos expostos, observa-se que há dois posicionamentos defensáveis, sendo o objetivo deste artigo demonstrá-los, bem como seus argumentos.

A segunda corrente entende que o preso reincidente, em qualquer tipo de crime, deverá cumprir 60% para a progressão⁶.

Funda-se tal entendimento no fato de que o texto legal não faz referência à reincidência específica.

A tais argumento pode-se acrescentar que posição mais branda contrária fere diretamente o princípio da individualização das penas e indiretamente o da proporcionalidade e da isonomia, visto que trata de forma igual, com pena igual, situações pessoais distintas.

Assim, inegavelmente manteve-se a punição mais rigorosa aos reincidentes em crimes dolosos, especialmente quando um deles é hediondo ou equiparado.

Por outro lado, o princípio da individualização das penas, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal visa garantir à pessoa condenada criminalmente que sua pena seja individualizada, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto. A primeira fase da individualização é realizada pelo legislador quando fixa os limites abstratos da pena, levando em conta vários fatores, como o bem jurídico protegido, o grau de ofensa etc. Posteriormente, a segunda fase é exercida pelo magistrado, que ao condenar regula o *quantum* de pena entre o máximo e mínimo, levando em conta as circunstâncias concretas de cada conduta e as circunstâncias pessoais de cada réu. Por fim, a terceira é exercida pelo magistrado que aprecia a execução das penas.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 102.278/RJ. 6ª Turma, rel. min. Jane Silva, j. 10 abr. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 22 abr. 2008.

⁶ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Execução Penal 00051191-77.2020.8.26.0502. Rel. Sérgio Ribas, j. 15 jun. 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 26 jun. 2020

Para este caso a terceira fase se mostra relevante. Porém, para analisar-se os critérios de execução, é necessária a análise inicial do que ocorre na segunda fase. O magistrado, ao fixar a pena, deverá atentar para as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal – combinado com o artigo 42 da Lei 11.343/06 nos crimes envolvendo entorpecentes – e legais (atenuantes e agravantes), calculando-se a pena nos termos do artigo 68 do Código Penal. Logo, nos termos do artigo 61, I, do Código Penal, a reincidência sempre agrava a pena. Uma vez que a Lei 13.964/2019 não revogou este dispositivo, a reincidência deve, obrigatoriamente, agravar a pena para que não ocorra ofensa ao princípio da individualização.

Quando da execução deve ser levado em conta os antecedentes e personalidade do condenado, nos termos do artigo 5º da Lei das Execuções Penais. Ou seja, as circunstâncias ligadas aos antecedentes, aqui utilizados como gênero, englobando as espécies antecedentes em sentido estrito e reincidência, também permanecem para individualizar o cumprimento da pena.

Tanto assim que o artigo 112 da LEP prevê necessidade do condenado cumprir 16% da pena se primário e 20% se reincidente, para crimes praticados sem violência ou grave ameaça a pessoa; 25% para os primários e 30% para os reincidentes nos casos de crimes com violência e grave ameaça; e, 40% para os crimes hediondos e equiparados, quando **primário**, fato que constou expressamente. Logo, obviamente, quando reincidente necessário cumprimento maior de pena para progressão, visto que em nenhum momento se menciona reincidência específica.

Adotar-se entendimento contrário não só fere o princípio da individualização, mas nega vigência ao dispositivo da Lei das Execuções Penais, que afirma só ser possível progressão com 40% para primários, nada mencionando acerca de reincidência específica ou não em crime hediondo ou equiparado.

Também afetaria o princípio da isonomia, posto que para alguns a reincidência geraria efeitos e para outros não, só a específica, sendo que a regra geral, manda que ela agrave a pena de todos sem distinção do tipo.

Por fim, afetaria a proporcionalidade, uma vez que para crimes menos graves a reincidência geraria efeitos e para os crimes hediondos e equiparados a reincidência só acarretaria efeito se específica em crime hediondos e equiparados, sendo verdadeiro contrassenso.

Assim o conflito aparente entre os incisos V e VII, do artigo 112, da Lei das Execuções Penais, deve ser resolvido mediante interpretação *reductio ad absurdum*. Ora, a reincidência, sem consideração de ser ou não específica, exige mais pena para a progressão. Entender-se que nos crimes mais graves ela deve ser específica fere a lógica. Poder-se-ia falar na reincidência específica para agravar o *quantum* de progressão para os crimes mais leves e não o contrário.

Além disso, sequer é possível se cogitar analogia “*in malam partem*”. A analogia é utilizada para a colmatação de lacunas, utilizando-se de casos análogos quando ausente norma que regule concretamente o fato. Isso porque existe dispositivo legal que determina o índice de 60% para a reincidência, quando praticado crime hediondo.

Como já exposto o problema decorre da má redação legal, bastando uma leitura atenta do inciso VII do artigo 112 da Lei das Execuções Penais, que tem o seguinte teor: “VII – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado”.

Partindo-se do texto da lei teríamos, adotando-se uma interpretação literal – abandonada há séculos, não mais se aplicando o princípio *in claris cessat interpretatio* –, uma completa desarmonia entre as hipóteses do artigo 112 da Lei de Execuções Penais. O sentido a ser dado é o apenado reincidente, entendendo-se o “na prática” como tendo praticado crime hediondo ou equiparado.

Por fim, tal entendimento ofende a interpretação sistemática, posto que a reincidência **sempre** agrava a pena, quer na segunda fase da fixação, quer na terceira, não sendo razoável que nos crimes hediondos e equiparados à reincidência seja apenas específica.

Neste sentido manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça⁷.

Portanto, considerando a continuidade normativa transferida para o artigo 112 da Lei das Execuções Penais, novamente não exigindo e reincidência específica em nenhum dos seus incisos e parágrafos – sendo que se entende que só quando expressa exige-se a reincidência específica – somado ao fato de o inciso V do mesmo dispositivo ser reservado exclusivamente aos réus primários.

Last but not least, a interpretação que exige ser reincidente em crime hediondo ou equiparado, afastando o maior aumento no caso de reincidentes em outras espécies de crime, ofenderia os princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da isonomia. No choque de tais princípios com o princípio da proibição da analogia em matéria penal, parece-me que os primeiros mostram-se mais relevantes em face da dignidade constitucional, porque a adoção de tal corrente deixa claro que existe uma menor ofensa aos princípios constitucionais do que a ofensa à proibição de analogia, sem que com isso negue-se o último princípio, como ensina Alexy, ressaltando-se que princípio é mais amplo que uma regra.

Portanto, diante dos motivos expostos, observa-se que há dois posicionamentos defensáveis, sendo o objetivo do presente artigo demonstrá-los, bem como seus argumentos.

Mudanças na aplicação da pena do crime de roubo

Cediço que a Lei nº 13.654/18 inseriu as hipóteses de aumento de dois terços no crime de roubo e a Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) inseriu hipótese de aumento no dobro, surgem problemas relacionadas ao concurso de majorantes.

Disciplinando o assunto temos o artigo 68, parágrafo único, do Código Penal.

Referido dispositivo repete norma existente no artigo 50, parágrafo único, da Parte Geral do Código Penal de 1940 e estabelece que, na hipótese de causas de aumento ou diminuição da Parte Especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a que mais aumente ou diminua.

Importante para que se aplique a norma de modo racional observar sua *ratio*. Consoante dispõe Roberto Lyra⁸, ao analisar a redação do Código Penal de 1940, a norma existe para evitar consequências insustentáveis, contudo, não mais explana acerca do tema. Paganella Boschi⁹ ao tratar mais detidamente do tema estatui que se não houvesse esta

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 588838/SP. Rel. Min Laurita Vaz, j. 18 jun. 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 19 jun. 2020b.

⁸ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 2, p. 353.

⁹ BOSCHI, Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 273.

norma as circunstâncias produziriam tão extraordinária repercussão nos cálculos que a pena definitiva ficaria muito elevada ou muito branda a ponto de comprometer o sentido da proporcionalidade.

Portanto, a *ratio* da norma é desobrigar o juiz de aplicar todas as majorantes ou causas de diminuição da Parte Especial para que obtenha a sanção adequada ao caso.

A ideia de alternatividade representada pela expressão “ou” estabelece que o artigo apenas se aplica em caso de concurso exclusivo de causas de aumento ou exclusivo de causas de diminuição e desde que estejam na Parte Especial. Destarte, em havendo concurso de causas de aumento e diminuição da Parte Geral todas devem ser aplicadas.

O Superior Tribunal de Justiça, adotando a corrente que preza pela não obrigatoriedade da aplicação de única causa, amparado em julgados do Pretório Excelso, também permite a computação das majorantes adicionais:

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que o art. 68, Parágrafo Único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento da parte especial do Código Penal quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta. - Assim, não há ilegalidade flagrante, em tese, na cumulação de causas de aumento da parte especial do Código Penal, sendo razoável a interpretação da lei no sentido de que eventual afastamento da dupla cumulação deverá ser feito apenas no caso de sobreposição do campo de aplicação ou excessividade do resultado (ARE 896.843/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 23/09/2015)¹⁰.

Apenas se obsta a aplicação de mais de uma majorante quando ensejar sobreposição do campo de aplicação (a ensejar *bis in idem*) ou excessividade do resultado.

Quando o juiz entender adequado o cômputo de mais de uma das majorantes, é necessário mais um esclarecimento.

Sobre este ponto há entendimento de que as demais majorantes ou causas de diminuição devem constar na segunda fase, se previstas como agravantes ou na primeira fase como circunstâncias judiciais. Desta forma, dar-se-ia o mesmo tratamento atinente às qualificadoras.

Contudo, referido entendimento não se mostra acertado, e neste ponto acompanhamos a lição de Paganella Boschi¹¹ e Fernando Galvão¹².

Não se justifica o tratamento semelhante ao das qualificadoras. A estas se aplica o raciocínio mencionado por trazerem novo parâmetro mínimo e máximo em abstrato e não fração de aumento, destarte, é inviável aplicá-las em cascata ou uma sobre a outra, pela própria estrutura da circunstância. No entanto, quando se trata de

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 472771/SC. 5ª Turma, Reynaldo Soares da Fonseca, j. 2 dez. 2018. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 dez. 2018.

¹¹ BOSCHI, Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 274.

¹² GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 675.

aumento ou diminuição, em regra, por meio de fração, nada impede que se aplique uma sobre a outra.

Ademais, da própria teleologia do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, se extrai que ou as majorantes ou diminuições se aplicam todas na terceira fase ou se aplica apenas uma delas, não havendo espaço para que sejam deslocadas para outra fase.

Analisando-se as causas de aumento, inicia-se pelo parágrafo segundo que prevê aumento de $1/3$ até $1/2$. A fixação do *quantum* deve levar em conta circunstâncias concretas e não o número de majorantes, nos termos da Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça. Assim, observa-se o maior desvalor da conduta ou do resultado, indicativos de maior reprovabilidade. Por exemplo, para que ocorra a causa de aumento do concurso de agentes, bastam dois.

Agora pode ocorrer a presença de hipóteses do parágrafo segundo com a do parágrafo segundo “A”. Neste caso, inicialmente obtém-se o aumento a partir da reprovabilidade do parágrafo segundo – excluindo-se o uso de arma branca, posto que nesta hipótese ocorre sobreposição, impondo um único aumento, do parágrafo segundo “A” – aplica-se o aumento do segundo “A” e o aumento obtido do parágrafo segundo.

A hipótese mais comum na prática é a existência de majorantes relacionadas ao concurso de pessoas e emprego de arma. Sendo branca aplica-se a regra da maior reprovabilidade, aplicando-se um único aumento. Sendo de fogo, aplicam-se dois aumentos, visto que nada obsta que o magistrado aplique ambas na terceira fase, inicialmente a mais gravosa e, em seguida, a próxima majorante. Não há *bis in idem*.

Contudo, em havendo emprego de arma de fogo de uso permitido e outra arma de fogo de uso restrito entendemos haver sobreposição do campo de aplicação, visto que as duas causas de aumento têm *ratio* semelhantes e, portanto, deve-se neste caso optar somente pelo maior aumento, devendo ser desprezado o incremento de menor grau, tal como ocorre com o uso de arma branca e de fogo.

Reflexões sobre o juiz de garantias

O objeto do presente tópico é destacar questões práticas relevantes, referentes à implantação da figura do juiz de garantias, vale dizer, mais um passo dado, agora expresso, no caminho de se amoldar o nosso sistema processual penal ao viés acusatório.

Não se olvidam as dificuldades práticas decorrentes de sua instalação, especialmente no que concerne ao tamanho de nosso país, às diferentes organizações estruturais das justiças em nossos estados e, em especial, à inafastável observação de que há inúmeras comarcas em que a jurisdição é exercida de maneira cumulativa, por apenas um juiz.

É uma realidade que não pode ser ignorada¹³, contudo, não é o foco de nossas observações. Fica, tão somente, o registro de que essa mudança de mentalidade – inquisitorial

¹³De rigor notar que em decisão proferida, pelo i. ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, a implantação da figura do juiz de garantias foi suspensa *sine die*: ADI n. 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), impugna a) o artigo 3º da Lei n. 13.964/2019, que acrescentou os artigos 3º -A, 3º -B, 3º -C, 3º -D, 3º -E e 3º -F ao Código de Processo Penal e instituiu a figura do juiz das garantias; ADI n. 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os artigos 3º -A a 3º -F do Código de Processo Penal, na mesma linha das ações anteriores e ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp),

para acusatória – traz em seu rastro profundas alterações estruturais, as quais se, olvidadas, poderão levar ao desprestígio do próprio instituto, bem como contribuir para ineficácia do processo penal – caminhando em sentido contrário à duração razoável do processo e comprometendo a eficácia da justiça criminal – com o surgimento de um sem-número de nulidades.

A alteração, portanto, deve ser corretamente compreendida. Os papéis do juiz de garantias e do juiz do processo, como consequência, bem delineados, em busca de uma atuação processual equilibrada, evitando-se que rigorismos conceituais e dogmáticos ensejem interpretações carregadas de excessos incompatíveis com a prática forense.

É inegável que o processo penal ganha tons diferentes, tendo em consideração o momento histórico em que estamos inseridos. Esse colorido, decorrente da política-criminal, é de fácil visualização em nosso país. A persecução penal, à luz do nosso Código de Processo Penal, promulgado em 1941, tem claras nuances inquisitórias. Em diversos artigos observa-se a confusão entre a função de acusar e julgar. O juiz cumulava poderes investigativos ampliados.

Ocorre que, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, é evidente a opção, do legislador constituinte, por um sistema processual penal acusatório. Assim o é, pois, em regra, atribuiu-se ao Ministério Público a titularidade da ação penal (artigo 129, I, da Carta Maior), de maneira a se desenhar uma clara separação de funções entre os principais atores processuais – acusar, defender e julgar.

Esse é um ponto fundamental a ser considerado. Cada agente, ao longo da persecução penal, na fase inicial, desempenha papel próprio, com poderes processuais distintos, de maneira equilibrada, com o objetivo de se verificar se há, ou não, em análise tópica, justa causa para uma ação penal.

O foco, pois, das investigações preliminares, é a formação da acusação. Em sendo a titularidade da ação penal exclusiva do Ministério Público, não se justifica a aproximação ativa do juiz, nessa fase preparatória, da produção da prova. Tal mister é de instituição estatal diversa. Então, cabe ao juiz, nessa etapa procedimental, exercer o controle de legalidade, verificar se os direitos e garantias fundamentais do acusado estão sendo preservados, e, quando provocado, decidir sobre as matérias que estão sob o manto da cláusula de reserva jurisdicional, justamente por invadirem direitos do investigado, constitucionalmente resguardados.

Nesse sentido, de rigor esclarecer que a persecução penal, em sua integralidade, possui duas fases. A da investigação preliminar e o processo judicial, em si, no qual vemos nova subdivisão: fase postulatória, instrutória e decisória. Tem-se, portanto, que a fase preliminar não integra o processo, mas, mesmo assim, há, para o seu regular desenvolvimento, a necessidade da atuação jurisdicional, em determinadas matérias.

Passo à frente: ao juiz não incumbe, nos dias de hoje, dar andamento administrativo ao inquérito policial. Tal caminhar depende de movimentos produzidos pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público, o qual, inclusive, é responsável pelo controle externo daquela instituição, sendo o juízo acionado, reiterar-se, quando há matérias reservadas ao provimento jurisdicional, tão somente.

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.

E, justamente, por se exigir decisão judicial para se implementar determinadas diligências e incidentes cautelares, a figura do juiz de garantia, com esse caminhar em sentido acusatório, foi pensada, com o escopo de se evitar que surjam questionamentos acerca da imparcialidade, em função dessas duas fases da persecução penal.

Mais uma vez, nesse momento, é de rigor anotar não ser o objetivo do texto discorrer acerca da correção ou não da alteração legislativa, ou mesmo de sua necessidade, em comparação à prestação jurisdicional anteriormente verificada em nosso país, em matéria processual penal. Não é nosso papel, agora, verificar se havia ou não quebra de imparcialidade, ou inadequação da prestação jurisdicional, no modelo anterior. Fato é que o instituto virou realidade legal – embora com sua implantação suspensa, *sine die*, pelo i. Ministro Luiz Fux, conforme adrede anotado – e temos de a ele nos adequar, e melhor compreender os exatos termos em que o legislador procurou preservar a independência e imparcialidade do julgador. Nem mais nem menos. Estudar a competência de cada juiz, nessas duas etapas, e melhor entender os elementos de intersecção de atribuições, para preservar a imparcialidade, é o nosso foco.

Nessa linha, não é demais lembrar que a impossibilidade de um juiz atuar, no mesmo processo, em fases distintas, não é novidade em nossa legislação processual penal, conforme se observa nos termos do artigo 252, III, do Código de Processo Penal, a saber: o juiz não poderá judicar em processo “em que tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão”.

A preocupação com a manutenção objetiva da imparcialidade não é recente.

O importante, assim, é desenhar os limites dessa imparcialidade objetiva, diante dessa nova figura criada.

O alcance para se considerar que um juiz está impedido, pelo fato de ter funcionado em um mesmo processo, tomando prévio conhecimento dos fatos em julgamento, passa a ser o norte com o que se analisarão as modificações legais.

É de rigor, em prosseguimento, trazer à baila os conceitos de imparcialidade subjetiva e objetiva.

Desta feita, são valores inerentes ao exercício da jurisdição a independência e imparcialidade. Sem essas ideias, não se há de falar em julgamento isento. É um verdadeiro direito do cidadão e deve ser preservado a todo custo.

No caso em tela, importante anotar que a imparcialidade não se resume à existência, ou não, de eventual vinculação subjetiva do julgador com os fatos, ou demais agentes do processo, de forma a lhe retirar os predicados suficientes para julgar.

Nos dias atuais, é necessário conferir às partes a segurança de que inexistem dúvidas acerca da equidistância do magistrado que participará do julgamento. E essas dúvidas não podem existir em nenhuma das fases do rito destinado ao julgamento da acusação.

Por tais razões, não seria recomendável que o magistrado, conforme acima escrito, que tomou conhecimento dos fatos em julgamento, por atuar em determinada fase do procedimento, exerça a jurisdição em outra, subseqüentemente, antes do trânsito em julgado. Essa intimidade prévia do juiz com a questão processual controversa suscita objetivamente a ideia de parcialidade.

O prévio conhecimento, portanto, com a necessária formação de convicção, ao se analisar pretensões (cautelares) deduzidas em juízo, leva o julgador a se imiscuir ou

resvalar no mérito da acusação, e levantar questionamentos legítimos sobre a imparcialidade, diante da prévia formação de convicção do que se irá julgar.

Esse é o nosso campo de debate: quais comportamentos exercidos pelo juiz podem objetivamente ensejar a parcialidade?

Conforme acima escrito, ao juiz de garantias, que atua na primeira fase da persecução penal, é destinada a função de exercer o controle de legalidade e resguardar os direitos e garantias fundamentais do investigado (na linha do disposto nos artigos 3-A e 3-B, redação do Pacote Anticrime). Não possui, mais, postura ativa na investigação e produção de provas. Atua quando provocado e em matérias legal e constitucionalmente estabelecidas (artigo 3-B). Em regra, analisa medidas de cunho cautelar, de forma que, mesmo tangencialmente, acaba por encerrar o mérito da acusação, iniciando a construção de sua convicção, formando um juízo prévio.

E esse é o móvel do impedimento, haja vista que, sendo humano, acaba por iniciar uma ideia acerca da culpabilidade do investigado, da legitimidade ou não da acusação, e carregaria consigo tal cognição para a fase judicial subsequente. Seria uma razão objetiva – não subjetiva – de imparcialidade, por ter se envolvido com o mérito e, de uma forma ou de outra, se vinculado às medidas anteriormente deferidas.

Busca-se, portanto, com a separação, manter a liberdade de entendimento crítico acerca da acusação, agora deduzida em juízo.

Esse é o limite a ser definido: qual a fronteira a ser considerada? Em se pensando em um sistema acusatório puro, o juiz sentenciante não poderia manter nenhum envolvimento com a produção da prova, quer na fase preliminar, quer em juízo, vale dizer, deveria receber todos os elementos até então produzidos e, em uma folha em branco, proferir a sentença.

Assim não optou o legislador.

Entendeu por bem fixar a competência do juiz de garantias até o recebimento da denúncia ou queixa, na forma do artigo 399 do Código de Processo Penal (artigo 3-C, redação do Pacote Anticrime).

As contradições legislativas aqui começam a ser verificadas.

Tal determinação, para que a análise acerca do cabimento da acusação, não violaria a imparcialidade objetiva, por ter o juiz de garantias se envolvido com a produção da prova? Ou seria melhor preservar o juiz sentenciante, relegando a ele apenas o julgamento da causa?

E mais.

Passo adiante, entendeu que o juiz da instrução e julgamento deve resolver as questões pendentes, não estando vinculado às decisões proferidas pelo juiz de garantias, e, ademais, incumbiu ao novo garante o dever de reexaminar as medidas cautelares em curso, em no máximo 10 (dez) dias (artigo 3-C, p. 1 e 2º, redação do Pacote Anticrime).

O juiz de instrução é cego para fazer o recebimento da denúncia ou queixa, mas tem o dever de solucionar as questões pendentes e reexaminar as cautelares, com tamanha autoridade a ponto de não se vincular ao entendimento exarado pelo seu antecessor.

Os impasses legislativos não cessam aqui. No parágrafo terceiro do mesmo artigo, surge outra questão ambígua, vale dizer, tem o juiz da instrução e julgamento acesso aos autos da investigação preliminar, ou somente aos documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, e aquelas que

as partes carrearem, já que possuem amplo acesso aos autos acautelados em separado (artigo 3-C, p. 4º, com redação prevista no Pacote Anticrime)?

A resposta, para uma das correntes possíveis, a nosso sentir, está no artigo 3-D, a saber: “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo”.

Juiz impedido é o que objetivamente proferiu decisão acerca das matérias expressamente previstas, vale dizer, juiz que efetuou o controle de legalidade das atividades investigativas, desenvolvidas nos autos, em que se apuraram supostas praticadas criminais que culminaram no oferecimento da inicial acusatória.

O mero conhecimento acerca dos fatos, sem que o magistrado tenha proferido decisão (emitido juízo de valor) acerca dos fatos investigados, na fase investigativa precedente, não se enseja a imparcialidade objetiva.

Se assim não fosse, bastaria à acusação, ou à defesa, carrear aos autos a integralidade de todo o produzido na fase preliminar para que o juiz da instrução e julgamento, pelo simples conhecimento, se tornasse impedido.

Essa não é, repita-se, a razão originária da modificação legislativa. Somente aquele que proferiu decisão, atinente a qualquer medida que o levasse a analisar os fatos investigados, estaria impedido de julgar, pois, objetivamente imparcial, atuou em mais de uma fase do procedimento.

Em outras linhas, esse impedimento nada mais é do que a antecipação, para momento procedimental anterior ao recebimento da denúncia, da regra insculpida no artigo 252, III, do Código de Processo Penal.

E se assim não se entender, como decidir as questões pendentes, ou reexaminar as demais cautelares em curso, obrigação textualmente trazida com a reforma?

Em resumo, a competência do juiz de garantias, e o campo de visão do juiz da instrução e julgamento, estão delimitados objetivamente pelo exercício, efetivo ou não, de atividade decisória em matérias acobertadas pela cláusula de reserva jurisdicional, nos termos da redação trazida pela reforma ao artigo 3-B, XVIII. Se assim atuou, não pode julgar o mérito. Se não atuou, pode julgar e ter acesso aos autos do inquérito para resolver as questões pendentes e reexaminar as cautelares em curso, não se justificando a limitação absoluta de acesso, pois, reitera-se, sobre ele não se estende qualquer dúvida sobre a imparcialidade objetiva.

E para tal mister, em entendendo necessário, o juiz processante, para cumprir a missão delineada no artigo 3-C, p. 2º, pode ter acesso aos autos do inquérito policial para melhor compreender e decidir eventuais questões que surjam após o recebimento da denúncia ou queixa.

Tal modo de ver, inclusive, ganha força quando se tem em mente o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, a saber,

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.

Ora, ao juiz é defeso utilizar-se, unicamente, das provas produzidas na fase preliminar para desenhar a sua decisão, mas, a *contrario sensu*, em hipótese alguma, lhe é vedado ter conhecimento acerca do lá inserido, mesmo por que, reiterar-se, a própria lei determina que reexamine as cautelares em curso e as medidas pendentes, após o recebimento da inicial acusatória, e outra forma não há para assim o fazer, senão voltar os olhos para o inquérito.

O conceito de imparcialidade objetiva não é algo novo em nosso sistema processual penal. A ideia de exercer a função jurisdicional em etapas diversas do procedimento acusatório pode despertar a ideia de parcialidade, ante o prévio conhecimento e formação de juízo de valor sobre a acusação, motivo pelo qual, criada a figura do juiz de garantias, esse é o dado a ser tomado em consideração para a fixação da competência e do impedimento.

Juiz da instrução e julgamento pode ser todo aquele que, de acordo com as regras de organização judiciária, não proferiu nenhuma decisão em sede de procedimento preliminar investigativo, não estando, ademais, proibido de ter acesso aos autos do inquérito, por dois motivos essenciais, vale dizer, não participou do controle de legalidade anterior e a própria lei o obriga resolver as questões pendentes e reexaminar as cautelares em curso.

Fora essas vedações, nenhuma outra há. Ampliar o espectro legal, criando-se obstáculos ao exercício da judicatura penal implicaria fomentar desnecessariamente as possibilidades de nulidades, sem representar benefício direto nenhum ao acusado, para, apenas e tão somente, trazer para a engrenagem processual mais um componente que pode, inclusive, atrasar a sua marcha.

O mero conhecimento, portanto, acerca do conteúdo probatório produzido na fase preliminar, sem que se tenha exercido a jurisdição efetiva, com a tomada de decisões atinentes à investigação, não pode ser considerada causa para o reconhecimento de imparcialidade do juízo ou nulidade do processo.

Porém, importante destacar-se a possibilidade de outro entendimento, no sentido de que o juiz de instrução não pode ter acesso às peças produzidas no inquérito – exceto as não repetíveis – para que não forme um prévio juízo acerca do mérito. Um exemplo disto seria buscar repetir em juízo o que as testemunhas falaram na fase de inquérito. Ao contrário, não tendo conhecimento do produzido no inquérito, indagará objetivamente acerca do fato.

Bibliografia

- GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BOSCHI, Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 102.278/RJ. 6ª Turma, rel. min. Jane Silva, j. 10 abr. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 22 abr. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 173992/MS. 5ª Turma, rel. min. Laurita Vaz, j. 3 maio 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 10 maio 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 301.481/SP. 6ª Turma, rel. min. Ericson Maranhão, j. 2 jun. 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 11 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 472771/SC. 5ª Turma, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 2 dez. 2018. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 13 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial 1260918/MA. Rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23 fev. 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 19 maio 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 588838/SP. Rel. min Laurita Vaz, j. 18 jun. 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 19 jun. 2020b.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 2.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2007.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Execução Penal 0003530-81.2020.8.26.0496. 14ª Câmara, rel. Hermann Herschander, j. 6 jul. 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 27 jul. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Execução Penal 00051191-77.2020.8.26.0502. rel. Sérgio Ribas, j. 15 jun. 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 26 jun. 2020.

Cadeia de custódia da prova penal

Levy Emanuel Magno¹

Professor e promotor de Justiça aposentado

Mylene Comploier²

Promotora de Justiça

Resumo: o presente artigo tem por objetivo contribuir para a reflexão acerca do tema “cadeia de custódia da prova penal”. O assunto ganhou relevo e especial importância com sua introdução formal no direito brasileiro pela Lei 13.964/2019, o denominado “Pacote Anticrime”. A cadeia de custódia tem por finalidade garantir a verificação de toda a cronologia existencial da prova, desde o reconhecimento de um vestígio com potencial interesse para produção da prova pericial até o momento de seu descarte final. Surgem, então, questões diversas que merecem ser trazidas à debate: o que é cadeia de custódia? A desobediência à alguma ou algumas das regras constitui “quebra” da cadeia de custódia? Quais os desdobramentos e as consequências da violação às regras da cadeia de custódia? A prova produzida com quebra à cadeia de custódia deve ser admitida ou há restrições? A quebra da cadeia de custódia acarreta inadmissibilidade da prova, nulidade, anulabilidade ou é questão de autenticidade probatória? Nessa breve exposição trataremos de trazer algumas reflexões acerca do tema, com o intuito de contribuir para este debate.

Palavras-chave: Cadeia de custódia. Confiabilidade da prova. Quebra da cadeia de custódia. Autenticidade probatória.

1. Contextualização do tema e conceito de cadeia de custódia

O termo “cadeia de custódia” foi introduzido no direito brasileiro pela Lei 13.964/2019, também denominada “Pacote Anticrime”, em dois artigos da legislação pátria: no Código de Processo Penal, art. 158-A, ao definir seu conceito e todo seu *iter*, e na Lei de Execuções Penais, art. 9-A, §3º, ao tratar da necessidade de viabilização ao titular de dados genéticos o acesso a dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esses dados.

O próprio Código de Processo Penal, portanto, traz o conceito de cadeia de custódia em seu artigo 158-A: “é o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”.

¹ Bacharel e Mestre em Direito pela PUC/SP. Ex-membro do Ministério Público de São Paulo. Professor universitário, de cursos preparatórios a carreiras jurídicas, bem como cursos de pós-graduação.

² Mestre e Doutora pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Assessora da Escola Superior do Ministério Público. Foi Assessora e Coordenadora do CAEX, unidade de perícias do MPSP de 2014 a 2020.

Trata-se de um conjunto de procedimentos, detalhados no art. 158-B do CPP, cuja finalidade é manter e documentar a história cronológica do vestígio. É fundamental, outrossim, para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial.³

Constitui, portanto, uma sistematização de procedimentos que objetivam a preservação do valor probatório da prova pericial, mais precisamente, da sua *autenticidade*, como conclui Rogério Sanches Cunha.⁴

Na visão de Gustavo Badaró trata-se de

*um procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte de prova, até a sua juntada no processo, certificando onde, como e sob a custódia de pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas, que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo, com a finalidade de garantir sua identidade, integridade e autenticidade.*⁵

Observe-se que este conceito declinado por Gustavo Badaró foi antes da edição da lei que introduziu a cadeia de custódia no ordenamento brasileiro. Para Badaró, a cadeia de custódia se encerra com a juntada da documentação no processo; a legislação, porém, definiu o marco final da cadeia de custódia como sendo o descarte; abrange, portanto, toda a fase processual até que o vestígio não mais interesse ao feito, tratando-se de obrigação interinstitucional, compartilhada entre todos os agentes públicos que tenham qualquer responsabilidade sobre o vestígio.

Para Genival Veloso de França⁶, entende-se por cadeia de custódia o registro em documento da movimentação dos elementos da prova quando do seu envio, conservação e análise nos laboratórios⁶.

Noutro eito, Claudemir Rodrigues Dias Filho, após trazer à colação e analisar diversas definições técnicas de cadeia de custódia, da mais simples à mais complexa, propõe uma conceituação que incorpora os três elementos básicos da cadeia de custódia, quais sejam, *registro documental, rastreabilidade e integridade*, nos seguintes termos:

*Uma sucessão de eventos concatenados, em que cada um proporciona a viabilidade ao desenvolvimento do seguinte, de forma a proteger a integridade de um vestígio do local de crime ao seu reconhecimento como prova material até o trânsito em julgado do mérito processual; eventos estes descritos em um registro documental pormenorizado, validando a evidência e permitindo sua rastreabilidade, sendo seu objetivo-fim garantir que a evidência apresentada na corte se revista das mesmas propriedades probatórias que o vestígio coletado no local do crime.*⁷

³ Cf. Portaria 82, de 16 de julho de 2014 da SENASP-MJ.

⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados*: artigo por artigo. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

⁵ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 523.

⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Koogan, 2011. Genival Veloso de França é médico, bacharel em Direito, professor de Medicina Legal e autor de diversos livros sobre perícia.

⁷ DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. *Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas essenciais: processo penal*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 404. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 883, p. 436, 2009.

Carlos Edinger apresenta a cadeia de custódia como uma sequência de elos, sendo que um elo é qualquer pessoa que tenha manejado um vestígio.⁸⁸

Já para Geraldo Prado, “a cadeia de custódia da prova nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”.⁹

Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara e Deltan Dallagnol, após conceituarem cadeia de custódia da prova como “corrente histórica da posse de uma dada prova”, observam que *cadeia de custódia da prova* se diferencia de *prova da cadeia de custódia*, que por sua vez consiste na

*reconstrução cronológica da corrente histórica da posse de uma dada prova, retratando-a desde a sua geração até seu aporte aos autos, expondo cada um dos elos dessa corrente, por cujas mãos a detenção da prova foi passada.*¹⁰

Como se pode observar pela redação do art. 158-A do Código de Processo Penal, a conceituação legal adotada do termo optou por definir “cadeia de custódia” como conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. A opção legislativa foi, portanto, de definir a cadeia de custódia sob seu aspecto documental e cronológico.

Uma primeira observação pertinente foi que a legislação brasileira introduziu procedimentos detalhados – até demasiadamente – sobre a cadeia de custódia. Não instituiu, no entanto, a obrigatoriedade da *prova da cadeia de custódia*, como ocorre nos sistemas da *Common Law*. Nesses países, assim como à acusação incumbe fazer prova da autoria e da materialidade de um delito, incumbe-lhes **também** fazer prova da cadeia de custódia da prova. Ou seja, há que se provar que uma prova foi manipulada corretamente, e demonstrar sua existência e cronologia, para que ela seja admitida como prova em um julgamento.

A lei brasileira sistematizou os procedimentos concernentes à cadeia de custódia, mas em momento algum exigiu ou acrescentou qualquer dispositivo no sentido de que fosse necessária prova da cadeia de custódia da prova. Nos Estados Unidos, de onde o instituto foi importado, exige-se a prova da cadeia de custódia porque lá causas cíveis e criminais são julgadas pelo júri. O juiz togado exerce um papel relevante no sentido de filtrar o que será submetido aos jurados e, para evitar preconceito, confusão, atrasos injustificados, perda de tempo ou indevida influência no ânimo dos jurados, realiza-se esse filtro de autenticidade.¹¹

Não obstante a introdução explícita do termo ter se dado com o “Pacote Anticrime”, já havia referências no próprio Código de Processo Penal, de maneira esparsa, a diversas

⁸⁸ EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, p. 237-257, 2016.

⁹ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 86.

¹⁰ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova: a prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 435-471.

¹¹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova: a prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 532.

de suas etapas, o que gera reflexões críticas acerca da necessidade de se tratar o assunto de forma sistemática e, principalmente, tão detalhada. Nesse sentido, dispõe o Código de Processo Penal:

Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; (...) VII -- determinar, se for caso que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias (art. 6º, CPP); art. 11 (acompanhamento dos objetos que interessam à prova aos autos do inquérito), art. 159 e §1º (realização do exame de corpo de delito), indicação de assistentes técnicos (art. 159, 3º, e §4º, CPP), art. 159 §6º, art. 161 (momento de feitura do exame de corpo de delito), art. 162 (autópsia), arts. 163 a 166 (procedimento de exumação), art. 168 (complemento do exame pericial), art. 169 (exame de local do crime), art. 170 (guarda de material para eventual nova perícia), art. 171 (crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa ou por meio de escalada), art. 172 (avaliação de coisas), art. 173 (crime de incêndio), art. 174 (exame para reconhecimento de escritos), art. 177 (exame por precatória) e art. 180 (divergência entre peritos).

O art. 6º do Código de Processo Penal, como dito, dispõe que a autoridade policial deverá, logo que tiver conhecimento da infração penal, dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais. Esta providência está agora descrita como isolamento, uma das etapas de cadeia de custódia.¹² No mesmo sentido, o art. 169 do mesmo diploma legal, ao prever que “para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos”.

Também descreve uma das etapas da cadeia de custódia o parágrafo único do art. 169, ao dispor que “os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos”. Deste modo, qualquer constatação que porventura seja feita pelo perito em relação à modificação na dinâmica dos fatos deve ser anotada, discutindo-se as possíveis consequências dessa alteração.

Outro exemplo de uma das etapas da cadeia de custódia que também estava prevista no CPP encontra-se no art. 159, §6º, ao atribuir a guarda do material probatório que serviu de base à perícia ao órgão oficial respectivo. Por esse dispositivo, a guarda do material probatório é conferida ao órgão oficial de perícia. O material pode ser submetido ao contraditório, para exame por meio de assistentes técnicos das partes, mas sempre no ambiente e na presença do perito oficial.

¹² V. art. 158-B, II, do Código de Processo Penal.

Como se observa dos dispositivos citados, elencados apenas a título de exemplo, diversos dos procedimentos e etapas da cadeia de custódia já se encontravam previstos no Código de Processo Penal antes da sistematização do tema.

Não obstante já haver alguma previsão esparsa no Código de Processo Penal, a sistematização de procedimentos referentes ao processo de produção da prova técnica no País era uma reivindicação de dirigentes de órgãos periciais, um dos motivos que ensejou o lançamento, em 2012, do programa “Brasil Mais Seguro”.¹³ Um dos objetivos do referido programa foi o fortalecimento das unidades de perícia criminal, inclusive mediante o repasse de futuros recursos financeiros, desde que cumpridas as diretrizes de uniformização dos procedimentos.¹⁴

A sistematização de procedimentos referentes à prova técnica era de fato necessária. Em 2013, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, publicou o “Diagnóstico sobre a Perícia Criminal no Brasil”.¹⁵ O objetivo do diagnóstico foi aprimorar a qualidade dos investimentos que vinham sendo feitos pelo governo federal nas instituições de perícia, e, para tanto, procurou-se conhecer melhor o perfil dessas instituições e mapear mais precisamente suas demandas.¹⁶

A referida pesquisa constatou que as unidades de perícia careciam de uma estrutura minimamente padronizada, pois eram manifestamente diferentes em cada estado da Federação. Ademais, quanto aos processos de trabalho, notadamente a cadeia de custódia, constatou-se que havia fragilidades na gestão da atividade pericial em diversos estados, embora tenha se observado elementos que demonstraram a existência de procedimentos concernentes à cadeia de custódia nas atividades periciais.

Foram constatadas diversas fragilidades nos procedimentos pertinentes à cadeia de custódia dos vestígios na grande maioria das Unidades da Federação:

Mais da metade das unidades centrais de Criminalística (Tabela 18) de Medicina Legal (Tabela 19) e de Identificação (Tabela 20) responderam que os vestígios não são lacrados quando coletados no local de crime e não são guardados em local seguro que preserve suas características. Não há também rastreabilidade dos vestígios na maioria dessas unidades. Em conjunto, esses dados apontam para a inexistência de procedimentos de cadeia de custódia na Criminalística. O que funciona, enfim, é tão somente a parte burocrática pertinente ao protocolo de recebimento e encaminhamento dos vestígios dentro das unidades. A exceção diz respeito aos laboratórios de DNA, que por serem mais recentes e melhor estruturados apontam um pouco mais de robustez nos procedimentos pertinentes à cadeia de custódia (grifo nosso).¹⁷

¹³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados*: artigo por artigo. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

¹⁴ ELUCIDAÇÃO de crimes – Ministério da Justiça dará R\$ 53,6 milhões para perícias. *Revista Consultor Jurídico*, [online], 22 de setembro 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2TuldmT>. Acesso em: 14 jun. 2020.

¹⁵ FIGUEIREDO, Isabel Seixas de; PARESCHI, Ana Carolina Cambeses (org.). *Diagnóstico da perícia criminal no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/37Jt0GS>. Acesso em: 13 jun. 2020.

¹⁶ *Ib.*, p. 10.

¹⁷ *Ib.*, p. 70.

Observe-se o resultado do diagnóstico quanto à cadeia de custódia nas unidades centrais de criminalística, ilustrados na Tabela 18 (respostas por Unidade de Federação):

TABELA 18 - ELEMENTOS DA CADEIA DA DE CUSTÓDIA NAS UNIDADES CENTRAIS DE CRIMINALÍSTICA, 2012

Perguntas	Respostas	
	Sim	Não
Há registro numérico da evidência no local de crime?	10	17
As evidências são lacradas no local de crime?	10	17
Há protocolo de recebimento e encaminhamento de evidências dentro da Unidade?	20	7
Há local seguro para guarda das evidências?	6	21
O local da guarda preserva as características das evidências?	9	18
O manuseio das evidências é feito apenas por profissionais responsáveis pela cadeia?	17	10
Existe rastreabilidade do manuseio das evidências (registro formal)?	7	20
Os procedimentos da cadeia de custódia são de conhecimento dos peritos?	18	9

Fonte: Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça
– Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil, 2012

É óbvio que diante desse quadro, no qual em 17 (dezesete) estados da Federação evidências coletadas no local de crime *não eram sequer lacradas*, foi urgente a imposição de uma padronização dos procedimentos periciais, bem como o estabelecimento de regras acerca da cadeia de custódia. Note-se que em vinte estados brasileiros não havia rastreabilidade, ou seja, registro formal, do manuseio das evidências. Em 17 deles, não havia registro numérico da evidência no local de crime, e em 21 estados não havia local seguro para a guarda das evidências. Diante desse quadro, o Ministério da Justiça, por intermédio da SENASP, adotou algumas medidas salutares à sistematização de procedimentos periciais. Vejamos.

Nesse contexto, o Ministério da Justiça, por intermédio da SENASP, definiu diversos POPs (procedimentos operacionais padrão) a serem observados durante a colheita da prova pericial.

Na mesma esteira, foi editada a Portaria n. 82, de 2014, do Ministério da Justiça, que estabeleceu diretrizes, em âmbito nacional, sobre procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios.

Registre-se que de 2014 até a presente data muitas unidades de perícia criminal oficial nos estados já se organizaram para cumprir, ao menos em grande parte, os ditames desta portaria, posto que o repasse de recursos pela SENASP para tais órgãos levaria em conta a observância desta norma técnica.¹⁸

A retratada situação caótica do diagnóstico publicado em 2012 não mais se verifica nos dias de hoje devido à padronização mínima já efetuada pela SENASP.

¹⁸ V. Art. 3º da Portaria n. 82, de 16 de julho de 2014 da SENASP-MJ.

Deste modo, como se pode observar, quer por intermédio de regulamentação alinhavada na referida portaria, quer pelos procedimentos operacionais padrão, o Ministério da Justiça já havia padronizado, em âmbito nacional, os principais aspectos da cadeia de custódia, o que nos leva a refletir sobre a real necessidade de se trazer o tema para dentro do Código de Processo Penal.

É oportuno registrar, ainda, que a lei em comento trouxe para o Código de Processo Penal praticamente todas as disposições já constantes da Portaria 82, de 2014, do Ministério da Justiça, quase que *ipsis litteris*. O art. 158 do Código de Processo Penal reproduz quase que por completo o texto da portaria mencionada, inclusive com disposições que deveriam, a nosso ver, continuar constando de normativas infralegais, posto que se trata de orientações e procedimentos de caráter geral necessários à execução de leis. Ademais, não obstante ter detalhado o que não era preciso, a lei não cuidou de aspectos importantes, como a instituição de um formulário de cadeia de custódia e, principalmente, não tratou das consequências do descumprimento de suas disposições.

Não nos parece, nessa ordem de ideias, acertado tratar a cadeia de custódia como matéria processual penal, posto que, a uma, já estava perfeitamente regulamentada pelo Ministério da Justiça (tanto que o art. 158 do Código de Processo Penal praticamente reproduz quase todo seu texto), e, a duas, porque o CPP já trazia em si a espinha dorsal da cadeia de custódia em relação aos seus aspectos principais, bastando, apenas, inserir na legislação em comento os aspectos mais gerais do instituto, tais como conceito, início e fim, fases e, no máximo, a necessidade de existência de uma central de custódia. Já detalhamento quanto ao tipo de protocolo, recipiente que irá armazenar o vestígio e suas características, dentre outras orientações de caráter geral necessárias à execução da lei deveriam continuar a cargo da portaria.

Por fim, registre-se que a disciplina da cadeia de custódia no processo penal, antes de ter sido inserida pelo Pacote Anticrime, já fazia parte do Projeto de Lei 8.045/2010 (Projeto de Código de Processo Penal), introduzida por Relatório Parcial do Deputado Rubens Junior, acolhendo proposta do IBCCRIM.¹⁹

Tal projeto,²⁰ com muito mais acerto, continha apenas 3 (três) artigos sobre o instituto, o 169-A, o 169-B e 169-C, que dispunham sobre a cadeia de custódia em seus aspectos gerais, sem descer no nível de detalhamento que o Pacote Anticrime acabou por adotar. Previa, inclusive, no art. 169-A §2º, que a regulamentação da cadeia de custódia seria feita no âmbito administrativo, pelos órgãos policiais e periciais, para adaptá-la aos avanços técnico-científicos.²¹

¹⁹ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 527.

²⁰ Comissão Especial - PL 8045/10 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (PL804510). Apresentação do Parecer do Relator Parcial, PRP 5 PL804510, pelo Dep. Rodrigo Pacheco. Disponível em: <https://bit.ly/31O7ahq>. Acesso em: 21 jun. 2020.

²¹ Sobre essa questão, como ponderou Gustavo Badaró, antes da inserção do tema na nossa legislação: “não há que se exigir que o legislador estabeleça no Código de Processo Penal uma disciplina específica sobre os elementos a serem documentados na cadeia de custódia de cada uma das possíveis fontes de provas reais que poderão interessar ao processo. Principalmente no caso de provas periciais, em que os avanços da prova científica têm sido constantes, seria algo praticamente impossível. O tema “prova científica” deve ser tratado não apenas pelo Direito, mas pela própria ciência, estabelecendo os seus métodos e padrões para a produção da prova científica. Contudo, é absolutamente fundamental que a lei processual estabeleça regras gerais e padrões mínimos do conteúdo de documentação de toda cadeia de custódia e as consequências processuais de seu desrespeito, sejam em termos de admissibilidade, seja quanto à valoração do meio de prova dela correspondente”. BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 527.

2. Finalidade da cadeia de custódia

Neste tópico abordaremos a finalidade da cadeia de custódia.

Para Gustavo Badaró, o procedimento de documentação da cadeia de custódia tem como objetivo assegurar a autenticidade e a integridade da fonte de prova”.²² A *autenticidade* garante que a prova é genuína, autêntica. Por ela, é assegurado que a prova em exame no processo é a mesma que foi coletada no início das investigações. Já a *integridade*, segundo o autor, é a garantia de que a fonte de prova encontra-se inteira e não sofreu alterações em suas características.

O art. 158-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964/19 traz em si o objetivo do instituto. Diz o referido dispositivo que “considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados *para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio (...)*”.

Da própria definição de cadeia de custódia extrai-se, portanto, sua finalidade, qual seja, *rastrear a posse e o manuseio dos vestígios coletados em locais ou vítimas de crime, por intermédio da manutenção e da documentação de sua história cronológica*.

Outro diploma legal que faz referência à finalidade da cadeia de custódia é a Portaria 82/2014 da SENASP, que em seus considerandos dispõe que a cadeia de custódia é “fundamental para garantir a idoneidade e rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial”.

Analisemos, portanto, a finalidade da cadeia de custódia, sob o espectro de suas definições legais e infralegais. São objetivos da cadeia de custódia: a) manter e documentar a história cronológica do vestígio; e b) preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial. Analisemos cada um deles.

2.1 Objetivo de manter e documentar a história cronológica do vestígio

Aqui cabe uma primeira observação: a lei introduz o conceito de “vestígio”. Não se fala em cadeia de custódia de prova, mas sim de cadeia de custódia do *vestígio*.

Vestígio, evidência, indício, elementos de informação e prova não raras vezes são tratados como se fossem sinônimos, mas apresentam conceitos sobremaneira diferentes que aqui vale a pena resgatar. Nesse passo, andou muito bem a Lei 13.964/19 ao introduzir no Código de Processo Penal o conceito de *vestígio*, já que o uso equivocado dos termos citados é recorrente. Não raras vezes, o termo “prova” é utilizado em seu conceito vulgar, como sinônimo de vestígio ou de elemento informativo – nada mais equivocado, posto que, embora guardem alguma relação, a utilização de um conceito no lugar de outro pode levar a equívocos interpretativos.

Vestígio vem definido no art. 158-A §3º como “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”. Esse conceito

²² BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 525.

também foi introduzido pela Lei 13.964/19, que andou bem ao definir o termo, evitando-se o uso da palavra como sinônimo de “indício” ou de “prova”.

Esses vestígios podem ser físicos, químicos, biológicos, reais, virtuais ou telemáticos.

Para Del-Campo, vestígio é “tudo que pode ser encontrado no local do fato e que pode ou não ter relação com a natureza jurídica do evento ou vir a ser utilizado como meio de prova”.²³

O autor apresenta três classificações dos vestígios: quanto ao modo de produção, quanto à percepção e quanto à durabilidade. Quanto ao *modo de produção*, os vestígios podem ser propositais (aqueles deliberadamente deixados no local, como, por exemplo, uma falsa carta de suicídio) ou acidentais (aqueles produzidos involuntariamente pelo agente como pegadas, impressões digitais, pelos); quanto à *percepção*, os vestígios podem ser visíveis (aqueles que podem ser captados diretamente pelo sentidos humanos e sem o auxílio de qualquer artifício ou aparelho, como manchas aparentes de sangue) ou latentes (aqueles que reclamam a utilização de técnicas ou aparelhos especiais para poderem ser observados, como a maioria das impressões digitais). Por fim, os vestígios podem ser classificados quanto à *durabilidade*, como perenes (aqueles que não desaparecem com o tempo), persistentes (aqueles que não reclamam a ação imediata do perito porque permaneceram indelévels por um tempo mais longo) ou fugazes (aqueles que desaparecem com facilidade, reclamando uma atuação imediata do perito).

Deste modo, pode-se concluir que “vestígio” é todo material encontrado na cena do fato que pode ou não ter relação com o delito. Após periciado, esse vestígio pode – ou não – transformar-se em evidência.

Evidência, por seu turno, difere-se de “vestígio” e pode ser conceituada como “o vestígio analisado e depurado, tornando-se uma prova por si só ou em conjunto, para ser utilizada no esclarecimento dos fatos”.²⁴ Deste modo, a evidência é o vestígio que, após analisado, demonstrou ter relação com o fato investigado.

Vestígio e evidência diferem-se, por sua vez, de *prova* e de *elementos de informação*.

Para a propositura da ação penal, será, sempre, imprescindível uma investigação criminal, seja na forma de inquérito policial, termo circunstanciado, peças de informações, ou mesmo de procedimentos investigatórios criminais (P.I.C.) no âmbito interno do Ministério Público, com a finalidade de obtenção de *elementos informativos* pautados por princípios diversos daqueles aplicados em sede de ação penal.

Os *elementos informativos*, como regra, são obtidos, apreendidos, avaliados, periciados, preservados, entre outras providências, por agentes responsáveis pelas investigações. Essa fase, sem dúvida, como regra, fica a cargo do Estado por meio de órgãos estatais.

Na obtenção dos elementos informativos, notadamente nos crimes que deixam vestígios, há que se ter a definição do que se deve compreender por *fonte e meio de prova*.

Fonte é exatamente de onde se extraem informações sensíveis sobre determinado fato tido por relevante no campo penal. É, em síntese, a pessoa, o local, a coisa,

²³ DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. *Exame e levantamento técnico pericial de locais de interesse à justiça criminal: abordagem descritiva e crítica*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://bit.ly/31QylmG>. Acesso em: 15 jun. 2020.

²⁴ VELHO, Jesus Antônio; GEISER, Gustavo Caminoto; ESPINDULA, Alberi. *Ciências forenses: uma introdução às principais áreas da criminalística moderna*. São Paulo: Millennium, 2012. p. 11.

uma conversa (na hipótese de gravação ou interceptação), de onde serão extraídas informações, que em última análise denominamos *elementos informativos*.

O corpo de uma pessoa que veio a óbito decorrente de ato violento, a título de exemplo, é fonte de prova. Do corpo, já em óbito, serão extraídas informações relevantes: houve morte? Qual a causa? Qual a natureza do instrumento utilizado para alcançar o óbito?, entre outros aspectos.

Havendo um furto mediante arrombamento, do local poderão ser extraídos diversos elementos que sejam utilizados como instrumentos de convicção.

Entende-se por meio de prova os elementos extraídos da fonte agora materializados em exame de corpo de delito ou laudo pericial; em síntese, *meio de prova* é a fonte materializada no papel por meio de laudo ou exame de corpo de delito.

O meio de prova deve retratar fielmente a fonte; deve ser um espelho da fonte.

Daí a importância da cadeia de custódia das provas: preservação da fonte para que se possa fiscalizar se os elementos ali obtidos foram coletados de forma adequada, sem eventual modificação dolosa ou culposa.

Reforce-se a ideia de que os exames de corpo de delito e as perícias em geral são feitas, como regra, fora do processo (da ação) e por órgãos de Estado, e estão sujeitos ao contraditório diferido. Como regra, também, são produzidos uma única vez dada a natureza jurídica da irrepetibilidade. É imperioso, portanto, uma cautela mais rigorosa com tais elementos.

A cadeia de custódia permite um rastreamento fiscalizatório pelas partes. Por intermédio dela, garante-se a confiabilidade do resultado da prova.

2.2 Objetivo de preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial

Tomemos o exemplo de coleta de uma amostra biológica no local do crime: o registro de seu formato, o tamanho da amostra de sangue, o local onde foi encontrada, a exibição de fotografias deste encontro, a coleta da amostra com técnica e materiais específicos, o acondicionamento em embalagem oficial adequada, a lacração da amostra e a anotação do número do lacre – todas essas e outras informações pertinentes à cadeia de custódia garantem a fiabilidade, a higidez do elemento probatório, permitindo a rastreabilidade de sua posse e o manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Como destacado por Aury Lopes Júnior,

o cuidado é necessário e justificado: quer se impedir a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta. Mas o fundamento vai além: não se limita a perquirir a boa ou má-fé dos agentes policiais/estatais que manusearam a prova. Não se trata nem de presumir a boa-fé, nem a má-fé, mas sim de objetivamente definir um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente.²⁵

²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 410.

Eventual inadequação no manuseio e na preservação da fonte de prova pode levar a confecção do exame de corpo de delito ou perícia com conteúdo não correspondentes a realidade do ocorrido. Tal fato poderá levar o juiz a erro. Ainda que se valha do sistema do livre convencimento motivado, se o juiz togado formar sua convicção por meio de exame ou perícia elaborado com elementos informativos não correspondentes à fonte, poderá o juiz ser induzido a proferir uma decisão ou sentença injusta.

No campo da cadeia de custódia das provas, Geraldo Prado “nos traz como exigência dos princípios da mesmidade e da desconfiança”.²⁶ Por mesmidade, em similaridade à forma empregada na língua espanhola, que não tem correspondente em português, entende-se a garantia de que a prova valorada é integral e exatamente aquela que foi colhida, correspondendo, portanto, “a mesma”. Como sugere Aury Lopes Júnior,

*a desconfiança (decorrência salutar em democracia, onde se desconfia do Poder, que precisa ser legitimado sempre) consiste na exigência de que a prova (documentos, DNA, áudios etc.) deve ser acreditada e submetida a um procedimento que demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser.*²⁷

E a “desconfiança”, também como colocada pelo autor, decorre do fato de que a investigação dos elementos informativos, como regra, está nas mãos do Estado responsável pela persecução criminal investigatória.

Além disso, como dito, a cadeia de custódia das provas garante uma eventual fiscalização pelas partes sobre a integralidade da prova, vale dizer, se a fonte foi analisada e preservada na sua inteireza.

Terá, pois, de responder a essas perguntas: qual ordem de passagem da evidência? Passou pelas mãos de quem? Quando? Onde? Como? Quem abriu o lacre? Quem o rompeu? Quem o lacrou novamente? Por quê? Quando, como e por quem esses itens foram manipulados, coletados, transportados?

Todas essas perguntas, à semelhança de um *log de dados*, conferem *transparência* e *confiabilidade* na produção da prova pericial. Um log de dados é um arquivo de texto gerado por um *software* para descrever eventos sobre seu funcionamento, utilização por usuários ou integração com outros sistemas.²⁸ Assim, o funcionamento da cadeia de custódia é similar a um log de dados: descreve os eventos que ocorreram com o vestígio, como se comportaram quando colocados com reagentes, por exemplo, e sua interação com outras instituições (quando chegou na unidade oficial de perícia, quando saiu, para onde foi remetido, quem o recebeu etc.).

Tem, enfim, o objetivo de demonstrar que aquela prova está, de fato, relacionada adequadamente com aquele vestígio coletado, bem como ao fato criminoso que se está julgando.

Desde o momento em que um vestígio é coletado até o momento de seu descarte, deve haver a possibilidade de demonstração, caso necessário, de que aquela evidência

²⁶ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 94.

²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 411.

²⁸ STRONG SECURITY. *Você sabe o que é log de dados? Entenda sua importância*. Disponível em: <https://bit.ly/34BBqhp>. Acesso em: 17 jun. 2020.

estava na custódia física de uma pessoa perfeitamente identificada e com autorização legal para portá-la e/ou manipulá-la.²⁹ Os itens são comumente armazenados e manipulados por diferentes pessoas: o perito que recolhe o material, o perito que procede à análise, o agente que a transporta, o servidor que a armazena etc.

Todas as mudanças na posse, na manipulação e na análise por diferentes pessoas devem estar anotadas para que se reconstitua a cadeia de custódia em caso de necessidade.

A cadeia de custódia das provas estabelece procedimento concatenado, com as exigências ali relacionadas, que permite às partes fiscalizarem e avaliarem como se deu a avaliação da fonte de prova e seu consectário exame de corpo de delito ou perícia.

É imperiosa, também, a avaliação sobre as consequências da quebra da cadeia de custódia das provas, o que se verá em unidade própria.

3. Etapas da cadeia de custódia

O conceito legal de cadeia de custódia a define como o “conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio”.

A cadeia de custódia inicia-se com o reconhecimento do vestígio até o seu descarte final, ou seja, quando não mais interessar para o processo. Uma primeira observação que cumpre ser feita aqui é que a cadeia de custódia não se exaure com a prolação da sentença, mas tão somente com o reconhecimento de que aquele vestígio não apresenta mais qualquer relevância ou interesse probatório. Ou seja, a cadeia de custódia é um processo dinâmico e interinstitucional, que vai desde a primeira etapa, o reconhecimento, que pode se dar por qualquer agente público, como um perito ou por um policial, por exemplo, até o descarte, ou seja, quando houver uma decisão de uma autoridade reconhecendo que aquele vestígio não mais interessa ao processo e pode, portanto, ser eliminado.

Vejamos quais são as etapas deste conjunto de procedimentos, previstas no art. 158-B do Código de Processo Penal. Registre-se que quase todas elas já se encontravam previstas na Portaria 82/2014 da SENASP.

A primeira delas é o *reconhecimento*, definido como o ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial (art. 158-B, I, CPP). Trata-se da primeira etapa da cadeia de custódia, que se inicia quando o agente público,³⁰ civil ou militar, *reconhece*, vislumbra, em um elemento qualquer, a possibilidade de que ele venha a ser útil para a produção da prova pericial. Esse agente público que detecta tal elemento fica responsável pela sua preservação.⁵ É desse agente a responsabilidade inicial pela preservação do vestígio.

A partir da constatação da existência de elementos de interesse para a produção da prova pericial, é necessário providenciar o *isolamento* do local, com a finalidade de se evitar que se alterem o estado das coisas (art. 158-B, II, CPP). Não obstante o registro feito, no sentido de que praticamente todas as etapas da cadeia de custódia já estavam definidas na Portaria 82 da SENASP, essa é a única etapa da cadeia de custódia

²⁹ *Manipular* aqui é utilizado com seu sentido técnico-científico, qual seja, manejar, analisar, e não no sentido vulgar (provocar o falseamento da realidade; adulterar, falsear).

³⁰ Nesse caso, “agente público” deve ser entendido como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública”. Tal definição tem origem na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), em seu art. 2º.

introduzida pelo Pacote Anticrime que não constava do referido ato normativo. O isolamento, no entanto, já se encontrava previsto no art. 6º, I do CPP, ao ditar que logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá se dirigir ao local, *providenciando-se para que não se alterem o estado e a conservação das coisas* até a chegada dos peritos criminais. Esse ato, previsto no CPP, nada mais é do que o isolamento, uma das etapas introduzidas pela Lei 13.964/19.

A próxima etapa é a *fixação*, ou seja, a descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames. A fixação pode ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, e é indispensável a sua descrição no laudo pericial (art. 158-B, III, CPP).

Após a fixação, procede-se à *coleta*, que é o ato de recolher o vestígio que será submetido à análise criminal. Nesta etapa, o agente público, normalmente o perito, deve estar atento quanto à necessidade de observar as características e a natureza do vestígio.

Outra fase da cadeia de custódia é o *acondicionamento*, definido como o procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento. Nesse passo, vale trazer à colação o art. 158-D do Código de Processo Penal, que determina algumas regras para o acondicionamento: o recipiente que irá acondicionar o vestígio deve ser determinado pela natureza do material; além disso, todos devem ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. Ademais, o recipiente deve preservar as características do vestígio, de sorte que impeça qualquer contaminação e vazamento, bem como ter grau de resistência e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

O *transporte* também mereceu atenção da legislação processual: foi definido como o ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse.

A próxima etapa é o *recebimento*. Trata-se do ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e à unidade de polícia judiciária relacionada, ao local de origem, ao nome de quem transportou o vestígio, ao código do rastreamento, à natureza do exame, ao tipo do vestígio, ao protocolo, à assinatura e à identificação de quem o recebeu.

Já o *processamento* é o exame pericial em si, ou seja, a manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, de modo que o resultado dessa etapa seja formalizado em laudo produzido pelo perito.

Após o exame pericial em si, o vestígio passa pelo *armazenamento*, ou seja, procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado.

Por fim, a última etapa da cadeia de custódia é o *descarte*, ou seja, a liberação do vestígio, o que, por vezes, há que se proceder mediante autorização judicial (ex. autorização para incinerar entorpecentes apreendidos). O descarte se dá com o esgotamento do interesse do Estado na preservação do vestígio.

Como se percebe, a documentação da cadeia de custódia deve ser capaz de suportar contestações legais (fundadas, como veremos mais adiante) sobre a autenticidade das

operações sucessivas ocorridas entre a coleta do vestígio e seu descarte final.³¹ Deve, pois, conter as circunstâncias de coleta, como foi o armazenamento, dados do transporte, de manipulação, de recebimento etc. em cada elo dessa cadeia.

4. Cadeia de custódia de material digital

O art. 158-A do Código de Processo Penal define a cadeia de custódia como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes (...)” (grifo nosso).

Da leitura da definição legal da cadeia de custódia, poderia surgir a dúvida: ela se aplica à coleta de prova digital?

Em um primeiro momento, poder-se-ia cogitar que não, já que o texto da lei fala sobre o vestígio coletado em locais de crime ou em vítimas de crime. Não haveria, portanto, pelo texto de lei, imposição da cadeia de custódia para a coleta de prova digital.

Contudo, uma interpretação sistemática do instituto não permite que cheguemos a esta conclusão.

Isso porque a evidência digital, caso não coletada com as cautelas devidas, é mais suscetível de adulteração que os vestígios físicos, de modo que é fundamental a adoção de procedimentos que garantam a proteção e fidedignidade das informações.³² A evidência digital pode estar em dispositivos de armazenamento, aparelho celular ou mesmo trafegando em rede. Os métodos de coleta, manipulação e análise, pois, devem estar atentos a todas as especificidades da prova digital.

Michele Taruffo pontua que a questão da confiabilidade das “provas informáticas” foi resolvida, em países da *Common Law*, da seguinte forma: quando a autenticidade ou confiabilidade dessas provas for contestada, haverá que se provar que o equipamento utilizado foi o adequado, que o processo para aquisição da evidência foi executado de maneira correta e que o programa funcionou adequadamente.

Deste modo, a cadeia de custódia das provas digitais ganha contornos ainda mais relevantes.

Inicialmente, é fundamental que a coleta seja rápida. Não raras vezes, evidências incontestáveis e de significativo relevo podem ser encontradas no entorno digital. Não raras vezes também, existem meios remotos que podem ser usados para eliminar ou mascarar esses vestígios. Por exemplo, um celular apreendido pode trazer uma miríade de informações, muitas delas armazenadas em nuvem, acessíveis a partir do próprio dispositivo apreendido ou de qualquer outro local. Se a coleta não for rápida, o investigado pode apagar a distância diversos elementos de relevo para a investigação.

Os dispositivos apreendidos apresentam características de fragilidade e sensibilidade ao tempo de vida e de uso. Também por esse motivo, a agilidade na extração de dados é fundamental. A preservação desses dispositivos é, portanto, a garantia de que as informações permanecem inalteradas.

³¹ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 523.

³² CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodium, 2020. p. 180.

Os peritos forenses devem realizar uma cópia fiel e segura – em procedimento denominado “espelhamento” – dos dados contidos no dispositivo original, para que nesta cópia é que sejam realizadas as análises, garantindo-se que se mantenha inalterada a fonte original de dados.³³ Para tanto, embora não seja um imperativo legal, mas um mandamento de boas práticas na esfera pericial, o perito forense utiliza-se de bloqueadores de escrita (para evitar, por exemplo, a inclusão até mesmo acidental de um simples caractere no dispositivo), e de códigos matemáticos, denominados *hashes*, que analisam determinado dado *byte a byte*, gerando um código de forma única que só aquele arquivo terá. Se nesse arquivo apenas um único *bit* for alterado, a *hash* gerada será outra.³⁴

Todas essas etapas devem, também, ser formalizadas, para que, *caso necessário*, seja reconstruída a história cronológica do vestígio mediante a prova da cadeia de custódia.

Vale repisar aqui que a SENASP editou POPs para uniformizar diversos tipos de perícias técnicas, inclusive as de informática forense. Também a ABNT 27037 trata da descrição dos procedimentos necessários para garantir a de cadeia de custódia de evidências digitais, definindo aspectos básicos no manuseio da evidência digital: auditabilidade, justificabilidade, repetibilidade ou reprodutibilidade.³⁵

5. A prova da cadeia de custódia é necessária?

Nesse passo, é imperioso indagar se é necessário haver prova da cadeia de custódia ou se há uma presunção (relativa) de legitimidade destes atos, diante do princípio da boa-fé e da regularidade da prova.

Geraldo Prado, invocando Robert A. Doran, sustenta que a acusação deve produzir prova da cadeia de custódia: “a cadeia de custódia é um processo usado para manter e documentar a história cronológica da evidência. Este processo deve resultar num produto: a documentação formal do processo”.³⁶ O autor sustenta que *a prova da cadeia de custódia da prova* é escorada no princípio da desconfiança,³⁷ ou seja, no direito da defesa de rastrear as fontes de prova,³⁸ e se trata de verdadeira prova sobre a prova:

Relativamente ao controle da fiabilidade da prova isso se torna possível com o deslocamento do campo da valoração - porque apenas

³³ DA SILVA ELEUTÉRIO, Pedro Monteiro; MACHADO, Marcio Pereira. *Desvendando a computação forense*. São Paulo: Novatec, 2019.

³⁴ Vinicius Machado de Oliveira esclarece que “de maneira a garantir a integridade da evidência, a norma recomenda o uso da função de *hash*, uma vez que a *hash* é considerada uma impressão digital eletrônica do dado coletado, usadas na computação forense para comprovar se determinada cópia de um arquivo ou se determinada versão de um arquivo bate com a versão original. Serve para averiguar a veracidade de uma evidência. Se ela é ou não autêntica. Se foi ou não alterada”. DE OLIVEIRA, Vinicius Machado. Função de Hash em Forense Digital. TIForense. 20 fev. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3kC1NcB>. Acesso em: 26 jun. 2020.

³⁵ PARODI, Lorenzo. *A cadeia de custódia da prova digital à luz da Lei 13.964/19 (Lei anticrime)*. Disponível em: <https://bit.ly/3ouY5nH>. Acesso em: 26 jun. 2020.

³⁶ PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 104.

³⁷ Pontua Geraldo Prado sobre o princípio da desconfiança: “*Foram alterados elementos probatórios ou dados essenciais? Foram suprimidos elementos essenciais? Foram acrescentados, artificialmente, elementos relevantes que haviam sido ilicitamente obtidos e, portanto, fazia-se necessário ocultar a fonte verdadeira? Perguntas sem resposta satisfatória no âmbito da investigação em curso que servem somente para reforçar o denominado ‘princípio da desconfiança’, consagrado também no direito norte-americano’*”. *Ib.*, p. 99.

³⁸ *Ib.*, p. 90.

podem ser avaliadas as provas obtidas licitamente e praticadas de maneira adequada - para o da fiabilidade, que implicará no exercício de uma “prova sobre a prova”, isto é, na comprovação (demonstração) da correção do procedimento de obtenção e preservação dos elementos probatórios.

Deltan Martinazzo Dallagnol e Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara, noutro eito, lembram que a prova da cadeia de custódia da prova consiste na “reconstrução cronológica da corrente histórica da posse de uma dada prova, retratando-a desde sua geração até seu aporte aos autos, expondo cada um dos elos dessa corrente (...)”.³⁹

Os autores relatam que em arrazoados forenses não raras vezes se deparam com alegações sobre ausência ou insuficiência da prova da cadeia de custódia da prova. Tais arrazoados partem do pressuposto equivocado de que sempre será necessário produzir prova da cadeia de custódia, o que não é verdadeiro e/ou possível por várias razões.

Uma delas é porque há uma presunção relativa de regularidade da prova. Mesmo nos Estados Unidos da América, de onde se importou o instituto, prevalece o entendimento de que se um elemento de prova estava custodiado por uma instância oficial do governo, “há uma presunção de regularidade da evidência e de que o funcionário público se desincumbiu com êxito seu dever legal de guardá-la sem permitir seu indevido manejo”.⁴⁰ Ademais, a cadeia de custódia é apenas *uma* das maneiras de autenticar uma evidência, havendo também outras diversas possibilidades de autenticação. Deste modo, nem sempre a prova da cadeia de custódia lá é necessária.

Outra razão apontada pelos autores citados é porque a prova da cadeia de custódia da prova é uma metaprova, ou prova de segundo grau, ou seja, é uma prova acerca da atividade probatória. Por esse raciocínio, a metaprova não deixa de ser uma prova, o que exigiria outra prova – e assim sucessivamente, desembocando no problema do regresso infinito de passaria a existir sobre a atividade probatória.

Por essas e outras razões, os autores sustentam, com acerto, a nosso ver, que não cabe à acusação apresentar sempre e em todos os casos a prova de cadeia de custódia da prova. Para que o valor da prova seja relativizado e seja apresentada uma contra-prova da acusação que demonstre a documentação detalhada da cadeia de custódia é necessário que a defesa apresente indicações mínimas de adulteração, manipulação ou contaminação da evidência.⁴¹

Some-se a esses argumentos o fato de que, caso se entendesse como necessária a prova cabal de toda a cadeia de custódia do vestígio, o esforço probatório se deslocaria do cerne dos fatos para a periferia, sobrepondo-se a forma ao conteúdo.

Isso porque, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América, onde há um formulário da cadeia de custódia (*chain of custody form*),⁴² aqui no Brasil a legislação brasileira, que pecou ao detalhar demais vários passos que deveriam ser esmiuçados

³⁹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova: a prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 530.

⁴⁰ MULLER; KIRKPATRICK *apud* DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova: a prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 542.

⁴¹ *Ib.*, p. 549.

⁴² FORTUNA, Andrea. *Digital forensic: The Chain of Custody*. 9 abr. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3e3rQHn>. Acesso em: 27 jun. 2020.

pelas unidades de perícia, justamente perdeu a oportunidade de instituir a obrigatoriedade de tal documento. A exigência de um formulário de cadeia de custódia serviria para a reconstrução da história cronológica do vestígio de maneira mais rápida e segura. Seria preenchido pelo agente público que primeiro tomou contato com o vestígio e o acompanharia até o descarte, em todas as instituições pelas quais passasse.

Agora, imaginemos que tenha que se reconstituir a história cronológica do vestígio em todas as ações penais. Lembremos que no Brasil não existe obrigatoriedade do formulário e que as informações da cadeia de custódia estão esparsas e normalmente não constam dos autos de investigação no nível de detalhamento que foi exigido pela lei.

Tomemos, por exemplo, um caso de homicídio. O agente público que primeiro tomou contato com o(s) vestígio(s) do local até pode ser rotineiramente identificado, mas o nome do agente que transportou o vestígio, o nome do agente público que recebeu o vestígio na unidade de perícia e outras informações normalmente não constam no caderno investigatório. São informações hoje exigidas pela lei que podem ser reconstituídas a partir da expedição de ofícios às unidades policiais, ao instituto de criminalística e a outros órgãos que tiveram contato com o vestígio (posto que tais informes estão lá custodiados), mas exigindo-se um esforço muitas vezes inútil e burocrático dos órgãos públicos envolvidos.

Caso entendêssemos que a prova da cadeia de custódia fosse necessária em toda e qualquer espécie de ação penal, independentemente de qualquer mácula levantada sobre ela, imagine-se o esforço do Poder Judiciário na expedição de ofícios a tais organismos para uma reconstrução da história cronológica do vestígio que não teria qualquer repercussão prática.

No mais, a esses argumentos some-se agora o fato de que sobreveio disposição legal sobre a cadeia de custódia, fixando parâmetros e diretrizes, mas em momento algum a lei **exigiu** que houvesse prova da cadeia de custódia da prova.

Em obra sobre provas em processos penais na qual analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal, do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Salud de Aguilar Gualda afirma que apesar de existirem regras sobre a cadeia de custódia, o que é importante para garantir a "mesmidade" da prova, há, no entanto, uma presunção de que a prova que foi coletada pelo juiz, perito ou pela polícia guarda uma correspondência com a evidência apresentada em juízo como prova, salvo se existir uma *suspeita razoável* de que houve algum tipo de manipulação.⁴³

Ou seja, em países de tradição romano-germânica, a prova da cadeia de custódia não é exigida sempre e em todo e qualquer caso concreto, mas sim quando há uma **suspeita razoável** de que houve alguma irregularidade grave no *iter* percorrido pelo vestígio.

E mais: mesmo nos países da *Common Law*, nos quais a cadeia de custódia é uma das formas de autenticação probatória, não é exigida sempre a prova da cadeia de custódia (por exemplo, quando se tratar de itens infungíveis, como uma arma de fogo). E mesmo quando se tratar de itens fungíveis, em relação aos quais é necessária uma autenticação, a prova da cadeia de custódia exige o *standard* de "*reasonable probability*",⁴⁴ ou seja, o juiz admite a prova quando seja mais provável que ela seja o que o proponente afirma

⁴³ DE AGUILAR GUALDA, Salud. *A prova em processo penal*. Barcelona: Bosch, 2017.

⁴⁴ GIANNELLI, Paul C. Chain of custody. *Faculty Publications*, [online], n. 345, p. 447-465, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/2TEys5n>. Acesso em: 27 jun. 2020.

que ela é.⁴⁵ Trata-se de uma análise superficial, reservando-se ao júri a avaliação final sobre o peso da prova, como deve ser.

Concordamos com o posicionamento no sentido de que se não houver indícios de ilegalidade, tais como manipulação artificiosa, adulteração ou contaminação da evidência, não caberá à acusação a prova acerca da ausência de ilegalidade em relação aos diversos atos praticados no decorrer da investigação e/ou do processo. Não basta, portanto, simples conjecturas, mas indicações mínimas pela defesa sobre em que consistiu a irregularidade para que ecloda a necessidade de demonstração cabal da documentação da cadeia de custódia (prova da cadeia de custódia da prova).

6. Irregularidades na cadeia de custódia e seus efeitos jurídicos

Vimos que a cadeia de custódia, embora já constasse de maneira esparsa no Código de Processo Penal, foi sistematizada pela Lei 13.964/19, o denominado “Pacote Anticrime”.

Caso ocorram irregularidades na cadeia de custódia, quais serão seus efeitos jurídicos? Há de ser fixado, inicialmente, o limite da problemática: havendo quebra da cadeia de custódia, a prova deveria ser tida como ilícita de forma automática, com consequente desentranhamento dos autos? Ou se trata de uma questão de autenticidade, a ser valorada no momento da prolação da sentença?

Inicialmente, cumpre observar que se trata de norma processual genuína, sem qualquer tipo de efeito material, aplicável ao caso o disposto no art. 2º, CPP: “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Os dispositivos sobre a cadeia de custódia das provas são aplicáveis aos fatos praticados a partir de 23 de janeiro de 2020, data em que a lei passou a ter eficácia.

Não há, portanto, que se falar em “quebra” antes de tal data, a não ser que o descumprimento tenha violado normas sobre a cadeia de custódia já anteriormente dispostas no Código de Processo Penal.

É imperiosa, também, a avaliação sobre as consequências de eventual descumprimento de algumas das regras da cadeia de custódia, o que tem se denominado “quebra” da cadeia de custódia das provas, ocorridas após a entrada em vigor da nova legislação.

Esse seja, talvez, o aspecto da cadeia de custódia que certamente trará as maiores controvérsias doutrinárias. A lei, nesse passo, deixou lacunas. Foi extremamente detalhada em questões que deveriam ser tratadas por portaria, mas se omitiu ao não fixar as consequências processuais para o descumprimento da cadeia de custódia.

Alguns autores sustentam que o descumprimento de quaisquer das regras ali impostas torna a prova inadmissível e até mesmo ilícita; outros sustentam que se trata de caso de nulidade e anulabilidade; enquanto os demais sustentam que é uma questão de autenticidade da prova e a eventual violação deverá ser avaliada caso a caso, sendo uma questão de peso, e não de validade. Em síntese, em tese, duas grandes soluções são possíveis: compreender a prova como ilegítima, não podendo ser admitida no processo, ou superar a questão da admissibilidade da prova e sanar a questão da irregularidade na questão do

⁴⁵ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova: a prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 553.

peso, dando menor valor àquele meio que foi produzido com alguma violação às regras da cadeia de custódia.⁴⁶

Vejam alguns desses posicionamentos.

Aury Lopes Júnior formula a questão: “qual a consequência da quebra da cadeia de custódia (*break on the chain of custody*)?”. E apresenta a solução segundo sua visão: “sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a prova derivada. É a ‘pena de inutilizabilidade’ consagrada pelo direito italiano”.⁴⁷

No mesmo sentido, Geraldo Prado, que, para justificar seu posicionamento, traz à colação a diferença entre “fiabilidade” e “peso da prova”: “interrogar sobre a fiabilidade de uma prova não é o mesmo que indagar acerca de seu ‘peso’, isto é, de seu valor para a formação do convencimento do juiz”.⁴⁸ Fiabilidade tem relação com controle de entrada da prova no processo. A avaliação da prova e, portanto, seu peso, é posterior. Cronologicamente, a questão da avaliação da prova é posterior à da sua fiabilidade. A fiabilidade consiste em saber se determinado elemento está em condições de ser avaliado e implicará no exercício de uma “prova sobre a prova”, isto é, na comprovação de correção do procedimento de obtenção e preservação dos elementos probatórios. Para o autor, em havendo quebra da cadeia de custódia da prova, impõe-se a exclusão delas dos procedimentos penais.⁴⁹

Já Guilherme de Souza Nucci destaca, com bom senso, que o simples descumprimento da cadeia de custódia não deve gerar nulidade absoluta:

*É preciso frisar que o Brasil é um País continental, de modo que a cadeia de custódia pode ser bem executada no estado mais rico, como o Paraná, mas pode enfrentar muitas dificuldades, até pelas imensas distâncias, em estados como o Amazonas. Portanto, o simples descumprimento da cadeia de custódia não deve gerar nulidade absoluta.*⁵⁰

Na visão de Rogério Sanches Cunha, havendo quebra da cadeia de custódia das provas, “a prova permanece legítima e lícita, podendo ser questionada a sua autenticidade se o valor será maior ou menor quanto mais ou menos se respeitou o procedimento da cadeia de custódia. Não pode ser descartada, mas valorada”.⁵¹ Sustenta o autor que não se deve confundir a desobservância de alguns procedimentos da cadeia de custódia com prova ilegal: “a prova custodiada é legal, pois do contrário sequer mereceria ser guardada”. A eventual mácula não interfere na legalidade da prova, mas sim no seu peso, na sua qualidade.

Para Deltan Martinazzo Dallagnol e Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara, a ausência de prova da cadeia de custódia é questão de peso, e não de validade da prova:

⁴⁶ *Ib.*, p. 532.

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14; ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 414.

⁴⁸ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 87.

⁴⁹ *Ib.*, p. 124.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 71.

⁵¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 180.

*O rompimento na demonstração da cadeia de custódia em uma ou mais das suas conexões (links), ainda que gere lacunas, não ensejará no Brasil, jamais, a inadmissibilidade da prova, mas deverá ser objeto de análise no âmbito da valoração do peso daquela prova, ou, mais tecnicamente, do peso da hipótese que é suportado por aquela hipótese.*⁵²

Gustavo Badaró, por sua vez, constata que a existência de vícios na cadeia de custódia não implica necessariamente em sua ilicitude, principalmente no caso em que “haja apenas omissões ou irregularidades leves, sem que haja indicativos concretos de que a fonte de prova possa ter sido modificada, adulterada ou substituída”,⁵³ devendo o problema ser resolvido no momento da valoração da prova, incumbindo ao julgador esta análise.

As posições dos eminentes autores quanto à solução da quebra da cadeia de custódia, como se vê, são frontalmente contrárias, inclinando-se a doutrina majoritária no sentido de que eventuais vícios na cadeia de custódia não acarretam, de plano e por si só, a inadmissibilidade ou a nulidade da prova.

É, a nosso ver, a interpretação mais adequada. Isso porque eventual defeito ou irregularidade na cadeia de custódia é uma questão de autenticidade, que trará consequências no peso da prova, a ser valorado pelo juiz quando da prolação de sua decisão. Inicialmente, não vemos motivo para se adjetivar eventual quebra como “nulidade” ou como “prova ilícita”, conforme anotado por Guilherme de Souza Nucci e Rogério Sanches Cunha.

A ocorrência de irregularidades, principalmente se simples e isoladas, não podem levar ao descarte automático da prova.

É necessária a apuração, em concreto, se, ainda que detectada a ocorrência de irregularidades formais, houve implicação concreta na prestabilidade ou não da fonte e do meio de prova, com comprometimento da credibilidade do meio de prova.

Exemplifica-se a questão.

Imagine-se um crime de homicídio onde se deu a apreensão, logo após o delito, da arma com três projéteis deflagrados e três intactos. Por qualquer razão, no momento da perícia da arma, o perito relata no laudo que a arma foi levada a efeito para fim de perícia com o lacre rompido e desprovido dos respectivos projéteis. Atesta o *expert* que a arma era apta para os disparos. Indaga-se, se a defesa do acusado segue a tese única de legítima defesa, admitindo a autoria exclusiva do fato perante o juízo, qual a repercussão jurídica das informações do perito na solução jurídica do fato? Nenhuma.

Assim, ainda que violado um ou alguns dos atos integrantes da cadeia de custódia de provas, há que se perquirir se presente o requisito da prestabilidade (se é prestável) e deve permanecer nos autos.

No exemplo, observa-se uma irregularidade formal, sem repercussão no aspecto material, razão pela qual deve ser mantida a prova integrada nos autos.

Em outra hipótese, imagine-se a apreensão de um equipamento de telefonia celular em poder do investigado que pode elucidar a prática da infração penal. O equipamento

⁵² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *A cadeia de custódia da prova: a prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 552.

⁵³ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 535.

foi regularmente reconhecido. Houve coleta e acondicionamento adequado, segundo todas as regras sobre a cadeia de custódia. Ocorre que o motorista que transportava o equipamento deixa cair a embalagem ao chão, o que ocasionou a ruptura do vidro do respectivo aparelho.

Oras, houve uma falha no transporte do vestígio, e não se logrou êxito em garantir a manutenção das características originais da evidência coletada (do aparelho apreendido).

Não obstante, tal fato foi descrito pelo agente público que transportou o bem, em certidão, e o equipamento foi encaminhado à perícia. Não houve qualquer omissão de tal circunstância. Apesar da quebra do vidro, os peritos forenses puderam extrair todos os dados do telefone, e tal fato constou do laudo pericial expedido. O vidro quebrado em nada comprometeu o espelhamento forense, de maneira segura, daquele equipamento.

Não nos parece que uma falha no transporte, no caso citado, tenha o condão de gerar a inadmissibilidade da prova. É óbvio que cabe a responsabilização do agente público desidioso, mas não há que se excluir a prova por uma simples falha sem qualquer repercussão no cerne da prova pericial.

Em caso de dúvida quanto à repercussão de uma irregularidade ocorrida na cadeia de custódia para a análise da prova, cabe ao perito esclarecer, por analogia ao art. 169, parágrafo único do Código de Processo Penal, espontaneamente ou por provocação, as consequências das alterações do estado das coisas na dinâmica dos fatos.

Ou seja, o perito pode ser chamado a esclarecer, por exemplo, sobre qual a repercussão técnica da quebra de um vidro de telefone celular para a aquisição de uma cópia forense do aparelho ou qualquer outra repercussão da falha da cadeia de custódia na análise do vestígio.

Vejamos agora como o direito estrangeiro – posto que o instituto foi importado para o nosso sistema – lida com as consequências jurídicas da violação da cadeia de custódia.

Os paradigmas americano e espanhol merecem ser destacados porque representam a influência dos modelos, respectivamente, dos sistemas da *Common Law* e romano-germânico.

Poder-se-ia imaginar que nos países da *Common Law*, que estabelecem a cadeia de custódia como um dos meios de autenticação da prova, qualquer falha nos *links* do procedimento ocasionariam a inadmissibilidade da prova. Nada mais falacioso, no entanto.

Como esclarece Paul Gianelli, “em última análise, a cadeia de custódia de uma evidência apresentada pela acusação deve ser adequada – não infalível”.⁵⁴ Ou seja, em alguns casos, os elos da cadeia de custódia podem estar oxidados, mas não perdidos. Nesse caso, não há que se falar em inadmissibilidade da prova. O autor cita um caso no qual a defesa logrou êxito em demonstrar certa negligência na cadeia de custódia, lamentável em um laboratório forense. No entanto, o resultado final sobre a aceitabilidade ou não da prova, diante de uma irregularidade na cadeia de custódia, depende de quais inferências podemos tirar dessas circunstâncias, ou seja, **quais foram as consequências dessa irregularidade na prova em si.**

Paul Gianelli também esclarece que para atender às regras do ônus da prova, a acusação não precisa provar que foram eliminadas todas as possibilidades de substituição, alteração ou adulteração da prova. A mera possibilidade de quebra da cadeia de

⁵⁴ GIANNELLI, Paul C. *Chain of custody*. Faculty Publications, [online], n. 345, p. 447-465, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/2TEys5n>. Acesso em: 27 jun. 2020. p. 461.

custódia não torna a prova inadmissível, mas repercute na questão do peso da prova, que será valorado pelo júri. Deste modo, discrepâncias na cadeia de custódia como peso, número, data ou etiquetagem da evidência não resultarão sempre em exclusão da prova.⁵⁵

Assim, como se viu, mesmo nos países da *Common Law*, onde a prova da cadeia de custódia é um dos meios para demonstrar a autenticidade da evidência, não há que se falar em inadmissibilidade da prova por simples irregularidades na cadeia de custódia, remetendo-se a questão ao júri.

Vejam agora como as irregularidades na cadeia de custódia são tratadas em países de tradição romano-germânica. Neles, a tendência de que as irregularidades mais simples verificadas na cadeia de custódia não sejam capazes de gerar, por si sós, a imprestabilidade da prova é ainda mais visível.

Analisemos o caso da Espanha. Lá também muito se discutiu acerca das consequências de violação da cadeia de custódia até se consolidar o entendimento que eventuais irregulares configuram uma prova irregular, e não necessariamente ilícita. Andréa Giménez-Salinas Framis explica que a jurisprudência começou com posições ambivalentes sobre o tema.⁵¹ Uma análise de decisões do Supremo Tribunal espanhol permite encontrar sentenças absolutórias fundamentadas pela ausência de acreditação da cadeia de custódia, mas a posição majoritária atual considera que eventuais irregularidades na cadeia de custódia acarretam uma prova irregular – e não ilícita –, devendo-se, neste caso, observar-se a natureza, a gravidade e a acumulação de irregularidades e, sobretudo, a (im)possibilidade de defesa delas resultante.

Marta del Pozo Pérez, em texto que explica o tratamento jurisprudencial da cadeia de custódia no direito espanhol, explica que segundo a jurisprudência espanhola, deve-se provar a ruptura da cadeia de custódia – e essa prova incumbe a quem invocar a quebra para evitar a eficácia pela prova que consta do processo.⁵⁶ Essa afirmação não se choca com o direito à presunção de inocência (a defesa, em princípio, não tem que provar nada), porque deve fazê-lo para impedir a utilização da prova que levaria à condenação de seu cliente.

Essa necessidade – de provar alguma irregularidade na cadeia de custódia, e não simplesmente *alegar* irregularidades – ocorre porque os atos dos peritos, das autoridades que tomaram contato com a prova, até prova em contrário, são legais e legítimos. Nesse sentido, prossegue a autora, o Tribunal Supremo reconheceu que a presunção de inocência não pode levar à interpretação absurda de que os atos de todos os agentes públicos são ilegais e irregulares:

Considera que não se pode admitir, como na premissa que sustentam os recorrentes, que em princípio, tem-se que admitir que as atuações judiciais e policiais são ilegítimas e irregulares, vulneradoras de direitos fundamentais, enquanto não conste qualquer prova em contrário. Isto suporia o paradoxo de que enquanto tratando-se de acusados presume-se sempre sua inocência, enquanto que no mesmo marco processual, haveria que se presumir uma atuação contrária à Constituição e às leis

⁵⁵ *Ib.*, p. 461.

⁵⁶ DEL POZO PÉREZ, Marta. La cadena de custodia en el derecho español: tratamiento jurisprudencial. In: MÉXICO. Gobierno Federal. *Mecanismos de protección y preservación de evidencia: cadena de custodia*. [S.l.]: SEGOB, 2012. Capítulo V, p. 69. Disponível em: <https://bit.ly/34DgFlm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

*pelos Juizes e Tribunais. Frente a tal premissa, podemos afirmar que nem o direito à presunção de inocência, nem o princípio do “in dubio pro reo”, que devem sempre proteger aos acusados, podem chegar a significar que as atuações das autoridades são, por princípio, ilícitas e ilegítimas. O princípio da presunção de inocência não pode estender sua eficácia até esses absurdos extremos.*⁵⁷

No mais, como esclarece a autora quanto ao Tribunal Supremo da Espanha, a tendência indica que a simples alegação de ruptura da cadeia de custódia, sem qualquer fundamentação ou argumentação no sentido do que especificamente foi a causa da suposta quebra da cadeia de custódia, havendo omissão de explicação acerca das razões pelas quais considera-se que isso ocorreu, sem especificação da causa e impossibilitando o controle da alegação, entende-se que não houve quebra da cadeia de custódia. Não cabe ao tribunal concluir ou reconstruir seu desafio buscando nas ações policiais algo que possa constituir a quebra denunciada, mas não demonstrada.⁵⁸

Em obra sobre provas na qual analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal, do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Salud de Aguilar Gualda constata que as objeções sobre irregularidades na cadeia de custódia são questões de fato que, como tais, estão sujeitas às regras de valoração da prova.⁵⁹ Em outras palavras, não se pode confundir os dois planos: irregularidade nos protocolos estabelecidos como garantia para a cadeia de custódia *não equivale à nulidade*. Quando se comprovam deficiências tais na cadeia de custódia que despertem dúvidas razoáveis, haverá que se prescindir dessa fonte de prova, não porque esses descumprimentos gerem nulidade da prova, mas sim porque sua autenticidade foi questionada. Não se podem confundir os dois planos. Irregularidades nos protocolos estabelecidos para a cadeia de custódia não equivalem à sua nulidade.

Deste modo, como se viu, tanto nos países da *Common Law* como nos países de tradição romano-germânica, eventuais irregularidades isoladas na cadeia de custódia não são suficientes para suplantar a prova da apreciação judicial.

A ruptura da cadeia de custódia não gera, automaticamente e por si só, a inadmissibilidade ou nulidade da prova pericial. Seguindo para a conclusão, parece que a jurisprudência seguirá um caminho bem definido: havendo irregularidades formais, há de se verificar, à luz do caso concreto, se a prestabilidade material ficou comprometida, o que será levado a efeito no momento da valoração da prova.

7. Conclusão

A cadeia de custódia é um conjunto de procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, com o intuito de rastrear sua posse e seu manuseio a partir do reconhecimento (fase inicial) até o descarte (fase final), garantindo-se sua *autenticidade*, ou seja, que a prova apresentada em juízo é exatamente a mesma que a coletada inicialmente.

⁵⁷ *Ib.*, p. 81.

⁵⁸ SSTS 221/2009, de 6 de marzo, 679/2009, de 28 mayo y 266/2010, de 31 de marzo.

⁵⁹ DE AGUILAR GUALDA, Salud. *A prova em processo penal*. Barcelona: Bosch, 2017. p. 114.

Dispositivos processuais anteriores à Lei n. 13.964/19, relacionados neste trabalho, já indicavam a presença da cadeia de custódia das provas em nossa legislação, com a ressalva de que se encontravam no ordenamento jurídico de forma desconcatenada e esparsa.

De fato, a sistematização do instituto se fazia necessária e era, inclusive, uma reivindicação de dirigentes de órgãos periciais como maneira de constituir uma estrutura mínima para atuação das unidades de perícia e uma padronização de procedimentos técnico-científicos.

A Lei 13.964/20, vigente a partir de 23 de janeiro de 2020, estabeleceu de forma sistematizada, concatenada e sequencial todo o regramento sobre a cadeia de custódia das provas, regulamentando o procedimento a ser adotado desde a coleta do vestígio, seja ele físico, químico, biológico, real, virtual ou telemático, até o descarte, permitindo às partes (acusação e defesa), oportunidade para fiscalização de todo esse trajeto, garantindo-se a autenticidade do valor probatório da prova pericial.

Observa-se que a lei praticamente reproduziu o texto da Portaria n. 82, de 2014, do Ministério da Justiça, que estabeleceu diretrizes, em âmbito nacional, sobre procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Provavelmente por esta razão, acabou por detalhar em minúcias diversos procedimentos da cadeia de custódia que deveriam ficar a cargo de regulamentação infralegal. Por outro lado, pecou ao não fixar as consequências do descumprimento das diretrizes do instituto, e também se omitiu ao não instituir a obrigatoriedade de um formulário de cadeia de custódia (como acontece nos países de *Common Law*), o que facilitaria a reconstrução da história cronológica do vestígio que hoje encontra-se em organismos periciais, policiais e judiciários de maneira difusa e não integrada.

A prova da cadeia de custódia não é necessária em toda e qualquer ação penal. “Cadeia de custódia” é diferente de “prova da cadeia de custódia da prova”. No sistema da *Common Law*, de onde o instituto foi importado, exige-se a autenticação das provas, e a prova da cadeia de custódia é apenas uma dessas formas de autenticação, mas não a única. Itens infungíveis, por exemplo, como uma arma fogo, dispensam a demonstração da cadeia de custódia. E mesmo quando se tratar de itens fungíveis (como entorpecentes, por exemplo), em relação aos quais é necessária uma autenticação, a prova da cadeia de custódia tem o *standard* de “*reasonable probability*”, ou seja, trata-se de uma análise superficial, reservando-se ao júri a avaliação final sobre o peso da prova.

Essa tendência é ainda mais marcante nos países de tradição romano-germânica, nos quais a prova da cadeia de custódia não é exigida sempre e em todo e qualquer caso concreto, mas somente quando exista uma **suspeita razoável** de que houve alguma irregularidade no *iter* percorrido pelo vestígio.

Por essas e outras razões, para que o valor da prova seja relativizado e seja apresentada uma contraprova da acusação que demonstre a documentação detalhada da cadeia de custódia, é necessário que a defesa apresente indicações mínimas de adulteração, manipulação ou contaminação da evidência. Se não houver a demonstração desses indícios, não caberá à acusação a prova acerca da ausência de ilegalidade em relação aos diversos atos praticados no decorrer da investigação e/ou do processo.

A lei também não fixou consequências para o descumprimento das regras da cadeia de custódia. A eventual configuração de violação do todo ou de parte do procedimento estabelecido em lei não pode gerar inadmissibilidade automática da prova – isso porque o instrumental agora instituído processualmente deve ser entendido como mecanismo para

averiguação da prestabilidade ou não do meio de prova, e essa conclusão não pode se dar de forma automática, dependendo sempre de uma apreciação à luz do caso concreto.

Tanto nos países de sistema romano-germânico como nos países de *Common Law* o descumprimento de algumas das regras de cadeia de custódia, principalmente se forem atos isolados, não geram automaticamente a exclusão da prova. É imperioso avaliar, portanto, se eventual descumprimento teria comprometido a integridade da prova.

O procedimento agora estabelecido em lei permitirá ao juiz, quando sustentada eventual violação da cadeia de custódia, sopesar a confiabilidade do resultado da prova, e efetuar a verificação da autenticidade segundo seu livre convencimento motivado (art. 155, CPP), tratando-se não de uma questão de admissibilidade, mas sim de valoração probatória.

Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19

Marcos Zilli¹

Juiz substituto em Segundo Grau do TJSP

*O Direito, como viajante, deve
estar pronto para o dia seguinte*
(Benjamim Cardoso)

1. Modelos processuais penais. Acusatório e inquisitório. O que resta da classificação?

O olhar sobre o processo penal a partir de enquadramentos é atividade teórica que reúne, à mesma mesa, vantagens e armadilhas. Se de um lado propicia uma melhor compreensão sobre as diferentes soluções gestadas pelos ordenamentos jurídicos em suas estruturas persecutórias permitindo profícuos diálogos comparados, por outro, carrega o risco da imprecisão metodológica. É que a validade de uma sistematização depende, fundamentalmente, dos parâmetros que são estabelecidos para o desenho dos modelos. A inclusão de diversos elementos de caracterização, sem coesão lógica, compromete o resultado e, portanto, a própria utilidade dos modelos teóricos. A uniformidade na eleição dos critérios é, pois, imprescindível para a validade de um estudo do processo à luz de padrões classificatórios.²

A conhecida dicotomia acusatório/inquisitório³ é exemplo típico de sistematização que vem cercada de imprecisões e reducionismos. Com efeito, tornou-se comum o uso da expressão “processo acusatório” como uma espécie de certificação de qualidade e, portanto, de indicação de um processo penal orientado pelo respeito ao *fair trial*.⁴ Nessa perspectiva, o processo penal acusatório representa uma meta desejável. Na verdade,

¹ Professor Dr. dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Representante brasileiro no Grupo Latino-americano de Estudos de Direito Penal Internacional promovido pela Fundação Konrad Adenauer, Programa Estado de Direito para América Latina.

² ZILLI, Marcos. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 35.

³ Há extensa bibliografia a respeito dos modelos acusatório e inquisitório. Nesse sentido, ver: GARRUAD, René. *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*. Paris: Recueil Sirey, 1907, p.11-22; MITTERMAYER, Carl Joseph A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jachinto Ribeiro dos Santos, 1917, p. 60-95; GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos del processo penal*. Barcelona: Bosch, 1935; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. 4. ed. Torino: Uione Tipografico, 1942. v. 1, p. 3-62; TORNAGHI, Helio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Kofino, 1967. t. 2, p. 558-577; ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Victor Zavalía, 1972. v. 2, p. 71-77; BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 11-14; e MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. v. B, t. 1, p. 206-218.

⁴ Giovanni Leone, por exemplo, para além da separação das atividades de acusar e julgar, faz referência ao contraditório, à paridade de armas, à oralidade e à publicidade. (*Manuale di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1983, p. 8). Riquelme também faz referência à oralidade, ao contraditório e à publicidade (FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Tratado de derecho procesal penal*: tomo I. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 1978, p. 36-37). Romeu Pires de Campos Barros, por sua vez, chama a atenção para o vigor da presunção de inocência no processo acusatório (*Da prisão preventiva compulsória*. Goiânia: [s. n.], 1957, p. 83).

a única em sociedades contemporâneas civilizadas.⁵ Trata-se, assim, de um slogan político.⁶ Por essa mesma perspectiva, o processo penal de matriz inquisitória representaria um modelo indesejado, porquanto incapaz de assegurar o respeito às garantias processuais mais elementares como a presunção de inocência, a paridade de armas, a publicidade e a ampla defesa.

A fórmula, além de reducionista,⁷ não é suficientemente esclarecedora.⁸ De um lado, porque a noção de devido processo não é hermética. Cuida-se de cláusula sujeita a constantes releituras que são próprias dos movimentos políticos e culturais. Assim, a variedade de garantias ligadas ao justo processo, e suas contínuas ressignificações, trazem volatilidade que não é adequada à construção de modelos teóricos do processo penal. A se adotar tal posicionamento haveríamos de estabelecer, então, subcategorias gradativas do processo acusatório, vale dizer, processos mais ou menos acusatórios. Não parece ser um caminho razoável. Por outro lado, certezas consolidadas como a associação do processo inquisitório aos métodos terríveis de gestão de uma pretensa verdade vêm ganhando novos coloridos com o aprofundamento dos estudos. A desconsideração total da figura humana do acusado parece não ter sido absoluta no processo inquisitório.⁹ Tampouco é razoável afirmar-se que a defesa das garantias do justo processo constitua o traço genético do modelo acusatório.

A sistematização acusatório/inquisitório¹⁰ mantém-se útil em uma perspectiva historiográfica do processo penal, especialmente na leitura do ritual de passagem dos ordenamentos da Europa continental após a Revolução Francesa,¹¹ o que contribuiu para a estruturação do que se reconheceu como uma terceira via, nominada de modelo misto.¹²

⁵ ZILLI, Marcos. Non ducor duco: ainda sobre os poderes instrutórios do juiz no processo penal. In: IBCCRIM 25 anos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 217-218.

⁶ Nesse sentido, ver: AROCA, Juan Montero. Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (coord.). *Prueba y proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 17-66.

⁷ O processo acusatório também não permaneceu imune, em sua construção histórica, ao uso de meios irracionais de prova e de tortura. Nesse sentido: LANGBEIN, John. *Torture and the law of proof: Europe and England in the Ancien Regime*. Chicago: Chicago University Press, 1977.

⁸ Nesse sentido, ver: WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 46.

⁹ Nesse sentido: DAMASKA, Mirjan. The quest for due process in the age of inquisition. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 60, n. 4, p. 919-954, 2012.

¹⁰ De se destacar que esta sistematização não se confunde com aquela que contrapõe o sistema adversarial e inquisitorial. Não existe coincidência entre o processo acusatório aqui delineado com o chamado *adversary system*, que é próprio dos ordenamentos anglo-saxônicos. O sistema adversarial funda-se no protagonismo das partes na gestão do processo e da marcha processual. Diferentemente, no processo inquisitorial, o juiz assume um maior controle e protagonismo. Há vasta literatura a respeito. Nesse sentido: LANDSMAN, Stephan. A brief survey of the development of the adversary system. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 44, n. 1, p. 713-739, 1983; LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992, p. 35; DAMASKA, Mirjan. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997; LANGBEIN, John. *The origins of the adversarial criminal trial*. Oxford: OUP, 2003.

¹¹ Grosso modo, o sistema acusatório vigorou durante boa parte da Antiguidade greco-romana e na Idade Média, nos domínios do direito germano. A partir do século XIII, entra em declínio com a supremacia do processo inquisitório pelo direito canônico, vigorando até o século XVIII. Nesse sentido: PESSINA, Enrico. *Storia delle leggi sul procedimento penale*. Napoli: Pirro Pirrone, 1912, p. 7; LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951, p. 6-7; TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 62-77. AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 63-66; MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*, op. cit., p. 218.

¹² Estabelecido pelo Code d'Instruction Criminelle de 1808. A partir de uma fase preliminar secreta com traços inquisitivos, sucedia-se a fase judicial marcada pela oralidade. Ver: ESMEIN, Adhemar. *Histoire de la procédure criminelle en France*. Paris: Larose et Farcel, 1882, p. 539.

Tomando-se esta perspectiva histórica, o núcleo rígido da sistematização repousaria na concentração dos poderes de acusar e de julgar nas mãos do julgador (processo inquisitório) e na divisão daqueles mesmos poderes entre diferentes sujeitos (processo acusatório).¹³

Mais problemática é a compreensão do que se convencionou denominar de processo penal misto. Isso porque a ele atribuiu-se um espaço bastante elástico de consideração. As suas raízes remontam ao modelo francês pós-revolucionário em que a fase investigatória ficava a cargo do *juge d'instruction*.¹⁴ A apuração da *notitia criminis* por um juiz seria, portanto, o traço de permanência inquisitória já que a acusação seria exercida por órgão distinto. O juiz de instrução é, por assim dizer, o herdeiro do juiz inquisidor. Tanto um quanto o outro buscam provas, com o diferencial de que o primeiro não se vale da tortura, mas sim dos sistemas de investigação forense.¹⁵ Com o tempo, as percepções sobre o sistema misto foram ampliadas. A existência de duas fases da persecução, uma investigatória de natureza inquisitiva e outra judicial marcada pelo contraditório das partes, passou a indicar o traço do sistema processual misto.¹⁶ Tal percepção, longe de aclarar, trouxe mais dificuldades. Afinal, o foco do olhar mudou da atuação dos sujeitos do processo para a divisão sobre as características das fases da persecução. De qualquer modo, há quem diga que o sistema processual misto sequer pode ser considerado um novo modelo processual, mas sim uma reforma de sistemas processuais que mantiveram, em sua essência, o caráter inquisitório.¹⁷ Nesse sentido, seria um sistema inquisitório reformado. Esta é, contudo, uma polêmica para outras páginas.

Resta, então, uma pergunta fundamental: qual a atual utilidade da classificação acusatório/inquisitório?

Mais do que a compreensão sobre o passado, o olhar pelas lentes acusatória/inquisitória lança luzes para a compreensão do movimento de transformação histórica de vários ordenamentos rumo à estação acusatória. Cuida-se de movimento que não esgotou a sua força vital com a construção do que se denominou de modelo misto. Em realidade, o movimento mantém a sua energia irradiadora, projetando os seus efeitos em tempos contemporâneos. É que a separação dos poderes de acusar e de julgar entre diferentes

¹³ Como aponta Julio Maier: “La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros”. (MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*, op. cit., p. 207). No mesmo sentido: ARMENTA-DEU, Teresa. Los dos principales sistemas, sus pares y derivaciones acusatorio/adversativo e inquisitivo/mixto. In: ARMENTA-DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y America*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 22; GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 71-79, 1999; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95-96; ZILLI, Marcos. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, op. cit. p. 71.

¹⁴ O Código de Instrução Criminal de 1808 suprimiu o júri de acusação para substituí-lo pelo juiz de instrução o qual foi incumbido de conduzir a investigação escrita e secreta. Ver: VAN RUYMBEKE, Renaud. *Le juge d'instruction*. 4. ed. Paris: PUF, 2002 e ARMENTA-DEU, Teresa. Los dos principales..., op. cit., p. 25.

¹⁵ WINTER, Lorena Bachmaier. *Acusatorio...*, op. cit., p. 25.

¹⁶ Bastante representativa desta visão é a posição de Helio Tornaghi. Nesse sentido, ver: *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3, p. 480.

¹⁷ ALMEIDA JR., João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. v. 1, p. 41; MAIER, Julio. *Derecho...*, op. cit., p. 218 e ZILLI, Marcos. *A iniciativa...*, op. cit., p. 41. As polêmicas apenas refletem as dificuldades de sistematização verificadas a partir do momento histórico em que o modelo inquisitório de processo penal é submetido a uma reforma estrutural que o afasta do modelo puro vigente antes do período revolucionário francês, sem que fosse possível falar-se, ainda, em consagração de um modelo acusatório puro.

sujeitos processuais carrega uma mensagem que é atemporal: o resguardo da imparcialidade do julgador. Assim, mais do que impedir o exercício da acusação pelo juiz – o que assume contornos de conquista –, importa saber quais são as decorrências da redistribuição de papéis entre os sujeitos do processo. Afinal, promover a acusação é atividade que não se esgota com o oferecimento da ação penal. Projeta-se sobre o processo, assim como pressupõe atividades anteriores de construção e de elaboração da tese acusatória. Portanto, o mover-se em direção à estação acusatória implica uma limpeza dos resquícios que provém da estrutura inquisitória e que guardavam diálogo harmônico com um processo marcado pela hipertrofia do papel do julgador. Nesse ponto, surge uma segunda indagação: quais são os poderes ou atuações judiciais que ainda carregam o traço genético inquisitório?

A questão e a busca por sua resposta vêm ocupando, com maior ou menor intensidade, a agenda reformadora dos ordenamentos processuais marcados pelo traço histórico inquisitório.¹⁸ São adequações da legislação fundadas na premissa de que o alinhamento acusatório tem projeções que vão para além da separação dos poderes de acusar e de julgar. Nesse movimento, a clarificação do papel reservado ao acusador na persecução penal melhor delimita o espaço reservado ao julgador e vice-versa. É necessária, contudo, certa sensibilidade para reconhecer a presença daqueles resquícios e superá-los, seja pela atividade evolutiva da jurisprudência, seja pela “retrofitagem” da própria lei. A legislação processual penal brasileira é um exemplo bastante ilustrativo do processo de decantação acusatória que tem na Lei 13.964/2019 o seu ponto culminante.

2. Processo penal acusatório: para além da separação dos poderes de julgar e acusar

O exercício das funções de acusar e de julgar por distintos sujeitos processuais impõe considerações lógicas que vão para além da literalidade da proclamação. Como se disse, a impossibilidade de o juiz acumular os poderes de acusar e de julgar parece ser uma conquista histórica. Mas é preciso ir além. É necessário identificar quais são os poderes, funções e atividades que são inerentes à atuação do acusador em um processo penal acusatório. Uma vez compreendido este espaço será mais fácil diagnosticar os resquícios da estrutura inquisitória quando o juiz exercer, seja por previsão legal, seja pela consolidação de uma cultura processual, funções inerentes ao exercício da acusação.

A acusação contém uma tese acusatória (imputação)¹⁹ que é apresentada ao juiz acrescida do pleito punitivo. A tese acusatória será sustentada pelo órgão acusador, cabendo ao juiz deliberar sobre a sua veracidade e, em caso positivo, fixar as consequências de acordo com os parâmetros legais. Quando o juiz, ao longo do processo, toma para si funções que são próprias do acusador, aproxima-se do papel que seria desempenhado por

¹⁸ Marco significativo deste movimento foi dado com a apresentação do Código modelo de Processo Penal para Ibero-América cujo texto foi apresentado em 1988 quando da 11ª Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual no Rio de Janeiro. O objetivo da iniciativa foi o de estruturar um padrão de legislação processual vinculado ao modelo acusatório do processo, suprimindo-se o juízo de instrução e com atribuição da investigação ao Ministério Público, restando ao juiz a apreciação das medidas cautelares. Sobre as discussões que permearam os trabalhos preparatórios do texto e, sobretudo, pelo legado produzido pelo Código, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 41-50, 2000.

¹⁹ Utiliza-se o termo imputação em seu sentido mais estrito, qual seja, a atribuição de fato criminoso a alguém. Nesse sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 154; e JARDIM, Afrânio da Silva. A imputação alternativa no processo penal. In: JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 150.

um juiz em um enredo processual inquisitório. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz altera o conteúdo material da tese acusatória ou mesmo quando julga fatos diversos daqueles imputados e sustentados pelo acusador.

A tese acusatória, por sua vez, exige um quadro de sustentabilidade que se constrói no campo pré-processual.²⁰ A investigação envolve um complexo de ações dirigidas à apuração da *notitia criminis*. É evidente o interesse do acusador nos resultados da investigação, o que torna natural o seu envolvimento naquela fase.²¹ Se o envolvimento se dará por simples colaboração ou por protagonismo é questão que tocará outras ponderações como por exemplo as escolhas políticas relacionadas ao controle e à contenção de abusos. De qualquer modo, não se concebe, em um modelo acusatório, a atividade investigatória judicial. Não cabe ao juiz a busca por fontes de prova na tentativa de aclarar a notícia de suposto ilícito, o questionamento sobre o plano de investigação ou avaliações sobre as estratégias investigatórias.²² Quando assim procede, vincula-se à energia dirigida à construção de uma possível tese acusatória a qual será chamado a decidir.²³ O ativismo judicial na investigação distorce os papéis dos sujeitos processuais em um roteiro acusatório. Nesse cenário, difícil não imaginar um comprometimento do juiz com a tese acusatória que, de alguma forma, ele próprio ajudou a construir.²⁴

Não há, obviamente, impedimento para que o juiz decida, no curso da investigação, sobre pedidos que envolvam a restrição de direitos fundamentais. Nesse passo, a fórmula da reserva de jurisdição é profícua em um sistema calcado na separação e no equilíbrio de poderes.²⁵ Outorga-se ao juiz o poder de decisão sobre os conflitos entre valores fundamentais que lhe forem apresentados. A discussão sobre o eventual comprometimento da imparcialidade do juiz que, após decidir sobre medidas cautelares no curso da investigação, é chamado a julgar a acusação, muito embora relevante e atual,

²⁰ A investigação representa um filtro para as imputações temerárias. Nesse sentido: FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74-76.

²¹ Até mesmo porque o resultado da investigação poderá conduzir à formulação de uma hipótese acusatória. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 140-142. Sobre o envolvimento do Ministério Público na fase de investigação, ver: SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruência no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 87.

²² ZILLI, Marcos. *Non ducor...*, op. cit., p. 215-216.

²³ No caso do sistema brasileiro é interessante pontuar sobre o tema o disposto no art. 58, parágrafo terceiro da CF que, ao dispor sobre os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito equiparou-os ao que denominou de “poderes investigatórios do juiz”. A literalidade do dispositivo levaria ao reconhecimento de uma atuação investigatória do juiz. A interpretação não prospera. A estrutura acusatória do processo penal é dada pelos dispositivos constitucionais a ele diretamente ligados (art. 129, I) e não por outros dispositivos que regulam atividades próprias de outros poderes. Ou seja, o art. 58, parágrafo terceiro da CF, além de contrariar o que a própria Constituição estabelece em ponto específico sobre o tema, cria parâmetro inexistente. A bem da verdade, a melhor interpretação sobre os poderes da CPI seria a equiparação com os poderes da autoridade policial. Reconhece-se, assim, o poder de investigação com a limitação dada pela reserva de jurisdição na apreciação de medidas restritivas de direitos fundamentais. Conforme precedente do STF, MS 23.454/DF. Nesse sentido, ver: PITOMBO, Cleunice. Comissão Parlamentar de Inquérito e os institutos da busca e apreensão. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *Justiça Penal, 7: crítica e sugestões, justiça criminal moderna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 295-296.

²⁴ ZILLI, Marcos. *Non ducor...*, op. cit., p. 214; e ZILLI, Marcos. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154; LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 74; e MOREIRA, Romulo de Andrade. A reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, 2001. p. 140.

²⁵ Ver: VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onixjur, 2012, p. 75-79.

não toca, propriamente, o roteiro acusatório. Na verdade, envolve o resguardo do atributo da imparcialidade e não a confusão de papéis entre o acusador e o julgador.²⁶

3. A decantação acusatória do processo penal brasileiro

O debate doutrinário em torno do enquadramento do processo penal brasileiro está distante de qualquer consenso. Acusatório,²⁷ misto²⁸ e até mesmo “neoinquisitório”²⁹ são considerações recorrentes. A disputa, para além de desnecessária, é, em grande medida, fundada em premissas equivocadas.

É que os ordenamentos processuais apresentam, de modo geral, múltiplas características, tornando difícil a classificação à luz de modelos que, em última análise, são construções teóricas fechadas. Não há, portanto, formas processuais puras.³⁰ Aliás, as classificações tornam-se mais difíceis na medida em que os ordenamentos processuais são submetidos a reformas legislativas pontuais em prejuízo de uma coesão lógica. Nesses casos, ampliam-se os riscos das antinomias e, por consequência, as dificuldades dos diagnósticos classificatórios. Esta tem sido, aliás, uma característica persistente no modelo brasileiro. Os bons ventos trazidos pela nova ordem constitucional não foram fortes o suficiente para provocar uma revisão programática da legislação infraconstitucional. As reformas são dadas por espasmos e, portanto, os novos dispositivos acabam por compartilhar o mesmo espaço ocupado por fórmulas ainda conectadas com o contexto histórico-político da década de quarenta do século passado. Assim, uma análise com foco fechado na legislação processual penal não se mostra frutífera para uma boa percepção sobre o modelo de atribuição de papéis dos sujeitos processuais. Nesse passo, o trabalho de diagnóstico deve tomar como premissa a ordem constitucional. Como carta de marear que é, a Constituição fixa os parâmetros e, nesse sentido, rejeita o que se lhe apresenta afrontoso. Enquanto o legislador não superar as antigas fórmulas, as adequações hão de

²⁶ A atuação do juiz na fase preliminar da investigação e a afetação de sua imparcialidade é temário que, há tempos, ocupa a atenção do sistema europeu de direitos humanos. Os primeiros casos remontam ao início da década de oitenta do século passado. No caso *Piersack vs. Bélgica*, por exemplo, o Tribunal Europeu reconheceu o comprometimento da garantia da imparcialidade em processo conduzido por juiz que havia integrado a Divisão da Promotoria perante a qual os fatos tinham sido investigados. Dois anos depois, em 1984, o mesmo Tribunal, no julgamento do caso *De Cubber vs. Bélgica*, também reconheceu a violação da imparcialidade em processo no qual um dos juízes tinha exercido as funções de “juiz instrutor” na fase investigatória. Nas duas situações, o tribunal destacou o abalo na expectativa natural que circunda a imparcialidade. É o que se denominou de imparcialidade objetiva. Em 1989, no caso *Hauschild vs. Dinamarca*, a questão comportou uma apreciação mais restritiva. Entendeu-se que não é a atuação do juiz na fase preliminar o fator contaminador da imparcialidade, mas sim, o conteúdo das decisões que vem a proferir naquela fase. Para o tribunal, quando o juiz faz afirmações sobre o vínculo sujeito/fato, ele antecipa juízos sobre a culpabilidade, ainda que assim o faça de forma sumária e provisória. Forma, portanto, pré-juízos sobre os fatos e seus prováveis responsáveis. Nesse contexto, é legítimo que as partes, sobretudo o acusado, tenha dúvidas sobre a capacidade do juiz em se manter equidistante no processo que porventura seja instaurado. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos revela, portanto, uma preocupação com os juízos de valor emitidos pela autoridade judiciária no enfrentamento de questões que aflorem na fase preliminar de investigação. Entende-se que as decisões carregadas por apreciações que envolvam o vínculo autor/fato fragilizam a natural expectativa que ronda a imparcialidade do julgador. A premissa é a de que o julgador dificilmente teria condições de se libertar dos juízos prévios formados. A tendência seria a de transportar, na bagagem de sua memória, um convencimento preliminar erigido no marco da imputação provisória a que ele aderiu quando da decisão cautelar.

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

²⁸ TORNAGHI, Helio. *Instituições...*, op. cit., p. 480-481; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 71-72.

²⁹ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104.

³⁰ DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986; e ARMENTA DEU, Teresa. *Los dos principales...*, op. cit., p. 54.

ser feitas pela atividade dos operadores que, no dever de submissão à ordem constitucional, devem ressignificar a legislação infraconstitucional.³¹

O olhar sobre a Constituição revela uma certeza: a ordem constitucional consagrou a estrutura acusatória do processo penal. Assim procedeu ao proclamar o poder privativo do Ministério Público para o oferecimento de ação penal de iniciativa pública (art. 129, I, CF).³² Com um só toque, a proclamação constitucional tornou incompatível a assunção daquele poder por outros atores como por exemplo o juiz. Rechaçou, dessa forma, o modelo inquisitório. Nesse sentido, dispositivos processuais que afrontavam a dinâmica acusatória não foram recepcionados. É o que se verificou com o antigo procedimento judicialiforme que previa a possibilidade de instauração do processo nas contravenções penais, pela autoridade policial ou mesmo pela autoridade judiciária.³³

Outros resquícios inquisitórios, contudo, não foram percebidos com tanta evidência, o que, em parte, se deve à natural resistência dos operadores em reinterpretar os seus próprios papéis no processo. É que o enraizamento de culturas processuais orienta a autopercepção que os sujeitos processuais fixam a respeito de suas atividades, seus poderes e deveres no processo.³⁴ Nos locais onde prevalece a dificuldade de diálogo com as fontes constitucionais, as mudanças demandam tempo, lamentavelmente. Eis aqui a chave para a compreensão das permanências dos traços inquisitórios em nossa prática processual. A renitente miopia constitucional impõe-nos uma zona de segurança na qual a repetição de comportamentos cria a ilusão do real.

De qualquer modo, ainda que lentamente, as sucessivas alterações e as novas interpretações revelam um movimento de decantação acusatória do processo penal brasileiro apontando para o seu destino que, aliás, já fora anunciado há décadas pelo legislador constituinte.

O distanciamento do juiz das atuações que são próprias da atividade do acusador, por exemplo, foi consolidado com a reforma da legislação processual de 2008. Merece destaque a alteração do marco normativo da *mutatio libelli*. A antiga redação do art. 384, *caput* do CPP,³⁵

³¹ Interpretação da Constituição conforme as leis. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1106.

³² Nesse sentido: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru: Edipro, 1999, p. 61-69. Não se quer com isto dizer que antes da Constituição Federal de 1988, o processo penal brasileiro era inquisitório. Como exposto, estas rotulações categóricas e estanques, salvo raras exceções, não encontram plena aderência no plano real. O que importa, de qualquer modo, é o *status* constitucional implícito que o modelo acusatório ganha a partir de 1988.

³³ Conforme redação original do art. 531 do Código de Processo Penal. Permitia-se por aquele procedimento a instauração do processo pelo auto de prisão em flagrante ou portaria da autoridade policial ou do juiz de ofício ou por requerimento do Ministério Público.

³⁴ Exemplo bastante ilustrativo é dado pela nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.690/2008. O novo modelo superou o sistema presidencialista de condução da audiência de instrução que centralizava a produção da prova oral na figura do juiz. Assim, além de iniciar a colheita probatória, as partes inquiriam a testemunha por intermédio do juiz. Como se sabe, o modelo foi sensivelmente alterado. As inquirições, agora, são feitas diretamente, sem a intermediação do juiz. Este, por sua vez, não inicia a inquirição. Desempenha agora uma atividade subsidiária e complementar. As alterações, note-se, não expressam alinhamento ao modelo acusatório. Estão relacionadas com o maior protagonismo concedido às partes na gestão probatória, o que revela um alinhamento com a dinâmica do processo adversarial. De qualquer modo, a iniciativa do juiz na inquirição da prova testemunhal é elemento enraizado na cultura processual, razão pela qual a norma tem encontrado muita resistência em sua implementação.

³⁵ Assim redigido: “Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, afim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas”. Não se tinha à época uma percepção sólida sobre a compatibilidade do dispositivo com os postulados do processo acusatório, até mesmo porque subsistia, ainda, uma cultura inquisitória do processo. Assim, sob as lentes do legislador da década de quarenta do século passado a questão tocava, tão somente, o interesse da defesa em não se ver surpreendida por sentença dissociada da acusação. Veja-se, a propósito: ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1946. v. 4, p. 77-78.

permitia que o juiz desse uma nova configuração aos fatos na sentença, independentemente de iniciativa do acusador, quando a resposta punitiva fosse mais branda do que aquela prevista para a imputação original. A Lei 11.719/2008 realinhou a questão, fixando a indispensabilidade de prévio aditamento da acusação com a consequente reabertura de oportunidade processual para o exercício da reação defensiva, antes do novo juízo de admissibilidade. A benfazeja reforma consagrou a regra da correlação entre acusação e sentença que, por sua vez, é expressão dos ideais que permeiam o processo acusatório. O juiz não pode e não deve imiscuir-se na pretensão acusatória. Está vinculado aos termos da imputação.³⁶ É este o limite da prestação jurisdicional para a qual foi ele provocado a decidir.

Já a aproximação do juiz com a atividade investigativa vem sofrendo duros golpes. Exemplo emblemático cercou a primeira lei de enfrentamento das organizações criminosas (Lei 9.034/95) que previa, dentre outras medidas, o poder do juiz realizar, pessoalmente, diligência visando à obtenção de dados acobertados pelo sigilo fiscal, financeiro e eleitoral.³⁷ Sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a previsão concedia poderes investigatórios em uma clara aderência ao modelo inquisitório de persecução, sendo, portanto, afrontosa ao modelo acusatório abraçado pelo legislador constituinte.³⁸ Consignou-se, inclusive, que a atuação investigatória propiciava um comprometimento psicológico do juiz com a prova revelada e, portanto, com a sua própria imparcialidade.³⁹

Não são outras as razões que levam ao afastamento da constitucionalidade da previsão que concede ao juiz o poder de decretar, de ofício, a interceptação da comunicação telefônica (art. 3º, Lei 9.296/96). Cuidando-se de meio de obtenção de prova,⁴⁰ com especial incidência na fase de investigação, é evidente que o juiz quando assim procede toma para si apreciações sobre a condução da marcha investigatória que o projetam em patamar próximo ao “juiz da instrução”, herdeiro do juiz inquisidor.⁴¹ O mesmo raciocínio aplica-se, igualmente, à longeva busca e apreensão de ofício.⁴²

A própria decretação de ofício de medidas cautelares pessoais também vem sendo alvo de contínuas restrições por parte do legislador.

³⁶ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 121.

³⁷ Conforme era estabelecido pelo artigo 3º da citada lei.

³⁸ Como, aliás, já tínhamos defendido. Ver: ZILLI, Marcos. Resquícios inquisitórios na Lei 9.034/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 46, p. 174-195, 2004.

³⁹ Nesse sentido, destacou o min. relator: “evidente que não há como evitar a relação de causa e efeito entre as provas coligidas contra o suposto autor do crime e a decisão a ser proferida pelo juiz. Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade” (STF, ADI 1.570/UF. Tribunal Pleno. Min. Relator Maurício Correa, julgamento em 12.02.2004). No mesmo sentido: STF, Pleno, Inq. 2.411 QO/MT, Min. Gilmar Mendes, 24.4.2008.

⁴⁰ Também denominados de meios de investigação de prova. São medidas dirigidas à obtenção de fontes de elementos de prova. Nesse sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 308-310.

⁴¹ Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296*, de 24.07.1996. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 144. A questão, note-se, encontra-se pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal por força das ADIs 3450 e 4.112.

⁴² Art. 242 do CPP. Sem contar, obviamente, a possibilidade de a busca e a apreensão serem executadas, pessoalmente, pelo juiz. (art. 241 do CPP). Aqui a inconstitucionalidade também ecoa devendo seguir os mesmos passos da inconstitucionalidade afirmada pelo STF com relação à antiga lei de organização criminosa que previa, em um de seus dispositivos, o poder de o juiz executar pessoalmente, a diligência de quebra de sigilo bancário e fiscal. Nesse sentido, ver: ROSA, Alexandre Moraes da; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Antes e depois da (in)validade da investigação de ofício do STF. *ConJur*, São Paulo, 9 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3j9e3QL>. Acesso em: 20 jun. 2020.

O primeiro exemplo foi dado pela Lei 7.960/89. A Lei, editada no ano subsequente à vigência da nova ordem constitucional, já trazia implícita a impossibilidade de decretação de ofício da então recém-criada prisão temporária.⁴³ A solução foi – e é – coerente com um processo penal de matriz acusatória. Afinal, tratando-se de prisão especialmente projetada para atender as finalidades da investigação, não se concebe possa o juiz tomar para si os juízos de conveniência e oportunidade que são próprios dos agentes incumbidos da condução da investigação ou mesmo dos sujeitos processuais diretamente interessados pelos resultados da atividade investigatória.

Foram necessários, contudo, vários anos até que o tema das medidas cautelares pessoais merecesse nova alteração legislativa. Coube à Lei 12.403/11 este papel. Dentre os vários pontos que comportariam destaque, chama especial atenção a nova redação dada ao artigo 311 do CPP. Na redação original, permitia-se ao juiz a decretação da prisão preventiva, de ofício, em qualquer fase da persecução. A nova lei, que bebeu na fonte da proscricção dos ativismos judiciais na fase investigatória, vedou a decretação de ofício da prisão preventiva no curso do inquérito, admitindo-a, contudo, no curso do processo.

A proibição, clara e evidente, não impediu, contudo, que a chamada “conversão” do flagrante em prisão preventiva, prevista pelo artigo 310, inciso II do CPP, com redação também dada pela Lei 12.403/11, fosse interpretada como hipótese à margem da proibição da decretação de ofício da prisão preventiva. Na sustentação da tese, sobressaem dois argumentos. O primeiro entende que a decisão de conversão constitui um mero prolongamento da restrição da liberdade que se iniciou com a prisão em flagrante. Não se trata, portanto, de uma situação nova, mas uma espécie de convalidação da necessidade de continuidade da custódia. Já o segundo argumento, que não exclui o primeiro, sustenta que a previsão de conversão, pela mesma lei que vedou a prisão de ofício, revela a intenção do legislador em estabelecer uma exceção à proibição geral. A tese acabou ganhando plena acolhida da jurisprudência.⁴⁴

O entendimento, contudo, revela uma má compreensão, não só acerca das implicações que a adesão ao processo penal acusatório acarreta na distribuição de papéis entre os sujeitos do processo, mas também sobre a própria natureza jurídico-processual assumida pela prisão em flagrante a partir da Lei 12.403/11.

De fato, anteriormente à reforma, a prisão em flagrante desempenhava o papel de custódia cautelar. O seu prolongamento poderia dar-se até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, a afirmação da legalidade da prisão em flagrante, após sua comunicação à autoridade judiciária competente, conferia-lhe uma aura de cautelar pessoal. A Lei 12.403/11, ainda que tardiamente, corrigiu aquela distorção. A eficácia temporal da prisão em flagrante passou a ficar limitada à decisão judicial de enfrentamento de sua legalidade.

A prisão em flagrante foi, portanto, recolocada em seus trilhos. Trata-se de uma reação legítima do Estado, reconhecida pelo legislador constituinte, dirigida à recomposição da ordem e da segurança pública abaladas pela prática, escancarada e visível, de uma infração penal. Ou seja, no desempenho de seu dever fundamental de resguardo da segurança o Estado, por seus agentes públicos, está autorizado a retirar do convívio

⁴³ Conforme art. 3º, caput.

⁴⁴ Nesse sentido: STJ, RHC 71.360/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro; RHC 102.770/MG, Rel. Min. Laurita Vaz; RHC 105.955/MG, Rel. Min. Felix Fischer e RHC 107.503/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas.

social, em caráter provisório, aquele que turba a desejável paz. A medida deve ser levada ao conhecimento do Estado-Juiz justamente por representar uma exceção. O exame feito pelo juiz tem um duplo olhar. O primeiro remete ao passado. É uma avaliação sobre a legalidade da atuação das forças públicas. O segundo projeta-se para o futuro. É um exame sobre a necessidade de imposição da custódia ou de outra medida cautelar. A permanência material da restrição da liberdade não indica continuidade do mesmo título jurídico construtivo. Nesse realinhamento de paradigmas, a prisão em flagrante constitui uma pré-cautela.⁴⁵ Assim, o que se convencionou denominar de conversão não é uma simples continuidade da restrição da liberdade. É mais do que isto. É imposição de medida cautelar que, como tal, está jungida à demonstração de seus requisitos que não coincidem com aqueles que sustentaram a prisão em flagrante.

Dessa forma, quando a autoridade judiciária atua de ofício, impondo prisão preventiva que não foi requerida pelo titular da ação penal, subtrai deste a apreciação quanto ao juízo de necessidade da medida para o resguardo de processo que ainda não se instaurou e cuja instauração, note-se, dele depende exclusivamente. É, enfim, uma proatividade marcada pelo selo inquisitório. O artigo 310, II deve ser lido, portanto, em conjunto com o artigo 311 que, por sua vez, está em harmonia com a matriz acusatória abraçada pelo legislador constituinte.

4. Próxima parada: a estação acusatória

4.1 Estrutura acusatória do processo penal (art. 3-A do CPP)

O artigo 3-A reproduz a redação dada ao artigo 4º do Projeto de Lei 8.045/2010 que trata do novo Código de Processo Penal. No Projeto, a afirmação insere-se no plano dos princípios fundamentais da persecução penal. A proposta traz, assim, uma norma principiológica que ilumina toda a legislação processual. Este caráter não se perdeu com o artigo 3-A. A estrutura acusatória ali expressada envolve toda relação de papéis reservados aos sujeitos do processo em todas as fases da persecução. É, sem dúvida, a proclamação de um princípio. Nesse sentido, é equivocada a decisão liminar proferida no bojo da ADI 6.299 que incluiu, na suspensão da eficácia do juiz de garantias, dispositivo de sentido e alcance muito mais amplo. Aliás, como dito, a afirmação do processo acusatório não é novidade. O art. 3-A apenas reforça, ou torna mais evidente, a fórmula constitucional. Na verdade, a intenção é a de romper com as resistências que, na rota de colisão com a lógica kelseniana, sempre conferiram efetividade à legislação processual em detrimento da Constituição.

De qualquer forma, a afirmação reforça a necessidade de se revisitar o processo penal, avaliando, em definitivo, as implicações que o modelo acusatório traz para as permanências inquisitórias. Algumas destas implicações defluem do próprio texto, como é o caso da proscricção da atividade investigatória do juiz e a permanência dos poderes instrutórios. Outras estão incorporadas nas novas redações de outros dispositivos processuais dadas pela Lei 13.964/19. Há, contudo, outros aspectos que não foram expressamente referidos, mas que comportam uma releitura em face de uma interpretação sistemática. Tocam poderes e funções que se colocam no desdobramento do papel reservado ao acusador. São permanências ou resquícios da cultura inquisitória.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Direito...*, op. cit., p. 823.

4.2 Requisição do inquérito policial (art. 5º, II, do CPP)

A possibilidade de o juiz requisitar a instauração de inquérito policial é um claro resquício inquisitório. O ato supõe uma avaliação sobre os elementos que cercam a *notitia criminis* e, portanto, expressa um juízo positivo sobre a justa causa para a deflagração de investigação formal o qual se materializa na ordem dirigida à autoridade policial. Esta proatividade não é compatível com o papel do juiz no roteiro acusatório.⁴⁶ Sem contar, obviamente, o comprometimento da imparcialidade objetiva para enfrentamento de medidas cautelares no curso da investigação ou mesmo para o julgamento final na ação penal eventualmente intentada. Assim, na hipótese de vir a tomar conhecimento de eventual prática delituosa, poderá a autoridade judiciária comunicar os fatos ao representante do Ministério Público com atribuição para a eventual causa.

4.3 Lavratura de auto de prisão em flagrante pelo juiz na hipótese de crime cometido na sua presença (art. 307 do CPP)

O auto de prisão em flagrante, como se sabe, é a peça que formaliza a detenção daquele que foi surpreendido em contexto de flagrante delito e contra quem foi dada a voz de prisão. Na hipótese de crime praticado em presença da autoridade, ou mesmo contra esta, a legislação processual concede-lhe o poder de proceder à lavratura do auto, colhendo, dessa forma, os elementos informativos que o compõem. Na interpretação do dispositivo, prevalece o entendimento que inclui o juiz no rol das autoridades investidas daquele poder.⁴⁷ A permanência inquisitória salta aos olhos. Afinal, proceder à lavratura do auto de prisão em flagrante é promover a própria persecução.⁴⁸ A questão, portanto, não se esgota no resguardo da imparcialidade. Fosse assim, bastaria a delimitação de competências para distintas autoridades judiciárias tendo-se por critério as fases da persecução. Em realidade, o problema toca a compreensão da delimitação de papéis reservados aos sujeitos processuais. O roteiro acusatório reforça o ideal da inércia da jurisdição. Assim, o afastamento do juiz das funções de acusar inclui a vedação de ações dirigidas à movimentação da própria máquina persecutória.⁴⁹

⁴⁶ O dispositivo estaria tacitamente revogado pelo art. 3-A do CPP, com redação dada pela Lei 13.964/2019, não fosse a inclusão equivocada da suspensão de sua eficácia pela ADI 6299. De qualquer modo, a incompatibilidade com o modelo acusatório já era reconhecida pela doutrina em face da proclamação daquele modelo pela ordem constitucional. Nesse sentido: JARDIM, Afrânio Silva. Em torno do devido processo legal. In: JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 332; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório e conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 135; POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 97; BADARÓ, Gustavo. *Processo...*, op. cit., p. 131; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso...*, op. cit., p. 59.

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo. *Processo...*, op. cit., p. 1019; e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴⁸ POLASTRI LIMA, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 237.

⁴⁹ Não são outras as razões que levaram o legislador a não incluir no rol de competências do juiz de garantias o poder de lavrar o auto de prisão em flagrante.

4.4 Controle sobre o arquivamento do inquérito policial (art. 28 do CPP)

A observância da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública sempre foi o fundamento invocado para o controle judicial sobre o arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público.⁵⁰ Muito embora discutível o reconhecimento da obrigatoriedade da ação penal em tempos de ampliação dos espaços de negociação e de consenso no processo penal, o fato é que o controle sobre os fundamentos do arquivamento da investigação expressa imersão judicial sobre a *opinio delicti* que, por sua vez, é reservada ao próprio Ministério Público. Nesse ponto, não atenua a distorção da nossa opção normativa o fato de o juiz agir como mero provocador do reexame que será realizado pelo próprio órgão detentor da legitimidade ativa para a propositura da ação penal. É que a provocação implica um juízo sobre a convergência de quadro autorizador do oferecimento da ação penal, atribuição reservada a quem foi outorgado este poder. De fato, cabe ao acusador não só avaliar o substrato jurídico e material de eventual ação penal, como também lhe cabe uma análise sobre as estratégias que envolverão a viabilidade de sustentação de eventual tese acusatória. Tudo isso é estranho ao juiz que, vinculado à matriz acusatória do processo, não promove a acusação.⁵¹

Nesse cenário, a mudança proposta pela Lei 13.964/19 deve ser saudada. Alinha o desejável controle sobre os destinos de investigação criminal aos postulados acusatórios. O resultado é a transferência da legitimidade do controle a quem detém um interesse subjetivo no ajuizamento da ação penal: o ofendido. De qualquer modo, a iniciativa de provocação, em espécie de recurso administrativo voluntário, não obsta o funcionamento de mecanismos automáticos de remessa às instâncias de controle do próprio Ministério Público.⁵² O sistema assim desenhado melhor propicia a uniformização da execução de políticas criminais por parte do órgão público de persecução.⁵³

4.5 Ainda sobre a imposição de medidas cautelares pessoais de ofício

Como exposto, a Lei 13.964/19 consolida o movimento de readequação das leis processuais à estrutura acusatória do processo há muito afirmada pelo legislador constituinte. Ainda que a eficácia de seu artigo 3-A tenha sido indevidamente suspensa, uma série de dispositivos não foram atingidos por aquela decisão e, portanto, estão em vigor. Revelam e reforçam o movimento de contínua adequação de nosso aparato normativo processual ao enredo acusatório.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142.

⁵¹ Ver: PRADO, Geraldo. *Sistema...*, op. cit., p. 179; LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 294.

⁵² Nesse sentido, advertiam Pacelli e Fischer: “Pensamos que o controle da atuação ministerial, isto é, no sentido de avaliar a correção do juízo negativo de propositura da ação penal (materializado no pedido de arquivamento), não deveria ser da competência do juiz, até mesmo de maneira a preservar, o quanto e ao máximo possível, a imparcialidade do julgador, evitando-se o seu pronunciamento antecipado sobre o caráter aparentemente ilícito do fato. Talvez melhor seria se o citado controle coubesse ao próprio Ministério Público, de ofício, ou por provocação do ofendido” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 72).

⁵³ ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. *Comentários ao Pacote Anticrime (3): o arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime*. *Blog do Vlad*, [s. l.], 5 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35abQ2h>. Acesso em: 21 jun. 2020.

A redação do artigo 311, por exemplo, foi mais uma vez alterada para, desta feita, estender-se a proibição da decretação de ofício da prisão preventiva também na fase processual. O artigo 282, §2o, cuja redação dada pela Lei 12.403/11, previa a possibilidade de imposição de medida cautelar de ofício, foi também alterado de modo a afastar aquela possibilidade. Assim, as medidas cautelares pessoais dependem, sempre, de provocação, independentemente da fase da persecução. O cenário, como se disse, revela a impossibilidade de atuação de ofício do julgador. Quando assim procede, o juiz se antecipa aos sujeitos envolvidos ou interessados na investigação, comprometendo, dessa forma, a imparcialidade que emerge de sua inatividade. Não lhe cabe mais este papel.

4.6 Determinação de prova de ofício (art. 156 do CPP)

É ainda importante destacar que o novo art. 3-A do CPP direciona as exegeses em torno do art. 156, inciso I do CPP, recolocando-as nos trilhos constitucionais. A redação original do artigo concedia ao juiz o poder de “no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Tratava-se de uma iniciativa circunscrita à fase processual. Não incluía, dessa forma, a atuação investigatória. Ainda que o dispositivo comportasse leituras mais moduladas de acordo com os termos da Constituição de 1988,⁵⁴ a redação era preferível àquela que veio a se consagrar por força da Lei 11.690/2008.

De fato, a nova redação dada ao artigo 156 provocou novas confusões em torno do tema, especialmente na parte em que concedeu ao juiz o poder de determinar, mesmo antes de instaurada a ação penal, a produção antecipada de provas (inciso I).⁵⁵ Ainda que justificada pelo nobre interesse de preservar elementos de prova frente aos riscos causados pelo tempo do processo, a hipótese supõe um envolvimento do juiz na fase investigatória em grau tal que lhe permita avaliar a necessidade e a urgência de produção antecipada de uma prova. É evidente que ao assim agir o juiz se antecipa aos órgãos encarregados da investigação e ao próprio acusador, este sim interessado em construir uma tese acusatória minimamente viável.⁵⁶

Nesse quadro, o recém-incluído artigo 3-A buscou superar as divergências em torno do tema. Assim, a adesão ao modelo acusatório e a ênfase dada à proscrição da iniciativa judicial investigatória impedem qualquer atuação *ex officio* durante a investigação. Logo, o inciso I do art. 156 há de ser interpretado de acordo com as novas disposições, o que, aliás, já se impunha por força dos dispositivos constitucionais. O papel que se espera da atuação do juiz na fase preliminar não é o da tutela do objeto da investigação, mas sim das liberdades públicas que os meios de busca de prova possam acarretar.⁵⁷

⁵⁴ Nesse sentido, ver: ZILLI, Marcos. *A iniciativa...*, op. cit.

⁵⁵ ZILLI, Marcos. O pomar e as pragas. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 2-3, 2008.

⁵⁶ ZILLI, Marcos. *Non ducor...*, op. cit., p. 227.

⁵⁷ Os poderes instrutórios não se confundem com o poder investigatório. A investigação é atividade de pesquisa e de rastreamento alimentada pela notícia de fato supostamente ilícito. Propicia, se bem-sucedida, a edificação da tese acusatória. Os poderes instrutórios são uma decorrência do exercício da atividade jurisdicional. Provocado a decidir sobre a veracidade de uma tese acusatória, resta ao juiz o poder de determinar a produção de prova a fim de afastar um estado de dúvida ou incerteza sobre algum ponto que cerca o objeto do processo. Não lhe cabe, contudo, antecipar-se às partes. O juiz deve aguardar o arsenal probatório dos sujeitos processuais para só então avaliar se há, de fato, algum ponto duvidoso que mereça algum tipo de esclarecimento. A sua atuação é destarte, complementar. Nesse sentido: ZILLI, Marcos. *Non ducor...*, op. cit., p. 217-220.

4.7 Reexame necessário

O reexame necessário de certas decisões no processo penal carrega duplo ranço.⁵⁸ O primeiro – e mais evidente – é o resquício inquisitório. A determinação de submissão da decisão à reavaliação pelas instâncias revisoras substitui o movimento voluntário das partes de desafio da decisão proferida. Nesse passo, são irrelevantes os argumentos que buscam justificativas nos mais elevados interesses públicos envolvidos na decisão de modo a impor a suspensão da eficácia enquanto não resolvido o reexame recursal compulsório. Na prática prolonga-se a sobrevida de uma relação processual por ato judicial, muito embora o fato gerador da relação, que é a ação penal, dependa da iniciativa da parte, exclusivamente. São, portanto, movimentos inconciliáveis.⁵⁹ Não se olvide, além disto, do traço marcadamente autoritário que acompanha o reexame necessário em nosso sistema. Afinal, as decisões que a ele se submetem são aquelas que, ao resguardarem a liberdade, impedem ou limitam o exercício do poder punitivo.

4.8 A investigação criminal em hipóteses de foro privilegiado

As hipóteses de foro por prerrogativa de função vêm suscitando diversas controvérsias. A competência para a condução da investigação e o seu controle judicial são dois dos pontos polêmicos. É que os marcos regulatórios sobre as ações penais originárias pouco ou nada dispõem sobre a investigação de crimes que envolvam autoridades detentoras do foro privilegiado.

A Lei 8.038/1990, que regula a matéria no âmbito do STF e do STJ, e a Lei 8.658/1993, que estende a aplicação daquele marco normativo para o âmbito dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, pouco esclarecem. Aliás, quando tratam das funções do denominado “juiz instrutor” outorgam as mesmas atribuições “que a lei processual confere aos juízes singulares”,⁶⁰ destacando-se: o arquivamento do inquérito quando requerido pelo Ministério Público; a decretação da extinção da punibilidade nos casos previstos em lei e a convocação de outros juízes para a realização de atos de instrução.⁶¹ Já o Regimento Interno do STF, especialmente após as alterações procedidas em 2011, é um pouco mais detalhado. Faz clara menção à instauração de inquérito, à atuação da autoridade policial e aos requerimentos de prisão e de medidas de obtenção de prova.⁶² O uso da expressão requerimentos, por sua vez, indica a necessidade de provocação, retirando, dessa forma, o espaço para as atuações de ofício.

O tema já ocupou o foco de atenção do STF que consolidou o entendimento segundo o qual as regras de competência de foro por prerrogativa de função incluem a fase preliminar de investigação, incumbindo ao tribunal competente a supervisão dos atos investigatórios sob pena de nulidade dos atos realizados em descumprimento à competência absoluta.⁶³

⁵⁸ Para a sentença concessiva de *habeas corpus* (art. 574, I do CPP); da sentença concessiva da reabilitação (art. 746 do CPP) e da decisão absolutória e de arquivamento de inquérito em processos por crime previsto na Lei de Economia Popular).

⁵⁹ Em sentido contrário: STF, HC 75417 e STJ, REsp. 918.490-PA.

⁶⁰ Art. 2º, parágrafo único da Lei 8.038/1990.

⁶¹ Art. 3º, incisos I, II e III da Lei 8.038/1990.

⁶² Conforme art. 230-C.

⁶³ Nesse sentido: STF – Tribunal Pleno – Rcl 555/PB – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. em 25.04.2002 – DJe 07.06.2002. Na mesma linha: STF – Inq 2963 AgR / RR – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. em 21.11.2011 – Dje 033 de 14.02.2012 / STF – Inq 2411 QO/MT – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. em 10.10.2007 – Dje 074 de 24.04.2008. STF – Tribunal Pleno – Inq. 2291 AgR/DF – Rel. Min. Carlos Brito – Rel. Min. p/ acórdão Marco Aurélio – j. em 29.06.2007 – Dje 142 de 13.11.2007. No mesmo sentido: STF – Tribunal Pleno – Inquérito n.º 2842/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. em 02.05.2013 – DJe 041 de 26.02.2014¹ Turma, Inquérito 3438/SP, Min. Rosa Weber, 11.11.2014.

Dessa forma, diante do noticiado envolvimento de autoridade detentora de foro especial, a investigação haveria de ser requisitada pelo órgão do Ministério Público com atribuição para tanto. Por outro lado, caso a notícia de envolvimento daquela autoridade surja somente no curso de investigação já instaurada, os autos do procedimento de investigação devem ser encaminhados ao tribunal competente para que ali se dê a tramitação e o respectivo controle.⁶⁴ De qualquer modo, a tramitação não implica a afirmação de poderes investigatórios, mas sim, a concretização da garantia do juiz natural.⁶⁵

É fato que a questão assumiu novo colorido com o Inquérito 4781, instaurado com o objetivo de apurar a responsabilidade por notícias falsas, denúncias caluniosas, ofensas e ameaças a ministros do STF. A instauração ancorou-se no artigo 43 do Regimento Interno daquela corte, o qual prevê a possibilidade de instauração de inquérito para apuração de crimes cometidos na sede ou dependência daquele órgão ou quando envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição. Nas demais hipóteses, o presidente do STF poderá requisitar o inquérito à autoridade competente.⁶⁶

O dispositivo mantém a sua redação original, o que nos remete ao início da década de oitenta do século passado, sendo, portanto, anterior à afirmação acusatória albergada pela nova ordem constitucional. A sua natureza é inquisitória, não resta dúvida. A toda evidência o dispositivo não foi recepcionado.⁶⁷ Validá-lo contraria o movimento acusatório que o próprio Supremo afirmou ao negar, por exemplo, a figura do juiz investigador quando do julgamento da ADI 1.570. Mas o fato é que o Inquérito 4781 consegue ir mais além. A sua força gravitacional atrai para o mesmo ponto não só o investigador/julgador mas também a própria vítima. Só aos buracos negros se reserva força atrativa superior.

⁶⁴ Há quem considere que o controle não poderia levar à usurpação de atos que seriam privativos da autoridade policial como o indiciamento, o qual seria privativo da autoridade policial. Nesse sentido: BECHARA, Fabio Ramazzini. Juiz deve controlar legalidade de investigação criminal, não ser protagonista. *ConJur*, São Paulo, 21 nov. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2FMTzPW>. Acesso em: 26 jan. 2020. O controle da legalidade, contudo, supõe, nas hipóteses de foro especial, a proteção da função pública exercida. Assim, tratando-se de ato que envolve um apontamento formal do provável autor do fato delituoso, o resguardo do espírito garantista da regra especial de competência impõe que o indiciamento não se dê pela discricionariedade da autoridade policial, como na hipótese dos crimes comuns. Nesse sentido: Inq. 2963 AgR/RR, Min. Gilmar Mendes, 21.11.2011.

⁶⁵ Trata-se, segundo a jurisprudência, de consolidação da regra de competência especial e, portanto, de concretização da garantia do juiz natural. Nesse sentido, destacou o min. Gilmar Mendes no voto proferido na Reclamação 10.908/MG, julgada em 01.09.2011: “[...] destaco que, se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante esta Corte (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à ‘supervisão judiciária’ (como é o caso da abertura de procedimento investigatório, por exemplo) sejam retiradas do controle judicial do STF”.

⁶⁶ Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente [...].

⁶⁷ Como observa Lenio Streck: “Permissa vênia, o artigo 43 do RISTF, usado para sustentar e abrir de ofício a investigação tem um problema de não recepção constitucional. Isso em uma análise paramétrica. Em uma análise ordinário-substancial, ele mesmo não dá azo a que o próprio STF investigue fatos que não ocorreram na sede ou dependência do STF. Ou seja: o dispositivo não foi recepcionado e, mesmo lido com validade, não dá essa abrangência. Não encaixa” (STRECK, Lenio Luiz. O caso do STF e as fake news: por que temos de ser ortodoxos! *ConJur*, São Paulo, 18 abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2FLdVsO>. Acesso em: 21 jun. 2020). No mesmo sentido: SERRANO, Pedro Estevam; ROCHA, Jorge Bheron. Entre STF acusador e MPF julgador: a cláusula da plenária em xeque. *ConJur*, São Paulo, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31n6GyL>. Acesso em: 21 jun. 2020.

5. Conclusão

A tradicional dicotomia acusatório/inquisitório, muito embora forneça importantes compreensões sobre o processo de metamorfose dos ordenamentos europeus continentais na Era Moderna, ainda se mostra útil para o exame dos movimentos contemporâneos das legislações processuais. É que a separação entre as funções de acusar e de julgar vai mais além do que a literalidade da proclamação induz. Há atividades, poderes e funções que são inerentes ao exercício da acusação e que se projetam antes da instauração do processo e ao longo deste.

Assim, ao mesmo tempo que ao juiz, no enredo acusatório, não cabe assumir as funções de sustentação probatória da tese acusatória, não lhe cabe, igualmente, colaborar com a investigação, emprestando, dessa forma, a sua força para o esclarecimento dos fatos e construção da acusação. Assim, a compreensão sobre o sentido e o alcance de um processo acusatório impele-nos a repensar o papel do juiz durante a investigação. A instituição do juiz de garantias não busca, apenas e tão somente, resguardar a imparcialidade, impedindo que as memórias das decisões cautelares, proferidas na fase da investigação, contaminem a sua memória na fase de julgamento. Mais do que isto, o juiz de garantias desempenha uma função resguardadora dos direitos fundamentais, os quais somente poderão ser restringidos após a superação de um juízo de proporcionalidade.

O sistema brasileiro abraçou o modelo acusatório conforme proclamação constitucional. A norma constitucional deveria iluminar o operador, conferindo-lhe novas lentes de leitura daqueles dispositivos infraconstitucionais que ainda mantêm em sua genética traços inquisitórios. A permanência destes dispositivos não indica que o nosso modelo, em sua estrutura, seja inquisitório. A inquisitorialidade está na cultura daqueles que aplicam o direito deixando de vivificá-lo à luz dos ventos – não tão novos – da ordem constitucional. Afinal, se o direito viaja, o operador também deve estar preparado para acompanhá-lo. O fato é que estamos chegando ao destino. Preparemo-nos, então, para o desembarque.

Referências

ALMEIDA JR., João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. v. 1.

AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 49-72.

ARAS, Vladimir; BARROS, Francisco Dirceu. Comentários ao Pacote Anticrime (3): o arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público após a Lei Anticrime. *Blog do Vlad*, [s. l.], 5 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35abQ2h>. Acesso em: 21 jun. 2020.

ARMENTA-DEU, Teresa. Los dos principales sistemas, sus pares y derivaciones acusatorio/adversativo e inquisitivo/mixto. In: ARMENTA-DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 19-58.

AROCA, Juan Montero. Principio acusatorio y prueba en el proceso penal: la inutilidad jurídica de un eslogan político. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (coord.). *Prueba y proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 17-66.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. *Da prisão preventiva compulsória*. Goiânia: [s. n.], 1957.
- BECHARA, Fabio Ramazzini. Juiz deve controlar legalidade de investigação criminal, não ser protagonista. *ConJur*, São Paulo, 21 nov. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2FMTzPW>. Acesso em: 26 jan. 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru: Edipro, 1999.
- DAMASKA, Mirjan. The quest for due process in the age of inquisition. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 60, n. 4, p. 919-954, 2012.
- DAMASKA, Mirjan. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Victor Zavalía, 1972. v. 2.
- ESMEIN, Adhemar. *Histoire de la procédure criminelle en France*. Paris: Larose et Farcel, 1882.
- ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1946. v. 4.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Tratado de derecho procesal penal: tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 1978.
- GARRUAD, René. *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*. Paris: Recueil Sirey, 1907.
- GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.
- GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 303-318.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 41-50, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 71-79, 1999.

- JARDIM, Afrânio da Silva. A imputação alternativa no processo penal. In: JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 149-163.
- JARDIM, Afrânio da Silva. Em torno do devido processo legal. In: JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 329-336.
- LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold. *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West, 1992.
- LANDSMAN, Stephan. A brief survey of the development of the adversary system. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 44, n. 1, p. 713-739, 1983.
- LANGBEIN, John. *Torture and the law of proof: Europe and England in the Ancien Régime*. Chicago: Chicago University Press, 1977.
- LANGBEIN, John. *The origins of the adversarial criminal trial*. Oxford: OUP, 2003.
- LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1951.
- LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto processuale penale*. Napoli: Jovene, 1983.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. v. B, t. 1.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. 4. ed. Torino: Uione Tipografico, 1942. v. 1.
- MITTERMAYER, Carl Joseph A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jachinto Ribeiro dos Santos, 1917.
- MOREIRA, Romulo de Andrade. A reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 9-32, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PESSINA, Enrico. *Storia delle leggi sul procedimento penale*. Napoli: Pirro Pirrone, 1912.
- PITOMBO, Cleunice. Comissão Parlamentar de Inquérito e os institutos da busca e apreensão. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org.). *Justiça Penal, 7: crítica e sugestões, justiça criminal moderna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 267-297.
- POLASTRI LIMA, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório e conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROSA, Alexandre Moraes da; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Antes e depois da (in) validade da investigação de ofício do STF. *ConJur*, São Paulo, 9 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3j9e3QL>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SERRANO, Pedro Estevam; ROCHA, Jorge Bheron. Entre STF acusador e MPF julgador: a cláusula da plenária em xeque. *ConJur*, São Paulo, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/31n6GyL>. Acesso em: 21 jun. 2020.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruência no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. O caso do STF e as fake news: por que temos de ser ortodoxos! *ConJur*, São Paulo, 18 abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2FLdVsO>. Acesso em: 21 jun. 2020.

TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

TORNAGHI, Helio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Kofino, 1967. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

VAN RUYMBEKE, Renaud. *Le juge d'instruction*. 4. ed. Paris: PUF, 2002.

VILARES, Fernanda Regina. *Processo penal: reserva de jurisdição e CPIs*. São Paulo: Onixjur, 2012.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal. In: WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 11-48.

ZILLI, Marcos. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZILLI, Marcos. Resquícios inquisitórios na Lei 9.034/95. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 46, p. 174-195, 2004.

ZILLI, Marcos. O pomar e as pragas. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 16, n. 188, p. 2-3, 2008.

ZILLI, Marcos. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 149-171.

ZILLI, Marcos. Non ducor duco: ainda sobre os poderes instrutórios do juiz no processo penal. In: *IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 211-234.

Racionalidade legislativa e tráfico de drogas

*Thiago Baldani Gomes De Filippo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Estado da questão: algumas causas da irracionalidade legislativa penal. 3. A política mundial de guerra às drogas e seu impacto no Direito Penal brasileiro. 4. A racionalidade das leis penais, segundo Díez Ripollés. 5. Níveis de racionalidade e o crime de tráfico de drogas. 5.1. Racionalidade ética e tráfico de drogas. 5.2. Racionalidade teleológica e tráfico de drogas. 5.3. Racionalidade pragmática e tráfico de drogas. 5.4. Racionalidade jurídico-formal e tráfico de drogas. 5.5. Racionalidade linguística e tráfico de drogas. 6. Algumas propostas para o incremento da racionalidade legislativa no crime de tráfico de drogas. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

Resumo: este trabalho discorre sobre as disfuncionalidades presentes no artigo 33 da Lei 11.343/2006. Argumentos iniciais são estabelecidos sobre a política mundial de guerra às drogas e acerca de suas repercussões no Direito brasileiro. Em seguida, a partir teoria da racionalidade legislativa de Díez Ripollés, são examinadas as irracionalidades do tráfico de drogas no Brasil diante dos cinco níveis apresentados pela citada teoria. Por fim, apresentamos algumas sugestões para o aperfeiçoamento do tipo do artigo 33, visando ao incremento de sua racionalidade.

Palavras-chave: Disfuncionalidades. Tráfico. Drogas. Racionalidade.

Abstract: this work discourses about the dysfunctionalities presented by the art 33 of the Statute law 11.343/2006. There are some initial arguments concerning the war on drugs' world politics and its repercussions on the Brazilian law. As it follows, according to the Díez Ripollés' theory of legislative rationality, drug trafficking's irrationalities will be examined considering the five levels presented by such theory. At the end, we will introduce some suggestions for the art. 33's improvement, aiming at the increase of its rationality.

Keywords: Dysfunctionalities. Trafficking. Drugs. Rationality.

1. Introdução

O art. 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, equipara o “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” aos crimes hediondos, com a finalidade de recrudescer o

¹ Doutor em Direito Penal pela USP e mestre em Direito Comparado pela Samford University e mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Anhembí Morumbi.

tratamento penal a eles dispensado. Todavia, a Lei Fundamental, como tinha mesmo de ser, não define o campo normativo do tráfico, função relegada à legislação infraconstitucional.

Ocorre que, ao tipificar as condutas do tráfico e afins, o legislador deveria observar a *ratio* constitucional, calcada no modelo democrático de Estado de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, III, da Constituição. Desse postulado constitucional decorre uma série de repercussões à intervenção penal, que deve se conformar a diversos princípios constitucionais, como a legalidade, a proporcionalidade, a culpabilidade, o *ne bis in idem* e a humanidade das penas, entre outros.

Porém, se a atenção a esses princípios já fica aquém do desejável para os tipos tradicionais, que compõem o denominado “Direito Penal nuclear”, a inobservância a diversos limites salta aos olhos quando examinamos os tipos estabelecidos pela Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006), em especial o tráfico de drogas, tal como previsto por seu art. 33. As diversas disfuncionalidades éticas, estruturais e práticas são causadas por um sem-número de fatores, quase todos vinculados ao estabelecimento de uma política mundial de guerra às drogas que acaba por instrumentalizar o Direito Penal ao colocá-lo a serviço de muitos objetivos nem sempre coincidentes com o espírito democrático constitucional.

A partir dessa constatação, testaremos a racionalidade do tipo de tráfico de drogas à luz de uma peculiar teoria elaborada pelo espanhol José Luis Díez Ripollés, para concluirmos que, sob nenhum dos cinco níveis por ele previstos, o tráfico de drogas atende a parâmetros legislativos racionais.

2. Estado da questão: algumas causas da irracionalidade legislativa penal

No início dos anos 1980, o professor da Universidade de São Paulo Manoel Pedro Pimentel, em tom profético, provavelmente por conta de sua sensibilidade ímpar para o diagnóstico de fenômenos sociais, assinalava que as velozes transformações sociais, paralelamente ao aumento dos índices de criminalidade, encetariam um generalizado clamor por redução de garantias, visando à agudização da efetividade das normas penais. Dizia ele que os espaços de vanguarda da tutela penal seriam cada vez mais colmatados por um *Direito Penal da periculosidade*, possibilitado por meio da antecipação da tutela penal, que se harmonizaria ao estabelecimento de diretrizes tecnocráticas, ao menoscabo pelo exercício do direito de defesa e pela adoção de medidas de reabilitação, conjunto que se contraporía ao feixe de garantias penais conquistadas a duras penas, ao longo da história da humanidade.²

O Direito Penal brasileiro, de braços dados a diversos outros sistemas jurídico-penais, tem caminhado a passos largos pelos trágicos caminhos anunciados por Pimentel. Esse movimento remete a uma série de causas, cuja complexidade não permite o seu esmiuçamento, porém, grosso modo, guardam sintonia com alguns aspectos da pós-modernidade³

² PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 23-24.

³ A pós-modernidade permite um universo de abordagens, todavia, singelamente, pode ser entendida como o fenômeno corporificado a partir da segunda metade do século XX, que passou a contestar ideias clássicas como razão, verdade, progresso e os paradigmas científicos dominantes (EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Zahar, 1998). Dela decorre sensível repúdio a ontologias, hierarquias, verticalidades e limites inflexíveis, de modo que seus autovalores passam a ser meramente contingenciais (DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006).

e sua relação com o Direito, em geral, e com o Direito Penal, em particular, tais como: (1) a crise da própria ciência jurídica,⁴ que reverbera em crescente desapego pela dogmática em busca de suposta eficiência punitiva, franqueada pela existência de um *sistema penal aberto*, ou seja, desprendido de um fechamento metodológico e sistemático puro, como condição à necessária mutabilidade de suas regras ao melhor atendimento das vicissitudes que permeiam essa abertura;⁵ (2) a globalização, que provoca verdadeiro esvaziamento da soberania estatal, pela interdependência entre os Estados, que acarreta o enfraquecimento de seu poder decisório e o confisco da política e da democracia pela economia liberalizada.⁶ Seus reflexos são a internacionalização do Direito Penal, por meio da tutela penal dos direitos humanos, especialmente os vulneráveis;⁷ o discurso hegemônico da insegurança social;⁸ e a tutela penal de interesses econômicos globalizados;⁹ e (3) a constatação da existência de uma sociedade marcada pela assunção de riscos globais, decorrentes do avanço científico, tecnológico e das novas perspectivas econômicas.¹⁰ Tais riscos acarretam a criação de diversas figuras típicas, estruturadas sob a forma de tipos de perigo abstrato,¹¹ que normalmente visam à proteção de bens jurídicos difusos ou coletivos, como o meio ambiente e a ordem econômica, além de outros que refletem nada mais do que o somatório de bens jurídicos individuais, tais como a saúde pública, a paz pública e a incolumidade pública, que apenas aparentemente podem ser reconhecidos

⁴ A crise da ciência jurídica deve-se muito à *deslegalização* da sociedade. Confere-se importância apenas periférica à validade e à sistematicidade das normas, porque o que verdadeiramente importa é sua eficácia social. Este raciocínio acarreta a perda da *pureza* das normas, que se abrem para receberem aportes valorativos de outros sistemas culturais, políticos, econômicos etc., incrementando-se a complexidade e a instabilidade do ordenamento jurídico (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003).

⁵ Não é correto pensar que a abertura do sistema penal sempre atenderá a anseios punitivistas. Sua principal característica é a ênfase que deposita nas questões de *imputação*, relativas às normas penais secundárias, diferentemente de um sistema penal fechado, no bojo do qual importam tão somente as *infrações* às normas primárias (CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002). Porém, enquanto o sistema fechado apresenta-se favorável à segurança jurídica, por sua impermeabilidade às questões da vida, o sistema aberto revela-se suscetível a tais influências e, por isso, pode ser guiado pela lógica da eficiência punitivista.

⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷ Basta ver o conteúdo de diversos tratados e convenções internacionais de proteção de direitos humanos, que estabelece a necessidade de sanções penais como símbolo da eficácia e do respeito a esses direitos, aguçando-se, no interior das ordens jurídicas nacionais, o respeito à modalidade de direitos humanos tutelada internacionalmente (TEITEL, Ruti. *Humanity's law*. Oxford: Oxford University Press, 2011).

⁸ Em face do discurso global da necessidade de tomada de posição da sociedade pelos conclamados índices alarmantes da criminalidade, efusivamente lembrados pelos meios de comunicação de massa, que conduzem a opinião pública a tomar como absolutamente necessário o recrudescimento geral da intervenção punitiva (CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *La expansión del derecho penal, sociedad del riesgo y crimen organizado*. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n. 24, p. 93-120, 2012).

⁹ A proteção penal de interesses econômicos compraz-se às diretrizes das grandes potências mundiais, com destaque aos Estados Unidos, capilarizados por organismos internacionais como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Banco Mundial e a Câmara de Comércio Internacional, dentre outros, que, por meio de acordos, convenções ou recomendações (*soft laws*) universalizam os modelos penais norte-americanos, propícios ao desenvolvimento de um mercado global organizado sob uma ética uniforme (NIETO MARTÍN, Adán. *¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?*. Revista Penal Tirant lo Blanch, Valencia, n. 19, p. 120-136, 2007).

¹⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

¹¹ A clarificação dessa realidade e as severas críticas a ela lançadas remontam ao início dos anos 1990, a partir dos estudos de Cornelius Prittitz (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017).

como bens jurídicos autônomos, mas assumem esse invólucro apenas para o atendimento da necessidade de antecipação da tutela penal.¹²

Esse amálgama tem aberto as portas para uma hipertrofia do Direito Penal, caracterizado pela explosão de novos tipos, pelo alargamento ou flexibilização das fronteiras típicas e incremento de penas aos tipos já existentes, normalmente fundamentadas no discurso de utilização de uma *normatividade de emergência*, com todos os problemas dela decorrentes, ligados ao caos, rigor punitivista, redução de garantias e simbolismo, fatores que, por seu imprevisto e imediatismo contrapõem-se a qualquer técnica legislativa inspirada em uma política criminal racional e realmente eficiente.¹³ Em outras palavras, a tutela penal da emergência permite que razões puramente políticas e episódicas ditem os rumos da intervenção penal, sem que esta se pautem em fundamentos jurídicos,¹⁴ vinculados ao modelo de Estado Democrático de Direito.

Decerto, por meio de tipos reputados emergenciais, obtém-se tão somente uma ilusória eficácia punitiva, por meio de uma aparente tomada de providências pelo Estado, sem muita repercussão prática para a contenção de suposta ameaça social. Além do mais, as disfunções penais projetam seus efeitos para além dos tipos reputados emergenciais, acabando por afetar toda a legislação e por abalar as próprias estruturas do sistema penal, ocasionando perplexidade à dogmática erigida sob as firmes bases liberais.¹⁵ Desse modo, as leis penais violam necessária fundamentação antropológica¹⁶ e revelam-se instrumentos poderosos para o aprofundamento da seletividade e ensejam a utopia da legitimidade do sistema penal.¹⁷

Essa realidade é constatada a partir da análise detida a diversos tipos penais incriminadores. O escrutínio a respeito do objeto que se propõem a proteger e o exame do modo que assim o fazem acabam por ensejar diversos problemas teóricos, quer seja por sua incompatibilidade com o sistema jurídico, quer seja pelas dificuldades de compreensão da própria norma proibitiva, ou mesmo pela seletividade que acabam por incrementar no plano prático.

3. A política mundial de guerra às drogas e seu impacto no Direito Penal brasileiro

Em primeiro lugar, para bem situarmos a questão, é bom que se diga que a expressão comumente aceita de *guerra às drogas* significa, em verdade, guerra a alguns tipos de drogas, compreendidas estas como “quaisquer substâncias suscetíveis de alterar o estado

¹² Decerto, “essa espiritualização sofrida pelo bem jurídico acaba desembocando em um único valor tutelado: a vontade do Estado” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014).

¹³ MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Scienteche Italiane, 1997.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Luís Flávio Gomes et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁵ No mesmo sentido, Ana Elisa Bechara constata que a experiência histórica tem demonstrado que a criação de uma legislação excepcional para certa situação supostamente extraordinária acaba por se converter em modelo de legislação ordinária, atingindo de modo definitivo os princípios basilares de convivência social em um Estado Democrático de Direito (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014).

¹⁶ A antropologia jurídica jus-humanista impõe a consideração do homem como pessoa; pessoa é *ator* – em referência à máscara do teatro grego – o protagonista central da tragédia que decide sobre o bem e o mal (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014).

¹⁷ Zaffaroni, por isso, afirma que essa almejada legitimidade é utópica e atemporal, porque não será realizada em lugar algum e em tempo algum. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

de consciência ou comportamentos”.¹⁸ Portanto, enquanto certas drogas como o álcool e o tabaco não são atingidas pelo discurso punitivo global, este se volta agressivamente a outros tipos de substâncias, mais ou menos nefastas do que aquelas, sem que existam parâmetros cientificamente seguros das potencialidades lesivas das drogas proscritas a justificar a intervenção penal.¹⁹

Deveras, a globalidade do discurso de guerra a certas espécies de drogas, a partir da estruturação de um sistema internacional de controle desde a longínqua década de 1920, evidencia a sua grande força, à medida que se dá conta de que ele se sobrepõe a quaisquer ideologias e tipos de governo. Os nazistas alemães, por exemplo, adotaram-no da mesma forma que os regimes democráticos o fizeram, indicando, assim, o seu potencial conformador a quaisquer situações possíveis.²⁰

Muito embora seja impossível de se identificar um marco inicial da criminalização das drogas,²¹ podemos constatar que ela compõe um dos assuntos principais na pauta internacional político-criminal da atualidade, de modo que atualmente existem três convenções proibicionistas da ONU relativas a drogas: a Convenção Única de Entorpecentes (1961), que revogou as anteriores; o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas (1971); e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (“Convenção de Viena”, de 1988).²²

No plano internacional, o combate às drogas costuma se vincular ao discurso hegemônico da insegurança social, que costuma vinculá-la ao desencadeamento de um sem-número de delitos violentos. O cometimento destes, alertado repetidas vezes em tom sensacionalista por diversos meios de comunicação de massa, enceta um clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva,²³ potencializando o sentimento social de insegurança e o medo do *outro*,²⁴ que por ser economicamente inútil e por vezes culturalmente diferente, passa a ser socialmente indesejado.

O quadro social propicia o surgimento de movimentos político-criminais como o conhecido modelo *law and order*, iniciado nos Estados Unidos nos anos 1960, que apregoava uma reação legal, policial e judicial mais contundente contra a criminalidade de rua.²⁵ Tais movimentos, embasados no discurso da segurança cidadã, acabam por desvirtuar a

¹⁸ BALSA, Casimiro; VITAL, Clara; URBANO, Cláudia. *III inquérito nacional ao consumo de substâncias psicoativas na população geral*: Portugal 2012. Lisboa: SICAD, 2014.

¹⁹ Como sustenta Carneiro, os dados oficiais da Organização Mundial de Saúde (OMS) demonstram que o maior dano à saúde pública mundial no século XX foi causado pelo tabaco, seguido do álcool. O tabaco é apontado como o maior vilão da história da humanidade, porque matou mais do que todas as guerras, numa cifra de cinco milhões de mortes ao ano, totalizando meio bilhão de pessoas em todo o século (CARNEIRO, Henrique. *Pequena enciclopédia da história das drogas e bebidas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005).

²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre a política de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 235-250.

²¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

²² KARAM, Maria Lúcia. *Dez anos da Lei 11.343/06: dez anos da falida e danosa política de “guerra às drogas”*. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 22, p. 18-27, 2016.

²³ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *La expansión del derecho penal, sociedad del riesgo y crimen organizado*. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 24, p. 93-120, 2012.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madri: Edisofer, 2011.

²⁵ O *law and order* foi um dos lemas da campanha presidencial de Barry Goldwater em 1964, mas ganhou embasamento teórico com as obras *Thinking about crime*, de James Wilson, e *Fixing Broken Windows*, de George Kelling e Catherine Coles, ambas em meados de 1970.

realização de uma adequada política-criminal de base democrática, ocasionando uma série de disfuncionalidades sistêmicas, deturpando-se o que se espera de uma intervenção penal justa e razoável, que se volte, pelo menos, ao cometimento do fato e não, preponderantemente, à periculosidade de seu autor.²⁶

No caso das drogas, o discurso punitivista é especialmente influenciado pelos Estados Unidos, que passou a acusar sua tendência proibicionista em 1914, quando o *Harrison Narcotics Act* passou a controlar, pela primeira vez, a posse de cocaína e ópio em nível federal;²⁷ e em 1937, o *Marihuana Tax Act* voltou-se à proibição da maconha, iluminado pela ideia da violência que tomaria conta das gangues de adolescentes que se dispusessem a usá-la. No entanto, o reconhecimento das drogas como *inimigo público número um* e o discurso de que o seu combate era uma *emergência nacional* ocorreu apenas durante a gestão de Richard Nixon, mas *war on drugs* foi de fato deflagrada, com toda a intensidade, a partir dos esforços envidados por Ronald Reagan em 1982, com o pacto entre os três poderes pela adoção de uma política belicosa contra as drogas. No plano legislativo, passou a haver um arrocho punitivo sob todos os ângulos, desde o incremento das sanções até a remoção de supostos obstáculos à punição que, no fundo, nada mais significam do que a supressão de garantias fundamentais. Passa-se à promoção de um discurso contra a suposta *brandura* do sistema processual no que tange à persecução do tráfico de drogas, sendo as pessoas etiquetadas como traficantes reputadas como inimigos públicos e, por isso, vistas como meros instrumentos para o alcance de finalidades preventivas gerais da pena.²⁸ Não é por outro motivo que, em 2004, aproximadamente uma em cada cinco prisões nos Estados Unidos relacionava-se a crimes não violentos, que envolviam apreensões de drogas;²⁹ e, ainda assim, tem-se constatado o fracasso do modelo proibicionista atual daquele país.³⁰

Ilustramos o desprezo por garantias materiais na *guerra* ao tráfico de drogas nos Estados Unidos a partir do exame de uma lei que entrou em vigor no estado de Nova Jersey no ano de 1986. Trata-se do *Comprehensive Drug Reform Act*, que inova ao estabelecer uma espécie de responsabilidade penal objetiva (“*strict liability*”) do autor de tráfico de drogas, por quaisquer mortes que se vinculem objetivamente ao fato.³¹ Segundo citada

²⁶ Direito Penal do autor passa a eleger os inimigos do Estado, acusando-lhes de ostentar uma inerente *perigosidade*. Como anota Díez Ripollés, a reconstrução dessa noção de perigosidade, ao lado do Direito Penal do inimigo e do Direito Penal de terceira velocidade compõem as principais propostas doutrinárias do Direito Penal da segurança cidadã (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 17, p. 547-599, 2007). E, decerto, esses recursos foram a tônica de sistemas políticos autoritários, como o nazismo e o comunismo, que, respectivamente, criminalizavam predisposições de ofensas ao *são sentimento do povo alemão* e aos *interesses da coletividade socialista* (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Forense, 2012).

²⁷ Deixando-se de lado o fracasso da 18ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que proscreeu a fabricação, transporte e venda de bebidas alcoólicas, no período de 1920 a 1933, conhecido como “Lei Seca”.

²⁸ WISOTSKY, Steven. Zero tolerance, zero freedom: A report on the current situation in the United States war on drugs. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; COPELLO, Patricia Laurenzo (coord.). *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 381-459.

²⁹ HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

³⁰ SWEET, Robert W. *Política antidroga en USA: un punto de vista. Jueces para la Democracia: información y debate*, [online], n. 9, p. 61-67, 1990.

³¹ Nos Estados Unidos, de maneira geral, o tipo penal é estruturado a partir de dois elementos: *actus reus*, que é o elemento material do crime, a conduta, em si; e *mens rea*, seu elemento psicológico, que pode variar entre *intent* e *knowledge* (figuras equiparáveis ao dolo), *recklessness* (elemento intermediário entre o dolo e a culpa) e *negligence* (culpa) (SINGER, Richard; LA FOND, John. *Criminal law*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004). É interessante observarmos, contudo, que, para vários estados, a responsabilidade penal subjetiva comporta temperamentos, de modo que é possível se afastar a exigência do elemento subjetivo para certos tipos penais, conhecidos como *strict liability crimes*, por questões utilitaristas, desde

norma, qualquer pessoa que preparar, distribuir ou dispensar drogas ilícitas é objetivamente responsável pela morte resultante da injeção, inalação ou ingestão da substância.³²

Pois bem. Fred Bennett, acompanhado de Susan Hendricks, dirigiu-se ao apartamento de Carlos Rodriguez para comprar cocaína, com a intenção de revendê-la. No local, Bennett e Hendricks dispuseram-se a embalar e a pesar a droga, mas foram flagrados pela chegada da polícia ao local. Com o desejo de se livrarem da prisão, eles passaram a engolir alguns sacos plásticos de cocaína, mas os recipientes estouraram. Bennet faleceu no apartamento de Rodriguez e Hendricks foi levada ao hospital, mas acabou não resistindo e também veio a óbito. Rodriguez foi processado e condenado pela morte de Bennett. A decisão não indica porque ele não foi responsabilizado igualmente pela morte de Hendricks, mas talvez seja porque ela não estivesse no local.³³

Outros exemplos bem ilustram a sede punitivista em relação a drogas nos Estados Unidos. Há leis estaduais que, semelhantemente ao nosso art. 40, III, da Lei 11.343/2006, estabelecem um aumento de pena para aqueles que praticarem o tráfico de drogas nas proximidades de estabelecimento de ensino. Com base nisto, um sujeito teve sua pena agravada por promover o tráfico de drogas dentro de um presídio, porque a unidade prisional se situava nas proximidades de uma escola,³⁴ mediante análise puramente objetiva da *distância em unidades de medida* entre o presídio e a escola, ignorando-se por completo a falta do tipo subjetivo, por dispensar a prova de que o agente *sabia* que havia uma escola nas proximidades e, igualmente indesejável, desprezando-se a absoluta impossibilidade de os alunos da escola adquirirem drogas no interior da prisão, desatendendo-se claramente ao âmbito de proteção da norma.

Além do mais, a Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos estabelece o princípio conhecido entre nós como *ne bis in idem*, mas por eles denominado *Double Jeopardy Doctrine*, que proíbe que uma pessoa seja processada e condenada mais de uma vez pela mesma conduta.³⁵ Ocorre que, sintomaticamente, em nível federal estabeleceu-se uma exceção à vedação da dupla incriminação em se tratando de tráfico de drogas, admitindo-se que, a depender de sua gravidade e extensão, o mesmo fato possa ser objeto de persecução penal tanto na esfera estadual quanto na federal.³⁶

Estes exemplos são manifestações do perigo extremo que correm direitos e garantias fundamentais, a partir de um clamor por eficácia punitiva, consoante a ideologia

que sejam aferidas a importância do interesse tutelado pela norma e a dificuldade de prova do elemento subjetivo (SINGER, Richard; LA FOND, John. *Criminal law*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004). Como observa Husak, a *strict liability* tem tido um papel fundamental na guerra às drogas nos Estados Unidos (HUSAK, Douglas, *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008).

³² “A. Any person who manufactures, distributes or dispenses (...) any (...) controlled dangerous substance classified in Schedules I or II (...) is strictly liable for a death which (...) results from the injection, inhalation or ingestion of that substance (...)”. Disponível em: <https://bit.ly/3ky57Wh>. Acesso em: 9 jun. 2018.

³³ State v. Rodriguez, 225 N.J. Super. 466 (1988). O caso é citado por HUSAK, Douglas, *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

³⁴ New Jersey v. Ogar, 551 A.2d 1037 (1989). O caso é também citado por HUSAK, Douglas, *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

³⁵ No que nos interessa, a Quinta Emenda estabelece que: “[N]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb (...)”.

³⁶ THOMAS, George. *Double jeopardy: the history, the law*. Nova Iorque: New York University Press, 1998.

da Defesa Social, no contexto de movimentos de *law and order*, o que pode ser identificado quando a lei penal se vale de expressões de guerra, como *combate*, *repressão* e *eliminação*.³⁷

O Direito Penal brasileiro, ao menos textualmente, não contempla casos de responsabilidade penal objetiva, somente se imputa o resultado agravador a quem o causou ao menos culposamente³⁸ e não há exceções à vedação à dupla incriminação no contexto doméstico.³⁹ Entretanto, apenas *aparentemente* estamos distantes da realidade que se vislumbra no horizonte jurídico dos Estados Unidos.⁴⁰ E o melhor exemplo dessa constatação é encontrado na análise dos dispositivos da Lei 11.343/2006.

Deveras, o enfrentamento das drogas no Brasil era assunto adstrito ao plano doméstico até o advento do Decreto 11.481/1915, que determinava o cumprimento dos termos da convenção firmada por ocasião da Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia em 1912, da qual o Brasil era signatário.⁴¹ Mas a influência das convenções internacionais, embora inicialmente tímida, foi decisiva para a edição do Decreto-Lei 891/1938, elaborado de acordo com a Convenção de Genebra de 1936, que passou a regulamentar as matérias atinentes à produção, ao tráfico e ao consumo de drogas.⁴²

Sem embargo da tentativa do Código Penal de 1940 de conferir sistematicidade às hipóteses de criminalização, diversos decretos e, em seguida, a Lei 5.726/1971, provocam amplo processo de descodificação relativamente às disposições legais sobre drogas, com drásticas consequências para a perda da harmonia da dogmática penal.⁴³ Atualmente, a questão criminal das drogas é regida pela Lei 11.343/06, que reforçou o cenário punitivista já contemplado pela revogada Lei 6.368/1976, marcado pela utilização de tipos penais em branco; por expressões isentas de precisões semânticas, como “de

³⁷ CARVALHO, Salo de. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p. 129-146, 2001.

³⁸ Art. 19 do Código Penal: “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

³⁹ Ressalvas, no plano internacional, as hipóteses taxativas do art. 7º, I, do Código Penal, nos termos do parágrafo 1º, do mesmo dispositivo.

⁴⁰ E, obviamente, a questão não é exclusividade do Direito dos Estados Unidos ou do Brasil. Ao comentar a homogeneidade da política de drogas no Mercosul, Cuñarro destaca que reproches especiais em matéria de drogas têm sido estabelecidos por todos os Estados, com violações claras a princípios informativos do Direito Penal (CUÑARRO, Mónica L. ¿Es posible la armonización de la legislación penal em matéria de drogas en el mercosur? In: CUÑARRO, Mónica L. (org.). *La política criminal de la droga*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010. p. 229-241).

⁴¹ RIBEIRO, Maurides de Melo. *A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 286, p. 5-8, 2016. É curioso observarmos que, sob a égide do Código Criminal do Império (1830), a questão era objeto de posturas municipais. No mesmo ano da entrada em vigor desse diploma, a Câmara do Rio de Janeiro expediu norma que proibia a “venda e o uso do pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas”, considerado o primeiro ato oficial de proibição de venda e uso de maconha no mundo ocidental (MACRAE, Edward; SIMÕES, José Assis. *Rodas de fumo: o uso da maconha entre camadas médias urbanas*. Salvador: Edufba, 2000).

⁴² CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴³ Podem ser destacados o Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964, reflexo da aprovação da Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), e o Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968, que alterou o art. 281 do Código Penal de 1940, para atribuir ao usuário a mesma pena cominada ao traficante. Para uma abordagem analítica sobre as sucessivas alterações legislativas sobre drogas, cf. CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

qualquer forma”; e pela proliferação abusiva de verbos nucleares que não têm a mesma carga de injusto.⁴⁴

Mas as perplexidades não se resumem a tais disfuncionalidades. Em verdade, a Lei 11.343/06 estabelece uma série de figuras que não resistem a uma análise comprometida com a concretização de princípios penais constitucionais e com uma visão funcional do Direito Penal, comprometida com a proteção de bens jurídicos. E todas elas assentam-se sob a mesma lógica: facilitar a punição, por meio de construções que desprezam o núcleo básico de garantias e, por vezes, não atendem aos reclames mínimos do princípio da ofensividade.⁴⁵

Podemos citar o problemático tipo do art. 34, que visa à punição, em síntese, o fato da posse de instrumentos destinados à produção de drogas.⁴⁶ É um autêntico *crime auxiliar* (“*ancillary crime*”), muito comum no Direito dos Estados Unidos. Eles apresentam um vínculo indireto, às vezes por pura ficção legal, com o crime principal que, supostamente, cometera o agente, cuja prova, entretanto, é difícil de se obter.⁴⁷ Diante dessa dificuldade, a lei alarga as fronteiras típicas, permitindo-se a punição de situações que, sequer, dariam margem para a prisão em flagrante presumida pelo crime original.⁴⁸ Nesse sentido, o crime de receptação é *ancillary* do furto e do roubo. Encontrada a *res* na posse de um sujeito, já que não se pode puni-lo por um desses crimes, removem-se as barreiras que poderia haver na produção dessa prova para que se possibilite a punição, muito mais facilmente, pelo crime auxiliar de receptação.⁴⁹ É o que ocorre no tipo do art. 34. Se não se pode punir por tráfico, porque não foi encontrado droga, foram apreendidos papeis, tesouras, substâncias químicas utilizadas na confecção de drogas etc., e, assim, garante-se a punição, por referência normativa indireta ao tráfico, ainda que a conduta relativa ao crime auxiliar seja, por si só, aparentemente neutra e indiferente ao Direito Penal.

Nessa linha, também é digno de nota o art. 35 da Lei 11.343/2006, que estabelece o crime de associação ao tráfico,⁵⁰ mas se aparta do crime de associação criminosa,

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁵ Não é por outro motivo que a política criminal de drogas no Brasil foi identificada como a “política criminal com derramamento de sangue” (BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 20, v. 5, p. 126-146, 1997).

⁴⁶ “Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.”

⁴⁷ HUSAK, Douglas. Crimes outside the core. *Tulsa Law Review*, v. 39, p. 755-779, 2004.

⁴⁸ Ocorre o flagrante presumido, segundo o art. 302, IV, do Código de Processo Penal, quando o sujeito “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele o autor da infração”.

⁴⁹ Inclusive, há entendimento que chega ao cúmulo de, no plano da aplicação do Direito, inverter o ônus da prova acerca da aquisição lícita da *res*. Conferir: “Se o objeto furtado é encontrado em poder do apelante, inverte-se o ônus da prova, cabendo a ele provar de forma convincente a origem do bem” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação 1.00016.10.009500-5, Rel. Des. Doorgal Andrada, 4ª Câmara de Direito Criminal, Dje 15.05.2013).

⁵⁰ “Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste art. incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei”.

previsto para quaisquer outras modalidades típicas, previsto no art. 288 do Código Penal,⁵¹ porque: estabelecem a pena mínima três vezes mais alta do que a prevista para o art. 288; contentam-se com a associação entre duas pessoas, ao passo que o art. 288 exige três agentes, pelo menos; e porque faz expressa referência à possibilidade de associação para o cometimento não reiterado de crimes, permitindo-se a equivocada postura jurisprudencial de que a lei visa à punição do mero concurso de agentes,⁵² prescindindo-se da demonstração de estabilidade e permanência, elementos indissociáveis do conceito de associação. A punição do agente pelo crime de associação ao tráfico também provocará o efeito reflexo de afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33, da mesma lei, de modo que o concurso de crimes fará aumentar exponencialmente a pena, que poderá passar do mínimo de 1 ano e 8 meses⁵³ para, pelo menos, 8 anos de reclusão. Portanto, os amplos termos legais, aliados à jurisprudência que parece pretender ampliá-los ainda mais, movida pela ideologia de combate às drogas, faz do art. 35 uma das chaves para a compreensão do encarceramento em massa relativo a delitos não violentos de drogas.⁵⁴

Outro expressivo exemplo de como ausências de expressões que seriam elementares e facilmente observadas se a política criminal de drogas não fosse de caráter beligerante é encontrado no art. 40 da Lei 11.343/2006, que trata de estabelecer diversas causas de aumento das penas previstas nos arts. 33 a 37 da mesma lei. São circunstâncias que refletem o incremento do desvalor da conduta, como, por exemplo, se a conduta tiver sido praticada nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares; tiver envolvido o emprego de violência ou grave ameaça; ou tiver envolvido ou visado a atingir criança, adolescente ou quem tiver diminuída sua capacidade de entendimento ou de determinação; entre outros exemplos.

Pois bem. Em atenção ao princípio da responsabilidade penal subjetiva, é inaceitável que exista um único agravamento na pena, por menor que seja, sem que o agente tenha incorrido em dolo ou culpa. No entanto, por mais elementar que essa conclusão possa parecer, tem-se formado sólida posição jurisprudencial que dispensa qualquer elemento subjetivo, bastando a configuração da circunstância objetivamente posta pela lei penal. Por exemplo, não são raras as decisões que, em se tratando da causa de aumento do inciso III, contentam-se com a mera *posição geográfica* do agente, dispensando-se o *conhecimento* dessa majorante.⁵⁵

⁵¹ “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de crime ou adolescente.”

⁵² Trazemos à colação, e.g., as seguintes ementas do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Associação. Estabilidade e permanência. Circunstâncias prescindíveis, pois a conduta dos agentes pode ser ‘reiterada ou não’ para o cometimento de delitos, exigindo-se somente alguma permanência em sociedade, ou seja, ir além da simples coautoria” (Apelação 00915529520138260000, Rel. Des. Penteado Navarro, 5º Grupo de Direito Criminal, DJe 03.04.2014). E: “Desnecessidade dos requisitos da permanência e estabilidade quanto ao delito de associação, consoante o entendimento desta Colenda Câmara Criminal” (Apelação 00049286220148260047, Rel. Des. Sérgio Ribas, 5ª Câmara de Direito Criminal, DJe 08.05.2017).

⁵³ Se consideramos a maior diminuição possível prevista no §4º do art. 33, a saber, 2/3.

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵⁵ Nesse sentido parece se posicionar o Superior Tribunal de Justiça: “A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais” (STJ, HC 219.589/SP, Rel. Mina. Laurita Vaz, DJe 28.02.2013).

Há diversas outras regras que indicam o excepcional e intransigente pacto estatal de fúria punitivista relativamente a delitos que envolvam drogas, não apenas na investigação, na persecução penal e na condenação, em si, mas também de seus efeitos, tais como a ideia de *confisco ampliado*, previsto no art. 62 da Lei 11.343/2006, que encontra eco no próprio art. 243, parágrafo único, da Constituição, ao estabelecer o perdimento, em síntese, de meios de transporte e objetos utilizados para as práticas dos crimes definidos nessa lei especial.⁵⁶ As regras especiais do dispositivo abalam as regras de perdimento estabelecidas no art. 91, II, *a*, do Código Penal, que determina o perdimento dos instrumentos do crime, *desde que* o seu fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Assim, ilustrativamente, se o indivíduo usa seu veículo, que adquiriu lícitamente, para transportar um objeto furtado ou roubado, ele não perderá o automóvel, mas, se o objeto transportado for drogas, haverá fatalmente o seu perdimento, como se houvesse uma *presunção absoluta* de que o bem foi adquirido com a venda de drogas. Uma vez mais, perde-se em sistematicidade e harmonia, deturpando-se a essência da Parte Geral, que apresenta justamente essa finalidade.

Como discorrem Francisco Muñoz Conde e Bella Aunión Acosta, se, em geral, a história do Direito Penal é uma história de fracassos, nada melhor do que mostrar esse malogro a partir do exame da política criminal internacional relativa ao tráfico de drogas.⁵⁷ E, no âmbito doméstico, diante de um universo de disfuncionalidades, algumas das quais já apontadas neste artigo, pretendemos escrutinar detidamente apenas aquelas contempladas no crime central da lei, a saber, o próprio tipo do art. 33. Para tanto, em seguida teceremos considerações gerais acerca da teoria da racionalidade das leis penais de José Luis Díez Ripollés. Seguidamente, procuraremos contrastar os problemas mais sensíveis apresentados por esse tipo penal com os níveis de racionalidade propostos pelo autor espanhol para, ao final, sugerirmos algumas alterações legislativas que possam aproximar o crime de tráfico de drogas às conformações de um Estado Democrático de Direito.

4. A racionalidade das leis penais, segundo Díez Ripollés

Em linhas gerais, a teoria da racionalidade⁵⁸ legislativa de Díez Ripollés, inspirada no pensamento de Manuel Atienza, apresenta um modelo de análise legislativa penal baseado em dois planos: um plano dinâmico, referente às etapas pelas quais a demanda é percebida e, em seguida, absorvida pelas instâncias estatais para se tornar uma lei penal, com o exame de seus conseqüentes desdobramentos; e um plano estático,

⁵⁶ “Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica.”

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco e ACOSTA, Bella Aunión. *Drogas y derecho penal*. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 5, p. 147-157, 1991, p. 147.

⁵⁸ Utilizaremos a expressão “racionalidade”, empregada por Díez Ripollés no sentido de exprimir uma ideia de coerência na interação entre lei e realidade social (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86). No entanto, devemos ter cautela, porque, se essa busca revela-se positiva, não podemos deixar de constatar que a racionalidade pode ser interpretada negativamente, porque certas leis, apesar de injustas e desproporcionais, podem esconder uma perversa lógica de desatendimento a princípios constitucionais e apresentam-se, infelizmente, muito racionais e coerentes ao atendimento de propósitos escusos, normalmente de viés econômico, que se colocam por detrás dos tipos penais.

de cunho deontológico, a respeito da necessidade de conformação da leis penais a alguns critérios de racionalidade.⁵⁹

Sob o primeiro prisma, o autor identifica três fases do processo legislativo, quais sejam: (1) a fase pré-legislativa, etapa em que, segundo ele, dão-se as questões em torno da ausência de correspondência entre apontada realidade social e uma pretendida resposta jurídica; (2) a fase legislativa, que inicia com a recepção do projeto de lei pelo Parlamento e finaliza com a aprovação e publicação de certa lei; e (3) a fase pós-legislativa, referente ao questionamento pela sociedade, em geral, ou por meio de seus grupos relevantes, se a lei guarda, de fato, relação com a realidade social e econômica que pretende regular.⁶⁰

A partir dessa análise, Díez Ripollés constata que a lei parece ter perdido a centralidade que ocupava desde a instauração do Estado de Direito liberal. No apogeu de sua importância, no auge do Positivismo, a crença de que a lei bastava por si só e era infensa a quaisquer espécies de controles reverberou na paulatina despreocupação com a razão, com o emprego de racionalidade e coerência entre os próprios comandos normativos. O progressivo descuido com a atualização do processo codificador reflete essa ideia, agudizada no contexto da sociedade do risco. Com isso, aos poucos, o estabelecimento de técnicas de racionalidade vai de deslocando da *criação* para a *aplicação* do Direito.⁶¹

Nessa direção, Díez Ripollés observa que, na atualidade, a grande maioria das teorias da argumentação é pensada para a aplicação do Direito, deslocando-se a exigência de racionalidade jurídica apenas para a jurisdição. No âmbito penal, ressalvados alguns casos pontuais em que Cortes Constitucionais dispõem-se a examinar algumas leis à luz do princípio da proporcionalidade, como regra, as construções da doutrina penal são normalmente pensadas para a aplicação do Direito, como ocorre com o próprio desenvolvimento da teoria do delito e a habitual fundamentação do Direito Penal a partir dos fins da pena.⁶² Deveras, consoante o autor espanhol, a sofisticação da dogmática atual, a partir da teoria do bem jurídico, teoria do crime, imputação objetiva, teoria dos fins da pena, entre outras, não dispensa a necessidade de desenvolvimento de uma teoria da legislação.⁶³

⁵⁹ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. p. 362.

⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁶² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Parece-nos, todavia, que a teoria da proteção de bens jurídicos parece ter alguma possibilidade de rendimento à racionalidade legislativa penal. Aliás, vale observarmos que ela foi inicialmente pensada por Birnbaum a esse propósito, o de conferir racionalidade a alguns tipos de penais que visavam a proteção de interesses intangíveis, como os delitos religiosos e os contrários a moral, a partir da ideia de um bem coletivo do povo (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014). Ainda que o conceito de bem jurídico tenha sido originalmente forjado para justificar uma lógica penal expansionista, como critério de *legitimação* das normas penais, ele deve ser adequadamente visto apenas em seu sentido negativo, ou seja, como critério limitador da intervenção penal. Porém, nesse aspecto, recai-lhe a crítica de Díez Ripollés, também endereçada ao garantismo de Ferrajoli, que o reputa incompleto, porque meramente limitador das iniciativas tomadas pelo legislador. Para ele, seria coerente que primeiro houvesse a seleção dos objetos de tutela especialmente importantes e, no passo seguinte, que tais objetos fossem escrutinados por meio de critérios éticos, teleológicos e pragmáticos, para se aferir em que medida pode ocorrer essa proteção, diante do arsenal sancionador disponível no Estado de Direito Constitucional (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

⁶³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 99-100.

Desse modo, apesar da descrença expressada por Luhmann, para quem a legislação, por se mover na periferia do sistema jurídico, em contato com outros sistemas, especialmente o político, nunca alcançará níveis de racionalidade equiparáveis às exigências à jurisdição, porque esta ocupa a centralidade do sistema jurídico,⁶⁴ Díez Ripollés vale-se dos ensinamentos de Habermas, que fundamenta a legitimidade das normas a partir dos conteúdos morais, ético-sociais, compromissos entre interesses e aspectos pragmáticos no bojo do discurso jurídico-político,⁶⁵ e de Atienza, que sustenta ser inalcançável qualquer racionalidade judicial sem que exista uma prévia racionalidade legislativa, tampouco tem sentido se falar em argumentação jurídica se ela não contiver a argumentação que se desenvolve na elaboração do Direito.⁶⁶

Díez Ripollés entende que a obtenção de certos graus de racionalidade legislativa, além de possível, é exigência que deflui da própria estrutura principiológica constitucional, de modo que a existência de um sistema jurídico livre de contradições deve ser a meta de todo processo legislativo.⁶⁷ A partir desses pressupostos, o autor espanhol passa a desenvolver cinco níveis de racionalidade legislativa: ética, teleológica, pragmática, jurídico-formal e linguística.⁶⁸

No bojo da *racionalidade ética* inserem-se as questões de legitimação da intervenção penal, a partir da análise de sua harmonia às profundas convicções sociais da sociedade. Procura-se o estabelecimento dos contornos básicos da legitimidade da tutela penal, por meio de *princípios estruturais de primeiro nível*, quais sejam: *princípios de proteção*, que atendem a pautas limitadoras do conteúdo de tutela do Direito Penal: princípio da lesividade, princípio da essencialidade ou fragmentariedade, princípio do interesse público e princípio da correspondência com a realidade;⁶⁹ *princípios de responsabilidade*, que cuidam dos requisitos que devem concorrer para que se possa exigir responsabilidade criminal de certo comportamento: princípio da certeza ou segurança jurídica, princípio da responsabilidade pelo fato, princípio da imputação, princípio da responsabilidade ou culpabilidade e princípio da jurisdição;⁷⁰ e *princípios de sanção*, que destacam os fundamentos da sanção penal à conduta criminalmente responsável: princípio da humanidade das penas, princípio teleológico ou dos fins da pena, princípio da proporcionalidade das penas e princípio do monopólio punitivo estatal.⁷¹

No nível de racionalidade ética, afere-se o condicionamento de legitimidade do processo legislativo a partir da observância de um sistema de crenças, cultural e historicamente

⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 76-77.

⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 78.

⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 79.

⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 80.

⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91.

⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 133-140.

⁷⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 141-152.

⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 152-156.

condicionado, que é o alicerce de determinada coletividade.⁷² O sistema de crenças deve ser extraído do âmbito dos grandes consensos, sem a intromissão de interesses particulares.⁷³ Por esse motivo, a racionalidade ética não se baseia na defesa da existência de direitos naturais da pessoa,⁷⁴ tampouco é plasmada em questões científicas⁷⁵ ou mesmo ela deve ser extraída puramente da Constituição, que limitaria materialmente o *ius puniendi* por meio de *deveres de não penalização*.⁷⁶ Antes, a racionalidade ética deve pertence ao *critério democrático*,⁷⁷ pois ele remete à importância de serem atendidas as convicções sociais amplamente majoritárias em torno da criminalização, à medida que corresponde aos reclames das sociedades pluralistas e democráticas.⁷⁸ Assim, devem ser levadas em consideração as “opiniões compartilhadas de maneira generalizada pela população, de forma que só ficariam de fora dessa visão minorias muito reduzidas”. E a obtenção dessa opinião pública deve ocorrer por meios confiáveis, como *métodos democráticos*, especialmente as pesquisas de opinião.⁷⁹

Fazemos coro às diversas objeções ao critério democrático, que constata a probabilidade de aparição de respostas inverídicas diante da irritação quanto a certo problema social; o efeito retroalimentador das opiniões majoritárias e sua vocação autoritária, com a contínua tendência à supressão de garantias, a partir da existência de uma *sociedade de vítimas*; e a provocação de indesejado populismo, à medida que forças políticas abster-se-iam do debate e esperariam o resultado das consultas populares, conformando-se a elas.⁸⁰

⁷² Díez Ripollés diferencia a ética da moral, no sentido habermasiano, de modo que os valores morais apresentam matizes universais, ao passo que os éticos são apenas válidos dentro de determinada coletividade, a partir da autocompreensão compartilhada por seus integrantes (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91).

⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91.

⁷⁴ Díez Ripollés denomina *critérios ideais* os pensamentos que defendem a existência de direitos naturais da pessoa, prévios ao Estado de Direito, que se plasmam aos direitos fundamentais (Ferrajoli) e aqueles que se apoiam no consenso da comunidade científica (Silva Sánchez). Para ele, os critérios ideais não são corretos, porque desconhecem a pluralidade das coletividades (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 159-161).

⁷⁵ Díez Ripollés também critica o que chama *critérios especializados*, como o *critério científico-tecnocrático*, segundo o qual seriam as ciências sociais que, por meio de investigações empírico-sociais, evidenciariam as necessidades objetivas da sociedade a serem satisfeitas pela Política Criminal; e o *critério elitista*, que apresenta a sugestão de que as questões em torno da criação e da aplicação do Direito deveriam se colocar fora do âmbito do controle democrático e ficar a cargo de especialistas (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 163-167).

⁷⁶ Para o autor espanhol, não se pode pressupor que todas as perguntas encontrem resposta na Constituição, que sequer contém uma teoria jurídica do delito, nada mais oferecendo que previsões fragmentárias, incapazes de sustentar qualquer programa político-criminal (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 171).

⁷⁷ Não apenas a racionalidade ética, mas, para Díez Ripollés, o critério democrático também tem grande importância na racionalidade teleológica. Essa importância diminui para os outros três níveis, mas readquire sua proeminência quando se tratar de acomodar o conjunto dos cinco níveis (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 92).

⁷⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 171.

⁷⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 180.

⁸⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 181.

Todavia, as ideias que grassam em torno do critério democrático talvez tenham melhor possibilidade de rendimento se elas se assentarem em alguns pressupostos formais, que funcionariam como filtros para o saneamento de algumas impurezas que pudessem contaminar a opinião pública, tais como o estabelecimento de um prazo de espera entre a constatação de certa realidade social e o início de pesquisas de opinião acerca da adequação e da necessidade de alguma resposta jurídica ao fenômeno social, para que existisse certo apaziguamento de ânimos e o resultado das pesquisas de opinião refletissem posturas mais racionais, menos emotivas. Além disso, ao contrário de Díez Ripollés, talvez possamos sustentar que o critério ideal não seja o democrático, mas sim o *democrático-constitucionalista*, à medida que, observada a importância da opinião popular, o que se conforma aos anseios democráticos,⁸¹ é igualmente relevante que nos atentemos a um feixe irrenunciável e intangível de garantias constitucionais, ancorado em uma dimensão axiológica de *cultura universal dos direitos humanos*,⁸² que serviria como contenção a clamores punitivistas desmedidos, independentemente da envergadura do consenso social a respeito de certa questão.

Pois bem. No segundo nível, Díez Ripollés situa a *racionalidade teleológica* no âmbito da qual deve surgir uma formulação dos objetivos perseguidos pela concreta decisão legislativa penal, que deve compreender, ao menos, a importância do objeto protegido, a intensidade da obediência exigida, as repercussões negativas dela derivadas e suas inter-relações. Em outras palavras, nesse nível de racionalidade deve ser aferido se os fins visados pela norma são suficientemente atendidos por ela.

No terceiro nível encontramos a *racionalidade pragmática*, que tem por missão ajustar os objetivos traçados pela racionalidade teleológica, verificados *in abstracto* na norma, às reais possibilidades de intervenção social que se encontram ao alcance da decisão legislativa; vale dizer, trata-se de examinar se o mandado ou a proibição que deflui do preceito penal é suscetível de cumprimento, satisfazendo-se a função da norma como diretiva de conduta.⁸³ Portanto, nesse âmbito a questão é saber se, na prática, a lei tem factibilidade, revelando-se o seu sentido e alcance social.

Inserida no quarto nível está a *racionalidade jurídico-formal*, que se destina à aferição da coerência da lei com o ordenamento jurídico no bojo do qual ela está inserida,⁸⁴ isto é, se dada lei revela-se consentânea aos princípios informadores do sistema jurídico e daquele ramo do Direito ao qual ela está inserida – no caso, o Direito Penal, observando-se a necessidade de coesão e harmonia como características de um sistema, que se pretende racional.

Por fim, no quinto nível encontra-se a *racionalidade linguística*, que visa a garantir as habilidades comunicativas da norma,⁸⁵ pretendendo-se que a decisão legislativa

⁸¹ HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. Política criminal, sistema procesal penal y dogmática penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 417-436.

⁸² AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Faculdade Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016.

⁸³ AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Faculdade Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016. p. 94.

⁸⁴ AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Faculdade Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016. p. 95.

⁸⁵ AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Faculdade Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016. p. 96.

racional seja tomada com simplicidade, clareza e precisão suficientes para que a mensagem normativa possa ser adequadamente transmitida, repudiando-se defeitos sintáticos, obscuridades semânticas e tecnicismos desnecessários.⁸⁶

5. Níveis de racionalidade e o crime de tráfico de drogas

Os níveis de racionalidade elaborados por Díez Ripollés têm vocação genérica, porque podem ser utilizados para o escrutínio da legitimidade de qualquer tipo penal. Algumas vezes, o tipo satisfará o filtro da racionalidade ética, mas esbarrará no modo como concretamente se dá essa proteção, como parece ser o caso de alguns tipos que visam à proteção do meio ambiente, o que se apresenta, em tese, eticamente viável, no entanto o fazem pela proscrição de condutas neutras, que não representam carga desvalorativa alguma. Em outros casos, o tipo penal parece satisfazer os primeiros dois filtros, mas esbarra na mais absoluta inocuidade social, ou mesmo em problemas de harmonia com o sistema penal ou questões de signos linguísticos, que tornam a norma praticamente ininteligível.

Todavia, raros parecem ser os tipos que desatendem os cinco níveis de racionalidade. É o que ocorre com o artigo 33 da Lei 11.343/2006. A ilusória eficácia punitiva,⁸⁷ muito bem refletida no principal crime da Lei Antidrogas, acabou por desaguar numa série de disfuncionalidades, capazes de ser examinadas.

5.1. Racionalidade ética e tráfico de drogas

A legitimidade do tipo de tráfico de drogas já é muito problemática se aferida em torno da teoria da proteção de bens jurídicos. Nesse contexto, se trabalharmos com a referência a bens jurídicos individuais, ou seja, visando à proteção da integridade física daquele que recebe ou vai receber a droga, podem ser apresentadas críticas severas à proibição de lesão a um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular,⁸⁸ compreendendo o real significado da constatação de Schünemann, quando diz que “a mais intensa e aguda forma de paternalismo se manifesta nos tipos penais da Lei de Entorpecentes”.⁸⁹

⁸⁶ AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Facenda Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016. p. 189.

⁸⁷ Muitos tipos penais na atualidade, ao tentarem expressar o pragmatismo da pós-modernidade, na verdade fazem remover as garantias da modernidade e, com isso, remetem a parâmetros repressivos pré-modernos, fomentadores de um realismo jurídico estruturalmente autoritário e funcionalmente ineficaz (MOCCIA, Sergio. *Emergência e defesa dos direitos fundamentais. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, p. 58-91, 1999).

⁸⁸ CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 631-659.

⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo?* Trad. Luís Greco. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 100. Por “paternalismo penal”, em termos simples, e sem nos atermos às suas tradicionais divisões como *hard* e *soft*, direto e indireto, podemos dizer se tratar da “interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida” (DWORKIN, Gerald. *Paternalismo*. Trad. João Paulo Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7-27, 2009. p. 9).

Claus Roxin pontua que somente o paternalismo *soft* admitiria a tutela penal, que pode existir para o suprimento de déficits de autonomia da pessoa afetada.⁹⁰ Segundo esse entendimento, parece que somente faria sentido a criminalização do comércio de drogas diante da potencialidade de seu consumo por inimputáveis ou semi-imputáveis.

Ainda de acordo com a teoria da proteção de bens jurídicos, outra direção seria trabalharmos a proibição em torno da *saúde pública*, o que, aliás, é comumente aceito no cenário dos tratados internacionais e acaba sendo compartilhado pela maior parte das legislações nacionais.⁹¹ A compreensão de que, em verdade, a proteção volta-se a um bem jurídico aparente de forma alguma resolve os problemas de legitimidade do tipo. Ao contrário, “essa espiritualização sofrida pelo bem jurídico acaba desembocando em um único valor tutelado: a vontade do Estado”,⁹² neutralizando a capacidade de o bem jurídico funcionar como verdadeiro limite à intervenção penal.

De todo o modo, ainda que Díez Ripollés situe o princípio da lesividade como um dos princípios estruturais de proteção, sua teoria não confere proeminência alguma ao bem jurídico, de maneira que seria legítima, em tese, a criminalização do tráfico de drogas, independentemente da identificação de um verdadeiro bem jurídico-penal. Como vimos, no âmbito da racionalidade ética é que se movem as questões em torno da legitimação da intervenção penal, mediante a análise de sua conformidade às profundas convicções sociais da sociedade.

Portanto, a pedra de toque da racionalidade ética, a partir da idealização do critério democrático, seria sua conformação ao consenso social. Essa constatação também não dissipa os problemas em torno do tráfico de drogas, ainda que, adotado o critério democrático-constitucionalista que defendemos até aqui, em sua vertente positiva, pudesse se cogitar de um mandado constitucional de sua criminalização.⁹³

Deveras, na fase pré-legislativa, identificada por Díez Ripollés como aquela em que é percebida certa realidade social, com a ausência de correspondente resposta jurídica e a necessidade desta é impossível identificarmos que o problema em torno de certas drogas anteceda qualquer tomada de posição legislativa porque o crime de tráfico de drogas não é um delito natural, mas sim fabricado. É que ele não se mostra como uma realidade ontológica, como o homicídio, o furto e o roubo, mas o seu conteúdo e sua extensão devem ser necessariamente construídos pela legislação. Homicídio sempre será homicídio, em qualquer lugar. Mas o tráfico de drogas condiciona-se às variantes de tempo e espaço: ora inclui em seu conceito certa substância, ora exclui outra; ora exige certa quantidade, ora dispensa-a; ora demanda intuito lucrativo, ora se contenta com a mera posse da substância.

⁹⁰ ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal*. Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Ara, 2004.

⁹¹ À exceção da Venezuela, que inclui os crimes relacionados a drogas dentro de uma visão de segurança nacional (VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017).

⁹² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 80.

⁹³ O art. 5º, XLIII, da Constituição, estabelece que: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de 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”. Ainda que se admitam esses deveres expressos de criminalização, não há dispensa alguma para que o legislador ordinário continue a se pautar por princípios penais, aferindo sempre a dignidade penal, o merecimento e a necessidade de pena (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 112-113).

Por isso, o tráfico de drogas encerra sempre uma noção transitiva, que necessita ser completada pelo atento trabalho do legislador, que não pode abrir mão do exame atento à lesividade social da conduta que se pretende proibir. Com isso, ainda que se admita a legitimidade do crime de tráfico de drogas, um aspecto de sua irracionalidade ética reside no aparente descompromisso estatal para com a aferição da efetiva danosidade de algumas substâncias, cuja proibição parece ser mais amparada por aspectos políticos, econômicos e morais do que por avaliações científicas acerca de seu potencial lesivo e seus níveis de adição.⁹⁴

Outra questão em torno da racionalidade ética, que tangencia o próprio objeto de proteção, diz respeito à desproporção entre as penas do *caput* e a causa especial de diminuição do parágrafo 4º do art. 33, que prevê a diminuição de 1/6 a 2/3 da pena, “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Como vemos, todas as circunstâncias remetem a questões de índole pessoal, que, sequer indiretamente, relacionam-se à suposta proteção da *saúde pública*, apondo a essa regra a odiosa marca de um Direito Penal do autor.

Deveras, o Direito Penal brasileiro estabelece outras causas especiais de diminuição de pena, que também apontam a reincidência e os maus antecedentes como pressupostos requisitos impeditivos do benefício, como se dá com o *furto privilegiado*⁹⁵ e o *estelionato privilegiado*.⁹⁶ Mas, em ambos os casos, às circunstâncias pessoais do agente agregam-se dados objetivos do desvalor do resultado, como o *pequeno valor da coisa furtada* e o *pequeno valor do prejuízo*, respectivamente, aproximando-se tais minorantes de um necessário Direito Penal do fato.

Com isso, a irracionalidade ética do tráfico de drogas, sob o prisma da redução prevista no §4º do art. 33 reside nesse ponto: se o que se quer proteger é a *saúde pública*, como se tem proclamado, é sua lesão em maior ou menor grau que deveria ser o elemento basilar de referida causa de diminuição, porém, *lege lata*, a quantidade de drogas ou circunstâncias que agregariam o desvalor do injusto sequer são consideradas. Antes, preferiu o legislador voltar-se, exclusivamente, a questões pessoais do agente, deixando transparecer sua lógica inocuidadora, por meio do realce ao efeito preventivo especial negativo da pena (*selective incapacitation*), direcionado a um grupo de indivíduos entendidos como *fontes de perigo ambulantes* e que, por isso, devem ser neutralizados antes de causarem algum tipo de dano.⁹⁷ É de se lembrar que, como anota Vera Malaguti Batista, a partir do final dos anos 1970, a figura do inimigo interno é deslocada do guerrilheiro/terrorista para o bandido/traficante, harmonizando-se justamente a referido escopo neutralizador.⁹⁸

⁹⁴ RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios e antirriminologia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

⁹⁵ Art. 155, §2º: “Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de 1 (um) a 2/3 (dois terços), ou aplicar somente a pena de multa”.

⁹⁶ Art. 171, §1º: “Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, §2º”.

⁹⁷ No mesmo sentido: EL HIRECHE, Gamil Föppel; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do “crime organizado” no projeto de código penal e na Lei 12.850/03. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 439. v. VI.

⁹⁸ BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 233-240, 1996.

Por fim, ainda no âmbito desse primeiro nível de racionalidade, vimos que Díez Ripollés elenca como princípios estruturais de primeiro nível, dentro da subespécie dos princípios de sanção, a humanidade das penas. Ora, o art. 33 da Lei 11.343/06, ao lado das penas de prisão, prevê cumulativamente penas de multa de 500 a 1.500 dias-multa, cujo exagero salta aos olhos, não apenas sob o aspecto da desproporcionalidade formal, tomando-se em conta a regra geral do art. 49 do Código Penal, que a estabelece entre 10 e 360 dias-multa,⁹⁹ mas também sob o aspecto material, considerando-se que a vasta maioria dos condenados por tráfico de drogas no Brasil são indivíduos economicamente hipossuficientes, reconduzindo-se essa sanção pecuniária, na prática, a uma verdadeira *pena perpétua*, diante da impossibilidade material de seu adimplemento.

5.2. Racionalidade teleológica e tráfico de drogas

Díez Ripollés observa que se verificará a irracionalidade teleológica quando os objetivos almejados pela lei não tiverem sido estabelecidos no âmbito de um emprego discursivo do critério democrático, deixando-se de prestar a devida atenção a todos os componentes ético-políticos relevantes que reflipam, ou não, esse acordo.¹⁰⁰

Assim, admitindo-se como premissa, hipoteticamente, que exista um verdadeiro consenso social em torno da utilização da intervenção penal para a tutela da saúde pública por meio da criminalização do tráfico de drogas, há algumas questões em torno da maneira pela qual essa punição ocorrerá. Decerto, nossa Constituição indica e, para alguns, *impõe*, inclusive, que se criminalize o tráfico de drogas, mas sequer fornece as balizas de como essa criminalização primária ocorrerá. A obtusa vagueza típica do art. 33 e a equiparação de condutas que sequer abstratamente têm o mesmo desvalor acabam tornando no mínimo questionável se o legislador ordinário atendeu aos contornos do espírito constitucional ao equiparar o tráfico de drogas ao crime hediondo.

Com efeito, o crime se perfaz independentemente do dolo de comércio, o que parece ser noção indissociável do delito, já que tráfico liga-se às ideias de *mercancia*, *trato mercantil*, *negócio fraudulento indecoroso*, como pontua Alberto Silva Franco.¹⁰¹ E, ainda que houvesse aludida necessidade mercantil, o tipo penal teria a perniciosa vocação de punir pensamentos. Pensemos na seguinte situação: “A” encontra-se parado em uma esquina com cinco porções de maconha para o seu próprio uso, mas “B” está na outra esquina, com outras cinco porções de maconha, com a intenção de vendê-las, muito embora ainda não tenha feito quaisquer contatos com supostos consumidores. Objetivamente, inexistente qualquer diferença entre as condutas. Se tirarmos uma fotografia de cada qual, concluiremos que ambas merecem a mesma resposta jurídica, porque se colocam objetivamente idênticas. Como, então, punir “A” com a brandura sugerida pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006, sem qualquer ameaça ao cerceamento de sua liberdade e, por outro lado, dedicar a “B” todo o espírito repressor ao tráfico?

⁹⁹ Considerando-se que, em todos os casos, a regra será a de que o valor de cada dia-multa variará entre 1/30 do maior salário-mínimo vigente, nem superior a 5 vezes esse valor, nos termos do art. 49, §1º, do Código Penal.

¹⁰⁰ Díez Ripollés, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 95.

¹⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 145.

Esta questão seria, de certa forma, minimizada pela previsão típica de certa quantidade mínima de droga para a caracterização do tráfico de drogas. Compartilhamos da preocupação de Bruno Shimizu e Patrick Cacicedo de que o estabelecimento de um marco quantitativo, tendenciosamente baixo, permitiria uma aplicação perversa do critério, criando-se verdadeira *presunção de traficância* sempre que apreendida a quantia de droga estabelecida legalmente.¹⁰² No entanto, temos que o risco de que ocorra essa *presunção* parece ser mais suportável do que a *presunção de traficância* que já se opera na prática policial e judiciária, desapegada de qualquer *discrimen* objetivo.

5.3. Racionalidade pragmática e tráfico de drogas

Como vimos, consoante Díez Ripollés, a análise do nível de racionalidade pragmática da lei penal implica no exame da factibilidade da norma, isto é, se o preceito que deflui do texto é, na prática, passível de cumprimento ou se, pelo contrário, trata-se de simples promessa inconsequente.¹⁰³

Ora, o tipo se propõe à proteção da saúde pública, observaremos que, na prática, esse objetivo está cada vez mais distante de ser atendido, pela indesejada constatação da proliferação dos problemas sociais relacionados ao consumo de drogas, não obstante o incremento dos índices de encarceramento,¹⁰⁴ detenções que, em sua vasta maioria, envolveram apreensões de pequenas quantidades de drogas que são, quase que invariavelmente, encontradas na posse de pessoas economicamente vulneráveis, que também ostentam a condição de usuários ou viciados nessas substâncias que se encontram em sua posse.¹⁰⁵ A esses indivíduos, normalmente, são negligenciadas as suas básicas garantias materiais e, sob o pretexto de proteção da saúde pública por meio do combate ao tráfico de drogas, são subjugados a constante vigilância estatal, apta a propiciar, na prática, o devassamento de sua intimidade, quer seja pelas buscas pessoais, quer seja pelas buscas domiciliares, independentemente de ordem judicial, inclusive, sob o pretexto de o tráfico de drogas ser delito de natureza permanente.¹⁰⁶

¹⁰² SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para a diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 286, p. 8-9, 2016.

¹⁰³ Cf. item 3, *supra*.

¹⁰⁴ Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2017 constatou-se que, dentro de um universo de 221 mil detentos provisórios no Brasil, o tráfico de drogas é responsável pelo maior número de presos preventivamente (29%), seguido pelo roubo (26%) e homicídio (13%). LEVANTAMENTO dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. CNJ. 23 FEV. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/34zZ11W>. Acesso em: 18 jun. 2018.

¹⁰⁵ Cf. VITOR, Enrique García. Aspectos político criminales en materia de drogas. *Revista de Ciencias Penales*, Buenos Aires, n. 2, p. 71-92, 1999.

¹⁰⁶ Como já tivemos a oportunidade de dissertar, o problema não está na possibilidade de invasão domiciliar diante de flagrante delito, circunstância que, aliás, é prevista pela própria Constituição, a teor de seu art. 5º, XI. A grande questão está nas condições mínimas para que se admitam validamente as buscas domiciliares, independentes de mandado judicial. Em 2016, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, com repercussão geral reconhecida, debruçou-se sobre a questão e houve por bem admitir a invasão domiciliar sem mandado, desde que existam *fundadas razões*. No entanto, esta expressão é polissêmica e, justamente por sua abrangência, não apresenta aptidão para efetivamente limitar a intervenção policial. O STF perdeu uma boa hora para dizer no que consistem essas *razões fundadas*. Podia ter tomado emprestado, por exemplo, a sólida construção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos que, não obstante a propalada *guerra ao tráfico*, tem fixado parâmetros mais precisos para a entrada forçada em residências, tais como a *open view doctrine*, segundo a qual apenas se dispensa o mandado judicial se os agentes policiais visualizarem algo aparentemente ilícito, desde que estejam em um lugar que lhes seja permitido estar (calçada, rua, sobrevoação de céu aberto etc.). Não basta para a invasão à residência, no caso do tráfico de drogas, abordar um usuário de narcóticos e ele dizer aos policiais o local

O quadro, ao deixar transparecer a marca da seletividade, também intensifica os efeitos simbólicos dessa intervenção, colocada ao serviço do atendimento das funções latentes do Direito Penal, que se sobrepõem às funções manifestas,¹⁰⁷ abrindo-se caminho para a sua conversão em instrumento meramente político, o que culmina com o seu desvirtuamento da proteção de bens jurídico-penais e o distanciamento do modelo democrático de Estado. Em verdade, na prática, o pretense *combate* ao tráfico de drogas, possibilitado pelo alargamento das fronteiras típicas, encontra campo fértil à exclusão social de pessoas reputadas economicamente inúteis e socialmente desajustadas.¹⁰⁸

Em suma, a criação de um sistema proibicionista e a intensificação do reproche penal, na prática, têm estado longe de alcançar os objetivos declarados por esse mesmo sistema: a proteção da saúde pública, por meio do combate à produção e ao comércio de drogas ilícitas.¹⁰⁹ Pelo contrário, o arsenal punitivo existente volta-se frequentemente contra o próprio bem jurídico que diz proteger, por meio da criminalização de tóxico-dependentes, impedindo-se, com isso, que sua saúde possa ser adequadamente protegida.¹¹⁰

5.4. Racionalidade jurídico-formal e tráfico de drogas

O tipo de tráfico de drogas apresenta-se disfuncional também sob o plano de sua incoerência com o sistema jurídico-penal como um todo, circunstância reveladora de seu caráter absolutamente emergencial. Uma dessas maiores evidências encontra-se, por um lado, em seu preceito penal secundário e, por outro, no protagonismo que o tipo confere aos maus antecedentes e à reincidência.

No primeiro caso, observamos que as penas previstas para o tráfico de drogas variam entre 5 e 15 anos de reclusão. Tratando-se de um tipo de perigo abstrato, as sanções penais deveriam ser mais brandas do que aquelas previstas para o tipo de dano referente àquilo que a punição do perigo visa a evitar.¹¹¹ Assim, como esclarece Luís Greco, “se o

em que comprou a substância. Para a validade das buscas domiciliares sem mandado, é preciso que o comércio ilícito seja visto pelos agentes estatais. Somente o STF tivesse utilizado essa teoria para a normatização do conceito de fundadas razões é que a decisão teria algum impacto prático (DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, v. 5, p. 137-155, 2016).

¹⁰⁷ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Trad. Elena Larrauri. *Revista Hispano-latinoamericana Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 23-36, 1991. Observamos, contudo, que nem sempre os efeitos simbólicos serão indesejados. Muitas vezes, eles se fazem necessários para a efetiva proteção de bens jurídicos, por meio da prevenção de comportamentos. Nesses casos, inclusive, eles devem ser denominados *efeitos expressivo-integradores*. Portanto, a questão não residiria tanto no estabelecimento de efeitos simbólicos, mas na aferição de sua instrumentalidade à proteção de bens jurídicos, de maneira que eles seriam indesejáveis apenas quando essa função instrumental não fosse atendida (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *O direito penal simbólico e os efeitos da pena*. Trad. Luciana Caetano da Silva. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, p. 24-49, 2004).

¹⁰⁸ Bauman esclareceu que as novas classes perigosas “são aquelas conhecidas como inadequadas à reintegração e programadas inassimiláveis, já que não se pode conceber uma função útil que sejam capazes de exercer após a ‘reabilitação’. Não são apenas excessivas, mas *excedentes*. Estão excluídas *permanentemente* – um dos poucos casos de ‘permanência’ que a modernidade líquida não apenas permite, mas promove ativamente”. (BAUMAN, Zygmunt, *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 74-75).

¹⁰⁹ BOITEUX, Luciana. Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, n. 21, p. 16-21, 2015.

¹¹⁰ VITOR, Enrique García. Aspectos político criminales en materia de drogas. *Revista de Ciencias Penales*, Buenos Aires, n. 2, p. 71-92, 1999. p. 76.

¹¹¹ Conforme Valois, a pena máxima possível para o tráfico de drogas é de 25 anos, se considerada o máximo do preceito penal secundário do art. 33, acrescido da fração máxima do art. 40. Esta pena é superior à do homicídio (20 anos), roubo (15 anos)

tráfico de drogas nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à integridade física, essa conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso de lesões corporais”.¹¹²

Esse entendimento pode causar alguma perplexidade, porque poderia se argumentar que, em verdade, o que se protege é a *saúde pública*, que representaria o somatório de todos os bens jurídicos-penais da saúde individual. No entanto, considerado o caráter meramente *instrumental* desses bens jurídicos aparentes, dentre o qual se insere a saúde pública, não parece adequado que a punição do *perigo* ao conjunto desses bens pode ser apenas mais severamente do que a efetiva concretização do *dano* a algum bem individual. Hipoteticamente, há que se cogitar da mesma espécie de irracionalidade jurídico-formal quando observamos que as penas cominadas ao crime de embriaguez ao volante (6 meses a 3 anos de detenção, multa e suspensão do direito de dirigir – art. 306 da lei 9.505/1997) são superiores àquelas previstas para o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (6 meses a 2 anos de detenção e suspensão do direito de dirigir – art. 303 da Lei 9.505/1997).

Reconhecemos, todavia, que as penas previstas para o crime de lesão corporal simples (3 meses a 1 ano de detenção – art. 129 do Código Penal) são surpreendentemente baixas, caso sejam comparadas às penas do furto (1 a 4 anos de reclusão e multa) e do roubo simples (4 a 10 anos e multa). Imaginemos a situação de “A” encontrar-se com “B” e, sem motivo aparente, desferir um soco contra rosto, causando-lhe lesões de natureza leve. Agora imaginemos o caso de “A” encontrar-se com “B” e lhe exigir um bem qualquer, de um valor muito baixo, quase insignificante, sob a ameaça de lhe desferir um soco na face. Aponta-se flagrantemente desproporcional que “A” responda, no primeiro caso, a uma pena mínima de 3 meses de detenção, ao passo que, na segunda hipótese, possam lhe ser impostos, no mínimo, 4 anos de reclusão. Essa solução apresenta-se evidentemente irrazoável, a não ser para o atendimento de uma indesejada lógica patrimonialista.

Seria aceitável, com isso, que as penas cominadas ao crime de lesão corporal fossem, em princípio, mais elevadas do que as previstas para os delitos patrimoniais. No entanto, a inexpressividade de suas reprimendas não impede que seja também criticada a desarmonia entre elas e aquelas previstas ao tráfico de drogas, depositada a centralidade de proteção na saúde dos indivíduos, ainda que indeterminados e representada sob o rótulo de *saúde pública*.

Outra questão que revela a irracionalidade jurídico-formal do tipo de tráfico de drogas está no destacado papel que ocupam os maus antecedentes e a reincidência. Deveras, de acordo com as regras gerais do Direito Penal, ambos servem para a elevação da pena, na primeira e na segunda etapa de dosimetria, respectivamente.¹¹³ Embora inexistam frações legais para esse aumento, como regra, a jurisprudência inclina-se pela aplicação do montante de 1/6 para ambos os casos, assim como para as demais circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, porque ele representa o menor valor de que se vale o Código Penal para o estabelecimento das causas de aumento e de diminuição.¹¹⁴ Mas,

e estupro de vulnerável (art. 217-A), quadro que evidencia a sua mais que absoluta desproporcionalidade (VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017).

¹¹² GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 95.

¹¹³ Arts. 59 e 61, I, ambos do Código Penal.

¹¹⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 190.

além de influenciarem na pena, os maus antecedentes e a reincidência podem servir para a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais severo,¹¹⁵ além da aptidão para impedirem a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos¹¹⁶ e a concessão de *sursis*.¹¹⁷

Ainda que admitamos a possibilidade desses efeitos deletérios causados pelos maus antecedentes e pela reincidência, para o cumprimento de questões preventivas,¹¹⁸ o que deve ser decisivo para a cominação da pena é a *gravidade do fato*, assumindo esses registros criminais apenas um papel modesto e periférico na indicação do *quantum* da pena.

Se essa conclusão parece ser a lógica que se extrai das regras da Parte Geral do Código Penal, ela não se verifica ao crime de tráfico de drogas, porque, para ele, os registros criminais assumem protagonismo absoluto, de modo que, quase que invariavelmente, preponderam sobre o fato e suas circunstâncias. Na verdade, como em nenhum outro exemplo do Direito Penal brasileiro, uma única condenação criminal definitiva poderá representar um acréscimo penal de 3 anos e 4 meses.¹¹⁹ Além disso, será esse registro criminal que conferirá ao fato a natureza de crime hediondo por equiparação, trazendo sérias repercussões quanto à possibilidade de progressão de regime, por força do art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990,¹²⁰ à medida que se firmou jurisprudência nos Tribunais Superiores no sentido de que o tráfico privilegiado não pode ser equiparado a crime hediondo,¹²¹ o que não deixa de revelar uma grande incongruência. Quando dizemos que um *crime* é hediondo, queremos nos referir ao *fato* praticado e a sua definição como tal por lei especial. O rol do art. 1º da Lei 8.072/90 atribui a natureza hedionda a uma série de *tipos*, não se mostrando viável se condicionar essa natureza a questões pessoais do autor, como o seu passado criminal. No fundo, esse *discrimen* faz revelar que o crime de tráfico de drogas traz consigo a odiosa marca de um Direito Penal do autor, evidenciando-se, pela preponderância que confere ao *passado criminoso* do agente, o exemplo brasileiro mais expressivo da teoria norte-americana do *three strikes you're out*,¹²² só que, em nosso caso, o escopo incoizador já se evidencia na prática da segunda infração.

¹¹⁵ A reincidência, automaticamente, por conta do §2º do art. 33, do CP; e os maus antecedentes, apenas por força do §3º, do mesmo dispositivo.

¹¹⁶ Art. 44, II e III, do CP.

¹¹⁷ Art. 77, I e II, do CP.

¹¹⁸ O atendimento a questões preventivas coaduna-se ao próprio art. 59 do CP, que estabelece que a pena seja fixada “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. Ocorre que nem todas as correntes vinculam o acréscimo decorrente da reincidência a questões preventivas. Há posição que procura justificá-lo com base na maior gravidade do fato, quer seja pelo *incremento da culpabilidade* (teoria do alerta de Hillenkamp), quer seja pela elevação do nível de injusto (Kaufmann). Cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 153-176.

¹¹⁹ Que é a diferença entre o mínimo de pena do *caput* do art. 33, 5 anos, e o redutor máximo contemplado por seu parágrafo 4º, a saber, 2/3.

¹²⁰ Que estabelece regras especiais para a progressão de regime em se tratando de crimes hediondos e assemelhados, ao exigir 2/5 do cumprimento da pena para sentenciados primários e 3/5 para reincidentes. Observamos que, segundo a regra geral, prevista no art. 112 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, o requisito objetivo é satisfeito pelo cumprimento de apenas 1/6 da pena.

¹²¹ STF, HC 118.533/MS, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 23.06.2016. Acompanhando esse entendimento, o STJ houve por bem fixar essa tese de repercussão geral (Tema 600) e revogar sua Súmula 512, que dispunha em sentido contrário.

¹²² A ideologia é extraída de regra originária do beisebol, que estabelece que se um rebatedor perdesse três tentativas de rebater a bola (*three strikes*), ele seria eliminado do jogo (*you're out*). Para o Direito Penal, significa recrudescer o tratamento para os reincidentes, de modo que aquele que cometeu o terceiro delito deve ser colocado à margem do convívio social (VOGEL, Joachim. *La internacionalización del derecho penal y el proceso penal*. Trad. Alfonso Galán Muñoz. *Revista Penal Tirant Lo Blanch*, Valencia, n. 22, p. 160-167, 2008).

5.5. Racionalidade linguística e tráfico de drogas

O último nível de racionalidade exige que a mensagem normativa seja passada com clareza, precisão e simplicidade. Sabemos que a linguagem deve representar o limite infranqueável da interpretação, de maneira que os signos linguísticos do tipo revestem-se de importância ímpar. Como já dizia Chaves Camargo, ao se basear nos estudos da teoria da linguagem do norte-americano Noam Chomsky, o intérprete, diante de uma ação humana, para aferir se ela é típica, ilícita e culpável, deverá, em primeiro lugar, examinar a norma para dela extrair o bem jurídico tutelado e, em seguida, buscar na estrutura profunda da lei penal o exato valor semântico de seus termos, delineando, com precisão, a ação punível e a sanção correspondente.¹²³

No caso do tipo do art. 33, sua irracionalidade linguística é desvelada pela utilização abusiva de 18 verbos que fazem alargar as fronteiras típicas para punir, grosso modo, o sujeito que tiver qualquer tipo de contato com substância que esteja “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, o que acarreta a violação ao princípio da legalidade estrita, ao se estabelecer um crime de fácil apuração e de fácil condenação, o que se agudiza pela relativização do elemento subjetivo.¹²⁴ Essa facilidade também decorre do fato de o legislador ter deixado de indicar o elemento subjetivo *específico* do tipo penal. Curiosamente, essa finalidade especial está prevista no tipo do art. 28 (“para consumo pessoal”), porém não há o seu correspondente no art. 33, o que seria satisfeito mediante a inserção da expressão “para entrega ao consumo de terceiros”. Em outras palavras, o dolo do art. 28 consiste no *conhecimento* da existência da droga e a *vontade* de consumi-la, ao passo que o dolo do art. 33 revela-se mais frágil, sendo satisfeito, ao menos sob o nível linguístico, com o mero *conhecimento* da droga.¹²⁵

Na prática, essa situação faz inverter o ônus de prova, violando-se, no campo processual, o princípio do *in dubio pro reo*, porque, em princípio, a mera posse de substância ilícita ensejará a condenação por tráfico de drogas, dispensando-se a demonstração, pelo órgão acusatório, de qualquer finalidade específica, cabendo à defesa, se pretender a desclassificação para o crime de porte para uso de drogas, provar que a substância se destinava ao seu próprio uso. A perversidade dessa regra e a seletividade que lhe são inerentes são reforçadas pelos próprios parâmetros legais, que auxiliam o juiz a distinguir uma situação de outra, previstos no art. 28, §2º da Lei 11.343/2006: além da natureza e da quantidade da substância apreendida, o exame deverá recair sobre o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e aos antecedentes do agente. Desse modo, a falta de critérios técnicos e objetivos, aliada à dispensa da finalidade específica quanto ao destino da droga, torna muito mais fácil a condenação por tráfico de drogas de sujeitos pobres, que tenham registros criminais, ainda que não necessariamente relacionados a drogas, e que se encontrem em “pontos de droga”, sempre localizados na periferia das cidades.¹²⁶

¹²³ CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 88.

¹²⁴ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 420.

¹²⁵ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹²⁶ Como aponta Carvalho, a diferença entre tráfico e o porte para uso é definida a partir de “circunstâncias nebulosas, de baixa perceptividade e de difícil comprovabilidade, motivo pelo qual é fundamental estabelecer rígidos critérios de definição”

Por fim, outro aspecto da irracionalidade linguística reside na utilização de normas penais em branco para a indicação de quais substâncias devem ser proscritas. No Brasil, a etiqueta da proibição sequer é permeada de debates, naturais no bojo de um processo legislativo. Antes, releva seu déficit democrático, ao relegar o controle penal a ato normativo, editado pelo Poder Executivo,¹²⁷ mais suscetível às influências de *soft laws*.¹²⁸

Como lembra Klaus Tiedemann, o emprego da técnica das normas penais em branco, por vilipendiar a legalidade, deve ocorrer apenas quando realmente imprescindível para o atendimento de necessidades de que exista uma regulação mais ágil, a depender das circunstâncias cambiantes de tempo e espaço,¹²⁹ motivo pelo qual o complemento da proibição deve ser realizado por outra instância mais ágil, que prescindia dos debates parlamentares.¹³⁰ De todo o modo, a lei penal em branco deve ser evitada na medida do possível e, ainda quando seja necessária, as leis penais não devem se furtrar de descrever todos os demais elementos típicos que delimitam o sentido das condutas proibidas, além de ser recomendável que, sob o plano formal, submetam-se à mesma publicidade da lei penal.¹³¹

Em verdade, não se vislumbra a necessidade, ditada pela emergência de circunstâncias cambiantes, de que as drogas sejam proscritas por meio de atos normativos que não as leis.¹³² Como arremata Valois, sua utilização discricionária no tráfico de drogas somente vem a reforçar a conclusão de que o aparato legislativo é todo voltado ao atendimento de uma indesejável diretriz de guerra às drogas.¹³³

(CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 254-255).

¹²⁷ O art. 66 da Lei 11.343/06 faz referência a drogas como “substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial”, que são aquelas previstas na Portaria 344/1998, editada pela Secretaria de Vigilância em Saúde, órgão vinculado ao Ministério da Saúde. Ainda que seja muito questionável que a proibição venha ditada por atos normativos, prática, aliás, também encampada pelo art. 36 da revogada Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, que relegava a matéria à listagem do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, também vinculado ao Ministério da Saúde, ambas representam avanço em relação ao sistema do Decreto-Lei 385/68, que conferia competência definidora da capacidade lesiva tão somente ao laudo toxicológico, de sorte que era nada além da prova pericial que determina a incidência da lei, o que gerava enorme insegurança jurídica (CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016).

¹²⁸ *Soft laws* podem ser compreendidas como instrumentos elaborados pelo Estado ou por entidades não estatais que, malgrado não sejam formalmente vinculantes, acabam por influenciar a política dos Estados, as atividades de organizações internacionais e as condutas dos próprios indivíduos (MACHADO, Maira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Direito GV, 2004).

¹²⁹ TIEDEMANN, Klaus. La ley penal e blanco: concepto y cuestiones conexas. Trad. Antoni Llabrés Fuster. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, 2002.

¹³⁰ ALPÍZAR CHAVES, Alberto. Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza “lex certa”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, v. 17, n. 24, p. 34-43, 2007.

¹³¹ ALPÍZAR CHAVES, Alberto. Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza “lex certa”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, v. 17, n. 24, p. 34-43, 2007. p. 39.

¹³² Esclarece Lopes que “as exorbitações de um Direito Penal preventivo, as ideias totalitárias, a chamada defesa social, os elementos valorativos do tipo, as cláusulas gerais, os tipos penais abertos ou flexíveis, as leis penais indeterminadas ou em branco, a incriminação de puros desígnios subjetivos, o uso e abuso de elementos subjetivos do tipo são inimigos naturais do princípio da legalidade, mediante utilização de refinada técnica jurídica pelo Estado moderno em seu desiderato de exigir cada vez mais poder em detrimento das garantias formais e substanciais dos direitos individuais da pessoa humana” (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 130).

¹³³ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 437.

6. Algumas propostas para o incremento da racionalidade legislativa no crime de tráfico de drogas

Naturalmente, se foram expostas as razões pelas quais o tipo de tráfico de drogas deixa de atender aos parâmetros de racionalidade pensados por Díez Ripollés, as propostas para a correção das disfuncionalidades do tipo, pelo menos as mais evidentes, representam a outra face das críticas, descortinadas a partir de algumas alterações no âmbito da tipicidade.

No plano da racionalidade ética, admitindo-se que exista consenso social quanto à criminalização do comércio de certas drogas, no mínimo deve haver discussões em torno da natureza das substâncias a serem submetidas a controle penal, orientando-se este apenas pela potencialidade lesiva dessas substâncias, envidando-se esforços para que aspectos de outras ordens, como políticos e econômicos, não interfiram nessa decisão. São forçosas as discussões, a partir de critérios científicos, em torno do efeito de adição de certas drogas, não apenas daquelas que hoje consideramos ilegais, mas também os remédios, o álcool e o tabaco. Somente as decisões majoritárias tomadas a partir de estudos confiáveis garantirão respostas satisfatórias a essa questão.¹³⁴

Ainda no contexto da racionalidade ética, cabem outras duas sugestões. A primeira refere-se à minorante do parágrafo 4º do art. 33. Ao invés de a causa especial de diminuição de pena ser orientada, com exclusividade, por circunstâncias pessoais do agente, o que apenas faz alimentar um nefasto Direito Penal do autor, condições de caráter objetivo, relacionadas ao fato, poderiam fazê-lo. Por exemplo, poderiam ser estabelecidos duas formas para o crime de tráfico de drogas, a simples e a qualificada, configurada esta última forma mais grave a partir do binômio natureza/quantidade de drogas, aliado à presença de circunstâncias que elevam o desvalor da conduta (como regra, as situações previstas no art. 40: transnacionalidade ou interestadualidade do delito; cometimento do tráfico mediante violência ou grave ameaça; conduta perpetrada nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares; entre outras).¹³⁵

A outra sugestão fica por conta do estabelecimento da pena de multa, segundo os próprios patamares estabelecidos pelo Código Penal, ou seja, entre 10 e 360 dias-multa, a teor de seu art. 49. Parece que o legislador da Lei Antidrogas, ao prever números tão elevados para a pena de multa, direcionava essa maior severidade para fazer frente

¹³⁴ A respeito dos diversos equívocos do proibicionismo, supostamente ligados ao discurso da adição a drogas, cf. HART, Carl. *Um preço muito alto*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 23 e ss.

¹³⁵ É a mesma ideia que norteia, por exemplo, o Código Penal espanhol, cujos arts. 368, 369 e 370 estabelecem quatro níveis de conduta, que variam entre a atipicidade do fato até a forma qualificada do tráfico de drogas (CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 283). É curioso notar que, nos Estados Unidos, o *Controlled Substances Act* (1970) classifica as substâncias que deseja proibir em cinco categorias (*schedules*), de acordo com uma série de critérios, previstos em sua Seção 201(c), tais como: o risco potencial de adição; os efeitos farmacológicos da droga; os conhecimentos científicos sobre ela; o modo pelo qual se disseminou o seu abuso; os riscos à saúde pública; e se a substância faz parte do processo para a confecção de outra droga proscrita. Cabe a duas agências federais, a *Drug Enforcement Administration* (DEA) e a *Food and Drug Administration* (FDA) a inclusão ou exclusão de substâncias desse rol. A presença da substância em uma das categorias permitirá que o controle da droga ocorra no âmbito federal. No âmbito estadual, cada unidade federativa também tem suas próprias classificações dos níveis das substâncias proscritas. Essas divisões, ainda que não sejam perfeitas, pelo menos comprazem aos reclames da proporcionalidade, diferentemente de nós, à medida que as penas para o crime de tráfico dependerão da natureza e da quantidade das drogas. A listagem completa dos *schedules* de cada estado está disponível no *site* da National Alliance for Model State Drug Laws. Disponível em: <https://bit.ly/37PLMfJ>. Acesso em: 19 jun. 2018.

àquelas situações de enriquecimento com o tráfico, amalhando-se vultoso patrimônio a partir da habitualidade dessa prática comercial ilícita. No entanto, se voltarmos os olhos à realidade, perceberemos que esse exagero na multa não faz sentido algum, porque aqueles que são acusados e condenados por tráfico de drogas pertencem, quase sempre, às camadas mais pobres da população, em nada diferindo, em termos de capacidade econômica, daqueles que são punidos por delitos patrimoniais.¹³⁶

Já no campo da racionalidade teleológica, a proposta é que o tráfico fosse diferenciado do mero porte para uso a partir do estabelecimento de quantidades mínimas, de acordo com a natureza de cada droga, como já ocorre em diversos países.¹³⁷ Conjugado a tais parâmetros objetivos, deveria ser expressamente previsto *designio mercantil* no tipo do art. 33, circunstância que se harmonizaria aos princípios da lesividade e da proporcionalidade.¹³⁸

Na seara da racionalidade pragmática, é impossível propormos quaisquer aperfeiçoamentos estruturais ao tipo de tráfico de drogas; porém, com a melhoria dos outros níveis de racionalidade, naturalmente, serão atenuadas as injustiças ocorridas no âmbito da criminalização secundária.

Em seguida, em se tratando da racionalidade jurídico-formal, é necessário que existam correções nos montantes das penas privativas de liberdade, para que elas, de certo modo, guardem certa sintonia com as sanções estabelecidas para os crimes de lesão corporal gravíssima, porque, se em última análise, pretende-se evitar que exista o consumo de drogas e que esse consumo acarrete uma adição a essas substâncias, seria razoável que as penas para o tráfico de drogas não ultrapassassem aquelas previstas para os casos de *enfermidade incurável*, nos termos do art. 129, §2º, II, do Código Penal.

Além disso, ainda dentro do mesmo nível de racionalidade, os antecedentes criminais e da reincidência devem reocupar o papel que lhes destinaram as regras gerais do Código Penal, porque as penas devem ser dosadas, com absoluta primazia, a partir da análise do fato e de suas circunstâncias, de modo que o passado criminal das pessoas deve ocupar uma função periférica. Mas, de todo o modo, com o acertamento das questões em torno do estabelecimento de níveis de gravidade para o tráfico, com suas formas simples e qualificadas, já tratada na seara da racionalidade ética, os registros criminais naturalmente voltariam à margem da dosimetria da pena, deixando de ocupar o protagonismo que hoje lhes conferiu a Lei 11.343/2006.

Por último, no nível de racionalidade linguística, a utilização de 18 verbos compromete a interpretação do tipo, promovendo uma indesejada abertura, o que desatende aos reclames da taxatividade, corolário da legalidade. Como sustenta Valois, todos os

¹³⁶ Se partirmos do menor valor possível para o *caput* do art. 33, 500 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo o valor de cada dia, concluiremos que o valor mínimo da pena de multa para o tráfico é de R\$ 15.900,00, superior ao rendimento anual de um trabalhador que recebe um salário-mínimo mensal, considerado o valor do salário-mínimo nacional, a saber, à época da feita deste artigo, R\$ 954,00. SALÁRIO-MÍNIMO: tabela dos valores nominais. Guia trabalhista. Disponível em: <https://bit.ly/2HGRgOP>. Acesso em: 20 jun. 2018.

¹³⁷ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 283.

¹³⁸ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 270.

núcleos do tipo poderiam ser resumidos a dois: *possuir e trazer consigo*, já que ambas as condutas estão implícitas em todas as outras.¹³⁹

Além disso, deveria constar do tipo a finalidade específica de *entrega ao consumo de terceiros, visando ao lucro*, porque o próprio campo semântico da expressão “tráfico”, como vimos, vincula-se à ideia de mercancia,¹⁴⁰ o que, aliás, já se harmoniza à racionalidade teleológica.

Como último ponto da racionalidade linguística, é necessária a supressão da expressão “ou regulamentar”, constante da parte final do *caput* do art. 33, impedindo-se, com isso, que a proscrição de substâncias ocorra por meio de atos normativos outros que não a própria lei, à medida que o Parlamento deve ser a sede própria para as discussões em torno dos efeitos danosos à saúde dessa ou daquela substância, revelando-se o Legislativo, por conta de sua heterodoxia, com uma capacidade um pouco maior de opor resistência a pressões internacionais, movidas por outros interesses, normalmente de matiz econômica,¹⁴¹ que não a verdadeira preocupação com a proteção da saúde dos cidadãos.

7. Conclusão

A partir da análise dos cinco níveis de racionalidade pensados por Díez Ripollés, resulta evidente que o tipo de tráfico de drogas, confeccionado para o atendimento do clamor por uma normatividade de emergência, apresenta sérias disfuncionalidades, incompatíveis com o modelo democrático estabelecido pela Constituição.

A proclamação mundial de guerra ao tráfico de drogas, movida por interesses econômicos e reafirmações moralistas, que se escudam sob a pretensa proteção da saúde pública, acaba por engendrar uma série de perplexidades éticas, formais e práticas, que situam o crime de tráfico de drogas muito distante das balizas democráticas, que devem direcionar um necessário Direito Penal do fato.

A referida política de combate às drogas é agudizada, no plano doméstico, pela assunção de um pacto entre as três esferas de poder, que cedem às ideologias externas e passam a adotar uma postura belicista contra as drogas sobre as quais se deseja apor a etiqueta da ilicitude e contra os indivíduos que podem ser encaixados no arquétipo pretendido, sempre sob o controle informal da seletividade penal. De acordo com essa postura de guerra, garantias materiais e processuais são vistas como meros entraves a serem violentamente removidos, para o atendimento de uma suposta eficácia punitiva que, sob o pretexto da proteção da saúde, acaba por incrementar a desigualdade e a exclusão social.

Por isso, impõe-se uma tomada de consciência, cujo passo inicial redundaria justamente no reconhecimento das irracionalidades promovidas pela citada política mundial para, em seguida, socorrer-mos da dogmática para a correção de diversas disfuncionalidades materiais e formais, visando à humanização da intervenção penal em matéria de drogas.

¹³⁹ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 423.

¹⁴⁰ Cf. item 4.2, *supra*.

¹⁴¹ Muñoz Conde observa que a atual política criminal de drogas repousa no fundamento ideológico econômico da luta pelo controle da circulação de capitais, impedindo-se esse trânsito fora dos circuitos legais (MUÑOZ CONDE, Franciso. *Síntesis e las ponencias y debates*. In: Díez Ripollés, José Luís e Copello, Patricia Laurenzo (coord.). *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 525-530, 1993, p. 527.

Referências bibliográficas

ALPÍZAR CHAVES, Alberto. Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza “lex certa”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, v. 17, n. 24, p. 34-43, 2007.

AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Facenda Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016.

BALSA, Casimiro; VITAL, Clara; URBANO, Cláudia. *III inquérito nacional ao consumo de substâncias psicoativas na população geral: Portugal 2012*. Lisboa: SICAD, 2014.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 126-146, 1997.

BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 233-240, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOITEUX, Luciana. Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, n. 21, p. 16-21, 2015.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. La expansión del derecho penal, sociedade del riesgo y crimen organizado. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 24, p. 93-120, 2012.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CARNEIRO, Henrique. *Pequena enciclopédia da história das drogas e bebidas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 631-659.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p. 129-146, 2001.

CUÑARRO, Mónica L. ¿Es posible la armonización de la legislación penal em matéria de drogas en el mercosur? In: CUÑARRO, Mónica L. (org.). *La política criminal de la droga*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010. p. 229-241.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, v. 5, p. 137-155, 2016.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 17, n. 4, p. 547-599, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. Trad. Luciana Caetano da Silva. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, p. 24-49, 2004.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7-27, 2009.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

EL HIRECHE, Gamil Föppel; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do “crime organizado” no projeto de código penal e na Lei 12.850/03. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 427-474.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Luís Flávio Gomes et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. Elena Larrauri. *Revista Hispano-latinoamericana Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 23-36, 1991.

HART, Carl. *Um preço muito alto*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. Política criminal, sistema procesal penal y dogmática penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 417-436.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: The limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

HUSAK, Douglas. Crimes outside the core. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 39, p. 755-779, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da Lei 11.343/06: dez anos da falida e danosa política de “guerra às drogas”. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 22, p. 18-27, 2016.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

- MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Direito GV, 2004.
- MACRAE, Edward; SIMÕES, José Assis. *Rodas de fumo: o uso da maconha entre camadas médias urbanas*. Salvador: Edufba, 2000.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.
- MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 7, p. 58-91, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; ACOSTA, Bella Aunion. *Drogas y derecho penal. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n. 5, p. 147-157, 1991.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Síntesis e las ponencias y debates. In: Díez Ripollés, José Luis; Coppel, Patricia Lorenzo (coord.). *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 525-530.
- NIETO MARTÍN, Adán. Americanización o europeización del derecho penal económico. *Revista Penal Tirant lo Blanch*, Valencia, n. 19, p. 120-136, 2007.
- PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. In: Paschoal, Janaína Conceição; Silveira, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2012.
- RIBEIRO, Maurides de Melo. A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 286, p. 5-8, 2016.
- ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal*. Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Ara Editores, 2004.
- RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios e anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre a política de drogas. In: Shecaira, Sérgio Salomão (org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 235-250.
- SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para a diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. *Boletim IBCCRIM*, n. 286, p. 8-9, 2016.
- SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? Trad. Luís Greco. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 100.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madri: Edisofer, 2011.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- SINGER, Richard; LA FOND, John. *Criminal law*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004.

SWEET, Robert W. Política antidroga en USA: un punto de vista. *Jueces para la Democracia: información y debate*, [online], n. 9, p. 61-67, 1990.

TEITEL, Ruti. *Humanity's law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THOMAS, George. *Double jeopardy: the history, the law*. Nova Iorque: New York University Press, 1998.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal e blanco: concepto y cuestiones conexas. Trad. Antoni Llabrés Fuster. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, 2002.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VITOR, Enrique García. *Aspectos político criminales en materia de drogas*. *Revista de Ciencias Penales*, Buenos Aires, n. 2, p. 71-92, 1999.

VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. Trad. Alfonso Galán Muñoz. *Revista Penal Tirant lo Blanch*, Valencia, n. 22, p. 160-167, 2008.

WISOTSKY, Steven. Zero tolerance, zero freedom: a report on the current situation in the United States war on drugs. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; COPELLO, Patricia Laurenzo (coord.). *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 381-459.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Abuso de Autoridade: uma lei de dupla proteção – o exemplo do crime de violação de prerrogativas

*Ulisses Augusto Pascolati Junior*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Uma explicação necessária. 2. Aspectos gerais da Lei de Abuso de Autoridade. 2.1. Proteção de liberdades e exercício do poder. 2.2 Barreiras de proteção da atuação funcional. 3. Violação de direitos e prerrogativas do advogado. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Uma explicação necessária

A ideia de redação deste texto nasceu após o honroso convite recebido pela coordenação do curso de Aperfeiçoamento para Vitaliciamento e Apoio aos Juizes da Escola Paulista da Magistratura para uma aula sobre abuso de autoridade para os juizes vitaliciandos. O objetivo da aula foi tentar transmitir aos novos juizes tranquilidade no exercício da jurisdição uma vez que a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019) somente tem sua aplicação efetivada quando se está diante de decisões ou comportamentos do sujeito ativo (agente público) absolutamente fora do espectro legal – beirando a teratologia. A aula desenvolveu-se na tentativa de mostrar os institutos jurídicos que, de fato, protegem a atuação do agente público – notadamente do magistrado e, ao fim e ao cabo, uma sucinta análise do art. 43, o qual introduziu o art. 7º-B na Lei 8.960/94 (violação de direito e prerrogativa do advogado). Assim, o texto almeja reproduzir esta aula e abordar alguns institutos que protegem a atuação do agente público (aqui do magistrado), especialmente no contexto da dinâmica forense-conflituosa juiz-advogado, juiz-promotor.² A normativa da Lei 13.869/19 possui, portanto, uma dupla proteção: a) por um lado protege bens essenciais para a consolidação de um Estado de Direito (direitos e garantias fundamentais) e, por outro, b) dispõe sobre alguns institutos que dão garantias à atuação do agente público. Nesse cenário, em consequência, o texto será dividido em duas partes: Na primeira serão abordados alguns aspectos gerais da Lei de Abuso de Autoridade (LAA) e as por mim denominadas “barreiras de proteção” da atuação do agente público, e, na segunda, o crime de violação de direitos e prerrogativas.

¹ Doutor em Direito Penal (USP). Mestre em Direito em Direito Penal (PUC/SP). Especialista em Direito Penal (USAL). Professor de Direito Penal (UNIP-SP). Coordenador de Direito Penal (EPM).

² Desde já anote-se: o crime do art. 7º-B dirige-se às violações de direitos e prerrogativas dos advogados. Não há norma semelhante quando se trata de membros do Ministério Público, no entanto, a observação é válida já que a atuação em ambas as situações nem sempre é harmônica, como deveria sê-lo.

2. Aspectos gerais da Lei de Abuso de Autoridade

A antiga Lei de Abuso de Autoridade – Lei n. 4.898/65 – foi sancionada pelo presidente Castelo Branco quando já imposto o governo militar após o golpe de 1964. De início, anote-se que parece ser dicotômica a aprovação de uma Lei de Abuso de Autoridade protetiva de liberdades individuais quando o governo instituído possuía uma lógica de funcionamento exatamente voltada à restrição de direitos individuais e liberdades públicas. Entretanto, não obstante, de fato, a vetusta e revogada Lei de Abuso de Autoridade tivesse o escopo de proteger a violação indevida de liberdades públicas por parte de agentes públicos, o fato é que se tratava de uma lei simbólica e demagógica³ cuja ideia era sinalizar à sociedade que, mesmo sob a nova ordem (autoritária) imposta, manter-se-ia o respeito aos direitos e às instituições. Nessa lógica, a revogada Lei de Abuso de Autoridade previa, em tipos extremamente abertos, e, por isso, dogmaticamente inaplicáveis, sem qualquer respeito aos requisitos da legalidade, como condutas proibidas (artigo 3º e 4º)⁴, com carga retributivo sancionatória irrisória (penas de detenção de 10 dias a 6 meses – art. 6º, §3º, “b”),⁵ condutas que atentassem ou violassem direitos e liberdades públicas.

Com a nova ordem constitucional e sendo necessária uma lei que, de fato, trouxesse o dever de respeito por parte dos agentes públicos à lei e, principalmente, aos direitos individuais, e que proibisse, portanto, o abuso do exercício das funções, iniciou-se no Congresso nacional, partindo do Pacto Republicano de 2009⁶, as discussões sobre uma nova Lei de Abuso de Autoridade. Deixando de lado as questões político-criminais que levaram a aprovação do projeto de lei, até porque este ponto demandaria maiores explicações, inapropriadas tendo em conta o limite e finalidade deste texto,⁷ o fato é que a Lei 13.964/19, após alguns vetos por parte do presidente da República, foi devidamente aprovada entrando em vigor. A Lei, como um “catálogo pedagógico”, por um lado dispôs acerca de algumas condutas que são proibidas ao agente público, e, por outro,

³ PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz (coord.). *Legislação penal especial*. São Paulo: Premier Máxima, 2007. v. 2, p. 585.

⁴ 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. 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 ao 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 ao 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.

⁵ Com a Lei 9099/95 todas as condutas foram transformadas em infração de menor potencial ofensivo, logo, suscetíveis dos benefícios despenalizadores da Lei de regência dos Juizados Especiais Criminais, especialmente da transação penal.

⁶ Item 1.2 do II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo. “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” (BRASIL. II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 26 maio 2009. Disponível em: <https://bit.ly/349HBsW>. Acesso em: 24 jun. 2020).

⁷ Devido à rapidez de tramitação após o envio do projeto do Senado Federal para a Câmara dos Deputados, a lei representou uma “resposta” às condutas da operação “lava jato”.

previu alguns institutos que, verdadeiramente, dificultam a punição e, portanto, atribuem maior margem de liberdade para a atuação do agente público. Em suma, ela protegeu direitos e não deixou desguarnecida a atuação do agente público.

2.1. Proteção de liberdades e exercício do poder

A proteção de direitos e garantias individuais é uma imposição constitucional de necessária abrangência penal. A Lei de Abuso de Autoridade, portanto, tenta estabelecer limites na dinâmica conflituosa do exercício do poder e da preservação de direitos. O poder pelo agente público deve ser exercido com responsabilidade e nos estritos limites da legalidade. É função do Estado impor e garantir o respeito aos direitos humanos consagrados na Constituição Federal e em tratados internacionais; esta função é clara quando o Estado estabelece regras jurídicas-penais conectadas à proteção de direitos fundamentais. No Estado de Direito a proteção de direitos humanos somente se realiza pela estrita observância da lei. Em outras palavras, a atuação do agente público, na promoção dos direitos humanos, ao argumento de aplicação da lei, somente torna legítima sua atuação exatamente se esta estiver nos limites do império da própria lei. Assim, a atuação do agente público somente é legítima e justificada se for visando a proteção de direitos humanos individuais, bens jurídicos objetos de proteção pela Lei 13.869/19⁸. Portanto, uma conclusão preliminar se mostra importante: os tipos penais estatuídos no capítulo VI têm como bens juridicamente protegidos direitos e garantias fundamentais, o que, desde já, justifica a intervenção penal em caso de violação – comportamento do agente público fora ou acima do rol de suas funções.

No entanto, não obstante o objeto de proteção justifique a intervenção material do direito penal, é imperioso salientar, o que se fará na sequência, que a lei também dispôs de mecanismos que protegem a atuação do agente público. Por esta razão afirmamos, desde já, que a Lei n. 13.869/19 é uma legislação de dupla proteção.

2.2 Barreiras de proteção da atuação funcional

Neste tópico o objetivo é chamar a atenção do leitor sobre alguns institutos jurídicos trazidos pela própria Lei de Abuso de Autoridade que teleologicamente protegem a atuação do agente público. Estes institutos, por sua vez, deixam assente a ideia de que o legislador, ao mesmo tempo que teve o desiderato de atualizar as condutas que representam abuso de poder, também pensou em mecanismos que protegessem o agente público na sua atuação funcional.

“Dupla” tipicidade no plano subjetivo

No art. 1º da Lei de Abuso de Autoridade exigiu o legislador, para configuração das condutas no plano subjetivo, o dolo direto consistente no conhecimento (elemento intelectual) dos componentes fáticos do tipo penal e na vontade (elemento volitivo) de querer o agente público atuar extrapolando seus deveres funcionais-legais. No entanto, além do

⁸ Como referido, estes mesmos bens jurídicos – direitos individuais – já eram objeto de proteção da antiga Lei de Abuso de Autoridade, entretanto, o legislador assim o fazia de forma demagógica.

elemento subjetivo (dolo direto), exige o legislador elementos especiais (intencionais) para a perfeita tipificação subjetiva. Exige, assim, o legislador que o comportamento do agente público seja direcionado – especialmente conduzido – a fim de: a) prejudicar terceiro; b) em benefício de si próprio ou de terceiro; c) por mero capricho; d) para satisfação pessoal. São elementos, por sua vez, que devem existir no plano psicológico do agente, no seu psiquismo⁹, de desnecessária realização no mundo material (real). São elementos aos quais a doutrina tradicional chamava de “dolo específico” que, ausentes na intencionalidade do agente, excluem a dimensão subjetiva do fato. Anote-se que, mesmo sendo elementos de desnecessária ocorrência no plano real, mas de necessária verificação no plano subjetivo-psíquico para o perfeito reconhecimento do tipo penal de injusto, deverá o Ministério Público descrevê-los na inicial acusatória, sob pena de inépcia, o que, por si só, já demonstra uma incrível dificuldade fático-probatória já que, como referido, são situações que devem existir no plano mental, como objetivo central da conduta do agente público que atua para além dos limites legais. Portanto, não basta o agente público saber e querer agir além de suas atribuições funcionais – extrapolando o uso regular do poder – deve ele também buscar um prejuízo, um benefício, ou um motivo pessoal não republicano.

Por fim, é de rigor salientar que estas finalidades especiais, no nosso ponto de vista, tornam os comportamentos característicos de abuso de autoridade incompatíveis com o dolo eventual.¹⁰ Duas perguntas são necessárias para confirmação da assertiva da impossibilidade do dolo eventual¹¹: a) como compatibilizar as consequências não perseguidas, mas previsíveis – tidas como possíveis – diante dos meios escolhidos para atingir os fins e as finalidades especiais trazidas pelo legislador? Em outras palavras, b) se no dolo eventual o sujeito não quer a ocorrência direta do resultado (violação do bem jurídico), mas aceita (consente) sua possível ocorrência, como compatibilizar o comportamento dirigido para prejudicar outrem, beneficiar-se a si próprio, beneficiar terceiro, por mero capricho ou visando satisfação pessoal com a aleatoriedade do dolo eventual? Acreditamos, destarte, que estes elementos especiais-intencionais são incompatíveis com qualquer possibilidade de dolo eventual descrito no art. 18, inc. I, segunda parte, do Código Penal.

Vedação ao crime de exegese

Superada a questão do injusto penal no plano subjetivo, a lei ainda condiciona à criminalização da conduta a superação de dois outros obstáculos, quais sejam: a conduta do agente público não pode ser arrimada em interpretação de lei ou avaliação de fatos e provas. O legislador, neste ponto, previu dois mecanismos de exclusão da tipicidade

⁹ Nesse sentido: “O legislador penal contemporâneo inscreve, frequentemente, na dimensão subjetiva dos crimes dolosos, determinadas características psíquicas complementares diferentes do dolo, sob a forma de intenções ou de tendências especiais ou de atitudes pessoais necessárias para precisar a imagem do crime ou para qualificar ou privilegiar certas formas básicas de comportamento criminoso”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020, p. 176.

¹⁰ Por esta razão fizemos referência expressa ao “dolo direto”.

¹¹ “No dolo eventual, o agente não quer diretamente o resultado, mas atua de tal modo que o incorpora como consequência provável ou possível de sua ação. Como o resultado não se afigura como certo na consciência do agente, a definição do dolo, então, se torna mais complexa”. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 279.

ou de exclusão do injusto típico¹². Especialmente chamando a atenção para a função do magistrado: a ferramenta de trabalho do juiz é a lei. A precípua função do magistrado é a aplicação da lei ao caso concreto dando-lhe a melhor solução segundo a reconstrução fática demonstrada pelas provas. Assim, a função é eminentemente silogístico-interpretativa, vale dizer, o juiz avalia os fatos, tendo como parâmetros as provas, e aplica o ordenamento jurídico. Logo, poder-se-ia dizer que o juiz não será alcançado pelos tipos da lei de abuso de autoridade? A resposta é parcialmente verdadeira a não ser que a decisão do magistrado, e foi isso que a lei almejou evitar, seja absurda, teratológica totalmente fora da lei e do desenho legal-constitucional de sua função. Esta afirmação, saliente-se, vale para todos os agentes público uma vez que ser agente público tem essa característica impregnada, qual seja: aplicar a lei ou avaliar fatos e provas.

Procedimento e sanção penal

A revogada Lei de Abuso de Autoridade nos artigos 12 a 27 previa um procedimento extremamente célere quando se tratasse de crime de Abuso de Autoridade. Os crimes da vetusta Lei de Abuso de Autoridade possuíam pena privativa de liberdade que variava de 10 dias a 6 meses de detenção (art. 6º, §3º, “b”). Com a edição da Lei 9.099/95 iniciou-se a queda do procedimento especial da antiga Lei de Abuso de Autoridade pois as condutas, ainda que protetivas dos mais importantes direitos que dão vida e sustentáculo ao próprio Estado de Direito (direitos individuais), passaram a ser vistas como Infração de Menor Potencial Ofensivo. O legislador, na Lei 13.369/2019, guardando uma certa proporcionalidade, previu dois patamares de sanção, logo, uma criminalidade de médio potencial ofensivo, outra de pequeno potencial ofensivo.

Aos tipos previstos nos artigos 12, 16, 18, 20, 27, 29, 31, 32, 33, 37, 38 e 43 o legislador fixou no preceito secundário penas entre os patamares de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção e aos tipos dos artigos 9º, 10, 13, 15, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 30, 36 e 41 fixou como sanção penas que variam de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão. No artigo 39, por sua vez, ao primeiro grupo de delitos, por se tratar de infração de menor potencial ofensivo, dispôs ser aplicável o rito sumaríssimo da Lei 9.099/95. Anote-se que para este grupo de delitos a situação pouco se alterou na medida em que, como afirmado, relativamente aos crimes da lei revogada já se entendia serem de menor potencial ofensivo.

O problema surge nos delitos de média potencialidade lesiva aos quais o legislador acertadamente agravou a pena se comparado com a lei anterior. Para estes delitos o legislador manda aplicar o procedimento ordinário – formal e burocrático – dos art. 394 e seguintes do Código de Processo Penal. Não previu o legislador, como havia feito na lei anterior, um procedimento que pudesse se livrar das amarras formais-burocráticas do rito ordinário, tornando o processamento dos crimes da Lei de Abuso de Autoridade, portanto, mais célere e simplificado.

Neste ponto, ainda, impende salientar que haverá discussão, como há nos crimes funcionais do Código Penal, acerca da aplicação ou não do rito especial do funcionário

¹² Interessante observação de Santos: “enfim, a situação instituída pela nova lei parece mais ou menos assim: uma mão do legislador criminalizou várias hipóteses de abuso de autoridade, mas a outra mão do legislador descriminalizou as mesmas hipóteses de abuso de autoridade, mediante simples divergência na interpretação de lei pela autoridade pública” (SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de abuso de poder ou de proteção da autoridade? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 28, n. 328, 2020, p. 21).

público na etapa inicial do procedimento (art. 513 e seguintes do CPP), o que torna o procedimento ainda mais moroso e burocratizado na medida em que será possível uma resposta pelo acusado antes do primeiro recebimento da denúncia (art. 514, CPP) e outra resposta após o recebimento da denúncia (art. 396-A, CPP), o que, por mais esse motivo, denota dificuldades no processamento dos delitos ofensivos a liberdades públicas.

Por fim, especificamente em relação aos magistrados, desde que ainda ocupantes de cargo, estes submeter-se-ão, em caso de abuso de autoridade, ao rito da Lei 8.038/1990 destinado às pessoas com foro por prerrogativa de função, sendo, portanto, julgados diante dos respectivos tribunais de justiça (juízes estaduais) ou tribunais regionais federais (juízes federais) – ou perante o Superior Tribunal de Justiça em se tratando de desembargadores.

Efeitos da condenação

O art. 6º, § 3º da antiga Lei de Abuso de Autoridade previa como sanções penais principais e autônomas: multa, pena privativa de liberdade ou perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública. A então Lei de Abuso de Autoridade, por ser especial, relativamente à perda do cargo e inabilitação para outra função pública, afastava a aplicação do Código Penal sendo, por isso, mais draconiana uma vez que, nas regras gerais do Código Penal, somente se pode pensar em perda do cargo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública (art. 91, inc. I, “a”, CP); esta, aliás, era a *mens legis* do §4º do art. 6º da Lei n. 4.898/65.¹³

A nova Lei de Abuso de Autoridade, por sua vez, trouxe as possibilidades da inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos e a perda do cargo, do mandato ou da função pública (art. 4º, inc. II e III). Aparentemente poder-se-ia pensar: a lei continua a recrudescer o tratamento quando o agente público abusa de seus deveres funcionais, já que possibilita a inabilitação para o exercício de outro cargo, mandato ou função – hipótese aplicável quando o agente já não mais possui qualquer vínculo com a administração ou mesmo a perda do cargo, mandato ou função. Contudo, não foi um tratamento recrudescedor que levou a cabo o legislador na Lei 13.869/19 se comparados os institutos com a antiga Lei de Abuso de Autoridade – muito pelo contrário. No parágrafo único do art. 4º, deixou assente que os efeitos da inabilitação ou da perda do cargo, mandato ou função, ficam condicionados à ocorrência da reincidência em crime de abuso de autoridade e, ademais, não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença. Assim, para o agente que abusou de suas funções, ou melhor, agiu com abuso de autoridade e, por esta razão, ofendeu o bem jurídico que dá sustentação ao Estado de Direito, perder o vínculo com a administração ou ficar impedido de contrair novo vínculo ocorre somente se já ter sido condenado em sentença definitiva por abuso de autoridade. Exige, destarte, o legislador como pressuposto para estes efeitos extrapenais da condenação a “reincidência específica”.

Portanto, não basta ao sujeito abusar do poder para sofrer os efeitos da condenação, após todo procedimento penal, deve ele ter que abusar no mínimo duas vezes do poder para sofrer os efeitos da condenação dos incisos II e III do art. 4º.

¹³ PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz (coord.). *Legislação penal especial*. São Paulo: Premier Máxima, 2007. v. 2, p. 638.

3. Violação de direitos e prerrogativas do advogado

Originalmente a antiga Lei de Abuso de Autoridade não previu tipo penal criminalizando ato que atentasse contra prerrogativa ou mesmo direito inerente ao exercício funcional. No entanto, com o início da redemocratização brasileira e a necessidade de preservação de direitos individuais, os quais, nos mais das vezes, são levados a efeito pelo judiciário após provocação de advogado, foi aprovada a Lei 6.657, de 5 de junho de 1979, que incluiu a alínea “h” no art. 3º da revogada Lei 4.898/65. Dispunha aludido tipo penal que constituía abuso de autoridade qualquer atentado “aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional”.

Pois bem. Em uma rápida e simples leitura conclui-se que o tipo penal era extremamente aberto, cuja complementação ficava inteiramente a cargo do intérprete penal. Em outras palavras: o preenchimento concreto do tipo penal ou as condutas que poderiam ser consideradas violação de direitos e garantias legais asseguradas ao exercício profissional ficava a cargo da compreensão dos aplicadores da lei, o que desborda da imperiosa segurança jurídica que se espera de um sistema de justiça. Assim, não são necessárias maiores digressões para se chegar à conclusão que frequentemente havia alegações ou acusações de abuso de autoridade em situações que, no mais das vezes, retratavam uma normal dinâmica conflituosa de interação juiz-advogado-juiz-promotor de justiça.

Considerando a amplitude do tipo penal, a título de exemplo, são situações nas quais houve “acusação” de abuso de autoridade por parte do juiz: a) juiz que repreende advogado e apreende gravador¹⁴; b) juiz que determina que o advogado, por portar-se de modo inconveniente e por interromper os trabalhos, se retirasse da sala¹⁵. Trata-se de exemplos que, por não haver uma descrição típica que atendesse aos reclamos da legalidade penal ficavam a cargo do intérprete e de suas considerações.

A Lei 13.869/19, por outro lado, mostrou-se muito mais garantista trazendo, assim, mais segurança jurídica quando se trata da dinâmica conflitiva do exercício do poder. O art. 43, que inseriu o art. 7º-B na Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), dispôs que: “constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta lei”. Percebe-se, destarte, que o legislador deu maior concretude ao tipo penal, em comparação com a vetusta Lei de Abuso de Autoridade, ao especificar exatamente, em rol taxativo, no plano objetivo, quais comportamentos constituir-se-ão abuso de autoridade. São, portanto, comportamentos alcançados pela norma proibitiva – direitos dos advogados:

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; IV – ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo,

¹⁴ TJSP nº 0292488-10.2011.

¹⁵ TJSP nº 2136209-20.2015.

sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB; V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar.

Logo, as demais situações conflitivas que podem surgir da interação advogado-juiz podem, em tese, a depender da situação, ser consideradas infração ético-funcional, mas jamais crime de abuso de autoridade diante da ausência de tipo penal objetivo que reprove a conduta. Situações cotidianas que antes ensejariam a “acusação” de abuso de autoridade hoje ficarão relegadas à esfera administrativa, não sendo alcançadas pelo braço repressivo do Direito Penal.

Assim, somente e restritivamente considera-se abuso de autoridade a violação destes direitos do advogado no exercício da atividade profissional. Não há dúvida, por conseguinte, que o tipo penal da Lei 13.869/19 atende aos postulados da legalidade uma vez que disciplina – de modo exaustivo – quais comportamentos podem ser considerados ofensivos aos direitos profissionais dos advogados, diferentemente do antigo tipo da Lei 4.898/65 que considerava abuso qualquer atentado a direito ou garantia ligada ao exercício profissional. Não é necessário maior exercício de imaginação para se chegar à conclusão que, sob a lei anterior, qualquer comportamento mais incisivo do magistrado ou que desgostasse a parte (antes não era restrito ao advogado) poderia levar à alegação de abuso de autoridade. Agora, por outro lado, sob a égide da Lei 13.869/19, somente na violação das condutas que elenca o legislador é que se poderá pensar em abuso de autoridade o que, por óbvio, trará maior tranquilidade ao magistrado, não nos esquecendo que referidos comportamentos, para perfeita adequação típica, ainda devem passar pelo exercício da dupla tipicidade subjetiva e não serem considerados exercício exegético-silogístico de avaliação de fatos e provas na aplicação da lei.

Por fim, e levando em conta a atuação do magistrado, superadas as barreiras protetiva e tendo em mente o fim de proteção de bens jurídicos, o legislador pretendeu a punição de condutas que realmente, e sem maiores digressões, usurpassem dos limites da função e do poder; condutas de fato abusivas e de pronto percebidas como tal, verdadeiramente teratológicas. Aliás, é indicativo deste objetivo as expressões utilizadas pelo legislador durante toda legislação: “manifesta desconformidade”, “manifestamente ilegal”, “manifestamente cabível”, “manifestamente descabida”, “sem justo motivo e excepcionalíssimo”, “manifestamente ilícito” etc.

4. Considerações finais

A nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/2019), dentro do modelo de Estado de Direito, é norma jurídica de necessária implementação uma vez que protege os valores constitucionais – direitos e garantias individuais – que dão sustentação ao próprio Estado de Direito.

O agente público deve nortear sua atuação funcional dentro dos limites da lei. Assim, o exercício abusivo da função pública pode e deve ser reprimido na medida em que a ilegitimidade desta atuação coloca em risco a própria ordem constitucional e a credibilidade das instituições.

A Lei n. 13.869/19, atualizando o “catálogo de condutas proibidas”, a um só tempo protegeu liberdades públicas contra atuação arbitrária dos agentes públicos e também,

por meio de alguns institutos, protegeu o próprio agente público, criando “barreiras de proteção” ao exigir, para configuração da conduta, no plano subjetivo, dupla verificação do dolo – dolo direto e elementos especiais. Ademais, ainda que superada a questão do elemento subjetivo, ainda dispôs acerca de situações que excluem o injusto penal, aquilo que denominamos “vedação ao crime de exegese”. Também a lei, em comparação com a anterior, dificultou o processamento dos delitos e, outrossim, praticamente extinguiu os efeitos extrapenais da condenação relativos à perda e inabilitação de cargo, mandato ou função.

A Lei 13.869/19, ainda em comparação com a antiga Lei de Abuso de Autoridade, no que toca ao crime de violação de prerrogativas e direitos, é muito mais garantista uma vez que estabeleceu um rol taxativo de situações, no plano objetivo, que podem configurar crime de abuso de autoridade. Também neste delito a lei protege a atuação do agente público se comparada com a lei anterior uma vez que a configuração daquilo que se pode tipificar como “abuso de autoridade” não ficará mais ao critério interpretativo e discricionário do aplicador da lei.

Enfim, a nova Lei de Abuso de Autoridade, ao mesmo tempo que buscou tutelar bens jurídicos que dão vida e sustentação ao Estado de Direito, não se esqueceu de proteger a ação do próprio agente público. Por isso afirmamos tratar-se de uma “lei de dupla proteção”.

Referências bibliográficas

BRASIL. II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 26 maio 2009. Disponível em: <https://bit.ly/349HBsW>. Acesso em: 24 jun. 2020.

PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965). In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz (coord.). *Legislação penal especial*. São Paulo: Premier Máxima, 2007. v. 2.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 9. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de abuso de poder ou de proteção da autoridade? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 28, n. 328, p. 19-22, 2020.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

A constitucionalidade da execução provisória de pena no Tribunal do Júri

*Wendell Lopes Barbosa de Souza*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Resumo: é constitucional a norma contida na alínea “e”, do inciso I, do artigo 492 do Código de Processo Penal, com o acréscimo promovido pela Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime. Constata-se a colisão entre os princípios constitucionais da presunção de inocência e da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença. Analisa-se os votos já proferidos no REx nº 1.235.340, vislumbrando um prognóstico de declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena em condenações proferidas pelo Tribunal do Júri. Porém, observa-se que tal execução provisória de pena somente poderá ter cabimento nas condenações superiores a 15 anos de reclusão, a teor da recente reforma legislativa.

Palavras-chave: Pacote Anticrime. Tribunal do Júri. Execução provisória da pena. Soberania dos veredictos. Constitucionalidade.

Introdução

O presente trabalho tem por escopo a análise da constitucionalidade da segunda parte da alínea “e”, do inciso I, do artigo 492, do Código de Processo Penal, alterado recentemente pela Lei nº 13.964/2019, a qual passou a admitir a execução provisória da pena em condenações pelo Tribunal do Júri com penas iguais ou superiores a 15 anos de reclusão.

Para tanto, realiza-se uma breve abordagem do Pacote Anticrime, que alterou significativamente a legislação criminal do país: tanto o Código Penal quanto o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e outras leis especiais penais.

Em seguida, adentra-se ao estudo do princípio da presunção de inocência, demonstrando-se que este se encontra assegurado no plano constitucional e internacional. Assim, salienta-se o posicionamento da jurisprudência pátria frente à execução provisória das penas e da presunção de não culpabilidade do indivíduo.

Após, e direcionando a atenção para a execução provisória da pena em condenações do Tribunal do Júri, passa-se a analisar a relevância da soberania dos veredictos, sendo esta uma garantia constitucional que deve ser devidamente resguardada dentro do Estado Democrático de Direito.

¹ Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura, Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Professor nos cursos de pós-graduação da EPM.

Diante da abordagem dos dois direitos fundamentais (presunção de inocência e soberania dos veredictos), adentra-se à análise da constitucionalidade da segunda parte da alínea “e”, do inciso I, do artigo 492 do Código de Processo Penal, discorrendo sobre os argumentos favoráveis e contrários à validade constitucional do mencionado dispositivo legal.

Por fim, faz-se um prognóstico acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC, quanto à possibilidade de execução provisória da pena em condenações proferidas pelo Tribunal do Júri.

Não por acaso, este prognóstico de execução imediata da pena aplicada pelo Tribunal do Júri leva em conta a prevalência que os veredictos do Conselho de Sentença conquistaram na jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, como se verifica da liminar concedida no dia 1º de julho de 2020 pelo Min. Celso de Mello no HC 185068 MC/SP, assim ementada:

“Habeas corpus”. Tribunal do Júri. Quesito genérico de absolvição (art. 483, inciso III, e respectivo §2º, do CPP). Interposição, pelo Ministério Público, do recurso de apelação previsto no art. 593, inciso III, alínea “d”, do CPP. Descabimento. Doutrina. Jurisprudência (RHC 117.076/PR. Rel. Min. Celso De Mello. HC 143.595-MC/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. RE 982.162/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, v.g.). Medida cautelar deferida. - A previsão normativa do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do Júri (CPP, art. 483, III, e respectivo §2º), formulada com o objetivo de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, **legítima a possibilidade de os jurados - que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita - absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva **ou** de natureza destacadamente metajurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, **eis que** o sistema de íntima convicção dos jurados **não os submete** ao acervo probatório **produzido** ao longo do processo penal de conhecimento, **inclusive** à prova testemunhal realizada **perante** o próprio plenário do Júri. **Doutrina e jurisprudência. - Isso significa, portanto, que apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados - ao contrário do que se impõe** aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) - **a decidir** de forma necessariamente motivada, **mesmo porque lhes é assegurado**, como expressiva **garantia** de ordem constitucional, “o sigilo das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”), **daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo “Parquet”.****

1. Do Pacote Anticrime

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, trouxe significativas mudanças, tanto no aspecto material quanto processual

da legislação penal brasileira. Neste contexto, a referida legislação entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020. Apesar do pouco tempo de vigência, já encontra-se suscitando diversos debates acalorados entre os operadores do direito.

Contudo, mesmo antes do início da vigência da norma, alguns dos novos dispositivos legais já foram suspensos em decisão liminar do ministro Luiz Fux, relator das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305. Desta forma, parte do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) permanece suspensa até que o pleno do STF delibere sobre sua constitucionalidade.

Não obstante, na legislação processual penal encontram-se expressivas alterações e inclusões já em vigor, não alcançadas pela suspensão descrita. Dentre elas merece reflexão a inclusão da segunda parte na alínea “e”, do inciso I, do artigo 492 do Código de Processo Penal, de forma a permitir uma nova modalidade de execução provisória da pena, ou seja, antes do trânsito em julgado, para condenações iguais ou superiores a 15 anos de reclusão.

Daí a necessidade de se analisar e afirmar a constitucionalidade deste dispositivo frente ao princípio da presunção de inocência.

2. Da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência encontra suas bases no inciso LVII do art. 5º do texto constitucional, estabelecendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal princípio traduz a presunção constitucional de não culpabilidade, vedando condutas dotadas de prejulgamento por parte das autoridades estatais, incluindo membros do Poder Judiciário, sendo, portanto, uma garantia do indivíduo (FERNANDES, 2019, p. 595-596).

Consiste em assegurar ao imputado o direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (TUCCI, 2004, p. 379).

Esta garantia de cunho processual está diretamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana e encontra arrimo nos textos internacionais, como o artigo XI da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (ONU, 1948).

Ainda na seara internacional, a presunção de inocência é reafirmada no artigo 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (OEA, 1969).

Denota-se que o princípio da presunção de inocência detém implicações que não se limitam ao ônus da prova, na proteção do *in dubio pro reo*, mas direciona-se, também, a impedir restrições antecipadas dos direitos fundamentais do cidadão, salvo aquelas admitidas em caráter cautelar (LEITE; COSTA, 2020).

Neste sentido, segundo Guilherme Madeira Dezem (2019, p. 798), deste princípio se extrai a regra de que “o acusado deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória porque de fato e juridicamente é inocente”. A partir disso, para o mencionado autor, a execução provisória da pena violaria o princípio da presunção de inocência (DEZEM, 2019, p. 798)

Nesta esteira e diante da relevância trazida por esta garantia, o tema foi alvo de enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal nos anos de 2009, no HC n. 84.078, considerando-se que o condenado poderia aguardar o julgamento do recurso preso, sem violação do princípio da presunção de inocência, se presentes os pressupostos da prisão preventiva, ou seja, de forma cautelar e não mediante execução provisória da pena (FERNANDES, 2019, p. 596-597).

Contudo, em 2016, por maioria de votos no HC nº 126.292/SP, alterou-se o entendimento da Corte, que passou a admitir o início do cumprimento da execução da pena após prolação de decisão de 2º grau de jurisdição, sem que isso ofendesse o princípio da presunção de inocência, conforme salientado pelo ministro relator Teori Zavascki (BRASIL, 2016).

O referido posicionamento suscitou diversos debates e várias críticas no âmbito social e jurídico, inclusive dentro da própria Corte, que não consagrou entendimento unânime sobre a questão.

Diante disso, em 2019, a presunção de inocência e o artigo 283 do CPP foram mais uma vez postos em debate no STF, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, prevalecendo, agora, o entendimento de vedação da execução provisória de sentença penal condenatória proferida em processos de apuração de crimes pelo rito comum.

Assim, faz-se importante refletir sobre a colisão destes mesmos direitos fundamentais no tocante à possibilidade de execução provisória da pena em caso de condenação pelo Tribunal do Júri, nos termos das alterações trazidas no Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime.

Para tanto, passa-se à análise da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.

3. Da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri representa um instrumento necessário para realização dos preceitos democráticos em nosso Estado, representando uma das formas de manifestação da soberania popular.

Por meio deste instituto temos a aproximação do povo com o sistema judiciário, nos casos de crimes dolosos contra a vida consumados ou tentados, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Desta forma, a ideia de um Tribunal Popular encontra seus assentamentos na Magna Carta de 1215, permitindo que o acusado fosse julgado pelos seus próprios pares (NUCCI, 2015, p. 41-42).

Posteriormente, após a Revolução Francesa, em 1789, o Júri ganha espaço na França com o intuito de combater a arbitrariedade do Poder Judiciário, o qual era atrelado ao monarca (NUCCI, 2015, p 42).

No Brasil, o Tribunal do Júri é instituído pela primeira vez em 1822, por meio de um decreto do príncipe regente, com competência restrita ao julgamento de crimes de imprensa, no qual os jurados eram eleitos (BRASIL, 2019). Porém, a Constituição de 1824 ampliou sua atuação para questões criminais e cíveis, sendo tal previsão repetida nas

demais constituições com diversas nuances, até o advento da Constituição Federal de 1988, que sedimentou sua competência ao julgamento de crimes dolosos contra a vida.

Salienta-se que o julgamento pelo Tribunal do Júri tem natureza mista, sendo composto por 7 (sete) julgadores leigos, que compõem o Conselho de Sentença, e um juiz togado, atuando cada qual dentro de suas competências legais para a solução da causa penal (LEONEL; DIAS, 2020, p. 194-195).

A lei processual disciplina o processo e o julgamento destes crimes em um procedimento bifásico, sendo a primeira fase uma instrução preparatória realizada pelo magistrado para verificar a admissibilidade da acusação submetida ao Júri; e a segunda, o exame do mérito da causa pelo tribunal popular (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 262).

Os princípios que regem a atuação do Tribunal do Júri também se encontram inseridos dentre os direitos e as garantias fundamentais da Constituição Federal, no mesmo artigo 5º, inciso XXXVIII, assegurando: a) a plenitude da defesa; b) o sigilo das votações e c) a soberania dos veredictos.

Desta forma, a soberania dos veredictos constitui uma “garantia de que as decisões dos jurados não poderão ser revistas pelo juiz ou pelo Tribunal” (DEZEM, 2019, p. 1037).

Ou seja, em tese, não cabe ao Tribunal interferir na decisão dos jurados acerca das matérias previstas no artigo 483 do CPP, em eventual apelação criminal.

As raízes do referido princípio também remontam à Magna Carta de 1215 do rei João Sem-Terra, na qual a soberania dos veredictos, dotada de um poder divino, tornava as decisões incontestáveis pelo ser humano (ANSANELLI JÚNIOR, 2005, p. 71). Apenas no período moderno, se adotou a concepção atual pautada na soberania popular e não mais em origem divina.

Logo, denota-se que a decisão dos jurados é mesmo soberana, e a partir desse direito fundamental será abordada a constitucionalidade da execução provisória da pena em condenações proferidas pelo Tribunal do Júri, agora com a ressalva legal em se tratando de pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.

4. Segunda parte da alínea “e”, do inciso I, do artigo 492, do CPP

Conforme visto, o Pacote Anticrime procedeu a uma significativa alteração no artigo 492 do Código de Processo Penal, inserindo uma nova normativa na alínea “e” do inciso I, a qual legitima a execução provisória da pena em condenações proferidas pelo Tribunal do Júri, na sanção igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.

O dispositivo abarca duas situações distintas: a) a primeira quanto ao acusado que já se encontra preso e, neste caso, após a condenação, o juiz irá apenas recomendá-lo na prisão em que se encontra; e b) a segunda quanto ao acusado que se encontra solto quando do julgamento, suscitando maior reflexão esta hipótese.

Vindo o réu solto para a sessão plenária, mas presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva, o juiz irá decretá-la por uma mera questão de cautelaridade, e aqui nenhuma complexidade pende.

Contudo, a segunda parte do dispositivo gera debate na hipótese de o réu estar solto, encontrarem-se ausentes os requisitos para decretação da prisão preventiva e o montante da pena ser igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, já que nesse caso o juiz

determinará a execução provisória da pena de forma automática, independentemente da interposição de recursos (DEZEM, 2020, p. 141).

Ocorre que não se identifica o parâmetro utilizado pelo legislador para definição do prazo 15 (quinze) anos para incidência da execução provisória da pena. Um bom critério seria a marca dos 12 anos de reclusão, reprimenda mínima para o homicídio quando se torna qualificado e hediondo. Mas a lei adotou o mínimo de 15 anos e assim deve ser respeitado, mesmo sem que essa escolha tenha sido criteriosa.

Apesar da alteração soar como novidade, a temática já gerava controvérsia entre os operadores do direito muito antes da Lei nº 13.964/2019, acerca da possibilidade de execução provisória destas condenações.

Pode-se considerar que essas discussões se intensificaram após o julgamento do HC n. 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, quando, sob relatoria do ministro Teori Zavascki, foi decidido que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (BRASIL, 2016).

Sobre a temática, pode-se identificar dois posicionamentos distintos. O primeiro pela possibilidade de execução da condenação diante do princípio da soberania dos veredictos; o segundo pela impossibilidade deste cumprimento provisório, sob pena de macular o princípio da presunção de inocência. A seguir analisaremos os argumentos pela constitucionalidade e, após, pela inconstitucionalidade da alteração promovida pelo Pacote Anticrime.

4.1. Pela constitucionalidade da alteração

Analisando a questão da constitucionalidade da execução provisória da pena em condenações do Tribunal do Júri com penas iguais ou superiores a 15 (quinze) anos de reclusão, pode-se identificar o conflito entre dois direitos fundamentais: a presunção de inocência e a soberania dos veredictos do Júri.

Sob esta perspectiva, é entendimento pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que tais direitos não adotam caráter absoluto, se sujeitando a juízos de ponderação para balizamento de qual deve prevalecer em determinado caso concreto.

Diante disso, conforme abordado, a Constituição Federal atribuiu a um Tribunal Popular a competência para deliberar sobre crimes dolosos contra a vida, sendo esta uma garantia do próprio réu em face do Estado Democrático de Direito. Assim, cabe ao Conselho de Sentença decidir pela condenação ou não do acusado, com respaldo no princípio da soberania dos veredictos do Júri.

Desta forma, não há que se falar em violação do princípio da presunção de inocência ou do duplo grau de jurisdição, afinal não cabe nova avaliação meritória dos fatos das provas pelos Tribunais Superiores, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou diversas vezes acerca da prevalência da soberania das decisões do Júri em face da presunção de inocência do acusado.

A título de exemplo, pode-se destacar o *habeas corpus* nº 118.770/SP, no qual ficou determinado que “não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a

execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso” (BRASIL, 2017, p. 1), assim a decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, ainda que pendente recurso, deveria ser cumprida de imediato.

Destaca-se, também, o *habeas corpus* n. 140.449/RJ, julgado em 2018, pela 1ª Turma do STF, no qual consagrou-se “vencedor o voto divergente do ministro Barroso, segundo o qual a simples condenação pelo Tribunal Popular, em razão da soberania dos veredictos, por si só, já se sujeita a cumprimento imediato” (LEONEL; DIAS, 2020, p. 192).

Por fim, colaciona-se a posição firmada no HC n. 133.528/PA, pela 1ª Turma do STF, reafirmando o respeito à soberania dos veredictos e ponderando-se que “a custódia lastreada em decisão do Tribunal do Júri, ainda que pendente recurso especial, não viola o princípio constitucional da inocência” (BRASIL, 2017, p. 1).

Logo, condicionar a execução provisória da pena e da soberania dos veredictos do Júri ao trânsito em julgado da sentença condenatória feriria de morte o Estado Democrático de Direito e a soberania do Júri, sendo esta uma expressão direta da consagração da justiça pelo próprio povo.

4.2. Pela inconstitucionalidade da alteração

Aqueles que pugnam pela inconstitucionalidade da alteração trazida pelo Pacote Anticrime fundamentam sua posição, sobretudo, na violação do duplo grau de jurisdição e da presunção de inocência, como visto.

Neste contexto, os que aderem a este posicionamento entendem que a Lei nº 13.964/2019 fere de morte o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, o qual encontra-se sedimentado na proteção à presunção de inocência (MENDES, 2019, p. 163-168).

Desta forma, para Guilherme Madeira Dezem (2020, p. 142), verifica-se inconstitucionalidade na alteração procedida no artigo 492 do CPP, pois a prisão antes do trânsito em julgado apenas pode ser admitida quando em caráter cautelar, sob pena de violação da presunção de inocência.

Argumenta-se, ainda, que o princípio constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri consistiria apenas na imutabilidade dos efeitos da decisão proferida pelos jurados, em nada se relacionando ao cumprimento automático da sentença (DEZEM, 2020, p. 142).

Ainda, os adeptos desse posicionamento salientam que não há questionamento aos jurados acerca da possibilidade de execução antecipada da pena determinada pelo Conselho de Sentença; portanto, tal situação não estaria contemplada pela soberania dos veredictos (LEONEL; DIAS, 2020, 193).

O princípio da soberania dos veredictos seria, ademais, um direito relativo, já que há possibilidade do Tribunal, em sede de revisão criminal, absolver o acusado. Neste sentido, este princípio representaria uma garantia que não pode adquirir natureza absoluta para prejudicar direitos fundamentais das pessoas que tiveram seus fatos julgados pelo Conselho de Sentença (LEONEL; DIAS, 2020, p. 193). Desta forma, conflitando o princípio da soberania dos veredictos e o da presunção de inocência, caberia a prevalência deste último.

Soma-se a visão de Aury Lopes Júnior e Alexandre Moraes da Rosa (2020), para quem a inovação consagrada pela Lei nº 13.964/2019 acarretaria prisões irracionais, desproporcionais e perigosas, diante da ausência de análise do *periculum libertatis* para efetivação

das custódias, subsistindo grande possibilidade de reversões das sentenças em sede de segundo grau.

Resumindo, a argumentação aqui se dá pela violação do princípio da presunção de inocência, do duplo grau de jurisdição e da relatividade do princípio da soberania dos veredictos.

Por fim, faz-se necessário discorrer sobre um prognóstico de tratamento diferenciado pelo Supremo Tribunal Federal no exame da questão no âmbito do rito do Júri, vislumbrando-se a declaração de constitucionalidade da execução provisória da pena neste caso.

4.3. Prognóstico no STF para a questão no Júri RE n. 1.235.340

Em outubro de 2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria em debate, iniciando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, referente ao recurso interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina contra acórdão do Tribunal de Justiça que afastou execução provisória da pena em condenação do Tribunal do Júri por feminicídio e posse ilegal de arma de fogo, admitindo que o condenado aguardasse o julgamento do recurso de apelação em liberdade (BRASIL, 2019).

O ministro relator Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2019, p. 2) em seu voto ponderou pela soberania do Tribunal do Júri, considerando que esta decisão não pode ser substituída por pronunciamento de qualquer outro tribunal.

Para o ministro (BRASIL, 2019, p. 8), “o Tribunal de segundo grau, no tocante à autoria e à materialidade delitiva, jamais poderá substituir a vontade popular manifestada pelos jurados”. Assim, caberia apenas a determinação de um novo julgamento nas excepcionais hipóteses legalmente previstas, quando for o caso. Salientou, também, que, ainda que os Tribunais superiores possam anular as decisões em certos casos, sejam elas condenatórias ou absolutórias, determinando a realização de um novo Júri, é estatisticamente irrelevante o número de condenações pelo Tribunal do Júri que vêm a ser invalidadas (BRASIL, 2019, p. 2).

Ademais, para o ministro relator não ocorre violação do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução imediata da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso, pois, a despeito dos demais crimes, nenhum tribunal tem o poder de substituir a decisão do Júri (BRASIL, 2019, p. 3).

Inclusive, para Barroso, o que viola os sentimentos mínimos de justiça e de credibilidade do Poder Judiciário, é permitir que indivíduos condenados saiam livres após o julgamento, de frente a família das vítimas (BRASIL, 2019, p. 3). Desta forma, tais situações são agravadas “pela indefinida procrastinação do trânsito em julgado, mediante recursos sucessivos, fazendo com que a pena prescreva ou seja cumprida muitos anos após o fato criminoso” (BRASIL, 2019, p. 3).

A partir disso, o relator (BRASIL, 2019, p. 10) considera que “a ideia de imediato cumprimento do veredicto do Júri não se afigura incompatível com a decisão proferida por esta Corte, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, no sentido da constitucionalidade do art. 283 do CPP”.

O que se encontra em análise é o alcance de norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos

contra vida e, conseqüentemente, a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP não tem a força de paralisar a incidência da cláusula pétrea em que se pauta a soberania do Júri.

Não obstante, para Barroso (BRASIL, 2019, p. 12), o imediato cumprimento de pena aplicada soberanamente pelo Tribunal do Júri não retrata uma contradição aos precedentes anteriores da Corte, afinal a presunção de inocência é princípio (e não regra), logo pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes – neste caso a vida humana.

É de suma importância ressaltar que o julgamento do RE nº 1.235.340 iniciou-se antes da entrada em vigor das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, mas, ainda assim, o ministro relator, considerou que a alínea “e”, do inciso I, do artigo 492 do CPP impõe uma limitação indevida (15 anos de reclusão) para concreção da soberania do Júri. pois, “limitar ou categorizar as decisões do Júri, além de contrariar a vontade objetiva da Constituição, caracteriza injustificável ofensa ao princípio da isonomia, conferindo tratamento diferenciado a pessoas submetidas a situações equivalentes” (BRASIL, 2019, p. 17).

Desta forma, o entendimento do ministro relator encontra-se substanciado nas seguintes premissas teóricas: a) função precípua do Direito Penal enquanto instrumento protetor de bens jurídicos; b) a vida humana como o bem jurídico centralmente tutelado pelos crimes da competência do Tribunal do Júri; c) déficit relevante de proteção à vida existente no país; e d) o reconhecimento da soberania dos veredictos pela Constituição Federal de 1988, ao atribuir ao Júri competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 2019, p. 6).

Baseando-se nestas considerações, o ministro Luís Roberto Barroso propõe a fixação da seguinte tese de julgamento: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada” (BRASIL, 2019, p. 4).

Dando seguimento aos votos proferidos pelos julgadores, o ministro Dias Toffoli acompanhou o entendimento do relator quanto à prevalência do princípio da soberania dos veredictos.

O mesmo ministro, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, já havia considerado em seu voto que nos casos de condenação por Tribunal do Júri não incide o disposto no artigo 283 do CPP, já que, em seu entender, no Tribunal do Júri aplica-se diretamente a soberania dos veredictos, previsto expressamente na alínea “c”, do inciso XXXVIII, do artigo 5º da Constituição, de forma que nestes casos, a execução deve ser imediata, sem sequer o julgamento, em segunda instância, de eventual apelação (BRASIL, 2019, p. 11-12). Neste aspecto, portanto, seu entendimento se altera se comparado àquele proferido nas ADCs 43, 44 e 54.

Assim, novamente, é ressaltado no voto de Dias Toffoli (BRASIL, 2019, p. 4) a intangibilidade quanto ao mérito das decisões dos jurados e que essa soberania somente pode ser mitigada havendo necessidade de se verificar a existência de aspectos técnico-jurídicos e questões de direito em um rol extremamente exaustivo.

Quanto ao voto do ministro Gilmar Mendes, foi adotado entendimento contrário aos supramencionados, prezando pelo princípio da presunção de inocência.

Em suas considerações, o ministro ressalta que julgamento por jurados é mecanismo de efetivação da democracia na Justiça Criminal; entretanto, evidencia a importância do reexame da decisão condenatória, por meio da apelação, conforme definido pela Convenção Americana de Direitos Humanos: “Ainda que a apelação da decisão dos jurados tenha uma cognição limitada, é por meio de tal recurso que o Tribunal de segundo grau poderá revisar a sentença tanto em aspectos formais quanto materiais” (BRASIL, 2019, p. 11).

Sob esse raciocínio, Mendes considera que não se pode admitir o início da execução da condenação proferida em primeiro grau (ainda que por Tribunal do Júri), sendo que há a possibilidade de revisão por Tribunal (BRASIL, 2019, p. 11).

Ademais, o ministro Gilmar Mendes direciona sua abordagem ao princípio da não culpabilidade, indicando que em um Estado democrático de direito, a sanção penal somente pode ser imposta após uma condenação definitiva, mediante o devido respeito às regras do processo penal. Assim, em face do princípio da presunção de inocência impõe-se o ônus da prova à acusação, impedindo-se o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, 2019, p. 16).

Acerca do novo regime instituído pelo Pacote Anticrime, o ministro considera que, apesar da inovação ter introduzido exceções para não execução (nos termos dos parágrafos 2º ao 6º do artigo 492 do CPP), há violação à presunção de inocência e ao direito ao recurso na possibilidade de execução imediata da pena, antes da possibilidade de revisão da condenação em sede de apelação (BRASIL, 2019, p. 20).

Além disso, Mendes (BRASIL, 2019, p. 20) argumenta que “nada justifica tratamento diverso aos condenados no Tribunal do Júri em relação aos demais réus que, nos termos decididos pelo STF nas ADCs 43, 44 e 54, somente poderão ter a pena executada após o trânsito em julgado da sentença”.

Nesta linha de raciocínio, entende-se que para haver encarceramento antes do trânsito em julgamento, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos da prisão preventiva, como: conveniência da instrução criminal, garantia da ordem pública e da ordem econômica e aplicação da lei penal. Logo, no procedimento do Júri, cabe ao Juiz-Presidente, a partir do decidido pelos jurados, reexaminar a situação do condenado e decretar motivadamente a prisão preventiva, se presentes os requisitos (BRASIL, 2019, p. 25).

E partir do discorrido, o ministro Gilmar Mendes declara a inconstitucionalidade da nova redação determinada pela Lei nº 13.964/19 ao art. 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal e fixa seguinte tese: A Constituição Federal, em razão da presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito ao recurso ao condenado (art. 8.2.h) vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri; no entanto, a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 CPP, pelo Juiz-Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos jurados (BRASIL, 2019).

Após tais manifestações, o ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos em 4 de maio de 2020, aguardando-se a apresentação de seu posicionamento quanto à questão.

Contudo, pela análise dos posicionamentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal nas ADCs 43, 44 e 54, bem como os votos já proferidos neste RE n. 1.235.340, vislumbra-se

um prognóstico de alteração de entendimento quanto à possibilidade de execução provisória da pena em condenações pelo Tribunal do Júri, já que o ministro Dias Toffoli, que havia se posicionado pela impossibilidade de execução provisória antes do trânsito em julgado em crimes comuns, se manifestou nesta temática pela prevalência do princípio constitucional da soberania dos veredictos nos crimes contra a vida.

Considerações finais

Diante do discorrido, consta-se o inegável caráter democrático que o Tribunal do Júri tem em nosso país, sendo uma das mais significativas formas de exercício da soberania popular. E a inovação consagrada pelo Pacote Anticrime, no artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP, ressalta ainda mais esse viés democrático de nosso ordenamento jurídico ao assegurar a execução provisória da pena em condenações proferidas pelo Tribunal do Júri nas sanções iguais ou superiores a 15 anos de reclusão.

Nesta hipótese de colisão de direitos fundamentais, considerando que os princípios não são absolutos e necessitam ser balizados de acordo com o caso concreto, pondera-se pela relativização do princípio da presunção de inocência em face da garantia constitucional de soberania do veredicto dos jurados populares.

Verifica-se que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal caminha neste mesmo sentido no tramitar do julgamento do RE nº1.235.340, que trata da questão no âmbito do rito especial do Júri, de forma a concluir diversamente do consagrado nas ADCs 43, 44 e 54, quando prevaleceu o princípio da presunção de inocência no âmbito dos crimes de procedimento comum.

Resumindo e concluindo, arrazoa-se pela constitucionalidade da execução provisória da pena em condenações pelo Tribunal do Júri com sanções iguais ou superiores a 15 anos de reclusão, conforme inovação promovida pelo Pacote Anticrime, forte na soberania dos veredictos do Conselho de Sentença formado por pessoas do povo brasileiro (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal).

Referências

ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. *O Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 191-A, Brasília, 5 out. 1988. p. 1. Disponível em: <https://bit.ly/3dW6lCH>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 814 do STF*. Brasília, 10 a 19 fev. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Hww2TA>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 126.292/SP*. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki. São Paulo, 17 fev. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/37Cz3Ns>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 43, Tribunal Pleno*. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 5 out. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3dQck1r>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 118.770/SP*. Impetrante: Marcel Ferreira de Oliveira. Coator: Relatora do HC n. 120.241 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. São Paulo, 7 mar. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/37NS53B>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 133.528/PA*. Impetrante: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro(a/s). Coator: Relator do Resp n. 1.405.233 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 6 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/37I2TzQ>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Habeas Corpus n. 118.770/SP*. Embargante: Marcel Ferreira de Oliveira. Embargado: Relatora do HC n. 120.241 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Roberto Barroso. São Paulo, 4 jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2J3JW0B>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2Hwlh2w>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1235340/SC*. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Joel Fagundes da Silva. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, em julgamento. Brasília, 24 a 30 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/34kRvbg>. Acesso em: 23 jun. 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Gisele; COSTA, Arthur Riboo da. Pacote Anticrime (Lei 13.864/2019). *Jornal Jurid*, Bauru, 9 jan. 2020. ISSN 1980-4288. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3jqslfu>. Acesso em: 15 jan. 2020.

LEONEL, Juliano de Oliveira; DIAS, Paulo Thiago Fernandes. A execução provisória da pena do art. 492 do CPP no Tribunal do Júri: a fênix das prisões *ex vi legis* no Pacote Anticrime. In: CARMARGO, Rodrigo Oliveira de; FÉLIX, Yuri (org.). *Pacote Anticrime: reformas processuais: reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019*. Florianópolis: Emais, 2020. p. 192.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2FSKrJp>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MENDES, Tiago Bunning. *Direito ao recurso no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova York: ONU, 1948. Disponível em: <https://bit.ly/37xdPk1>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José: OEA, 1969. Disponível em: <https://bit.ly/34pSrLi>. Acesso em: 15 jun. 2020.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Editoração, revisão, impressão e acabamento
Tikinet

Revisão
Lucas Giron | Tikinet

Diagramação
Gustavo Oliveira e Pamela Silva | Tikinet

Formato
175 x 245 mm

Mancha
140 x 210 mm

Tipologia
Trebuchet MS

Papel
Capa: Cartão Revestido 250g/m²
Miolo: Offset Branco 75g/m²

Acabamento
Cadernos de 16pp.
costurados e colados – brochura

Tiragem
525 exemplares

Março de 2021