



# REVISTA JURÍDICA

## DA DEFENSORIA PÚBLICA

## DO ESTADO DO PARANÁ

REFORMA PROCESSUAL PENAL NO BRASIL:  
DESAFIOS E PERSPECTIVAS

### CONVIDADOS

ANNA BEATRIZ SARTORIO RAMOS DA SILVA, ÁRILLA CONSTANTINO BENKENDORF, CAUÉ BOUZON MACHADO FREIRE RIBEIRO, CLEITON HENNING DA FONSECA, CRISTINA MAIKO OISHI DO AMARAL CAMPOS OKUMA, DANIELA BONASSA, FERNANDA DE AMO MORIGGI, GABRIEL CAVALCANTE CORTEZ, HENRIQUE CAMARGO CARDOSO, JAIME LEÔNIDAS MIRANDA ALVES, PAULA YURIE ABIKO, RAFAEL JUNIOR SOARES, RAFAELA MARQUES DE SOUZA, RITA CRISTINA DE OLIVEIRA E THIAGO DE AZEVEDO PINHEIRO HOSHINO.

VOLUME 2 | Nº 1 | MAIO DE 2021 | ISSN 2763-9479



Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Paraná

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ  
ESCOLA DA DEFENSORIA PÚBLICA



**DPE** **PR**  
**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO PARANÁ

Volume 2

**REFORMA PROCESSUAL PENAL NO BRASIL:  
DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

Curitiba, 2021

Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Paraná

Volume 2

**REFORMA PROCESSUAL PENAL NO BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

Defensoria Pública do Estado do Paraná, 2021

**Todos os direitos reservados**

Autores dos artigos

**Anna Beatriz Sartorio Ramos da Silva**  
**Árilla Constantino Benkendorf**  
**Cauê Bouzon Machado Freire Ribeiro**  
**Cleiton Henning da Fonseca**  
**Cristina Maiko Oishi do Amaral Campos Okuma**  
**Daniela Bonassa**  
**Fernanda de Amo Moriggi**  
**Gabriel Cavalcante Cortez**  
**Henrique Camargo Cardoso**  
**Jaime Leônidas Miranda Alves**  
**Paula Yurie Abiko, Rafael Junior Soares**  
**Rafaela Marques de Souza**  
**Rita Cristina de Oliveira**  
**Thiago de Azevedo Pinheiro Hoshino**

Capa

**Sarah Lima**

Diagramação

**Sarah Lima**

Revisão

**Bruno de Almeida Passadore**

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que seja citada a fonte. As opiniões expressas nos artigos doutrinários publicados nesta Revista são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.

Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Paraná.  
Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná.  
Vol. 2, (xxx - 2021) - Curitiba, PR: Escola da Defensoria  
Pública do Estado do Paraná, 2021.  
Anual. ISSN: 2763-9479

**Defensoria Pública do Estado do Paraná**

<http://www.defensoriapublica.pr.def.br/>

**Escola da Defensoria Pública**

<http://www.edepar.pr.def.br/>

41 3219-7355

**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ**

**ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR**

Defensor Público-Geral

**Eduardo Pião Ortiz Abraão**

Chefe de Gabinete da Defensoria Pública-Geral

**Paulo Cinquetti Neto**

1º Subdefensor Público-Geral

**Matheus Cavalcanti Munhoz**

2º Subdefensor Público-Geral

**Rodolpho Mussel de Macedo**

Corregedora-Geral

**Josiane Fruet Bettini Lupion**

Subcorregedor-Geral

**Henrique de Almeida Freire Gonçalves**

**CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Conselheiros Titulares Eleitos

**Thiago de Azevedo Pinheiro Hoshino**

**Ana Caroline Teixeira**

**Andreza Lima de Menezes**

**Camille Vieira da Costa**

**Daniel Alves Pereira**

**Fernando Redede Rodrigues**

**Luciana Tramuja Azevedo Bueno**

Conselheiros Suplentes Eleitos

**Antonio Vitor Barbosa de Almeida**

**Flora Vaz Pinheiro**

**Margareth Alves Santos**

**Bruno de Almeida Passadore**

**Henrique Camargo Cardoso**

**OUVIDORIA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Ouvidor-Geral

**Thiago de Azevedo Pinheiro Hoshino**

**ESCOLA DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Diretor

**Bruno de Almeida Passadore**

Conselho Editorial da Revista Jurídica

**Camille Vieira da Costa**

**Alexandre Gonçalves Kassama**

**Martina Reiniger Olivero**

**Antonio Vitor Barbosa de Almeida**

**Ricardo Menezes da Silva**

**Carlos Augusto Silva Moreira Lima**

**Luis Gustavo Fagundes Purgato**



# SUMÁRIO

	PREFÁCIO	
	<b>Eduardo Pião Ortiz Abraão</b> _____	09
	EDITORIAL	
	<b>Bruno de Almeida Passadore</b> _____	13
	ESPAÇO DA OUVIDORIA	
	A cor do cárcere no Paraná	
	<b>Rita Cristina de Oliveira</b>	
	<b>Thiago de Azevedo Pinheiro Hoshino</b> _____	16
<b>1</b>	A inconstitucionalidade do art. 91-a do Código Penal por violação ao direito fundamental à propriedade e ao devido processo legal	
	<b>Jaime Leônidas Miranda Alves</b> _____	20
<b>2</b>	Os limites dos prêmios na colaboração premiada de acordo com a Lei Anticrime	
	<b>Anna Beatriz Sartorio Ramos da Silva</b>	
	<b>Rafael Junior Soares</b> _____	32
<b>3</b>	Alterações na realização da audiência de custódia após o advento da Lei nº 13.964/2019: ampliação e afirmação dos direitos da pessoa humana	
	<b>Cristina Maiko Oishi do Amaral Campos Okuma</b>	
	<b>Daniela Bonassa</b>	
	<b>Gabriel Cavalcante Cortez</b> _____	46
<b>4</b>	Sistema acusatório: as dificuldades de mudança da mentalidade inquisitória face ao pacote anticrime	
	<b>Cauê Bouzon Machado Freire Ribeiro</b>	
	<b>Rafaela Marques de Souza</b> _____	64
<b>5</b>	O instituto do juiz das garantias e sua positivação através da reforma da Lei 13.964 de 2019 “pacote anticrime”	
	<b>Cleiton Henning da Fonseca</b> _____	82
<b>6</b>	Isomorfismo reformista e a falácia da paridade de armas: análise das alterações da Lei nº 13.964/2019 e da participação da defesa em 9.092 processos de execução penal	
	<b>Fernanda de Amo Moriggi</b>	
	<b>Henrique Camargo Cardoso</b>	
	<b>Paula Yurie Abiko</b> _____	96
<b>7</b>	Juiz das garantias e barganha no Brasil: das perspectivas Latino-Americanas aos desafios dentro da reforma global do Código de Processo Penal Brasileiro	
	<b>Árilla Constantino Benkendorf</b> _____	110



# PREFÁCIO

Após prefaciarmos a primeira Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Paraná, coberto de alegria e satisfação, recebo a tarefa de escrever o prelúdio do seu segundo volume. Realizo-a a convite do colega e amigo Bruno de Almeida Passadore, diretor da Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná, a quem agradeço afetosamente pela valiosa oportunidade a mim conferida. Somado a isso, o fato de o lançamento deste exemplar ser contemporâneo à celebração dos 10 (anos) da criação da Defensoria Pública do nosso Estado – no formato trazido pela Constituição de 1988 –, torna ainda mais honrosa e desafiadora essa responsabilidade.

Uma década marcada por muita luta na construção de nosso caminho institucional. Foi na superação das dificuldades e na afirmação de nossa autonomia que modelamos nossa atuação pela população vulnerável. A edição desse novo caderno de artigos é mais uma prova de que chegamos, crescemos, e conquistamos espaço na vida dos nossos assistidos e o respeito dos demais componentes do sistema de justiça.

O novo tomo traz a temática “Reforma processual penal no Brasil: desafios e perspectivas” que, além do espaço da ouvidoria - que trata do aumento do encarceramento da população negra no Estado e intitulado “A cor do cárcere no Paraná” - é desenvolvida em sete artigos, sendo eles: 1. “A inconstitucionalidade do art. 91-a do Código de Processo Penal por violação ao direito fundamental à propriedade e ao devido processo legal”; 2. “Os limites dos prêmios na colaboração premiada de acordo com a Lei Anticrime”; 3. “Alterações na realização da audiência de custódia após o advento da Lei nº 13.964/2019: ampliação e afirmação dos direitos da pessoa humana”; 4. “Sistema acusatório: as dificuldades de mudança da mentalidade inquisitória face ao pacote anticrime”; 5. “O instituto do juiz das garantias e sua positivação através da reforma da Lei nº 13.694 de 2019 pacote anticrime”; 6. “Isomorfismo reformista e a falácia da paridade de armas: análise das alterações da Lei nº 13.694/2019 e da participação da defesa em 9.092 processos de execução penal”; 7. “Juiz das garantias e barganha no Brasil: das perspectivas Latino-Americanas aos desafios dentro da reforma global do Código de Processo Penal Brasileiro”.

Em sintonia com a temática debatida, destaco a necessidade de que a Defensoria Pública siga firme na busca contínua de seus objetivos institucionais. Ao longo da persecução penal, agimos para afirmar e reafirmar o Estado Democrático no exercício da defesa técnica, fiscalizando o respeito aos Direitos Humanos e à dignidade da pessoa humana. Além disso, nossa atuação

visa frear e combater a desigualdade transportada da vida social ao sistema de justiça criminal brasileiro, ao reagir à sua indigesta e notória seletividade penal. Cabe a nós, portanto, zelar pela observância dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e os demais consectários do devido processo legal, de modo a garantir os ditames do sistema processual acusatório.

Que os ventos dos nossos próximos anos continuem sendo favoráveis ao nosso fortalecimento institucional em solo paranaense. O desenvolvimento da cidadania depende da necessária expansão da Defensoria Pública. Por isso, somente nosso avanço permitirá que tenhamos o efetivo e democrático acesso à Justiça no Estado do Paraná. Que possamos seguir no trilho que nos levará à uma sociedade mais livre, justa e solidária. Que assim seja.





# EDITORIAL

*A persistência de antigas formas de criminalidade, a aparição de novas expressões da delinquência, o assédio do crime organizado, a extraordinária virulência de certos delitos de sua gravidade – tais como terrorismo e o narcotráfico –, têm determinado uma sorte de ‘exasperação ou desesperação’ que é má conselheira: sugere o abandonar os progressos e retornar a sistemas ou medidas que já mostraram enormes deficiências éticas e práticas.*

*Em uma de suas versões extremas, este abandono gerou fenômenos como a ‘guantanamização’ do processo penal.*

(Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Tibi vs. Equador)

Em março de 2021, completam-se 10 anos da obra autobiográfica “Dans L’enfer d’une Prison Équatorienne” (“O Inferno em uma Prisão Equatoriana”, ainda sem tradução para o português) em que Daniel Tibi narra sua história. Trata-se de um cidadão francês, dedicado ao comércio de esmeraldas, que vivia em Quito, no Equador, e, em um fatídico dia de setembro de 1995, foi preso.

Inicialmente, foi-lhe dito que sua prisão se tratava de mero controle migratório no intuito de verificar a legalidade de sua permanência no país, mas logo foi transferido para uma unidade prisional a cerca de 500 km de distância de sua residência, na cidade de Guayaquil. Finalmente, obteve a informação que estava, em realidade, sendo investigado por suposta ligação com o narcotráfico. A única prova que fundamentou o cerceamento de sua liberdade foi a delação de um alegado cúmplice. Para além disso, nada.

Sua família ficou dias sem saber de seu paradeiro.

Mesmo sem condenação, permaneceu em prisão preventiva de 27 de setembro de 1995 até 21 de janeiro de 1998, momento em que o Judiciário Equatoriano encerrou o processo por falta de provas e colocou Tibi em liberdade.

Durante os 28 meses em que permaneceu preso, foi submetido a, pelo menos, sete sessões de tortura para que confessasse sua participação nos crimes dos quais era acusado. Ao que consta, foi atacado com um taco de beisebol, queimado com ferros em brasa, teve seus dentes quebrados e parte do seu rosto deformado. Seu estoque de esmeraldas foi roubado por membros das forças de segurança. E, se não bastasse tudo isso, para que conseguisse voltar para França, após sua soltura, precisou ser incluído em um programa de proteção à testemunha em razão

de ameaças que passou a sofrer, decorrentes das denúncias formalizadas pelos maus tratos sofridos.

Tamanho o absurdo a que foi submetido, o caso de Tibi foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. No julgamento, se teceram graves e necessárias críticas ao sistema persecutório penal equatoriano. Entre elas, apontou-se um movimento em gestação na América Latina pelo qual se buscava revisar as garantias processuais penais no marco da luta contra crimes graves, notadamente em casos de terrorismo e tráfico de drogas. A respeito, a Corte Interamericana cunhou o termo de “Guantanamoização do Processo Criminal”.

Trata-se do conhecido discurso de “Lei e Ordem” que assombra tanto o Equador, como também o Brasil. É a velha tática de deslegitimar todo o arcabouço normativo com ares “democrático”. Procura-se uma nova fonte de legitimidade da atuação jurisdicional — aparentemente não mais decorrente da Constituição, mas sim de programas televisivos policiais —, através da qual diversas garantias constitucionais e a forma processualmente estabelecida para formação da culpa — como a observância da presunção de inocência — são tidas por empecilhos que reduziriam a capacidade do sistema de justiça de levar criminosos ao cárcere<sup>1</sup>. Afinal, nessa sistemática, um sistema “justo” seria aquele que prendesse o máximo possível.

A história da democracia e dos Direitos Humanos possui íntima relação com o sistema persecutório, sendo certo que o processo penal é representativo dos progressos e involuções dos sistemas políticos da humanidade no decorrer das gerações. Assim, os direitos e garantias processuais penais e sua inserção no atual momento político brasileiro merecem a reflexão e considerações que o segundo volume da Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Paraná se propõe a discutir.

### **Bruno de Almeida Passadore**

Diretor da Escola da Defensoria Pública do Estado do Paraná

---

<sup>1</sup> “A presunção de inocência, no mais das vezes invocada como óbice a prisões pré-julgamento, não é absoluta [...]. Tal construção representa um excesso liberal com uma pitada de ingenuidade.” (MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. Revista CEJ, Brasília, v. 8, n. 26, jul.-set. 2004, p. 61)



# ESPAÇO DA OUVIDORIA

## A COR DO CÁRCERE NO PARANÁ

**Rita Cristina de Oliveira<sup>1</sup>**

**Thiago de Azevedo Pinheiro Hoshino<sup>2</sup>**

A população negra do Paraná, embora historicamente invisibilizada pela predominância política da construção de uma identidade supostamente europeia, fruto de um processo de embranquecimento com adesão estatal no período do pós-abolição, tem sido, porém, sobrerrepresentada em cifras muito incômodas nos cárceres paranaenses.

Dados do Infopen, de 2017 a 2019 (Brasil, 2019), em que pese evidenciarem um decréscimo considerável da população carcerária em todo o Estado, demonstram um aumento vertiginoso de pessoas negras entre os(as) encarcerados(as). Se em 2017 as pessoas negras representavam 35,15% da população carcerária, esse percentual subiu para 40,86% em 2019, ao passo que a participação proporcional de autodeclarados(as) pretos(as) e pardas(as) na composição demográfica total do Estado do Paraná é de 28,5%, conforme o último censo.

Esse aumento parece estar em consonância com a manutenção das altas taxas de incidência penal de tráfico de drogas e delitos contra o patrimônio na composição da população carcerária, em torno de 68,53%<sup>3</sup> e no trilho do incremento expressivo do índice de extrema pobreza no estado, atualmente em torno de 34,7%, segundo o IBGE.

Os dados do último Infopen (2019) são ainda convidativos ao cruzamento das estatísticas, a partir do qual emerge razoável desconfiança de que pessoas negras tendem a sofrer condenações

<sup>1</sup> Defensora Pública Federal Coordenadora do Grupo de Políticas Etnorraciais da Defensoria Pública da União.

<sup>2</sup> Ouvidor-Geral da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

<sup>3</sup> Dados consolidados na plataforma: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWY5NjFmZjctOTJmNi-00MmY3LTlhMTEtNWYwOTlm-ODFjYWQ5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyL-TRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

maiores em delitos de tráfico e contra o patrimônio, a revelar assim as tradicionais nuances de enviesamento racial na operacionalidade do sistema de justiça. O perfilhamento e a seletividade racial, como estudos demonstram, ocorre desde a abordagem policial até a manipulação dos procedimentos judiciais, de acordo com processos de rotulagem e estigmatização que são próprios da reprodução institucional do racismo estrutural.

Pesquisa conduzida pela Defensoria Pública do Estado da Bahia (2019) com dados das audiências de custódia de 2015 a 2018 identificou que 99% das cerca de quinze mil prisões em flagrante em Salvador tiveram negros ou negras como alvo. O viés racial se perpetua nas várias etapas da ação estatal: as pessoas negras tiveram comparativamente mais prisões preventivas decretadas (em 40,2% dos casos, contra 27,4% para brancos e brancas). Igualmente, o número de negros(as) beneficiados(as) por relaxamento de prisão foi metade do de pessoas brancas, no intervalo.

Daí porque se possa afirmar que a sobrerrepresentação da população negra entre os(as) encarcerados(as) e sua subrepresentação entre representantes eleitos(as) no Poder Executivo e no Legislativo partilham do mesmo processo do racismo estrutural que (re)produz hierarquias no sistema de justiça brasileiro e que também torna a justiça criminal uma engrenagem neutralizante das políticas de morte e segregação, especialmente pelo encarceramento em massa.

Esse diagnóstico, que não é novo no cenário internacional e em diversas regiões do país vem ganhando espaços de discussão, é merecedor de preocupação especial sobre seletividade do sistema penal paranaense, onde parece predominante um imaginário coletivo da autoimagem de um Estado em que a questão racial corresponde a uma preocupação de uma minoria não apenas política, como numérica. A edição dos discursos e das políticas públicas estabelece-se em uma zona de conforto das instituições embranquecidas e obstaculiza disputas de narrativas sobre a política criminal sob a centralidade racial.

Definitivamente não é o caso. O sistema carcerário paranaense espelha uma realidade emblemática de segregação mesmo dentro de um movimento geral de encarceramento em massa. De outro modo, como explicar que um estado cuja participação de pessoas negras na composição populacional não chega a 30% já tenha atingido uma cifra de 40,86% de pessoas negras encarceradas?

Inversamente, dados recentes apresentados pelo CNJ indicam que, no ritmo atual, a magistratura brasileira alcançará 20% de negros apenas em 2050, mesmo com as políticas de cotas em funcionamento<sup>4</sup>. Um retrato do Ministério Público brasileiro, em 2016, também indicava que 70% de seus membros são homens e que 77% das(os) promotoras(es) e procuradoras(es) de justiça são brancas(os) (LEMGRUBER et al., 2016.). Por sua vez, pesquisa apresentada no seminário Democracia e Defensoria Pública na América Latina, em 2019, identificou que

---

<sup>4</sup> Conforme dados apresentados no Seminário Questões Raciais e o Poder Judiciário, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em julho de 2020, de 18.091 magistradas(os), as(os) negras(os) são apenas 3.274 atualmente. Deste total, não mais que 1,6% se declaram pretas(os). Vídeo disponível em: <https://youtu.be/LZmgxcYEK5s>.

as Defensorias Públicas também seguem majoritariamente brancas, a despeito dos poucos indicadores de raça/cor disponíveis sobre os seus quadros<sup>5</sup>.

Se poucos(as) negros(as) são vistos(as) nos espaços de poder e no sistema de justiça, os números do cárcere e da letalidade, todavia, são decisivos em apresentar os(as) clientes preferenciais da política de segurança pública, mas amiúde marginalizados(as) nas demais políticas públicas. Hipervisibilidade repressiva, portanto, convive com invisibilidade no acesso a direitos e no acesso à justiça.

Quando se observam os números do encarceramento feminino, as mulheres negras também chegam a 38,85% no Paraná, mesmo em um universo de apenas 1/3 do total de identificadas sob o critério raça/cor. Não é de se estranhar que, entre elas, 82,54% estejam presas por delito de tráfico ou contra o patrimônio, seguindo tendência geral que novamente reforça a necessidade de análises interseccionais da problemática.

No ano em que o Estatuto da Igualdade Racial completa sua primeira década, o emblemático assassinato de George Floyd nos Estados Unidos, contemporaneamente ao processo de genocídio da juventude negra periférica no Brasil, representado pelas mortes de João Pedro, no Rio de Janeiro e tantos(as) outros(as) evisceram o abismo cotidiano entre o projeto de igualdade étnico-racial e a realidade da precariedade da vida, os negros(as) são ainda 75% das vítimas da letalidade policial no Brasil, num quadro de necropolítica que vem se somar à desigualdade dos impactos da pandemia de covid-19.

A tarefa que se impõe aos atores institucionais locais que almejam uma prática antirracista para além de repetir que vidas negras importam significa sobretudo atuar incessantemente para inverter a lógica e a cor dos cárceres do Paraná e, para tanto, desconstruir, em cada atuação, as bases do racismo como engrenagem central das hierarquias do sistema de justiça.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização - Junho de 2017. Brasília (DF): Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorioossinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso em: 20 jun. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA .Relatório das audiências de custódias na comarca de Salvador/BA: anos de 2015-2018. / Defensoria Pública do Estado da Bahia. 1ª. ed. - Salvador: ESDEP, 2019. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorioaudiencia-de-custodia.pdf> Acesso em: 20 jun. 2020.

LEMGRUBER, Julita; RIBEIRO, Ludmila; MUSUMECI, Leonarda; DUARTE, Thais.

<sup>5</sup> Os resultados foram apresentados em novembro de 2019 pela pesquisadora Ana Carinhonha e estão sintetizados em: <https://www.forumjustica.com.br/informe-seminario-democracia-edefensoria-publica-na-america-latina/>

Ministério Público: Guardiã da democracia brasileira?. Rio de Janeiro: CESeC, 2016.



# A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 91-A DO CÓDIGO PENAL POR VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Jaime Leônidas Miranda Alves<sup>1</sup>

**RESUMO:** A Lei nº. 13.964/2019 inovou de sobremaneira o ordenamento jurídico penal. Trouxe modificações que contribuiram ao exercício do direito de defesa (i.e. o juiz de garantias) mas tornou, em diversos pontos, mais rigorosa a repressão estatal aos delitos (agravamento de pena e dos patamares para progressão). Dentre as modificações está a contida no art. 91-A do Código Penal, que versa sobre a possibilidade de decretação da perda de bens do réu como efeito da condenação. Esse dispositivo, em análise superficial, parece inconstitucional, por violação tanto do direito fundamental à propriedade, quanto ao devido processo legal, e esse é o questionamento-problema que impulsiona a presente pesquisa. Desse modo, a partir da utilização do método indutivo, analisando-se o procedimento previsto no art. 91-A do Código

<sup>1</sup> Defensor Público do Estado de Rondônia. Ex-Defensor Público do Estado do Amapá. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS) Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Pesquisador do Programa de Pesquisa, Publicação e Intercâmbio - PPPI da Escola da Magistratura de Rondônia. Organizador das coleções “Temas essenciais de direito público” e “Defensoria Pública nos trinta anos da Constituição Federal de 1988”. Autor do livro “O novo Constitucionalismo latino-americano e a tutela dos direitos fundamentais”. Membro da comissão dos direitos do consumidor da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP), representando o Estado de Rondônia. Professor universitário nas disciplinas de Direito Constitucional e Direito Processual Penal na Faculdade São Paulo. E-mail: jaime\_lmiranda@hotmail.com.

Penal, chegou-se ao resultado da pesquisa, qual seja, o entendimento de que, de fato, há inconstitucionalidade material, por violação aos preceitos acima alinhavados, o que reclama a declaração pelo Supremo Tribunal Federal, ficando, desde logo, consignada a possibilidade de suscitação em caráter incidental tantum pela defesa, a fim de que seja a inconstitucionalidade proclamada pelo juiz da ação penal.

**Palavras-chave:** Art. 91-A. Inconstitucionalidade. Processo Penal.

## INTRODUÇÃO

No final de 2019 foi promulgada a Lei nº.13.064/2019, que impôs uma série de modificações na formatação do direito penal e do processo penal. Ainda, modificou sensivelmente a compreensão da atuação estatal no enfrentamento de delitos.

Houve a consagração de institutos favoráveis ao exercício do direito de defesa, a exemplo da instituição do juiz de garantias (cuja eficácia está suspensa por tempo indeterminada por decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, em verdadeiro contorcionismo jurídico), mas, em sua maioria, as modificações vieram no sentido de aumentar os instrumentos punitivos do Estado. Isso fica claro com a leitura das hipóteses em que houve agravamento de pena, e bem assim das condições mais rigorosas à concessão de “benefícios” (que, em verdade, são direitos, sendo, tanto do ponto de vista técnico quanto da propedêutica jurídica inaquedado o termo “benefício” utilizado com frequência pelo Estado-acusação e pelo Estado-juiz), como a progressão de regime e o livramento condicional, por exemplo.

Uma das modificações diz respeito à possibilidade de decretação, pelo juiz criminal, de perda, como produto ou proveito do crime, daqueles bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito (art. 91-A do Código Penal).

Não há muita discussão sobre o tema na doutrina, não havendo notícia de decisão, ainda que em primeiro grau, acerca da inconstitucionalidade do tema, sendo certo que a norma é presumidamente constitucional, sendo necessária que a inconstitucionalidade seja declarada para que esta deixe de produzir efeitos (teoria da anulabilidade).

Contudo, se verifica, ao menos de forma apriorística, possível incompatibilidade material do art. 91-A do Código Penal com os comandos normativos de proteção aos direitos fundamentais de propriedade e de devido processo penal.

Utilizando-se do método indutivo, pretende a pesquisa então confirmar/refutar a tese da inconstitucionalidade, o que é de grande valia, haja vista a possibilidade de suscitação, pela Defesa, ainda no curso da ação penal, para fins de decisão incidental e afastamento da norma.

Num primeiro momento estuda-se os contornos normativos do art. 91-A do Código Penal; em frente são analisados o direito fundamental à propriedade e o devido processual legal; por fim, a questão da inconstitucionalidade é enfrentada.

## RESULTADOS

Como resultado da pesquisa, pode-se perceber que a decretação de perda de bens prevista no art. 91-A do Código Penal é inconstitucional por violação a diversos valores constitucionais, como a presunção de inocência, o ônus probatório no processo penal, a proporcionalidade e a razoabilidade e o direito à propriedade.

### 1. ART. 91-A DO CÓDIGO PENAL: possibilidade de decretação de perda de bens em decorrência de condenação criminal

Primeiramente, para os fins a que se propõe o presente artigo, necessária a análise do centro normativo da pesquisa, ou seja, o art. 91-A do Código Penal, cuja constitucionalidade se pretende questionar:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

z§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes”.

O *caput* do art. 91-A do Código Penal cuida das hipóteses em que será cabível a decretação de perda de bens, se limitando às infrações cuja pena máxima em abstrato supera o patamar de seis anos de reclusão.

O primeiro comentário que se faz a esse respeito é que não é utilizado a pena-definitiva, construída após o processo trifásico de individualização da pena, mas, noutro giro, a possibilidade de perda de bens tem como parâmetro a penabase em abstrato.

Desse modo, permite-se a invasão do juiz criminal no patrimônio do réu em decorrência de crimes cuja pena definitiva demonstrar um menor grau de reprovabilidade da conduta, a exemplo da infração penal prevista no art. 148, §2º do Código Penal, cuja pena máxima, de fato

ultrapassa os seis anos, mas a mínima é de dois anos, podendo inclusive haver a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (art. 44 do Código Penal) ou a suspensão da pena (art. 77 do Código Penal). O mesmo se observa nos tipos previstos nos artigos 133, § 2º e 136, § 2º, todos do Código Penal.

Prosseguindo na análise do dispositivo, tem-se que a perda se dará pela quantificação da diferença existente entre o rendimento lícito do condenado e o valor de seu patrimônio, incluindo os bens de sua propriedade e os que se encontrem em sua posse.

Admite o art. 91-A, § 2º a atividade probatória, ainda no curso da instrução penal, a fim de que comprove o réu e não o Ministério Público a procedência lícita do seu patrimônio.

Por fim, em atenção ao princípio do contraditório, estabeleceu o § 3º do art. 91-A do Código Penal que a perda de bens enquanto efeito automático da sentença penal condenatória reclama prévio requerimento do autor da ação penal.

## **2. DOIS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ANÁLISE: o direito à propriedade e o direito ao devido processo penal enquanto parâmetros de controle de constitucionalidade**

São apontados como parâmetros para eventual inconstitucionalidade com o art. 91-A do Código Penal os direitos fundamentais à propriedade e o devido processo penal.

De forma não exaustiva, passa-se ao estudo dos principais pontos que revestem esses direitos, a começar pelo direito fundamental à propriedade, previsto no art. 5º, XXII da CF/88, que estabelece ser garantido o direito de propriedade.

Nesse contexto, o direito de propriedade compreende uma relação caracterizada pela existência de diversas prerrogativas (usar, gozar, dispor e reivindicar) que tem o indivíduo em relação a determinado bem. Todos os direitos de cunho patrimonial estão englobados pelo direito à propriedade, sejam materiais ou imateriais, a exemplo do direito autoral e o direito de herança.

Em relação à propriedade, ainda no art. 5º (desta vez, no inciso XXIII), há a previsão da defesa de sua função social. Para a doutrina contemporânea, o cumprimento da função social não é uma qualidade da propriedade, mas sim próprio elemento desse direito, não havendo que se falar em propriedade se descumprida sua função social.

Fato é que a função social serve como forma de limitar o uso da propriedade, incentivando o indivíduo a contribuir ao bem-estar da coletividade em detrimento de interesses unicamente individuais.

Sob a perspectiva do direito civil, tem-se que o direito à propriedade, na lição de Schreiber (2020), é o mais abrangente dos direitos reais, sendo definido como situação jurídica complexa que abrange as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, podendo reivindicá-la de quem quer que injustamente a possua.

Fato é que a função social serve como forma de limitar o uso da propriedade, incentivando o indivíduo a contribuir ao bem-estar da coletividade em detrimento de interesses unicamente

individuais. Sob a perspectiva do direito civil, tem-se que o direito à propriedade, na lição de Schreiber (2020), é o mais abrangente dos direitos reais, sendo definido como situação jurídica complexa que abrange as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, podendo reivindicá-la de quem quer que injustamente a possua.

Ademais, é direito fundamental de primeira dimensão, se caracterizando por exigir do Estado uma posição de abstenção (proibição de excesso), ou seja, marca do constitucionalismo liberal, foi pensado como proteção do indivíduo em face do Poder Público, limitando a sua atuação (*status negativus*<sup>2</sup>).

É nessa perspectiva que Feldens (2012) percebe os direitos fundamentais de primeira dimensão como carregando em si verdadeira proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*). Desse modo, a restrição ao direito fundamental da propriedade do indivíduo, pelo Estado, reclama denso ônus argumentativo.

Vale dizer, não é qualquer fato ou pretensão estatal que serve para, de forma legítima, limitar o direito de propriedade do indivíduo, devendo o ato estar devidamente fundamentado, não de forma apriorística, mas a partir das peculiaridades do caso *sub examine*. E esse é um dos topos argumentativos da pesquisa.

Em frente, analisa-se os contornos normativos do devido processo legal, cuja previsão constitucional repousa no art. 5º LIV, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Mais que um direito (de cunho declaratório), o devido processo legal é verdadeira garantia constitucional, se dividindo em duas dimensões: (i) o devido processo legal formal, de caráter estritamente procedimental; e (ii) o devido processo legal material, de natureza subjetiva.

Em (i), as exigências do devido processo legal se satisfazem com a observância de um conjunto de garantias processuais mínimas, a exemplo do contraditório, do juiz natural, da duração razoável do processo, dentre outras.

Em (ii), por sua vez, há uma exigência de, para além da obediência das regras do jogo, que as decisões administrativas e judiciais sejam razoáveis e proporcionais, primando pelo sentimento de justiça, de adequação, equilíbrio etc.

Conforme lição de José Baracho, são assegurados aos indivíduos o direito de ação e o direito de defesa judicial, por toda uma série de normas ‘*due process of law*’, sistema de garantias que deve ser justo e leal.

Ou seja, devido processo legal significa, de forma simples, o respeito a um plexo de

---

<sup>2</sup> De acordo com Pieroth e Schlink “...os direitos fundamentais, no ponto em que são formulados como direitos de status negativus, conteriam não só direitos subjetivos de liberdade como direitos de defesa, mas decisões e padrões de valor, normas axiomáticas ou princípios objetivos. Com os direitos fundamentais, a Lei Fundamental daria a entender que a vida (compreendendo a integridade física Leib und Leben), a diversidade de opiniões, a arte e a ciência, a atividade profissional e o uso da propriedade etc. eram preciosos para além do interesse particular para prevenir ingerências nas suas respectivas liberdades. Eram objetivamente preciosos, eram a ordem ou o sistema de valores da comunidade, e o Estado era responsável por eles. A partir desta responsabilidade, o Estado teria de reconhecer funções suplementares jurídico-fundamentais que vão para além das funções jurídicas de defesa”. (PIEROTH. Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução António Francisco de Sousa; António Franco. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68-9).

garantias e direitos previsto na Constituição e na legislação ordinária que visa assegurar o regular exercício do direito de ação e do direito de defesa.

Especialmente em relação à dimensão do direito de defesa, que ganha mais relevo na pesquisa, o devido processo legal traz consigo os deveres (e não diretrizes ou axiomas) do contraditório, ampla defesa, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, além do tratamento paritário conferido às partes envolvidas no processo (art. 5º, I, CPC); a publicidade do processo (art. 5º, LX, CF); a proibição da produção de provas ilícitas (art. 5º, LVI); a imparcialidade do julgador, bem como a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); a motivação das decisões (art. 93, IX); a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e, no centro normativo de tudo, a presunção de inocência, como corolário do sistema acusatório<sup>3</sup>.

Especialmente em relação ao princípio da presunção de inocência, este encontra-se positivado, para além de tratados internacionais, na Constituição Federal (art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) e no Código de Processo Penal (Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer...) e traz consigo a pedra de toque do direito penal: significa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A presunção de inocência traz como consectários a regra de tratamento e a regra de julgamento.

Ao passo em que a primeira exige que, como regra, deve o acusado responder o processo em liberdade (porque pressuposto do Estado de Direito é a liberdade, devendo a sua segregação ser devidamente justificada), podendo ser preso apenas mediante decisão judicial devidamente justificada; a regra de julgamento, por sua vez, reclama que cabe ao órgão de acusação comprovar, de forma a não deixar dúvidas, a autoria e a materialidade. Havendo dúvidas a esse respeito, deve ser proferido decreto absolutório.

E seguindo nessa linha: a partir do momento em que o acusado é presumidamente inocente, não lhe incumbe produzir provas. Assim, no processo penal, não há distribuição de carga probatória: o ônus probatório recai inteiramente sobre o acusador, pois há uma presunção que deve por ele ser destruída.

No processo penal, não existe distribuição de cargas, pois o réu ao ser (constitucionalmente) presumidamente inocente não tem qualquer dever de atividade processual. Mais do que isso, da sua inércia nenhum prejuízo jurídicoprocessual pode brotar.

Consequência disso é que, para além de autoria e materialidade, cabe ao órgão de acusação, e não à defesa, a prova de todos os elementos que, em tese, interessariam ao exercício do *potestas puniendi* (disfarçado de *jus puniendi*).

Sob essa perspectiva do direito fundamental à propriedade e do devido processo legal é que analisar-se-á a constitucionalidade do art. 91-A do Código Penal.

---

<sup>3</sup> Para Ferrajoli (2008, p.518), são características principais do sistema acusatório, dentre outras, a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento.

### 3. O ART. 91-A DO CÓDIGO PENAL CONFRONTADO À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nesse momento da pesquisa, tendo-se superadas as fases de tese (compreensão do objeto da discussão, qual seja o comando normativo contido no art. 91-A do Código Penal) e antítese (direito fundamental à propriedade e devido processo legal enquanto parâmetros para o controle de constitucionalidade) passa-se à antítese, pretendendo, a partir da utilização do método indutivo, responder se, de fato, há inconstitucionalidade material no art.91-A do Código Penal.

Para sumarizar o que já foi construído, tem-se que o art. 91-A do Código Penal possibilitou a decretação, como feito decorrente da sentença penal condenatória, da perda de bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, por serem presumidos produto ou proveito de infração penal. Isso nos crimes cuja pena máxima em abstrato ultrapassa o patamar de seis anos.

Primeiro sob a perspectiva do direito fundamental à propriedade, tem-se que, há, de fato, inconstitucionalidade.

Isso porque, conforme ensinamento doutrinário majoritário, a propriedade se caracteriza por ser direito (i) complexo; (ii) absoluto; (iii) perpétuo (iv) exclusivo e (v) elástico.

O direito à propriedade é complexo porquanto formado por um conjunto de poderes ou faculdades, sendo o mais completo entre todos os direitos reais. Absoluto na medida em que possui oponibilidade erga omnes, podendo, no limite das previsões constitucionais e legais, fazer o particular o seu uso da forma que lhe aprouver. Perpétuo na medida em que não há sua extinção pelo desuso, sendo o patrimônio transmitido por meio da herança. Exclusivo tendo em vista que, ressalvadas certas situações, como o condomínio e a multipropriedade, por exemplo, o poder dominial de alguém exclui o de outrem. E, por fim, elástico já que pode ser distendido ou contraído na formação de outros direitos reais sem que, contudo, haja a perda da sua essência.

Em razão de todo esse sistema normativo-valorativo que envolve o direito fundamental à propriedade e, principalmente, pensando nesse como liberdade negativa (*Eingriffsverbote*), ou seja, direito construído pra liminar o âmbito de atuação dos indivíduos, garantindo-lhes o mínimo de segurança jurídica e de contornos de dignidade, deve-se fazer as seguintes ponderações.

Primeiro que descabe cogitar, sob pena de inconstitucionalidade material, da perda de patrimônio do réu como efeito automático da sentença. Custa dizer, o simples fato de haver demonstração de incompatibilidade financeira entre a renda lícita e o patrimônio não é suficiente, por si só, para que o Estado adentre o patrimônio do réu.

Deve, assim, para que possa o Estado adentrar na esfera íntima do patrimônio, decretando o juiz criminal a perda de bens do condenado, haver motivação idônea, concreta, de forma a demonstrar a necessidade da medida.

Ou seja, não se pode considerar a perda de bens como efeito ex lege da sentença, como o é a perda de direitos políticos, por exemplo. Isso porque essa limitação patrimonial não deve ocorrer em todos os casos em que presentes os requisitos expressos do art. 91-A do Código Penal.

Explica-se: uma interpretação do art. 91-A, à luz de todo o ordenamento constitucionalizado, exige que reste demonstrada a necessidade da medida de perda de bens. Isto é, deve o comando do art. 91-A do Código Penal ser lido não como regra, automática, mas sim como exceção, aplicável tão somente nas hipóteses em que demonstrada de forma concreta o seu cabimento e, mais importante, a sua necessidade.

Porque quando se percebe que a perda de bens do art. 91-A é exceção e não regra, tem-se como consequência jurídica o fato de que não ser qualquer decisão jurídica suficiente para determiná-la, sendo hipótese em que deve enfrentar o julgador ônus argumentativo forte. Ou seja, a aplicação do art. 91-A do Código Penal exige a observância ao princípio da inércia argumentativa<sup>4</sup>.

E mais: para que não haja violação ao direito à propriedade, essa demonstração parte de um juízo de certeza, e não de probabilidade.

E aqui começam os argumentos acerca da necessária observância do devido processo penal.

Em relação ao juízo de certeza, inquestionável que a sua construção deve ficar a cargo do Ministério Público, e não da defesa.

Isso em decorrência do sistema acusatório que hoje encontra-se, inclusive, positivado no art. 3<sup>a</sup>-A do Código de Processo Penal e da distribuição do ônus probatório.

Como dito, por força do art. 156 do Código de Processo Penal, interpretado sistemicamente, não só materialidade e autoria dependem da carga probatória produzida pelo Ministério Público.

O Ministério Público é o *dominus litis* e carrega consigo a função institucional de implementar a vontade estatal punitiva (*potestas puniendi*). Disso se extrai que, se pretende o Estado adentrar no patrimônio do réu como efeito da sentença condenatória, sob a alegação de incompatibilidade do patrimônio e os rendimentos ilícitos, deve o Ministério Público deixar comprovada, no curso da instrução processual, essa incompatibilidade.

Não basta a mera alegação, mas sim a comprovação.

Por dois motivos deve caber ao Ministério Público a prova da incompatibilidade, e não à defesa:

(i) Pela sistemática do processo penal, calcado no sistema acusatório e na presunção de inocência, conforme já ventilado.

(ii) Pela compreensão de que, caso se admitisse a inversão do ônus da prova na hipótese do art. 91-A do Código Penal, haveria a criação legal do que a doutrina denomina de ônus

de produção da prova diabólica. Isso é, seria imputado ao réu comprovar fato negativo a

---

<sup>4</sup> O princípio da inércia argumentava “impõe (a) um forte ônus argumentativo àquele que itiga defendendo tese em sentido contrário a precedente, ou ao magistrado que se afasta da ratio decidendi de precedente, ao decidir caso posterior semelhante; bem como que (b) mitiga o nus argumentativo àquele que advoga tese em consonância com precedente, ou ao magistrado que segue a ratio de precedente, ao decidir posterior caso semelhante”. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. Revista de Processo, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 379. 224.

inexistência de incompatibilidade entre o patrimônio e seus rendimentos lícitos o que, por si só, é de extrema dificuldade. Na doutrina, tem-se que:

exigir a prova de algo que não ocorreu constitui um exemplo da chamada “prova diabólica”, em virtude de sua produção ser impossível ou extremamente difícil. Com efeito, não se revela razoável atribuir a quem genericamente afirmou a inexistência de um fato, assim, o encargo de provar tal quadro negativo de inexistência, pois envolve uma negativa “absoluta” (“indefinida” ou “indefinida”, sem precisão no plano temporal ou no âmbito espacial. Se, no entanto, a respectiva negativa não for genérica em tais moldes, mas sim “qualificada” ou “determinada”, materializada numa negativa cujo contraponto é um fato positivo perfeitamente sujeito à prova, é perfeitamente admissível atribuir à parte que negou a existência do respectivo fato o ônus de provar o correspondente fato positivo (BREINTENBACH; TEIXEIRA, 2015, p. 15).

Sobre a produção de prova diabólica no curso do processo penal, colhe-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

No que se refere à distribuição do ônus da prova no Processo Penal, cumpre destacar que o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertence exclusivamente à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (provas diabólicas). HC 73338, Relator Min. CELSO DE MELLO).

Outro argumento que serve para confirmar a tese aqui levantada (de impossibilidade de inversão do ônus probatório em desfavor de defesa) refere-se ao desequilíbrio fático de forças existente entre o Estado-acusação e o Estado-defesa, que inclusive foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 147.776/SP, ao aplicar a técnica da *Appellentscheidung*<sup>5</sup>.

Vale dizer, em um Estado em que o Ministério Público encontra-se inteiramente estruturado e que a Defensoria Pública, *custos vulnerabilis* por excelência, encontra-se ainda em estado de estruturação, sendo comprovado o desnível orçamentário entre as instituições, não há como se cogitar em transferir um ônus que, como corolário do sistema processual adotado, seria da acusação, para a defesa.

Desse modo, fortalece o argumento de inconstitucionalidade do art. 91-A do Código Penal não a possibilidade de decretação da perda de bens em si, mas a sua forma de processamento, sendo inconstitucional, por violação ao sistema acusatório e à presunção de inocência, a regra que impõe à defesa a prova da inexistência de incompatibilidade entre o patrimônio e a renda lícita (art. 91-A, § 2º do Código Penal).

Por fim, o devido processo legal em sua dimensão substantiva traz uma exigência de razoabilidade e proporcionalidade<sup>6</sup>. Nessa perspectiva, a escolha do legislador de quais crimes

<sup>5</sup> Técnica na qual a Corte reconhece que determinada norma se encontra em situação jurídica de trânsito para a inconstitucionalidade, ou seja, é norma que, a despeito de ser, ainda, constitucional, continha gradativamente rumo à inconstitucionalidade.

<sup>6</sup> O devido processo legal substantivo se dirige, em primeiro momento ao legislador, que constituindo-se em um limite à sua atuação, que deverá pautar-se pelos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade. Como decorrência deste princípio surgem o postulado da proporcionalidade e algumas garantias constitucionais processuais, como o acesso a justiça, o juiz natural a ampla defesa o contraditório, a igualdade entre as partes e a exigência de

são passíveis de decretação de perda dos bens como efeito da sentença penal condenatória não ultrapassa um juízo metodológico de razoabilidade.

É que a previsão do caput do art. 91-A do Código Penal torna possível a decretação de perda de bens para todos os crimes cuja pena máxima em abstrato ultrapassa seis anos.

Daí se extraem duas possíveis razões para a inconstitucionalidade:

Primeiro por violação ao princípio da individualização da pena: o comando do art. 91-A do Código Penal ignora que no processo trifásico o grau de reprovabilidade da conduta pode ser mínimo, o que geraria penas que ficam, no mínimo legal ou em patamar inferior ao mínimo legal.

É o caso, dentre vários outros, dos já citados art. 148, § 2º, art. 133, § 2º e art. 136, § 2º, todos do Código Penal. Em todos a pena máxima ultrapassa seis anos, ao passo em que a mínima, todavia, não fica além de dois ou quatro. No caso do art. 148, § 2º, especificamente, levando tão somente em consideração o quantum de pena seria possível, em razão do reduzido grau de reprovabilidade da conduta, a substituição da pena privativa de liberdade e a suspensão da pena.

O que se pretende dizer é que não pode a gravidade em abstrato do delito fundamentar pedido de condenação em perda do patrimônio, mas tão somente a gravidade em concreto.

Ademais, em delitos em que não há relação mínima com a aquisição de bens (finalidade lucrativa), por total ausência denexo, não há que se falar em perda de patrimônios.

Nessa toada, para que fosse válida a perda de bens, esta deveria observar os seguintes parâmetros:

(i) A previsão dos crimes em que é compatível a aplicação do art. 91-A do Código Penal deve levar em consideração a pena definitiva, e não a pena máxima cominada em abstrato.

(ii) A regra do art. 91-A do Código Penal não deve se aplicar a todas as infrações penais, mas tão somente àquelas em que há a intenção do indivíduo em auferir lucro.

(iii) Cabe ao Ministério Público, e não à Defesa, a comprovação de incompatibilidade entre o patrimônio e os rendimentos lícitos do réu.

(iv) O magistrado deve fundamentar concretamente, expondo os elementos que evidenciam a necessidade da medida (ônus argumentativo forte), não se tratando de efeito automático da sentença.

Só na hipótese de respeito às diretrizes acima lançadas é que a decretação da perda de bens do art. 91-A do Código Penal poderia ser cogitada de constitucional.

Até que seja a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, esta permanece produzindo efeitos (princípio da presunção de constitucionalidade das normas constitucionais), ficando assegurada à defesa a possibilidade de, incidentalmente, pleitear o reconhecimento de inconstitucionalidade via controle difuso.

---

imparcialidade do magistrado (NOVENINO, 2019, p. 332).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto e, pautado na utilização do método indutivo, na pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo e na hermenêutica constitucional, pode-se concluir a título de resultado da pesquisa - que a decretação de perda de bens prevista no art. 91-A do Código Penal é inconstitucional.

Para que se pudesse cogitar de constitucionalidade, seria necessário que se observasse, de forma cumulativa, os seguintes requisitos:

(i) A previsão dos crimes em que é compatível a aplicação do art. 91-A do Código Penal deve levar em consideração a pena definitiva, e não a pena máxima cominada em abstrato.

(ii) A regra do art. 91-A do Código Penal não deve se aplicar a todas as infrações penais, mas tão somente àquelas em que há a intenção do indivíduo em auferir lucro.

(iii) Cabe ao Ministério Público, e não à Defesa, a comprovação de incompatibilidade entre o patrimônio e os rendimentos lícitos.

(iv) O magistrado deve fundamentar concretamente, expondo os elementos que evidenciam a necessidade da medida (ônus argumentativo forte), não se tratando de efeito automático da sentença.

No momento, o dispositivo permanece hígido no ordenamento jurídico, sendo necessário que a inconstitucionalidade seja decretada pelo Supremo Tribunal Federal, seja em controle concentrado ou difuso, com abstrativização dos feitos da decisão.

Fica resguardada, por fim, a possibilidade de alegação incidental no curso da ação penal, a fim de que o juiz de primeiro grau afaste a incidência da norma inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, JR. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 229, ano 39, p. 377-401, São Paulo: ED. RT, mar. 2014, p. 379.

BARACHO, JAO. Processo Constitucional. In: *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Disponível em: [https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_55\\_56/Jose\\_Baracho.pdf](https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf). Acesso em 18 abril 2020.

BREINTENBACH, FC, TEIXEIRA, ST. Redistribuição do onus probandi no processo do trabalho diante do novo cpc: impactos da distribuição dinâmica do ônus da prova na responsabilização do administrador público em demandas envolvendo terceirização. In: *Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Everaldo Gaspar Lopes De Andrade, Frederico da Costa carvalho Neto, Rodrigo Garcia Schwarz Florianópolis: CONPEDI, 2015,*

p. 15.

DIMOULIS, D, MARTINS, L. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FELDENS, L. Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GAGLIANNO, PS; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direitos reais. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, A. Direito Processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 142.

NOVELINO, M. Direito Constitucional. São Paulo editora: Método, ano 2019, pág. 332.

PIEROTH, B, SCHLINK, B. Direitos Fundamentais. Tradução António Francisco de Sousa; António Franco. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68-9).

SCHREIBER, A. Manual de Direito Civil contemporâneo. 3. Ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

TAVARES, AR. Curso de Direito Constitucional. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1087.



# A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 91-A DO CÓDIGO PENAL POR VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

**Anna Beatriz Sartorio Ramos da Silva<sup>1</sup>**

**Rafael Junior Soares<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O presente estudo analisa a colaboração premiada e os prêmios contidos na Lei 12.850/13, com o objetivo de estabelecer os limites dos benefícios concedidos aos delatores pelas autoridades públicas. Por meio de pesquisa bibliográfica, concluiu-se que muitos acordos ultrapassaram os benefícios contidos na lei, estabelecendo prêmios extralegais aos colaboradores. Diante disso, houve a promulgação da Lei Anticrime com modificações na lei de colaboração premiada, de modo a dirimir o debate existente acerca da (im)possibilidade de concessão de prêmios extralegais, como forma de garantir maior segurança jurídica ao instituto amplamente utilizado no cenário nacional.

**Palavras-chave:** Colaboração premiada. Limites dos prêmios. Lei Anticrime.

<sup>1</sup> Acadêmica do 7º Período de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Londrina e do 7º Período de Administração da Universidade Estadual de Londrina. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4350685656099174>> Endereço: Avenida Inglaterra, 446, apto 11, Jardim Igapó, Londrina. Telefone: (43) 98427-1256. Email: anna.sartorio@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Londrina. Advogado Criminalista. Telefone: (43) 99915-0097. E-mail: rafael@advocaciabittar.adv.br.

## INTRODUÇÃO

A Operação Lava Jato, considerada pelo Ministério Público Federal a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já vivenciou<sup>3</sup>, ao utilizar exaustivamente a colaboração, deu visibilidade ao instituto até então pouco adotado na prática forense, muito embora houvesse sua previsão no ordenamento jurídico pátrio desde a década de 90 (BITTAR, 2011, p. 83-144).

Com o advento da Lei 12850/13 (Lei das Organizações Criminosas), a colaboração premiada foi expressamente incluída no cenário jurídico como um meio de obtenção de prova, recebendo, ainda, por meio do Capítulo II, Seção I da referida legislação, toda a sua definição procedimental. A introdução legislativa é relevante porque o instituto aparecia na legislação penal especificamente na forma de causas de diminuição de pena ou perdão judicial, sem prever normatização a respeito do acordo, existindo, assim, insegurança jurídica sobre sua aplicabilidade.

Neste contexto, por meio da Lei 12.850/13 é inegável que houve avanço quanto ao tema e, por consequência, o emprego cada vez maior da colaboração premiada. Mesmo assim, observa-se que existem diversas discussões<sup>4</sup> pendentes de resolução no cenário jurídico nacional.

Uma delas diz respeito aos limites dos prêmios na colaboração premiada, tema a ser enfrentado no presente trabalho, eis que a partir da Lei das Organizações Criminosas, houve aparentemente a delimitação dos possíveis benefícios que poderiam ser oferecidos ao colaborador premiado. No entanto, a prática forense mostrou-se mais complexa. Isto porque diversos prêmios não fixados em lei passaram a ser oferecidos pelo ministério público aos colaboradores, com aceitação - sem muita hesitação - pelos juízes em suas homologações.

Em suma, o fato gera celeuma em razão dos limites do que pode ser negociado entre a acusação e defesa, existindo, portanto, correntes antagônicas a defender maior ou menor amplitude. Com efeito, a primeira opinião sustenta a prevalência do princípio da legalidade, impedindo-se qualquer criação de prêmios fora do texto normativo, e, por sua vez, a segunda advogando a possibilidade de oferecimento de prêmios extraleais.

Além disso, recentemente aprovou-se a Lei 13.964/2019, também denominada de “Pacote Anticrime”, o qual remodelou profundamente o desenho existente sobre a colaboração premiada por meio de modificações na Lei 12.850/13, já com o objetivo de atender certas críticas formuladas sobre o antigo modelo de prêmios concedidos.

Portanto, o objetivo da pesquisa é analisar se há limites quanto ao oferecimento de prêmios na colaboração premiada, identificando-se especialmente os parâmetros a serem observados pelo delator e as autoridades públicas, como forma de garantir segurança jurídica às partes

<sup>3</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

<sup>4</sup> A título de exemplo, encontram-se pendentes no cenário nacional os seguintes debates: i) natureza jurídica da colaboração premiada; ii) impugnação do acordo de colaboração premiada pelos delatados; iii) decisões interlocutórias, como prisão preventiva e recebimento da peça acusatória, baseadas só em colaborações premiadas; iv) ordem das manifestações dos delatores e delatados etc.

envolvidas na persecução penal.

## 1. DA NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A delação premiada, atualmente denominada por meio da Lei 12.850/13 como colaboração premiada<sup>5</sup>, é um dos mecanismos de consenso penal, que ordena o réu cooperar com a acusação para ensejar a punição dos corréus como exemplo (VASCONCELLOS, 2020, p. 02).

Assim, a colaboração premiada pode ser conceituada de forma genérica pela admissão do acusado quanto à prática da infração penal e, ainda, a atribuição de autoria a uma ou mais pessoas (SARCEDO, 2011, p. 191). No entanto, o art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/13 traz detalhadamente quais são os resultados a serem alcançados pela colaboração para concessão dos prêmios, estabelecendo hipóteses que vão além da mera incriminação de terceiros: i) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; ii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; iii) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; iv) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Afirma-se, portanto, que a delação premiada se refere ao ato de denunciar ilegalidades cometidas por terceiros para conseguir benefícios processuais (MATOS, 2018, p. 155-156).

No tocante à natureza jurídica a questão é mais tormentosa, tendo em vista a existência de diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, classificando a colaboração premiada da seguinte maneira: meio de obtenção de prova, meio de prova, negócio jurídico processual e causa de supressão ou liberação da pena.

Primeiramente, Bittar *et al* (2019, p. 21) afirma que à luz do que disciplina a Lei 12.850/13, adotou-se a perspectiva de que o acordo de delação premiada, que não se identifica com as declarações do colaborador, é meio de obtenção de provas. Ou seja, o objetivo do acordo seria a obtenção de fontes ou elementos de prova que auxiliem na persecução penal. Deve-se consignar que a colaboração premiada, entendida como meio de obtenção de prova, visa alcançar entes (coisas materiais, traços ou declarações) dotados de capacidade probatória.

A natureza jurídica do instituto estabelece que a colaboração premiada fornece elementos investigativos, meios de obtenção de prova, e não provas em si, meios de prova (DAVID; INCOTT JR., 2018, p. 105). Note-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio do HC 127.483 PR, corroborou que a delação premiada é um meio de obtenção de provas, conforme se vê, inclusive, por expressa determinação legal (art. 3º, I da Lei 12.850/13), de forma semelhante à captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação telefônica

---

<sup>5</sup> Embora existam divergências se os termos delação e colaboração premiada seriam ou não sinônimos, para os fins propostos no artigo os vocábulos serão empregados como o mesmo significado (BUSATO; BITENCOURT, 2013, p. 115).

e a quebra de sigilo financeiro, bancário e fiscal<sup>6</sup>.

Todavia, na mesma decisão afirmou-se que a delação configuraria também negócio jurídico processual, pois o objeto é a cooperação do réu para a fase investigativa e processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) relativo à sanção premial a ser destinada a essa colaboração.

Nessa linha de raciocínio, afirma-se que acordo de delação premiada é um negócio jurídico processual, entre o acusado e o Estado, que dependerá de homologação judicial para ter sua validade (ROSA, 2018, p. 35). Ademais, Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bonfim (2017, p. 105-119) defendem a colaboração premiada como negócio jurídico, porque, em suma, a própria lei teria empregado expressões de que o sistema deixou espaço para o autorregramento da vontade, permitindo com o Ministério Público ou autoridade policial e o acusado, representado pelo seu defensor, negociem a obrigação de colaborar em troca de decisão penal favorável que lhe conceda prêmios.

A própria Lei 13.964/13, que acrescentou o art. 3-A na Lei 12.850/13, positivou a orientação do Supremo Tribunal Federal, ao positivizar o seguinte: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

Não obstante a posição da Suprema Corte e o enunciado normativo, Gustavo Badaró (2017, p. 136) ressalta que, apesar do enorme problema que tal divisão poderia gerar ao se admitir a natureza mista, as declarações do colaborador figurariam como meio de prova e, assim, valoráveis pelo juiz ainda que com a restrição que a condenação se baseia apenas na palavra do delator (art. 4º, § 16, III, Lei 12.850/13), mas ao mesmo tempo serviriam como meio de obtenção de prova, com o objetivo de se desvendar outros elementos de corroboração das declarações do delator.

Ademais, Segundo Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila (2019, online), a colaboração premiada, numa perspectiva de direito penal, é causa de supressão ou liberação total ou parcial de pena, pois, como comportamento pós-delitivo positivamente tutelado pela Lei das Organizações Criminais pertence à categoria da punibilidade, posterior à constituição dos elementos centrais do crime e alheia ao mesmo, permitindo-se que o Estado abra mão da sanção por razões de política criminal.

Portanto, como já alertava Walter Bittar (p. 578-579), a colaboração premiada possui uma natureza jurídica multifacetada, vez que é capaz de atingir várias esferas do Direito, além da grande complexidade que é inerente ao instituto, de modo que transita por várias classificações quanto à sua natureza jurídica (meio de obtenção de prova, meio de prova, negócio jurídico processual e causa de supressão ou liberação da pena), a depender do enfoque que se dê em relação ao instituto.

---

<sup>6</sup> HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

## 2. DOS PRÊMIOS PREVISTOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada, a partir dos resultados obtidos, oferece diversos benefícios ao colaborador, dependendo também da valoração da personalidade, da natureza, das circunstâncias, da gravidade, da repercussão social do fato criminoso e da eficácia da delação.

Os prêmios são estabelecidos pela lei, conforme art. 4º, *caput* e § 4º e 5º, compreendendo a imunidade, perdão judicial, redução em até 2/3 dois terços da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos e, em caso de colaboração premiada após a sentença condenatória, redução da pena até a metade ou ainda a progressão mesmo que ausentes os requisitos objetivos. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho e Nuno Brandão (2016, p. 16-38), existem duas formas de colaboração premiada, a pré-sentencial e a pós-sentencial, vez que os benefícios são distintos a depender do momento processual no qual é firmado o acordo.

O primeiro prêmio estabelecido pela lei consiste na imunidade, a qual se reserva somente às hipóteses em que o colaborador não é o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Trata-se de hipótese não condicionada à sentença final condenatória. Neste caso, o Ministério Público poderá deixar de oferecer a peça acusatória, pois o legislador permitiu uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, visto que a acusação poderá deixar de oferecer denúncia se a delação levar à consecução de um dos resultados presentesos incisos do art. 4º (LIMA, p. 2016, 536).

Os demais prêmios disponíveis às autoridades públicas dependeriam, necessariamente, do proferimento de sentença, conforme exposto resumidamente: i) a concessão do perdão judicial com a extinção da punibilidade do colaborador premiado, a depender da relevância da colaboração; ii) causa de diminuição de pena que possibilita a redução em até dois terços<sup>7</sup> e pela metade em caso de colaboração premiada após a sentença; iv) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser realizado independentemente dos requisitos dispostos no art. 44 do Código Penal; v) autorização de progressão de regime independentemente dos requisitos objetivos dispostos no art. 112, da Lei de Execução Penal, aplicando esta hipótese para as delações concretizadas depois da sentença.

Portanto, a partir da leitura cuidadosa da Lei 12.850/13, observa-se que os prêmios possíveis de concessão foram selecionados de forma meticulosa pelo legislador, inclusive com considerações quanto à extensão, a depender do momento (antes ou após a sentença) da concretização da colaboração premiada.

## 3. DO CONFLITO ENTRE AS TEORIAS RESTRITIVAS E AMPLIATIVAS ACERCA DOS PRÊMIOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Em função do estabelecimento dos prêmios pela Lei 12.850/13, houve importante discussão no seio doutrinário e acadêmico acerca da possibilidade de aplicação de prêmios

<sup>7</sup> Como o legislador não definiu o *quantum* mínimo de diminuição de pena, a doutrina defende que se deve utilizar o critério mínimo de 1/6 adotado pelo Código Penal, a fim de se evitar valores irrisórios (LIMA, 2016, p. 35).

extralegais, discutindo-se se o rol trazido pela lei seria taxativo ou meramente exemplificativo, o que, neste último caso, permitiria ampliação por parte das autoridades públicas.

A título de exemplo, verifica-se que no acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa<sup>8</sup>, o qual possui várias inovações como a quantidade de fixação de pena e seu modo de cumprimento, como a cláusula 5ª, I, a, que estabelece “(...) prisão domiciliar pelo prazo de 1 (um) ano, com tornozeleira eletrônica ou equipamento similar (...)”, mesmo não se encaixando em nenhuma das hipóteses previstas na lei. Seguindo o acordo, há o estabelecimento de duração do regime semiaberto:

Após cumprido o período de prisão domiciliar (cautelar ou penal), existindo sentença condenatória transitada em julgado, o cumprimento de parte da pena privativa de liberdade imposta em regime semi-aberto, em período de zero a dois anos, a ser definido pelo Juízo tomando em consideração o grau de efetividade da colaboração.

O acordo ainda determina que “cumprido o período de prisão em regime semiaberto, o restante da pena será cumprida em regime aberto até o seu total cumprimento.” No caso do Paulo Roberto Costa, a negociação foi expandida aos familiares e foram criados acordos de delação premiada acessórios ao dele para beneficiar a todos (ROSA, 2018, p. 93-96).

Já no termo de acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef<sup>9</sup> foi imposta a “[...] pena privativa de liberdade em regime fechado por lapso não superior a 5 (cinco) anos e não inferior a 3 (três) anos, iniciando-se a partir da assinatura do presente acordo e detraindo-se o período já cumprido pelo COLABORADOR a título de prisão provisória [...]”, após isso haveria uma progressão *per saltum* para o regime aberto, mesmo sem os requisitos necessários por lei:

Após o integral cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado nos termos do inciso III da presente cláusula, a progressão do COLABORADOR diretamente para o regime aberto, mesmo que sem o preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 4º, §5º, da Lei nº 12.850/13.

Outra inovação foi a fixação da pena de multa, sendo que esta nem é abordada na Lei das Organizações Criminosas, mas foi estipulada na cláusula 5º, VI, do acordo: “a aplicação da pena de multa a que se refere o art. 58, caput, do Código Penal, em seu patamar mínimo, cuja cobrança será realizada pelo Ministério Público Federal nos termos da legislação vigente”.

O acordo do ex-senador Delcídio do Amaral<sup>10</sup> também limita o tempo de cada regime de cumprimento de pena privativa de liberdade se seguir as condições impostas na cláusula 13ª,

<sup>8</sup> Acordo de colaboração firmado nas ações penais nº 5026212-82.2014.404.7000 e 502567671. 2014.404.7000 e na representação nº 5014901-94.2014.404.7000, todos perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

<sup>9</sup> Acordo de colaboração premiada realizado no âmbito das ações penais nº 502568703.2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212-82.2014.404.7000, 504722977.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.404.7000, e 503570753.2014.404.7000, perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wpcontent/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

<sup>10</sup> Acordo de colaboração premiada firmado no bojo dos Inquéritos n. 4170 e 3989 do STF. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/delacao-premiada-delcidio-amaral.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

como pode se ver a seguir:

A medida cautelar de privação de liberdade, ora imposta nos autos do Inquérito Judicial nº 4170, será substituída observadas as seguintes condições (equivalentes ao regime semiaberto domiciliar), as quais deverão ser cumpridas no período de 1 (um) ano e 6 (seis) meses a partir da homologação do acordo, observado o prazo constante na cláusula 23ª, “a”.

Ainda na limitação de tempo para cumprir as penas em um respectivo regime, o acordo também estabelece na cláusula 14ª que “cumpridas as condições acordadas na cláusula 13ª, deverá ainda o Colaborador observar as seguintes (equivalentes ao regime aberto domiciliar), pelo período de 1 (um) ano.”. Uma novidade nesse acordo foi a estipulação de trabalho comunitário a cumprir, como mostra a cláusula 15ª: “prestação de serviços à comunidade, a razão de 7 (sete) horas semanais, pelo período de 6 (seis) meses, a corresponder a 180 (cento e oitenta) horas, em entidade designada pelo órgão judicial federal competente”. Além de outras cláusulas que trazem conteúdos nem abordados na legislação, como pena máxima, pena de multa e até mesmo “permissão para viajar em dois fins de semana mensais, para Campo Grande/MS, Corumbá/MS e Florianópolis/SC, observado o recolhimento domiciliar em local definido”.

Ainda na limitação de tempo para cumprir as penas em um respectivo regime, o acordo também estabelece na cláusula 14ª que “cumpridas as condições acordadas na cláusula 13ª, deverá ainda o Colaborador observar as seguintes (equivalentes ao regime aberto domiciliar), pelo período de 1 (um) ano.”. Uma novidade nesse acordo foi a estipulação de trabalho comunitário a cumprir, como mostra a cláusula 15ª: “prestação de serviços à comunidade, a razão de 7 (sete) horas semanais, pelo período de 6 (seis) meses, a corresponder a 180 (cento e oitenta) horas, em entidade designada pelo órgão judicial federal competente”. Além de outras cláusulas que trazem conteúdos nem abordados na legislação, como pena máxima, pena de multa e até mesmo “permissão para viajar em dois fins de semana mensais, para Campo Grande/MS, Corumbá/MS e Florianópolis/SC, observado o recolhimento domiciliar em local definido”.

Neste contexto, surgiram duas correntes para tratar do tema dos prêmios na colaboração premiada. De acordo Américo Bedê Freire Júnior (2018, p. 7173): pode-se vislumbrar a visão restritiva e a ampliativa. A primeira posição acredita que o dispositivo legal possui rol taxativo, de modo que só os prêmios presentes na lei podem ser negociados, proibindo-se a criação de prêmios extralegais, já que violaria o princípio da legalidade. Os defensores dessa interpretação ainda dizem que o consentimento do réu é fundamental para o acordo e que esse não pode gerar um ato ilícito.

Nesta linha de raciocínio, Guilherme Nucci (2018, online) defende que o acordo de delação premiada não poder combinar leis penais com benefícios, vincular autoridades que não participaram da negociação, alterar o prazo prescricional ou competência penal e tratar de execução penal em acordo préprocessual, até mesmo porque não será mais necessária a Legislação Brasileira, pois os acordos valerão mais que normas editadas pelo Parlamento na área criminal (2018, online).

Na mesma corrente, Canotilho e Brandão (2016, p. 30) prezam pelo princípio da legalidade criminal, pois defendem a taxatividade dos benefícios que poderão concedidos ao colaborador, tendo em vista que vantagens não previstas legalmente jamais poderão ser concedidas. A outorga das benesses extralegais com base em argumentos de identidade ou maioria de razão ou analogia são inaceitáveis, pois essas técnicas não são admissíveis em um meio de obtenção de prova que aborde sobre direitos fundamentais de terceiros como é o caso da colaboração premiada (CANOTILHO; BRANDÃO, 2016, p. 30).

Já a concepção ampliativa, segundo Freire Júnior (2018), baseia-se na ideia de que a alegação da violação do princípio da legalidade para anular uma benesse oferecida e aceita pelo colaborador configura uma inversão do princípio da legalidade. A referida concepção advoga que o legislador autorizou a aplicação de pena diversa da prevista, adaptando a justiça ao caso concreto, quando autorizou a negociação com o perdão ou o não oferecimento da denúncia.

Como afirma Luísa Walter da Rosa (2018, p. 66), a colaboração premiada inaugurou uma nova era no direito processual penal chamado de processo penal negociado, o qual se baseia na ideia do consenso. Diante disso, seria plenamente possível a oferta de benefícios além daqueles dispostos na Lei das Organizações Criminosas, desde que respeitem os limites dos direitos e garantias fundamentais e da própria Constituição Federal.

No mesmo caminho, Andrey Borges de Mendonça (2017, p. 103) sustenta que a possibilidade dos benefícios extralegais nos acordos de colaboração premiada, ainda que não expressamente estatuídos em lei.

Seguindo a lógica da corrente ampliativa, em maio de 2018, o Ministério Público Federal emitiu uma Orientação Conjunta<sup>11</sup> com as novas diretrizes a serem observadas pelos membros da promotoria pública na condução das negociações e na assinatura de acordos de delação premiada (RIOS; FARIAS, 2018, *online*).

Thiago Alessandro Fattori (2018, p. 10-12) analisa alguns fatores como destaques negativos, como o conteúdo dos prêmios negociados pela Orientação, pois a legalidade e constitucionalidade na negociação de benefícios como penas cominadas, prazos prescricionais, regimes de cumprimento e formas de execução são duvidosas (itens 26 e 27, OC 1/2018 – 2CCR5CCR/MPF).

Os itens 26 e 27 dessa Orientação Conjunta 01/2018 preveem negociações que ultrapassam os benefícios estipulados pela lei, como, por exemplo, a pena que será efetivamente cumprida pela parte em regimes a serem definidos no acordo, a suspensão condicional da pena, a progressão de regimes, a suspensão condicional do processo, a suspensão do prazo prescricional, entre outros.

É possível observar ainda voto do Ministro Gilmar Mendes criticando a falta de controle da legalidade pelo Poder Judiciário:

---

<sup>11</sup> Ministério Público Federal. Orientação Conjunta. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

Esses são os parâmetros da lei. De tudo, percebe-se de forma inequívoca que a legalidade dos acordos não está sendo avaliada em momento algum. Essa é a verdade dos fatos. Essa é a inequívoca verdade dos fatos. Não se está fazendo controle de legalidade. Enquanto se faz análise da voluntariedade, precário é o exame da legalidade.<sup>12</sup>

Na mesma ocasião, o Ministro Ricardo Lewandowski reforçou a questão da legalidade no acordo de colaboração premiada:

(...) penso que o juízo provisório de que resulta a mera homologação de acordos de colaboração premiada não tem o condão de revestir as cláusulas e condições contratadas do caráter de imutabilidade, tornando-as incontrastáveis, sobretudo aquelas que, por exemplo: (i) excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (ii) estabelecem o cumprimento imediato de pena ainda não fixada; (iii) fixem regimes de cumprimento de pena não autorizados pela legislação em vigor; (iv) avancem sobre as cláusulas de reserva de jurisdição; (v) determinem o compartilhamento de provas e informações sigilosas sem a intervenção do Judiciário; e (v) autorizem a divulgação de informações que atinjam a imagem ou a esfera jurídica de terceiros.<sup>13</sup>

No entanto, em que pese a existência da corrente ampliativa, não se verifica espaço para a concessão de prêmios extralegais, tendo em vista que o princípio da legalidade deve prevalecer, entendendo-se como rol taxativo.

#### **4. DOS PRÊMIOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA APÓS O PACOTE ANTICRIME: POSITIVAÇÃO DA TEORIA RESTRITIVA**

Após intensa discussão no seio doutrinário e jurisprudencial, o Pacote Anticrime introduziu na Lei 12.850/13 o art. 4º, § 7º, II, disciplinou que realizado o acordo, serão remetidos ao juiz o termo, as declarações e as cópias da investigação, para que possa examinar a adequação dos benefícios pactuados, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e os requisitos de progressão de regime.

Observa-se, assim, que a modificação legislativa (cf. 4º, § 7º, II, Lei 12.850/13) adotou claramente a via restritiva, optando por positivá-la, a fim de obstar que prêmios atípicos possam ser oferecidos pela autoridade policial ou Ministério Público ao colaborador premiado. O legislador buscou excluir a discricionariedade muitas vezes empregada pelas autoridades, garantindo-se maior controle das colaborações premiadas e seus prêmios.

Vinicius Gomes de Vasconcelos já alertava que a lei deve determinar os possíveis benefícios e os critérios para sua atribuição, reduzindo os espaços de discricionariedade e insegurança na realização dos acordos (2017, p. 148).

Segundo Guilherme Madeira (2020, ebook), o que aconteceu na maioria dos casos da Lava Jato foi a negociação de acordos de delação premiada com disposições sobre o regime de

<sup>12</sup> Pet 7074 QO, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017.

<sup>13</sup> Pet 7074 QO, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017.

cumprimento de pena e fixação do regime inicial, hoje, isso só será possível na hipótese prevista no § 5º do artigo 4º, ou seja, quando a colaboração premiada se der durante a fase da execução da pena.

Antes mesmo da aprovação do Pacote Anticrime, Néfi Cordeiro (2020, p. 63 e 64) destacava que nem o magistrado e menos ainda o parquet poderão criar penas diferenciadas dos favores legais, mas, atualmente, não há limite à criatividade dos negociadores, mas também não há limite ao dano social, à legitimidade da representação legislativa, ao judiciário que abandona sua função de dosimetria.

Caberá ao juiz, no momento de analisar os aspectos da homologação, identificar a legalidade, voluntariedade, regularidade, já previstos antes da reforma, mas, sobretudo, de acordo com a nova lei, a adequação dos benefícios às previsões contidas no Código Penal e na Lei de Execução Penal.

Por sua vez, Soraia da Rosa Mendes e Ana Maria Martinez (2020, p. 232-233) asseveram que o novo dispositivo responde a críticas relevantes dos juristas, reforçando a impossibilidade de previsão de cumprimento de pena e progressão ‘a la carte’, ou seja, do desvio das hipóteses trazidas pela lei.

Portanto, consignou-se expressamente que o poder de negociação possui restrições para as partes envolvidas na colaboração premiada, reforçando o papel do magistrado no momento da homologação do acordo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A colaboração premiada representa importante instituto no cenário jurídico nacional, figurando como importante instrumento no âmbito da persecução penal, uma vez que impõe ao réu o dever de cooperar com a acusação para possibilitar, em regra, a punição dos coacusados. Embora já existisse de maneira esparsa no ordenamento jurídico nacional, a Lei 12.850/13, que regulamentou seu aspecto procedimental, ofereceu balizas mais seguras quanto à adoção do instituto, fomentando, ainda mais, sua adoção pelas autoridades públicas.

Apesar do incontestável avanço normativo, a natureza jurídica da colaboração premiada ainda é tormentosa. Existem correntes mais aceitas, no entanto, é possível classificá-la como meio de obtenção de prova, meio de prova, causa pessoal de liberação de pena ou, ainda, negócio jurídico processual, o que revela a essência multifacetada.

Ademais, com o uso cada vez mais recorrente da delação premiada, instaurou-se importante debate acerca dos limites dos prêmios a serem oferecidos ao delator. Em que pese a lei defina os benefícios a serem oferecidos (imunidade, perdão judicial, redução em até 2/3 dois terços da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos e, em caso de colaboração premiada após a sentença condenatória, redução da pena até a metade ou ainda a progressão mesmo que ausentes os requisitos objetivos), tornou-se comum a homologação de acordos de colaboração premiadas com prêmios extraleais.

A partir daí, sobrevieram as correntes restritiva e a ampliativa. A primeira defendendo a estrita observância à previsão da lei, enquanto a segunda advogando que o rol seria meramente exemplificativo.

Diante disso, observa-se que deve se adotar uma *cultura da legalidade*, a fim de que a colaboração premiada não se transforme em instrumento de indevidas manipulações por parte das autoridades públicas, assim como em mecanismo de incentivo aos acusados que poderão receber prêmios exagerados. Destaque-se, ainda, que o Pacote Anticrime reformulou os requisitos a serem examinados pelo magistrado, vedando o oferecimento de prêmios extralegais, verificando-se, por corolário, a positivação da teoria restritiva.

Depreende-se que caberá ao juiz, no momento da homologação, identificar a legalidade, voluntariedade, regularidade e a adequação dos benefícios às previsões contidas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, sendo nulas quaisquer cláusulas que violem os comandos legais previstos.

Finalmente, a observância do rol previsto na Lei 12.850/13 evita qualquer espécie de discricionariedade das autoridades públicas, garantindo-se a segurança jurídica e o equilíbrio entre eventual prática criminosa praticada pelo colaborador premiado e a necessidade de sanção penal em termos de prevenção e retribuição.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis [Org.]. Colaboração premiada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BITTAR, Walter Barbosa Bittar. Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A questão da natureza jurídica e a possibilidade legal de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado. Boletim do IBCCRIM, ano 27, nº. 322, setembro 2019.

BITTAR, Walter Barbosa; ROEHRIG, Mariel Marchiori. Há limites para a delação premiada na fase de execução penal? GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella [Org.]. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 127.483-PR, Brasília, DF, 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

CANOTILHO, JGG; BRANDÃO, N. Colaboração Premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, ano 146º, nº 4000, p. 16-38, set./out. 2016.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha. Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal. vol. 153/2019.

CORDEIRO, Nefi. Colaboração premiada: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475

DAVID, Décio Franco; INCOTT JR., Paulo R. Colaboração premiada: natureza jurídica e possibilidade de comunicação dos efeitos da colaboração para esferas extrapenais. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella [Org.]. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

ESSADO, TC. Delação Premiada e Idoneidade Probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 101/2013, p. 203 – 227, Mar - Abr / 2013.

FATTORI, TA. Breves considerações acerca da orientação conjunta 1/2018 do Ministério Público Federal: a negociação do acordo de colaboração premiada. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 26, n. 312, p. 10-12, nov. 2018.

FREIRE JÚNIOR, AB. Quais benefícios o estado pode oferecer ao réu colaborador? Existem limites materiais ao acordo de colaboração? In: LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTIERE, Victor Minervino (Org.) Compliance e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

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

MATOS, Érica do Amaral. Colaboração premiada: análise de sua utilização na operação lava jato à luz da verossimilhança e da presunção de inocência. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 143/2018, Maio-2018.

MENDES, G. Questão de ordem na petição 7.074 distrito federal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-revisao-delacaostf.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). Colaboração premiada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

Ministério Público Federal. Orientação Conjunta. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjuntano-1-2018.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

NUCCI, G. Há limites para o prêmio da colaboração premiada? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-03/guilherme-nucci-limites-premiocolaboracao-premiada>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

RIOS, Rodrigo Sanchez Rios; FARIAS, Renata Amaral. Norma do MPF sobre delação mostra preocupação com conduta de membros. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-12/opiniao-norma-mpf-delacao-mostrapreocupacao-condutas>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

ROSA, Luísa Walter da. Colaboração premiada: a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador. Florianópolis: EMais, 2018.

SARCEDO, L. A Delação Premiada e a Necessária Mitigação do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v.27/2011, p. 191 – 205, Jan - Jun./2011.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 166/2020. Abr/2020.

\_\_\_\_\_. Colaboração premiada no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



# 3

## ALTERAÇÕES NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.964/2019: AMPLIAÇÃO E AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA.

**Cristina Maiko Oishi do Amaral Campos Okuma<sup>1</sup>**

**Daniela Bonassa<sup>2</sup>**

**Gabriel Cavalcante Cortez<sup>3</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo analisar as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) na seara processual penal, mais especificamente quanto à realização da audiência de custódia, ou apresentação do preso logo após a lavratura do auto de prisão pela autoridade competente. Por meio do método hipotético-dedutivo da revisão legislativa, doutrinária e jurisprudencial, busca-se analisar o regramento normativo referente à audiência de custódia da pessoa presa, em atenção aos direitos humanos e direitos fundamentais. Após, conceitua-se audiência de custódia e tecem-se considerações a respeito de seu regramento estritamente administrativo e realização anteriores ao Pacote Anticrime. Ademais, verifica-se as inovações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 no tocante à matéria, o que importa em afirmação

<sup>1</sup> Pós-graduanda no curso de *pós-lato* sensu especialização em Direito Previdenciário, vinculado à Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogada. E-mail: cristina.maiko@gmail.com. Telefone (43) 99626-1297.

<sup>2</sup> Pós-graduada em Direito das Família e Sucessões pela LFG Londrina. Advogada. E-mail: danielabonassa.adv@hotmail.com. Telefone: (43) 996733873.

<sup>3</sup> Acadêmico do 5º ano do curso de Direito pela UEL. Estagiário junto ao Gabinete da 2ª Vara Cível, da Fazenda Pública e de Competência Delegada da Comarca de Cambé/PR, vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). E-mail: gabrielcortez442@gmail.com. Telefone (43) 99680-6565.

e ampliação de direitos humanos e fundamentais da pessoa humana presa já garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. A audiência de custódia passou a ter previsão expressa no Código de Processo Penal, reforçando uma gama de direitos fundamentais para que a legalidade da prisão e eventuais práticas de tortura pelos agentes policiais e a possibilidade de substituição da prisão por medidas acautelatórias sejam analisadas pelo magistrado.

**Palavras-chave:** Audiência de custódia. Código de Processo Penal. Dignidade da pessoa humana. Direitos humanos. Direitos fundamentais.

## INTRODUÇÃO

A audiência de custódia deixou de ser uma utopia e passou a ser a concretização de uma trajetória iniciada em 1966 com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que só fora incorporada pelo Brasil em 1992.

Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em conjunto com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), elaboraram um regramento administração acerca da custódia, a qual resultou na Resolução nº 213/2015 e no Provimento Conjunto nº 03/2015, respectivamente, sendo acompanhada por diversos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

A audiência de custódia visa a humanização da prisão, oportunidade em que o juiz tem a oportunidade de ter um contato maior com o preso em flagrante, buscando assim verificar a legalidade e/ou a pertinência da prisão, o uso de outras medidas cautelares ou o caso de liberdade provisória.

Depreende-se que a audiência de custódia veio com a missão de humanizar o procedimento, buscando não só a repressão à tortura, mas como forma de fiscalizar os atos policiais, reforçando que os direitos humanos também serão assegurados à pessoa do preso.

### 1. DIREITOS HUMANOS DA PESSOA PRESA

O diálogo entre Estados-nacionais e organizações internacionais (ou também supranacionais) para fins de estipulações nas mais diferentes esferas, bem como estabelecer regras específicas e universais para a proteção da pessoa humana onde quer que ela esteja, tem como escopo a diminuição do encarceramento de maneira precoce, sem a estrita necessidade de ordem social e com fundamentação pelo magistrado que impliquem em tal ato.

Em que pese o tratamento nacional recebido pelo indivíduo de um país, cada Estado possui autonomia em suas próprias determinações. Havendo evidências de violações aos direitos humanos em âmbito nacional, os costumes internacionais autorizam que os demais países e organizações internacionais embarguem economicamente, politicamente, juridicamente etc. como forma de forçar à Nação transgressora a cessação da atitude desrespeitosa, retornando

ao estado anterior (“*status quo ante*”), incluindo o aumento legislativo da proteção à pessoa humana.

Nesta ótica, a proteção à pessoa presa pode ser entendida como espécie do gênero proteção aos direitos humanos. Diante da condição de investigado ou acusado, com ou sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, imprescindível que a situação de cárcere total ou parcial se dê de forma a resguardar a dignidade humana. “*Deve-se considerar a imprescindível incidência do princípio da proporcionalidade sempre conectado que está ao valor dignidade da pessoa humana quando da aplicação da prisão cautelar*” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 736).

Sob este prisma, importante destacar que o Brasil é signatário de dois importantes tratados a respeito de Direitos Humanos, os quais abordam as condições mínimas e legais que preservem o mínimo de dignidade ao acusado. São eles: a) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 592/1992; b) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica), sob o Decreto nº 678/1992.

Dispõe o artigo 9º, 1 a 5, do Decreto nº 592/1992, em síntese, que ninguém será preso arbitrariamente, sempre a mando de ordem fundamentada proveniente de autoridade competente. No que tange à custódia, informa a primeira parte do item 3 do mencionado dispositivo que “*qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais, e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade*”, também precendo a possibilidade de serem adotadas garantias (medidas acautelatórias) que substituam a prisão.

Em outro turno, o Decreto nº 678/1992, ao discorrer sobre à liberdade pessoal do indivíduo, aponta em seu artigo 7º, itens 3 a 5, reforça o entendimento esposado acima quanto à imediata abertura de audiência de apresentação após a realização do ato prisional. Em linhas gerais, “*a prisão é a negação máxima dos direitos humanos. Não há humanidade na privação da lib tamos isso e prossigamos, reféns de nossa própria incoerência, mas com um ideal definido: reduzir os danos provocados pelo encarceramento*”. (PAIVA, 2018, p.26)

Sendo assim, verifica-se que o engajamento do Brasil no que tange à dignidade da pessoa presa no âmbito internacional é evidente, diante da assinatura e da incorporação dos mencionados tratados perante o ordenamento jurídico brasileiro, os quais possuem “*status*” constitucional por versarem sobre Direitos Humanos, conforme artigo 5º, LXXVIII, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

## **1.1 Direitos fundamentais da pessoa presa**

Em princípio, deveras salutar que o Poder Constituinte Originário, ao elaborar a Constituição Cidadã, elevou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III.

Não se trata de um direito, pois não conferida pelo ordenamento. A dignidade um atributo do ser humano, independente de condição específica, requisito ou norma jurídica.

O mega princípio da dignidade da pessoa humana considerada como valor constitucional supremo. o valor que vai informar toda a interpretação constitucional (princípio da unidade constitucional). O ser humano não existe para o Estado, o Estado que existe para o ser humano.

A dignidade violada quando o ser humano tratado não como um fim em si mesmo, mas como um meio para se atingir determinados fins. Ou seja, basta a pessoa ser tratada como um objeto que estaria o ato afrontando a regra da dignidade da pessoa humana.

Rogério Greco (2013, p. 102) expõe que em muitas situações, a dignidade da pessoa humana é violada pelo próprio Estado. *“Aquele que deveria ser o maior responsável pela sua observância, acaba se transformando em seu maior infrator”*.

Vislumbra-se, por exemplo, a garantia de liberdade de locomoção como regra e à prisão enquanto exceção, último recurso (*“última ratio”*), conforme artigo 5º, XV.

Ademais, previstos no artigo 5º da CRFB/1988, ao ser humano preso é garantido o acesso à justiça (XXXV); a vedação de juízos de exceção ou perseguição (XXXVII); a punição contra qualquer ato atentatório ou discriminatório aos direitos e liberdades fundamentais (XLI); a garantia à pessoa presa de respeito à integridade física e moral (XLIX); é assegurado aos acusados a ampla defesa e o contraditório em todos os atos processuais (LV); a afirmação quanto à condenação do agente do delito somente acontecerá com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (LVII); a duração razoável do processo (LXXVIII). São referentes à matéria da prisão os seguintes incisos do artigo 5º da CRFB/1988,

“LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;  
LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;  
LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;  
LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;  
LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;  
LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Assim, ao preso são disponibilizados mecanismos essenciais no que se refere ao motivo, ao procedimento e à necessidade da prisão, além da adoção de outras deliberações que serão tomadas por meio de audiência de custódia.

Como ferramenta para efetivar o acesso à justiça, o Poder Constituinte Originário criou a Defensoria Pública, que é uma das instituições essenciais à justiça elencadas na Constituição Cidadã, recebendo tratamento no artigo 134:

“Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime

democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5.º desta Constituição Federal”.

Conforme o art. 4º, caput da Resolução 213/2015 do CNJ, a audiência de custódia será realizada pelo magistrado, na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.

O papel da Defensoria Pública consiste em promover a garantia constitucional do acesso à justiça às pessoas hipossuficientes, preservando seus direitos, buscando reduzir a vulnerabilidade social e penal das classes mais carentes (art. 5º, XXXV e LXXIV, CRFB/1988), como também defender os mais necessitados nas mais variadas demandas, em especial no processo criminal, exercendo assim os princípios da ampla defesa e do contraditório, sustentáculos do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CRFB/1988; art. 261 do CPP; arts. 1º, 3º, III e IV; 4º, I, V, XII e XIII, da Lei Complementar Estadual nº 136/2011 Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná).

Com relação à audiência de custódia, a atuação da Defensoria Pública é de extrema relevância, pois busca coibir violações aos direitos humanos no momento da prisão em flagrante, reduzindo os casos de torturas, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Desta forma, o preso deixou de ser apenas um relato em um papel que seria analisado pelo Juiz e Ministério Público, passando a ser visto como um ser humano, que passa a ser vítima de agressões atinentes ao ato da prisão em flagrante.

Assim, passa-se ao enquadramento conceitual e normativo acerca da audiência de custódia, sua regulamentação e realização.

## **2. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL ACERCA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA REALIZAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 13.964/2019**

Para dar prosseguimento à pesquisa, imperioso se faz a conceituação sobre em que consiste a audiência de custódia, também conhecida como audiência de apresentação, ou audiência de garantia.

Segundo Caio Paiva (2018, p. 40), o conceito dado audiência de custódia está totalmente vinculado *“finalidade não podendo se confundir com a mera “audiência de apresentação” nos tratados internacionais de direitos humanos somente se justifica na possibilidade de servir-se como um instrumento de controle judicial imediato da prisão”*.

Encontra-se prevista tacitamente no artigo 306 do Decreto-lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal CPP):

“Art. 306 A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da

prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas”.

Inicialmente, a apresentação estaria vinculada à comunicação do auto de prisão ao juiz competente em até 24 (vinte e quatro) horas, para que o mesmo avaliasse a persistência ou não da prisão realizada, em um ato de ofício, permitindo a ampla defesa e o contraditório após a decisão.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 949):

“[...] a audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência sem demora após a prisão penal, em flagrante, preventiva ou temporária, permitindo o contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público. [...] a audiência de custódia tem 2 (dois) objetivos precípuos: 1) coibir eventuais excessos como torturas e/ou maus tratos; 2) no caso específico da prisão em flagrante, conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para fins de convalidação judicial, é dizer, para ter mais subsídios quanto à medida a ser adotada - relaxamento da prisão ilegal, decretação da prisão preventiva (ou temporária), ou imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310,1, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP”.

O objetivo da custódia é de possibilitar ao preso manifestar eventual abuso de poder cometido pelos agentes policiais, além da ilegalidade da medida restritiva de liberdade. *“Essencialmente, a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva)”* (LOPES JÚNIOR, 2019, P. 763).

Seu cerne difere da audiência de interrogatório, posto que não objetiva o descobrimento da verdade real dos fatos, e sim a existência de informações referentes a maus tratos, ilegalidade da medida de cerceamento de liberdade do acusado ou ainda a desnecessidade da prisão preventiva, sendo o caso de substituição por outras medidas acautelatórias.

Na visão de Eugênio Pacelli (2019, p. 664),

“[...] não se trata de uma antecipação do interrogatório. Mais ainda: não se está abrindo a oportunidade para o avanço acerca das circunstâncias e elementares do delito posto então sob suspeita. A audiência destina-se tão somente ao exame da necessidade de se manter a custódia prisional, o que significa que o magistrado deve conduzir a entrevista sob tal e exclusiva perspectiva. Não lhe deve ser permitida a indagação acerca da existência dos fatos, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais de vida (familiar, trabalho, etc.).

Verifica-se que a pretensão mor da audiência de custódia coaduna-se com a existência ou não de atos violadores da dignidade da pessoa do preso, realizados pelos agentes policiais, a manutenção ou não da prisão preventiva, e impedir os desaparecimentos e execuções sumárias. Destacamos que a tortura e os tratamentos degradantes são expressamente rechaçados pela Constituição Cidadã, consoante artigo 5º, III.

Embora o Brasil já houvesse assinado e ratificado o Decreto nº 592/1992, relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, celebrado em Nova Iorque (Estados Unidos da América), em 1966, além do Decreto nº 678/1992, conhecido por incorporar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica) perante à legislação nacional, não houve medida legislativa pátria regulamentando a audiência de custódia.

Com a crescente pressão internacional para o real cumprimento da audiência de custódia dentro do sistema criminal brasileiro, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) regulamentou por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015. Muito se discutiu a respeito da constitucionalidade da determinação da apresentação advinda de um Tribunal de Justiça e não do Legislativo. Neste diapasão, explica Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 949),

“Para o Supremo Tribunal Federal, a regulamentação das audiências de custódia por meio de Resoluções e Provimentos dos Tribunais de Justiça (ou dos Tribunais Regionais Federais) não importa violação aos princípios da legalidade e da reserva de lei federal em matéria processual penal. Para o Supremo, não teria havido, por parte dos referidos provimentos, nenhuma extrapolação daquilo que já constaria da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dotada de status normativos supralegais [...]”.

Com essa decisão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 213/2015, ainda em vigência, relacionada ao procedimento da audiência de custódia. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) editou-se o Provimento Conjunto nº 02/2019 para tratar a respeito da temática, em consonância com as diretrizes anteriormente apresentadas pelo CNJ.

Mesmo diante da regulamentação administrativa no âmbito do CNJ e também nos próprios Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é no sentido de que a ausência de custódia não geraria nulidade absoluta (“*juris et de jure*”), e sim “*juris tantum*”. de presunção relativa.

Nesta vertente, colaciona-se o entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL HABEAS CORPUS HOMICÍDIO QUALIFICADO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA. NULIDADE PELA AUSÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NÃO OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Concreta a motivação apresentada para o decreto da prisão preventiva, que abordou o modo de execução, evidenciado pelo modo de agir do paciente (delito praticado por ordem proveniente da organização criminosa PGC), o provável motivo para o homicídio, a alta periculosidade do paciente e o risco concreto de reiteração criminosa, uma vez que o acusado responde a outra ação penal

pelo crime de homicídio qualificado. 2. A audiência de custódia é um importante instrumento de observância dos direitos e garantias fundamentais do preso, entretanto, a não realização da audiência não constitui, por si só, motivo suficiente capaz de anular a segregação cautelar, desde que presentes os requisitos delineados no art. 312 do Código de Processo Penal e que não tenha havido ofensa aos direitos e garantias fundamentais. 3. Ordem denegada. (STJ - HC: 420151 SC 2017/0263144-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/04/2018, T6 - grifou-se.

Lado outro, para a Quinta Turma do STJ, “a não realização da audiência de custódia, por si só, não apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, [...], operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência da apresentação do preso ao Juízo de origem [...] Fonseca, 5a Turma, j. 07.06.2016).

No mesmo sentido da Sexta Turma do STJ é o entendimento esposado pelo TJPR:

“Habeas Corpus — Prisão em flagrante convertida em preventiva Imputação do crime de uso de documento falso (CP, art. 304). 1. Pretensão de relaxamento da prisão preventiva em razão da não realização de audiência de custódia Impossibilidade Ausência de realização do ato, no prazo de 24 horas, que não acarreta a nulidade da prisão, tampouco autoriza seu relaxamento, quando respeitadas as diretrizes da lei processual penal e convertida a prisão em flagrante, fundamentadamente, em preventiva, como no caso Posterior realização da audiência de custódia, outrossim, que é suficiente para sanar qualquer irregularidade procedimental outrora existente Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Justiça. 1.1 “A não realização da audiência de custódia por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante” (STJ, HC 346299-GO, Fonseca). 2. Pretensão de revogação da segregação cautelar Impossibilidade Prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública e prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (CPP, art. 312) [...] Consulta ao Sistema Oráculo, outrossim, que demonstra ter sido o paciente condenado por outros crimes dolosos, com sentença trânsito em julgado CPP, art. 313, incs. I e II Peculiaridades do caso concreto que recomendam a segregação cautelar do paciente, tais como condenação anterior e reiteração de condutas delitivas Medidas cautelares diversas da prisão, outrossim, que se revelam insuficientes no caso.3. Ordem denegada. (TJPR - 2ª C.Criminal - 0066132-57.2019.8.16.0000 - Sarandi - Rel.: Desembargador Rabello Filho - grifou-se.

Enquanto o entendimento colacionado pelo TJPR e pela Quinta Turma do STJ vai no entendimento de certa mitigação ou flexibilização dos direitos fundamentais do preso com a ausência de realização da audiência de custódia, desde que sua não realização não resulte na prisão preventiva imotivada, a Sexta Turma da Corte Superior diverge, no sentido de não restar caracterizada nulidade processual pela falta de custódia quando há a conversão imediata em prisão preventiva.

Assim, podemos concluir que mesmo dentro dos Tribunais o entendimento acerca da nulidade do processo pela realização ou não da audiência de custódia ainda é um tema controverso, principalmente com relação à figura recursal do habeas corpus.

Posto isso, analisar-se-á as alterações no procedimento da audiência de custódia trazidas pelo denominado Pacto Anticrime.

### 3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Diante da necessidade de regulamentar a realização da audiência de custódia, por ser a concretização de um conjunto de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana presa, foi sancionada a Lei nº 13.964/2019, também chamada de Pacote Anticrime. A medida, vista como um ato legislativo de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, apresenta várias medidas reforçando, em sua grande maioria, atos processuais criminais. Com o avanço do conhecimento científico, da realidade social e do valor filosófico, sociológico e jurídico que envolvem o paradigma penal brasileiro<sup>4</sup>, necessário se faz a adequação da legislação nacional para que possa acontecer a subsunção da norma junto ao ato jurídico, a fim de que o mesmo produza seus efeitos.

Neste cariz, a Lei nº 13.964/2019 reformou os artigos 287 e 310 do Código de Processo Penal, cujo objetivo consiste na inserção expressa da audiência de custódia logo que é lavrado o auto de prisão, qualquer que seja a espécie. “*In verbis*”:

“Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia. [...] Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva .

A inovação presente no artigo 287 diz respeito à parte final de seu enunciado, momento em que restou expressa a designação da pessoa presa, em crime inafiançável, à audiência de custódia perante o Poder Judiciário. Nesta oportunidade, verificar-se-á a possibilidade

<sup>4</sup> Referência à teoria tridimensional do Direito desenvolvida pelo professor Miguel Reale: fato, valor e norma, como requisitos essenciais de validade, efetividade e eficácia da espécie normativa em vigência.

de adoção de outras medidas cautelares, isolada ou cumulativamente, como mecanismo de permitir a liberdade provisória do acusado durante as investigações do inquérito policial, bem como durante a instrução do processo penal.

Na hipótese de crime afiançável, bem como ocorrendo prisão, detenção ou retenção, nas chamadas prisões temporárias e preventivas, a audiência é obrigatória, em observância ao artigo 13, parágrafo único, da Resolução nº 213/2015 emanada pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>5</sup>.

O objetivo da audiência de apresentação consiste na oportunidade onde a pessoa presa, após lavrado o termo da prisão pela autoridade competente, será ouvida pelo magistrado plantonista ou não “*que decidirá nesta audiência se o flagrante será homologado ou não e, ato contínuo, se a prisão preventiva é necessária ou se é caso de aplicação das medidas cautelares diversas*” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 763).

O intuito da apresentação ramifica-se na: a) necessidade de verificar abuso de direito, tortura ou maus tratos por parte da autoridade policial perante ao acusado; b) analisar a legalidade ou não da prisão diante daquele momento, de eventuais riscos que o acusado possa exercer ou influenciar no curso da investigação, em que será mantida ou relaxada a prisão, ou ainda substituída com a adoção de medidas cautelares diversas.

Deste modo, com as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, o antigo ato de deliberação única e exclusivamente pelo juiz sobre a limitação da liberdade do indivíduo tende a “*demonstrar é que ela retira os sujeitos do processo penal do lugar tranquilo de burocratas anônimos e os coloca, juntos, diante da pessoa presa, a quem se deve assegurar o direito a ser ouvida, e não apenas o direito a ser lida*” (PAIVA, 2018, p. 130).

Logo, nos crimes afiançáveis, a possibilidade de liberdade provisória é uma das garantias que podem adotadas, diferente dos crimes inafiançáveis, em que necessariamente adotar-se-á alguma medida preventiva para a solução da liberdade de locomoção do investigado, conforme artigo 5º, XV, da CRFB/1988.

Noutro giro, o prazo para a realização da audiência de custódia é de até 24 horas contados da lavratura do auto de prisão. Caso a audiência não ocorra dentro do lapso mencionado sem justificção, a prisão converter-se-á em ilegal, podendo ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação de prisão preventiva, nos moldes do artigo 310, § 4º, do CPP.

Ainda que o delito admita fiança, por manifestação do legislador, a audiência de apresentação acontecerá dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, quando o acusado permanecer preso por ausência ou impossibilidade de efetuar o recolhimento da quantia deliberada. No ato judicial, o magistrado analisará, em um dos primeiros atos da sessão, “*a*

<sup>5</sup> Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local grifou-se.

*possibilidade de redução ou de dispensa da fiança, nos termos do §1º do art. 325 do Código de Processo Penal*”, consoante artigo 5º, parágrafo único, do Provimento Conjunto nº 02/2019, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Além disso, a ausência de realização da audiência de custódia sem motivação gerará a responsabilidade administrativa, civil e penalmente por omissão da autoridade competente, nos ditames do artigo 310, § 3º, do CPP. Tal disposição sanciona a atitude do magistrado ou do servidor responsável pela morosidade injustificada da audiência inicial no curso do inquérito civil, pois infringe diretamente o princípio da presunção de inocência e o direito à liberdade, previsto no artigo 5º, “*caput*”, da Constituição Cidadã.

A previsão do aludido § 3º corresponde à efetivação da punição contra ato atentatório a direitos, garantias e liberdades fundamentais da pessoa humana, segundo estabelece o artigo 5º, XLI, da CRFB/1988<sup>6</sup>.

A inovação trazida pelo artigo 310, § 2º, diz respeito à decretação da prisão provisória de ofício, com ou sem medidas acautelatórias, quando o acusado for reincidente, integrar organização criminosa armada ou milícia, ou portar arma de fogo de uso restrito.

Para o juiz federal Márcio André Lopes Cavalcante (201 on-line), há a possibilidade do comentado dispositivo ser reputado inconstitucional por proibir a liberdade provisória de maneira genérica, hipotética, fictícia. Neste cariz,

“A lei, quando afasta a concessão de liberdade provisória de forma genérica, retira do juiz a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade ou não da prisão cautelar. Cabe ao magistrado, e não ao legislador, verificar se configuram ou não, em cada caso, hipóteses que justifiquem a prisão cautelar. Isso porque a Constituição Federal não permite a prisão *ex lege* (ou seja, apenas por força de lei). Nesse sentido: STF. Plenário. HC 104339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/5/2012.

Tal atribuição resultaria na usurpação do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo em situação que não admite a atuação atípica dos poderes. O Ministro Gilmar Mendes, relator do “Habeas Corpus” (HC) nº104.339/SP emitiu a seguinte fundamentação acerca da vedação constitucional quanto à prisão legislativa, proveniente da lei, desassociada do caso concreto “*ex lege*” (BRASIL, 2012, p. 59):

“[...] penso que o texto constitucional não autoriza a prisão *ex lege*, em face do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CF).

A prisão obrigatória, de resto, fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), que abrigam um conjunto de direitos e faculdades, os quais podem ser exercidos em todas as Instâncias jurisdicionais, até a sua exaustão”.

<sup>6</sup> Art. 5º 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: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Assim, a previsão legislativa de prisão em determinados casos anteriores ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória resulta em atentado aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência.

Quanto à possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência seja para cumprimento na mesma comarca, seja por carta precatória, tal possibilidade é vedada pelo STJ pelo argumento de ausência de previsão legal, no julgamento do Conflito de Competência (CC) nº 168.522PR, ocorrido em 11 de dezembro de 2019. No mesmo sentido, o CNJ manifestou-  
“a apresentação pessoal do preso é fundamental para inibir e, sobretudo, coibir, as indesejadas práticas de tortura e maus tratos, eis que a ‘transmissão de som e imagem’ não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação entre juiz e jurisdicionado proporciona”  
por meio da decisão do CNJ no processo nº 8866-60.2019.2.00.0000, em 19 de novembro de 2019.

Cabe ao juiz realizar os apontamentos necessários para a elucidação da função da custódia. Neste viés, são os pontos delimitados ao magistrado, conforme artigo 8º da Resolução nº 213/2015 do CNJ:

“Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;

II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;

III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;

IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;

V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

a) não tiver sido realizado;

b) os registros se mostrarem insuficientes;

c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;

d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observandose a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;

X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

Sendo assim, é lícito ao juiz ater-se apenas aos pontos relacionados à integridade física e

psíquica do preso quanto ao motivo e à sequência de atos que antecederam ao início da custódia. Faz-se mister conceituar e esclarecer no que consiste a audiência de custódia; a possibilidade do preso permanecer em silêncio sem prejuízo à sua defesa; inquirir a respeito do motivo da prisão (e não do fato ensejador em específico), bem como o tratamento recebido até então, para apurar eventuais práticas de ilícitos, situação em que será encaminhada investigação ao Ministério Público, por meio de procedimento administrativo ou inquérito civil; verificar, de imediato, a existência de gravidez, filhos ou dependentes da pessoa presa, doença grave, transtornos mentais e dependência química, com a adoção das medidas cabíveis e encaminhamento à Assistência Social do ente federativo em questão.

Após o depoimento pessoal do acusado referente à forma que se efetivou a prisão, o juiz passará a palavra para o Ministério Público e à defesa técnica, respectivamente, os quais deverão ater-se a questionamentos atinentes ao ato da prisão, não sendo permitido em nenhuma hipótese adentrar no mérito da demanda. Ao final, ambos poderão requerer o relaxamento da prisão em flagrante, a concessão de liberdade provisória com ou sem medida acautelatória, ou ainda a decretação da prisão preventiva (artigo 8º, § 1º, I a III).

Com exceção da medida que decretar a prisão preventiva, nas demais opções o acusado será posto imediatamente em liberdade, mediante a expedição de alvará de soltura (artigo 8º, § 5º). Nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, caso a vítima não esteja presente na audiência, deverá ser notificada antes da expedição do alvará de soltura (artigo 8º, § 6º).

Contudo, diante da pandemia de coronavírus que assola o país, foram sancionadas recomendações administrativas no âmbito do Judiciário para compatibilizar o direito fundamental da pessoa presa com a saúde dos servidores judiciais.

Neste sentido, tem-se os artigos 8º e 9º da Recomendação nº 62/2020, do CNJ, que em suma, recomendam a não realização da audiência de apresentação perante o contexto de disseminação e propagação do coronavírus. A orientação é de que nesses casos o magistrado pode: a) relaxar a prisão ilegal, verificada de plano; b) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, considerando a necessidade de controle dos fatores de propagação da pandemia e proteção à saúde de pessoas que integrem o grupo de risco; ou c) converter a prisão em flagrante em preventiva, em se tratando de crime cometido com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, desde que presentes, no caso concreto, os requisitos constantes do art. 312 do CPP<sup>7</sup> e que as circunstâncias do fato indiquem a inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Entende-se por prisão ilegal aquela em que não foram observadas as exigências legais para o ato, por isso a necessidade de que seja relaxada (revogada), pois para que o indivíduo seja preso é necessário que ocorra o devido processo legal. E, em se tratando da liberdade provisória, essa é entendida como uma garantia do indivíduo de se manter em liberdade enquanto responde

<sup>7</sup> 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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

ao processo criminal.

Prevê o artigo 8º, § 3º que, havendo condições mínimas que possibilitem a realização da custódia, o juiz deverá fazê-la imediatamente, com a adoção de itens de proteção à saúde para todos os participantes.

No mais, o Decreto Judiciário nº 172/2020 do TJPR, em seu artigo 6º, § 1º, permite, excepcionalmente, a realização de audiência de custódia por meio de videoconferência até que seja normalizada a situação emergencial de saúde, cujo objetivo busca alinhar os interesses da pessoa presa com àqueles da sociedade.

Com a previsão efetiva da audiência de custódia, tem-se o primeiro passo para o cumprimento dos direitos do acusado e o início de uma política criminal baseada em restringir a liberdade apenas quando as circunstâncias do caso concreto indiquem, explicitem, evidenciem a necessidade de manter a pessoa em prisão preventiva, seja em decorrência de sua personalidade ou de seu comportamento, seja em detrimento do resguardo do bem jurídico tutelado no crime em comento.

Passa-se, então, à mudança gradativa de valores que permeavam a sociedade o ordenamento jurídico pátrio, de modo que se busca coibir “*diversos dos problemas apontados como a permanência de pessoas algemadas ao longo da audiência, a condução por policiais militares, as precárias condições para entrevista reservada com a defesa [...]*”. (PAIVA, 2018, p 137).

Aguarda-se o julgamento de casos envolvendo o Pacote Anticrime no que tange à obrigatoriedade de realização da audiência de custódia, a fim de que os Tribunais possam rever a forma como vêm aplicando o sistema de garantias processuais à pessoa humana presa.

No mais, expressa Caio Paiva (2018, p. 130) que não é racional pensar que somente a nova conjectura da audiência “*irá resolver, sozinha, o problema do grande encarceramento que assistimos no Brasil, mas ela parece ser uma das últimas expressões de otimismo e crença na sensibilidade do Poder Judiciário [...]*”.

Logo, o primeiro passo para o início do processo criminal começa-se com a verificação da legalidade da prisão em flagrante, de modo que a injustificada apreciação ou a morosidade deste momento evidenciam a nulidade absoluta dos atos processuais subsequentes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, resta claro que a audiência de custódia é uma das garantias fundamentais de titularidade da pessoa presa. A apresentação é prevista em outros 27 (vinte e sete) Estados que pertencem à Organização dos Estados Americanos (OEA).

A iniciativa do CNJ e dos Tribunais de Justiça foram importantes para efetivar a custódia junto ao devido processo legal, além de promover maior aproximação com os direitos humanos.

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, que consignou de forma expressa que a audiência de custódia deve ocorrer tão logo seja lavrado o auto de prisão, buscou-se trazer maior celeridade

ao procedimento, evitando assim que o acusado permaneça preso mais tempo que o necessário.

Percebe-se por toda a evolução que vem sofrendo o processo penal, em especial a audiência de custódia, que um novo caminho começou a ser trilhado pelo direito e pela justiça, buscando cada vez mais a integração entre o Judiciário e o indivíduo.

Na medida em que é na audiência de custódia que o magistrado verificará eventuais abusos de direito e a possibilidade do acusado responder em liberdade, tal audiência possui, assim, um viés de política criminal, tentando não perpetuar a superlotação dos presídios e estabelecimentos prisionais brasileiros, e evitar a naturalização da violência policial, buscando a garantia e a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília: DF, Presidência da República. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm).

\_\_\_\_\_. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília: DF, Presidência da República. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/19901994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19901994/d0592.htm).

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: DF, Presidência da República. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: DF, Presidência da República. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm).

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus (HC) nº 104.339/SP. Plenário do STF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe: 10 mai. 2012. STF. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=316425>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 420151 SC 2017/0263144-0. Sexta Turma, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe: 09 abr. 2018. Jusbrasil. <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574641100/habeas-corpus-hc-420151sc-2017-0263144-0?ref=serp>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 168.522/PR. Terceira Seção, Relatora: Ministra Laurita Vaz, DJe: 17 dez. 2019, STJ. <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@CO D=%270663%27>.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Não é cabível a realização de audiência de custódia por meio de videoconferência online <https://www.dizerodireito.com.br/2020/02/nao-e-cabivel-realizacao-deaudiencia.html>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF. <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>.

\_\_\_\_\_. Reclamação para Garantia das Decisões nº 000886660.2019.2.00.0000. <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/11/DECISAO-AUDIENCIA-CUSTODIA.pdf>.

\_\_\_\_\_. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF. <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 313, de 19 de março de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Brasília, DF. <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>.

GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. 3. ed. Boa Esperança: CEI, 2018. [https://mcusercontent.com/d4892e5a59a5b7be415ec8396/files/6e9f5804-c90e4943-81c8-5d4cdf91eb77/audiencia\\_custodia\\_gratuito.pdf](https://mcusercontent.com/d4892e5a59a5b7be415ec8396/files/6e9f5804-c90e4943-81c8-5d4cdf91eb77/audiencia_custodia_gratuito.pdf).

PARANÁ. Lei Complementar nº 136, de 19 de maio de 2011. Estabelece a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Curitiba, PR: Governadoria Estadual do Paraná. <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&cod>

[Ato=60033&indice=1&totalRegistros=5&anoSpan=2016&anoSelecionado=2011&mesSelecionado=0&isPaginado=true.](https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do;jsessionid=7_b453b49ad5cbdbd0cc1c01d4294?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f452176c12bbbf2b0243a09b8540fa1148bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e)

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Provimento Conjunto nº 02, de 14 de maio de 2019. Regulamenta a realização de audiência de custódia no âmbito do Estado do Paraná. Curitiba, PR. TJPR. [https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa\\_athos/publico/ajax\\_concursos.do;jsessionid=7\\_b453b49ad5cbdbd0cc1c01d4294?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f452176c12bbbf2b0243a09b8540fa1148bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e](https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do;jsessionid=7_b453b49ad5cbdbd0cc1c01d4294?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f452176c12bbbf2b0243a09b8540fa1148bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e).

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Decreto nº 172, de 20 de março de 2020. Dispõe sobre a prevenção à pandemia da COVID-19 no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Paraná em substituição ao Decreto Judiciário nº 161/2020-D.M. Curitiba, PR. TJPR. [https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/32915431/DEC\\_JUD\\_172\\_2020\\_DM.pdf/19557fc2-d2c4-2fcf-116d-1d69d58bf48f](https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/32915431/DEC_JUD_172_2020_DM.pdf/19557fc2-d2c4-2fcf-116d-1d69d58bf48f).

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Habeas Corpus nº 006613257.2019.8.16.0000. Segunda Câmara Criminal, Relator: Desembargador Estadual Rabello Filho, DJe: 7 fev. 2020, TJPR. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000012168131/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0066132-57.2019.8.16.0000#>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Provimento Conjunto nº 03, de 22 de janeiro de 2015. São Paulo, SP. TJSP. <http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>.



# 4

## SISTEMA ACUSATÓRIO: AS DIFICULDADES DE MUDANÇA DA MENTALIDADE INQUISITÓRIA FACE AO PACOTE ANTICRIME

Cauê Bouzon Machado Freire Ribeiro<sup>1</sup>

Rafaela Marques de Souza<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca trazer conceitos e características dos dois principais sistemas processuais penais, quais sejam, sistema acusatório e sistema inquisitório. Demonstra que o legislador pátrio, através de modificações legislativas no Código de Processo Penal e da possibilidade de uma reforma deste, aparentemente, tem se aproximado do sistema acusatório. O artigo aponta quais as modificações legislativas mais se inclinam ao sistema acusatório e expõe o que significam tais mudanças na prática judiciária. O texto também traz à tona o problema da convivência de princípios e mentalidades inquisitórios dentro de um sistema que in dubio pro societate al do Júri e sua impossibilidade de adaptação ao processo penal acusatório. Além disso, critica a postura de alguns julgadores e membros do Ministério Público. Na conclusão, os Autores deste artigo percebem que a mudança de mentalidade dos atores do processo penal pátrio é muito mais importante e gerará efeitos práticos muito maiores do que as modificações legislativas. Portanto, devem existir investimentos muito mais significativos na formação dos

<sup>1</sup> Defensor Público do Estado do Paraná; Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF); Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS)/Universidade Estácio de Sá; Pós-Graduando em Direitos Humanos pelo Círculo de Estudos Pela Internet (Curso CEI).

<sup>2</sup> Estagiária da Defensoria Pública do Estado do Paraná; Graduanda em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR).

profissionais do Direito do que somente em mudanças no texto do Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** Sistema acusatório. Defensoria Pública. Devido Processo legal.

## INTRODUÇÃO

O Brasil passa atualmente por um período de questionamentos quanto aos direitos fundamentais e quanto à importância das garantias constitucionais. Movimentos antidemocráticos ganham força e parecem ter apoio de parte significativa de parlamentares e até mesmo do presidente da República.

Em cenários como este, como restará demonstrado, a tentação de ver garantias como obstáculos e o réu como objeto de prova, e não como ser humano, existe e possibilita uma mentalidade inquisitorial que não deve prosperar em um Estado Democrático de Direito. Em meio a todo um contexto mundial de volta a regimes autoritários, com líderes que se autointitulam “mitos”, surge no Brasil o famigerado Pacote Anticrime.

Em que pese a Lei nº 13.964 apresentar novidades interessantes, como a confirmação de que o sistema processual penal no Brasil é o acusatório e a impossibilidade da decretação de prisão de ofício pelo juiz, o que fortalece a característica de tal sistema, ainda apresenta dispositivos típicos do autoritarismo, como aumento de penas privativas de liberdade e endurecimento para a progressão do regime prisional.

Mesmo com a mudança legislativa, os nossos julgadores por vezes ainda decidem de forma autoritária, característica de um sistema processual penal inquisitório, como, por exemplo, ao se utilizarem do princípio *in dubio pro societate*, princípio este que é tratado ao longo do presente artigo e que atualmente já vem sofrendo mitigações.

O sistema processual penal acusatório, explicitado pelo Pacote Anticrime como o sistema processual penal do Brasil, está eminentemente ligado às garantias constitucionais brasileiras, nas quais são asseguradas a isonomia processual, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o que fortalece o estado democrático de direito.

Somente o tempo irá dizer se as alterações legais conseguiram fazer com que o sistema acusatório restasse efetivado e concretizado em nosso país ou se tratou-se apenas de mais uma modificação legal sem qualquer alteração prática, típica característica das leis brasileiras. Isto dependerá muito da mudança da mentalidade inquisitória que ainda domina boa parte dos atores do Poder Judiciário nacional.

## 1. SISTEMA ACUSATÓRIO E DEMOCRACIA X SISTEMA INQUISITÓRIO E AUTORITARISMO

O processo penal de um país, seus princípios, ritos e garantias conferidas ao acusado variam de acordo com o regime político e a política criminal adotados no território.

Em países mais autoritários e ligados com teses punitivistas é natural que o processo penal seja pautado por um sistema inquisitório, caracterizado por um julgador que se confunde com o acusador no qual o acusado é visto como mero objeto de julgamento, não havendo espaço para um contraditório efetivo.

O importante é a busca pela verdade real, não importa a que custo. As provas, nesse sistema, são produzidas não só pela acusação e pela defesa, partes no processo, mas também pelo juiz inquisidor. A defesa até existe, mas serve muito mais para dar formalidade ao ato de condenação do que para efetivamente prestar o serviço de defesa técnica ao réu.

Já em países democráticos, nos quais os direitos são respeitados e garantias processuais penais são vistas como forma de manutenção do regime político, o sistema adotado, quase que de forma consequencial, é o acusatório.

O processo penal nestes locais deve, necessariamente, contar com um juiz imparcial, processo penal com diversas garantias ao acusado, sobretudo o de não ser compelido a realizar provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), um contraditório efetivo e uma defesa ampla.

Não há espaço para mistura entre acusação e defesa e o acusado deve ser visto como um sujeito de direitos, proprietário de diversas garantias processuais, que, caso desrespeitadas, invalidarão as provas de acusação, além de eventual condenação.

O elo entre autoritarismo e sistema inquisitório e democracia e sistema acusatório é muito bem observado por Aury Lopes Junior (2010, p. 182-183), ao apontar que a Constituição da República de 1988, apesar de não fazê-lo de forma expressa, adota o sistema acusatório:

Basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica.

Salah H. Khaled Junior (2015, p.340-355), criticando o direito penal do inimigo e corroborando a posição de Aury Lopes Junior, percebe o sistema inquisitório como algo típico de regimes nada ligados à democracia, externa que “nosso Código de Processo Penal (de 1941) é tido como livro sagrado, continuamente apto a potencializar práticas visivelmente inquisitórias e antidemocráticas”.

O Brasil, por ser, ou, ao menos por estar escrito em sua Constituição Federal que é, um Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil), deveria seguir os preceitos do sistema acusatório em seu processo penal.

Alexandre Bizotto (2019, p. 11) já no início de sua obra ‘Lições de direito processual penal’ apresenta um título inteiro chamado ‘o autoritarismo e a fragilização das garantias processuais’, deixando claro que a democracia e as garantias são visceralmente ligadas, uma não existindo sem a presença da outra. O Autor abre o livro indagando, desesperançoso, sobre

a razão de existir um estudo sobre o direito processual penal na atualidade:

Tendo em vista o perceptível crescimento do autoritarismo na realidade judicial, com o consequente desvirtuamento dos institutos do direito processual penal em favor de medidas eficientistas de substrato neoliberal, que se afastam das garantias individuais agasalhadas na Constituição da República de 1988.

Contudo, no que diz respeito especificamente ao Código de Processo Penal, devemos ter em mente que data de 1941, ou seja, foi produzido ao longo de um regime de exceção.

Nosso país estava vivendo à época uma ditadura estabelecida em 1937 por Getúlio Vargas e o Código Processual Penal foi elaborado com o intuito de servir como instrumento de política criminal, obviamente influenciada por valores autoritários adotados quando de sua criação.

O advogado criminalista Thiago Cabral (2019), é enfático ao caracterizar o Código de Processo Penal e seu contexto histórico:

[...] uma das grandes instituições autoritárias brasileiras é o Código de Processo Penal. Nosso código foi editado em 1941, podendo-se afirmar que se trata de uma cópia inquisitiva do Código Rocco italiano de 1930, posto em vigor sob a égide da ditadura fascista de Mussolini.

O Estado Novo iniciou-se em 1937 e perdurou até 1945. Registre-se inclusive que a Constituição de 1934 foi abandonada, tendo sido criada em seu lugar uma nova Carta Magna, no caso a de 1937.

Apesar de o legislador ter tentado, ao longo dos anos, através de mudanças legislativas no Código de Processo Penal, minorar esse caráter autoritário, ele parece continuar vivo nos juristas, julgadores, promotores, políticos, parte significativa da mídia e até em setores da sociedade civil.

Esta mentalidade de resquício de ditadura não pode contaminar profissionais do Direito. Não pode influenciar os julgadores. Não pode servir como argumento para o órgão acusador. Não pode estremecer a defesa!

Afastando qualquer dúvida entre a ligação umbilical entre o Código de Processo Penal e autoritarismo, Ricardo Jacobsen Gloeckner escreve uma obra inteira sobre o tema, ‘Autoritarismo e Processo Penal: Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro’. A obra mostra o elo entre a codificação italiana de 1930 e o Código de Processo Penal brasileiro de 1941. Analisando ambos os diplomas, evidencia-se que o Código de Processo Penal brasileiro se vale dos mesmos conceitos herdados da tradição italiana.

Corroborando a ideia de que existem resquícios de ditadura até os dias atuais, o Autor demonstra como as categorias processuais penais, oriundas de um clima político autoritário, foram capazes de se manter intactas, mesmo com a Constituição de 1988.

## 2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A APLICAÇÃO NO BRASIL: CRÍTICAS E OBSERVAÇÕES

A princípio, vale destacar, em síntese, os sistemas processuais penais existentes, quais sejam, o sistema inquisitório, o sistema acusatório e o sistema misto.

No sistema inquisitório, as funções de acusar, defender e julgar concentram-se em apenas uma figura. Diante disso, é muito criticado, visto que dessa forma não é possível garantir a imparcialidade do julgador. Ademais, nesse sistema não se encontram presentes as garantias processuais de contraditório e ampla defesa.

Acerca do sistema inquisitório, faz-se necessário mencionar os comentários dos doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 54-55):

No sistema inquisitivo (ou inquisitório), permeado que é pelo princípio inquisitivo, o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretensão interesse coletivo de ver o acusado punido. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais. O discurso de fundo é a efetividade de prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submetese ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto de perseguição do que sujeito de direitos. É que, conforme esse sistema, os direitos de um indivíduo não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo.

Barreiros elenca características do sistema inquisitório (2001, p.12):

a) Julgamento por juiz funcionário; b) juiz acusa, defende e julga com concentração de funções; c) acusação oficial; d) procedimento predominantemente escrito e secreto; e) não-contraditório; f) prova tarifada ou sistema de prova legal; g) prisão processual se constitui regra; h) não há coisa julgada formal.

A famosa busca pela “verdade real” é o que tenta justificar a atuação do julgador de forma inquisitorial. Nas lições de Bizzoto (2019, p.184):

Impõe-se repetir que a gestão das provas nas mãos do julgador é a característica primordial do sistema inquisitório.

Na inquisição há que se perseguir a verdade a todo custo. O perseguido se torna mero objeto de averiguação do Estado, e não sujeito detentor de direito. Ele é um não sujeito e, não conta, valendo apenas os interesses da apuração subjetiva dos fatos apurados pelo inquisidor.

Possivelmente uma das heranças mais nefastas que esse sistema deixou é da regra da busca da verdade real, tão propalado por significativa parcela da doutrina nacional. Ora, se na época medieval a busca implacável era pelo pecador, hoje a busca é pelo criminoso, o herege destes tempos punitivistas.

Maior exemplo de resquício do sistema inquisitório no Código de Processo Penal é a aplicação do princípio do *in dubio pro societate* na primeira fase do Tribunal do Júri.

Infelizmente ainda amplamente aceito, o princípio orienta o julgador a pronunciar o réu, mesmo havendo dúvidas quanto à autoria do delito. A suposta justificativa para a aplicação

deste princípio é exatamente um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido. Nesse sentido, é o entendimento do Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Rogério Sanches Cunha (2019):

Para a pronúncia, ao revés, a regra é *in dubio pro societate*, isto é, não se exige a mesma certeza que se faz necessária para condenar. Na dúvida, deve o juiz pronunciar, cabendo ao Tribunal do Júri, com competência constitucional para tanto, dar a última palavra ao julgar o mérito da acusação.

Apesar de ainda muito utilizados como argumento de decisões de pronúncia, o princípio vem sofrendo mitigações. Corroborando a posição contrária à manutenção do *in dubio pro societate* na sistemática processual penal brasileira, o advogado criminalista Carlos Bermudes (2019) chega à conclusão de que:

Resta evidente que não existe base constitucional para a defesa do “princípio do *in dubio pro societate*”, além de que se configura afronta literal à regra disposta no art. 155 do Código de Processo Penal.

Verificou-se, outrossim, a impossibilidade jurídica de submeter o acusado ao julgamento em plenário de júri, tão somente com base em provas testemunhais colhidas na fase de inquérito policial.

Por fim, ainda que tratando-se de julgamento não vinculante, o ARE 1067392/CE é um importante precedente para provocar a revisão da mofada jurisprudência nacional defensora do *in dubio pro societate*, lançando luz onde impera as trevas do decisionismo inquisitorial.

Por fim, ainda que tratando-se de julgamento não vinculante, o ARE 1067392/CE é um importante precedente para provocar a revisão da mofada jurisprudência nacional defensora do *in dubio pro societate*, lançando luz onde impera as trevas do decisionismo inquisitorial.

No caso concreto o Tribunal de Justiça do Ceará, nas palavras do relator, deu maior valor aos relatos obtidos em fase preliminar e, aplicando o princípio *in dubio pro societate*, pronunciou os réus.

Segundo o Ministro relator, Gilmar Mendes, notam-se “efeitos problemáticos ocasionados pela construção do *in dubio pro societate* como critério de decisão para o juízo de pronúncia no Júri” (STF, 2019).

Ressaltando a urgência de uma teoria da valoração racional da prova penal, o relator concluiu que a decisão do Tribunal de Justiça cearense deu mais valor a testemunhos de ouvir dizer e relatos da fase investigatória, os quais sequer foram reiterados em juízo.

Destacou Gilmar Mendes (STF, 2019):

Ou seja, diante de um estado de dúvida, em que há preponderância de provas da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, o Tribunal optou por alterar a decisão de 1º grau e pronunciar os acusados. Considerando tal narrativa, percebe-se a lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto princípio *in dubio pro societate*, que além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Além de desenfocar o debate e não

apresentar base normativa, o *in dubio pro societate* desvirtua por completo o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a função da decisão de pronúncia.

A primeira fase de um procedimento de júri, finalizada por uma sentença de pronúncia é, sem dúvida, um filtro processual de suma importância e que visa tolher a continuação do processo penal sem qualquer lastro probatório mínimo.

A recente decisão supramencionada, datada de março de 2019, revela que princípio *in dubio pro societate* deve ser aplicado com cautela. Trata-se de um modo de limitar o poder punitivo estatal e que não pode perder força em razão de um princípio sem qualquer base legal ou constitucional.

A Defensoria Pública em suas manifestações deve sempre atacar a utilização deste princípio por se tratar de um claro resquício do sistema inquisitório do processo penal brasileiro. Havendo pronúncia fundamentada no princípio *in dubio pro societate* deve o Defensor Público interpor Recurso em Sentido Estrito, baseando-se na decisão do Supremo Tribunal Federal supramencionada.

Já o Ministério Público, por ser além de órgão acusador, o fiscal da ordem jurídica justa (art. 3º do Código de Processo Penal c/c art. 176 do Código de Processo Civil), deve se abster de recorrer da sentença de impronúncia baseando-se em um suposto princípio que sequer possui previsão em lei.

Por fim, o julgador deve pautar suas decisões sempre com base no sistema acusatório, limitando-se a ser um observador do debate. Logo, se destes debates não encontrar provas suficientes de autoria, não poderá pronunciar alguém com base em um suposto “direito” coletivo da sociedade de ver aquele ser humano julgado por sete pessoas do povo.

Isso significa que o magistrado responsável pela condução da primeira fase do Tribunal do Júri deve realizar um filtro constitucional do artigo 413 do Código de Processo Penal, sobretudo de sua parte final.

Diz o dispositivo legal que o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Obviamente que indícios não podem pautar uma decisão judicial justa e imparcial. O observador realmente eivado da imparcialidade não julga com base em indícios, não encaminha uma pessoa para julgamento em sessão plenária do Tribunal do Júri fundamentando sua decisão em uma suposta vontade social por “justiça”.

O observador imparcial que não se convence, que observa apenas indícios, não pronuncia, não condena e não, jamais, nunca, age de ofício em prejuízo do réu!

O segundo sistema trazido pela doutrina é o sistema acusatório. Diferente do primeiro sistema, as funções de acusar, defender e julgar se encontram em figuras diferentes. Além disso estão presentes as garantias de contraditório e ampla defesa.

Dessa forma são os ensinamentos de Reis e Gonçalves (2016, p. 43):

Existe separação entre os órgãos incumbidos de realizar a acusação e o julgamento, o que garante a imparcialidade do julgador e, por conseguinte, assegura a plenitude de defesa e o tratamento igualitário das partes. Nesse sistema, considerando que a iniciativa é do órgão acusador, o defensor tem sempre o direito de se manifestar por último. A produção das provas é incumbência das partes.

No mesmo sentido leciona Nucci (2016, p. 112):

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

Barreiros elenca características históricas do sistema acusatório (2001, p.13):

a) julgamento por populares; b) igualdade de partes; c) liberdade das partes para apresentar provas, sem interferência do juiz na busca das provas; d) juiz aguardando provocação das partes; e) procedimento oral, público e contraditório; f) persuasão racional do juiz; g) liberdade como regra e prisão processual como exceção; h) existência do limite da coisa julgada.

Já Prado é enfático ao apontar as funções de cada parte e do juiz no processo penal verdadeiramente acusatório (1999, p. 115):

Neste (sistema acusatório), se procura preservar a imparcialidade do órgão julgador na qualidade de terceiro desinteressado, com a presença da acusação sustentando os interesses da incriminação legal e a defesa assegurando a necessária resistência ao acusador.

Ao abordar o sistema acusatório, Coutinho (2009) explicita: “vê-se que, nele [sistema acusatório], a disputa entre acusação e defesa aparentemente tendia e tende a ser leal e indicava uma paridade de condições entre os contendores.”

Deixando clara a diferença entre os sistemas acusatório e inquisitório, ensina Bizzoto (2019, p.184):

Ao contrário do sistema inquisitório, que depende da gestão da prova nas mãos do juiz, para a plena concretização do sistema acusatório é vital que o magistrado fique ausente da iniciativa das provas e também de qualquer atuação acusatória sem que seja devidamente provocado pelo acusador.

Por fim, o sistema misto, que, conforme o próprio nome já diz, possui características dos dois sistemas anteriormente tratados.

Estes sistemas se definem “por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa [...]” (TAVORÁ;

ALENCAR, 2019, p. 56-57).

Apesar de parte da doutrina simplificar o sistema misto como uma mistura entre sistema inquisitório na fase investigativa e sistema acusatório na fase judicial, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho aborda de forma profunda a questão.

Ora, como precitado, o nascimento dos sistemas processuais penais puros não se deu em função de bases filosóficas ou, pelo menos, não foram elas as forças motrizes das suas constituições, e sim opções políticas, tanto na Igreja Católica (quando do nascimento do Sistema Inquisitório, embora nela se soubesse da questão ligada ao pensamento aristotélico) quanto na Grã Bretanha de Henrique II, onde nasce, como hoje estruturado, o Sistema Acusatório, quando, por certo, sequer se cogitou sobre o assunto, dado estar a atenção quase que integralmente voltada para outros pontos, todos políticos.

[...]

Desde uma visão mais adequada, os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano.

[...]

Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros [...].(COUTINHO, 2009).

O Autor sustenta que todos os sistemas, na atualidade, são mistos, sendo uma opção política a adoção de um modelo ligado a um princípio unificador inquisitivo ou dispositivo, ligados ao sistema inquisitório e acusatório, respectivamente, mas sempre encontrando elementos de um em outro.

Acerca do sistema processual penal adotado pelo Brasil, havia uma divergência doutrinária entre ser o acusatório ou o misto. A maior parte da doutrina apontava o sistema processual penal brasileiro como acusatório, corroborando com o entendimento jurisprudencial.

O fundamento para a caracterização do sistema acusatório no Brasil é retirado da própria Constituição Federal da República de 1988. Em seu texto, é possível notar que, de forma implícita, há divisão entre os órgãos que acusam e que julgam.

Ademais, são garantias constitucionais, explícitas em seu art. 5º, o contraditório e a ampla defesa, sendo estas qualidades do sistema acusatório.

## SISTEMA ACUSATÓRIO E AS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS RECENTES

A Lei 13.964 de 24 janeiro de 2019, denominada “Pacote Anticrime” inseriu ao Código de Processo Penal, dentro outros dispositivos, o artigo 3º-A, cuja redação dispõe que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019).

Esse artigo veio para confirmar o que grande parte da doutrina já ensinava. Anteriormente ao Pacote anticrime, não havia nenhum dispositivo que indicava expressamente a estrutura do processo penal brasileiro.

Nota-se que o dispositivo supramencionado surge para assegurar que o juiz permaneça inerte aguardando a provocação das partes, sendo essa a essência do sistema acusatório.

Ressalta-se que, além do art. 3º-A, a Lei 13.964/2019 introduziu nos art. 3º-B a 3º-F o instituto do juiz das garantias. Esse instituto visa dar mais imparcialidade aos julgamentos, que é uma das características do sistema acusatório.

Em suma, no instituto do juiz das garantias, os processos criminais são conduzidos por dois juízes, sendo que um deles atua na fase de investigação e outro se encarrega do julgamento.

Embora conste o instituto no Código de Processo Penal, a implantação da medida está suspensa por tempo indeterminado, até que o plenário do Supremo Tribunal Federal analise o tema.

A aplicação da medida foi suspensa, pois, segundo o Ministro Luiz Fux, a figura do juiz das garantias não é apenas uma reforma, mas muda totalmente a estrutura judicial penal do país.

Ademais, os críticos do instituto, dizem que a atual forma do processo criminal deverá ser completamente modificada, demandando mais contratação de juízes, gerando um impacto orçamentário. Isso porque aplicar o instituto com o número de juízes que temos hoje criaria um grande acúmulo de processos aos magistrados. Além disso, inviabilizaria a elucidação de processos mais complexos, como os crimes contra o sistema financeiro.

Entretanto, muito provável que os pontos positivos e negativos da figura do juiz das garantias tenham sido amplamente analisados pelos deputados e senadores, visto que desde a propositura do projeto de lei até a sanção deste existe um longo caminho.

Se foi aprovado, é porque tem possibilidade de ser aplicado!

A figura do juiz das garantias poderia ter sido aplicada em Comarcas que houvesse mais de uma Vara Criminal. Não necessariamente haveria acúmulo de processos, visto que os casos poderiam ser distribuídos proporcionalmente aos magistrados. Quando um atuava na fase do inquérito policial, o outro julgava o caso, e vice versa. O fato é que o instituto foi suspenso antes mesmo de que houvesse sua aplicação.

Contraditório é o fato de que medidas punitivas do “Pacote Anticrime” foram aceitas de pronto, apesar de também trazerem uma série de ônus para os cofres públicos e para o custodiado.

Exemplo disso são dispositivos legais que endureceram as regras para a progressão de regime e a possibilidade de uma pessoa ficar presa por até 40 anos. Obviamente que são prejudiciais à ressocialização, vez que mais tempo encarcerado nas cadeias nacionais, na esmagadora maioria dos casos, é sinônimo de maior aflição e de extrema submissão à tratamentos desumanos e degradantes.

Não só isso. O número de agentes carcerários, médicos, enfermeiros, dentistas e assistentes sociais na cadeia é sabidamente aquém do necessário. Se mais pessoas serão submetidas ao

cárcere, e por mais tempo, necessária a urgente contratação de profissionais de segurança pública, agentes de saúde e assistentes sociais.

Apesar do exposto, muito provavelmente por se tratar de norma que piora a situação do preso, não houve uma mobilização pela suspensão desta regra, apesar de, assim como a figura do juiz de garantias, trazer a necessidade de contratação de funcionários públicos de forma imediata.

É necessário destacar que a figura do juiz das garantias fortalece o sistema processual penal acusatório, vez que deixa o juiz julgador totalmente alheio do que ocorre na fase administrativa do processo penal, não sendo contaminado por provas unilaterais acusatórias, nem sendo o responsável em, por exemplo, deferir ou indeferir uma interceptação telefônica, o que já traz uma contaminação óbvia do julgador, indo ao encontro de todas as mudanças trazidas na reforma processual brasileira.

### **3.1 ARTIGOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MODIFICADOS PELA LEI N° 13964/2019 QUE SE APROXIMAM DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Antes da Lei 13.964/19 o art. 311 do Código de Processo penal contava com a seguinte redação: “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” (BRASIL, 2011).

Conforme se verifica na redação antiga, dada pela lei 12.403/11, o juiz não poderia decretar a prisão preventiva de ofício na fase da investigação policial, sendo que, para decretar, precisaria da provocação das partes. Entretanto, durante o processo penal, o juiz poderia decretar a prisão preventiva de ofício, caso lhe parecesse viável, de forma fundamentada, sem o requerimento das partes.

Esse texto era criticado por alguns autores, justamente por contrariar a essência do sistema acusatório, visto que o juiz tomava uma posição muito característica do sistema processual penal inquisitório.

Nesse diapasão, criticava o autor Aury Lopes Junior (2016, p. 552):

Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e a própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova redação do art. 311 não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no “curso da ação penal”.

[...]

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando de ofício a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia. Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível

com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade.

Embora parte da doutrina tivesse esse posicionamento, os Tribunais não reconheciam a decretação da prisão preventiva pelo juiz, de ofício, como uma afronta ao sistema acusatório.

Conforme o texto da lei, a afronta ao sistema acusatório só era reconhecida caso o juiz decretasse, de ofício, a prisão preventiva no curso do inquérito policial. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, “CAPUT”, C/C. ART. 40, I, E ART. 35, “CAPUT”, TODOS DA LEI 11.343/06. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO NA FASE POLICIAL. ART. 311 CPP. ALTERAÇÃO PELA LEI N. 12.403/11. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO SOMENTE NO CURSO DA AÇÃO PENAL. ILEGALIDADE A PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Juízo da 2ª Vara Federal de Araçatuba/SP decretou de ofício a prisão preventiva do paciente em 09/10/2012, com fundamento no art. 311 do Código de Processo Penal. 2. Segundo alteração introduzida pela Lei n. 12.403/2011, a prisão preventiva somente pode ser decretada de ofício pelo magistrado no curso da ação penal, vedandose a decretação da prisão preventiva de ofício durante a fase de investigação policial. 3. Denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal somente em 27/12/2012 (fls. 40/47), a prisão cautelar decretada ex officio em 09/10/2012 não possui respaldo legal. 4. Ordem concedida. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Com a vigência do denominado “Pacote Anticrime” o artigo supramencionado passou a vigorar da seguinte forma: “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” (BRASIL, 2019).

A nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal excluiu totalmente a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício, inclusive na fase do processo penal.

Essa mudança retirou da legislação o que parte da doutrina já criticava, conforme mencionado acima. Além disso, deixou ainda mais evidente as características do sistema processual penal acusatório, corroborando com o art. 3º-A do Código de Processo Penal e passando a alinhar-se aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

A decretação da prisão por um juiz, sem nenhum tipo de provocação é totalmente incompatível com o sistema acusatório. É a privação da liberdade de um ser humano, pior sanção possível no direito penal pátrio, sem qualquer tipo de requerimento da acusação, por uma parte que deveria ser imparcial. Totalmente incabível.

Fez bem o legislador. Apesar de atrasado mais de 30 anos, vez que esse artigo não passa por um filtro de constitucionalidade material e a Constituição Federal do Brasil é de 1988, antes tarde do que nunca.

Contudo, de nada adiante a modificação legislativa se julgadores, dominados pelo papel de “justuceiro social”, passem a requerer ao órgão acusador que façam o pedido de prisão preventiva, para que então, após essa manobra, possam, indiretamente, decretarem uma prisão provisória.

Este tipo de atitude impulsionada por uma mentalidade inquisitória é mais inaceitável do que a antiga redação legal e, inacreditavelmente, há notícias, conhecidas publicamente, de que isso aconteceu em certa Vara Federal Criminal desta pátria amada.

Antenado com estas manobras punitivistas está Bizotto (2019, p. 23):

A função conservadora do Judiciário não é uma novidade de hoje, sendo uma constante histórica.

Contudo, atualmente a combinação de desorientação humana aparelhada com o ardor punitivista auxilia a transformar o Judiciário em um baluarte engajado com o conservadorismo ideológico, ultrapassando alguns limites outrora invioláveis.

A sociedade aclama juízes, promotores de justiça e delegados, como ovaciona heróis, pela simples adoção do ideário punitivista. Estes, muitas vezes imbuídos de fazer o bem, acreditam na missão de limpeza social, o que tem sido desastroso para a assecuração do Estado Democrático de Direito.

Destaca-se que, no mesmo sentido do art. 311, foi a alteração da redação §2º, do art. 282 do Código de Processo Penal.

Anteriormente ao “Pacote Anticrime”, o referido parágrafo trazia a seguinte redação: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (BRASIL, 2011).

Novamente é possível verificar a atuação do juiz sem o requerimento das partes. Da mesma maneira do artigo supramencionado, essa atuação de ofício pelo juiz também era muito criticada.

Com o advento da Lei 13.964/19, o §2º, do art. 282, passou a vigorar com a seguinte redação: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (BRASIL, 2019).

A expressão do “de ofício” foi retirada do dispositivo. Conforme já explanado, esse tipo de alteração faz com que o Código de Processo Penal Brasileiro se aproxime ainda mais das características do sistema processual penal acusatório, se desfazendo de características de um sistema inquisitório.

Assim, o juiz, que é equidistante das partes, se torna mais imparcial, visto que para agir precisa da provocação das partes, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

## CONCLUSÃO

Após a identificação das características que identificam os sistemas acusatório e inquisitório, não restam dúvidas de que o primeiro está eminentemente mais ligado aos princípios relacionados a um sistema de garantia de direitos fundamentais e de valorização de um devido processo penal.

A escolha por um processo penal pautado por um sistema acusatório é unicamente reflexo

de uma sociedade evoluída, civilizada e pautada pelo respeito aos direitos humanos, sobretudo dos acusados criminalmente.

Mudanças legislativas são de suma importância e apontam a maturidade da sociedade. Mas este amadurecimento social, livrando-se de um conservadorismo hipócrita e elitista, deve ser acompanhado pelo necessário amadurecimento dos atores do Poder Judiciário.

Não há sistema acusatório sem a presença de três atores. O primeiro deles é o julgador absolutamente imparcial, meramente observador das provas e livre de qualquer concepção sobre moral, bons costumes ou condutas esperadas de um “homem médio”.

O segundo ator é representado pelo advogado (constituído ou dativo) ou pela Defensoria Pública, exercendo uma defesa efetiva, ou seja, de qualidade e personalizada, evitando-se o uso excessivo dos conhecidos “modelos” e lutando sempre pela entrevista pessoal e reservada com o cliente/assistido.

A defesa, além da qualidade técnica na apresentação de peças processuais, também deve possuir tempo hábil de instruir o acusado em seus depoimentos, vez que a autodefesa é tão, ou até mais, importante que a defesa técnica.

O órgão acusador é o terceiro ator do sistema acusatório e cabe a ele, e somente a ele, o ônus de provar que o acusado cometeu um ilícito penal. Não é por fazer papel de acusação que o Ministério Público deve aceitar relativizações de garantias constitucionais.

O Promotor de Justiça, como o nome já diz, é um dos responsáveis pela promoção da justiça, e não há justiça sem devido processo legal e desrespeito às garantias processuais do acusado.

Até a data de hoje não há notícia de promotores, juízes, defensores ou advogados robôs. E aí que mora o problema. Tratam-se de seres humanos e seres humanos são famosos por serem preconceituosos, errarem constantemente em seus julgamentos e pela intolerância com as diferenças, gerando inclusive guerras mundiais entre a mesma espécie.

Então, o que necessariamente tem que mudar, e urgentemente, além das leis processuais penais, é a mentalidade dos atores participantes do processo penal.

O juiz não pode vestir capa de herói, o promotor de justiça não pode achar que é o justiceiro da sociedade e o defensor público e o advogado devem se dar conta da responsabilidade que seus trabalhos terão sobre a vida e a liberdade de outro ser humano.

Por mais difícil que seja, o julgador deve tentar se livrar de sua vivência pessoal como exemplo de certo ou errado. Deve apenas observar as provas e julgar com base unicamente nelas, e não na personalidade do réu, como visto rotineiramente em decisões judiciais que beiram o absurdo.

Deve ser muito bom ser estampado de “justiceiro da sociedade” e e exemplo de “homem de bem”, mas o promotor de justiça deve saber que não é este o seu papel. Limita-se a acusar com as provas colhidas durante a investigação policial e requerer ao juiz a pena adequada ao caso.

Nada de mídia em excesso, não é ator. Nada de requerer aplicação de penas absurdamente

longas e com dezenas de qualificadoras, não é carrasco. Nada de ser gestor da moral alheia, é tão somente acusador.

Por fim, ao advogado e ao defensor público cabe perceber seu cliente ou assistido como único, realizando atendimento personalizado e requerendo, sempre, todas as teses capazes de absolver o réu ou, ao menos, minorar sua pena.

A defesa muitas vezes aponta que cabe ao Ministério Público provar a culpa do réu. É verdade. Contudo, em um processo penal regido pelo sistema acusatório, a defesa deve não só atuar dentro do processo judicial. Em razão da importância das provas, única fonte de argumentos para a decisão do juiz imparcial, deve a defesa realizar a investigação defensiva, colhendo provas em momento pré-processual, como faz a polícia civil na investigação policial.

Assim, muito mais essencial do que as modificações legislativas é a mudança total de mentalidade dos atores do processo penal brasileiro. Juiz deve se despir do papel de auxiliar da acusação, esta, por sua vez, deve se limitar ao seu papel, evitando suprir a lacuna de um herói nacional, e, a defesa, deve se renovar, perceber que está na fase da investigação a grande disparidade de armas e lá começar a atuar.

Somente com essas modificações de mentalidade que poderemos afirmar que no Brasil há, verdadeiramente, um sistema acusatório de processo penal. A mudança da lei sem a necessária substituição de mentalidade conservadora e punitivista é mera modificação textual de redação legal, nada!

## REFERÊNCIAS

BARREIROS, José António. Processo Penal. Coimbra: Almedina, 2001.

BERMUDES, Carlos. 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/691851413/adecisao-de-pronuncia-e-o-in-dubio-prosocietate#:~:text=Resta%20evidente%20que%20n%C3%A3o%20existe,do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Penal>. Acesso em 11 jul. 2020.

BIZOTTO, Alexandre. Lições de Direito Processual Penal. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm). Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov>.

[br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.html](http://br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.html). Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região) Habeas Corpus nº 35973 SP. Relator: Des. Federal Cotrim Guimarães, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23537705/habeas-corpus-hc-35973-sp-00359737420124030000-trf3?ref=serp>. Acesso em 29 mar. 2020

CABRAL, Thiago. As raízes do autoritarismo no Código de Processo Penal de 1941. 2019. ISSN 2446-8150. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/autoritarismo-codigo-de-processo-penal-de1941/>. Acesso em 11 jul. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. . 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/03/29/o-dubiopro-societate-no-rito-especial-juri/>. Acesso em 11 jul. 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340 - 355, jan/fev. 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GOLÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

STF. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.067.397. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de março de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/>

[ARE1067392votoGMindubi oporeopronu769ncia.pdf](#). Acesso em 29 mar. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

VALENTE, Flávia: Juiz das garantias fica suspenso até decisão em plenário, decide Fux. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revogaliminar-juiz-garantias-aterferendo-plenario>. Acesso em 29 mar. 2020.



# 5

## O INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS E SUA POSITIVAÇÃO ATRAVÉS DA REFORMA DA LEI 13.964 DE 2019 ANTICRIME

**Cleiton Henning da Fonseca<sup>1</sup>**

**RESUMO:** A presente pesquisa busca debater as alterações trazidas pelo juiz das garantias, positivado na Lei 13.964 de 2019 (pacote anticrime) e a compatibilidade do processo penal pátrio com a Constituição, pois a sistemática vigente se perfaz em um processo de matriz inquisitorial. No primeiro tópico foram estabelecidas as premissas da relação entre a Constituição, os sistemas processuais penais e o sistema processual penal brasileiro, o qual possui uma baixa adequação a Constituição, pois é um sistema processual inquisitório ou neoinquisitório, ou seja, incompatível com os direitos fundamentais e a orientação constitucional acerca do processo penal. No segundo tópico, buscou-se demonstrar a relação do papel do juiz das garantias, na democratização do processo penal, com a observação de sua aplicação em sistemas processuais latino americanos, os quais já implantaram o juiz das garantias e possuem processos penais orientados pelo sistema acusatório, bem como, analisou a figura do juiz das garantias no Projeto de Lei do Senado n° 156 de 2009. Por fim, no terceiro tópico houve a análise do juiz das garantias positivado através da Lei n° 13.964 de 2019 e quais são os principais impactos no processo penal brasileiro.

---

<sup>1</sup> Advogado, graduado em Direito pela Unicuritiba e especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

**Palavras-chave:** Constituição; processo penal; juiz das garantias.

## **INTRODUÇÃO**

O processo penal sem dúvidas convive com problemas estruturais, a redação originária do Código de Processo Penal (CPP), Decreto-Lei nº 3.689 de 1941 é inspirado no Código de Rocco, antigo Código de Processo Penal italiano, no contexto de um regime fascista (EUGÊNIO PO, 2014, p.5)

A exposição de motivos da referida codificação é clara, o autor da proposta o Ministro Francisco C (1941) argumenta que a legislação processual penal da sua época era permissiva e assegurava aos réus, um extenso rol de garantias e favores, os quais impediam e tornavam defeituosa a repressão criminal.

Inclusive, em sua redação originária, o Código de Processo Penal previa que quando a denúncia era recebida havia a decretação automática da prisão preventiva, assim o acusado é tratado como potencialmente culpado, em clara ofensa a presunção de inocência (EUGÊNIO PO, 2014, p. 6-7).

Essa lógica autoritária ainda rege diversos dispositivos, como o artigo 156 do CPP e se perpetua na mentalidade de grande parte dos juristas, por exemplo, a possibilidade de o juiz gerenciar a produção da prova ofende frontalmente a lógica do sistema acusatório.

Todavia, após o longo processo de redemocratização houve promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual consagrou uma vasta gama de direitos fundamentais, os direitos civis e políticos positivados não servem apenas para balizar e ser fundamento de todo o ordenamento jurídico, mas servem prioritariamente para deslegitimar e limitar o arbítrio estatal. (LUIGI F, 2009, p. 37)

Portanto, verifica-se uma aparente incompatibilidade de um processo penal inquisitorial, logo surge a necessidade de adotar um processo penal acusatório à luz da Constituição Federal, para tanto foi formulado o projeto de reforma do Código Penal, o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, está tramitando no Congresso Nacional.

Enquanto a reforma global do código penal não é aprovada, a Lei 13.964 de 2019 (Pacote Anticrime) acarretou profundas modificações ao processo penal, entre elas o instituto do juiz das garantias, o qual será objeto da presente pesquisa, em que pese no presente momento o juiz das garantias estar suspenso, em razão da decisão liminar concedida pelo Ministro Fux, na medida cautelar da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.299, em tramite no Supremo Tribunal Federal (STF).

## **1. CONSTITUIÇÃO, SISTEMAS PROCESSUAIS E O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

O Brasil é signatário de diversos tratados de Direitos Humanos, possui uma Constituição

democrática, a qual se constituiu um Estado Democrático de Direitos, qual a função do processo penal nessa situação?

A resposta lógica é que o processo penal deve ser instrumento de efetivação das garantias constitucionais, nesse sentido, um processo penal somente é legítimo quando observa a instrumentalidade constitucional, em outras palavras, observa os preceitos e normas extraídos da Constituição Federal (AURY LJ, 2015, p. 30).

Igualmente, Geraldo P (2006 p. 16) assinala que

“o espaço comum democrático é construído pela afirmação do respeito a à dignidade humana e pela primazia do Direito como instrumento das políticas sociais, inclusive a política criminal.”

Tal postulado é reforçado pela lição de Luigi F (2009, p. 53), pois para tal jurista, não basta apenas a observância de uma legalidade formal, devido as conquistas civilizatórias dos direitos fundamentais é necessário a implantação de uma legalidade substancial.

Portanto, é imprescindível a existência de um devido processo penal substancial, o qual deve guardar conformidade com a Constitucional e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH), não sendo suficiente a adoção de um mero devido processo formal (AURY LJ, 2015, p. 33).

Por sua vez James G (2018, p. 67) afirma que os princípios da política criminal e a estrutura processual penal de uma nação são elementos capazes de auferir seu nível de autoritarismo. Logo, quanto mais democrático e em conformidade com os direitos fundamentais é o processo penal, mais democrática é aquela sociedade.

Atualmente, a maioria dos processos penais são considerados sistemas processuais mistos, em detrimento das noções clássicas e modelos históricos, como o sistema inquisitorial e acusatório, nem por isso é desnecessário estudar os sistemas processuais, pois são os princípios reitores do sistema que conferem unidade regem a sua lógica, a partir do elemento unificador (JACINTO NMC, 1998), de maneira a conseguir auferir o nível de respeito e adequação a Constituição.

Porquanto, o processo penal em um Estado Democrático de Direito não deve ser apenas um procedimento para realização de um castigo, ou seja, um instrumento para imposição da pena, mas um processo legítimo para evitar intervenções indevidas no estado de liberdade do indivíduo e a proteção de seus direitos fundamentais. (LUÍS GSL, 2017, p.223)

O sistema acusatório surgiu no direito grego, a persecução penal era gerida pelos particulares, o povo exercia a pretensão acusação e enquanto alguns cidadãos exerciam a função de juiz, a ação popular era exercida em face dos delitos mais graves, enquanto a ação privada para os menos graves. (AURY LJ, 2015, p. 137)

Posteriormente, durante a republica romana um representante da coletividade exercia a função de acusador, enquanto o juiz era um representante do Estado. (AURY LJ, 2015, p. 138)

Conseqüentemente devido às modificações sociais, o prejudicado deixava de ser o detentor

da acusação, com a transformação da ação popular, conforme se verifica no procedimento romano das *quaestiones perpetuae* e no Tribunal do Júri Inglês. (JAMES G, 2018, p. 67-68)

Alguns traços essenciais do sistema acusatório são a oralidade, separação da figura de acusação e juiz, publicidade e direito ao contraditório e defesa. (AURY LJ, 2020)

Decorrente da paulatina absorção do poder de punir pelo Estado, o sistema inquisitório se originou ao longo do século XII até o XIV, no qual os poderes de acusação dos particulares foram atribuídos ao Estado, assim como, o juiz começou a atuar de ofício em algumas situações de flagrante delito, deste modo houve uma concentração nas funções de acusar e julgar. (AURY LJ, 2015, p. 142)

Nesse modelo, o juiz é parte fundamental ele investiga, acusa e julga, apenas a fase de execução da pena está excluída. Um dos maiores exemplos desse sistema foi o Tribunal da Inquisição o Santo Ofício, no século XIII, no qual são adicionados diversos dogmas divino, como a verdade absoluta, a qual é revelada por Deus ao inquisidor, enquanto ao o acusado (herege) fica despido de qualquer defesa, ante a revelação e a inefabilidade divina na persecução criminal. (AURY LJ, 2015, p. 145).

Nesse sentido, o sistema inquisitorial possui como signo reitor, o princípio inquisitivo e sua principal característica é concentração de poderes no órgão jurisdicional, o qual detém a gestão da prova. Desta forma, o imputado é mero objeto para obtenção da verdade absoluta, o qual é meio para revelação e expiação do crime através da aplicação da pena (JACINTO NMC, 1998).

O objeto do inquérito era descobrir a verdade real sobre um crime, estabelecer um autor e aplicar uma sanção “*constituía, sozinho, e com pleno poder uma verdade com a qual investia o acusado*” (MICHEL F, 2014, p. 38).

Nesse sentido, pouco importava oferecer direito ao contraditório ou dar publicidade ao processo, porque a verdade era revelada por Deus, logo dotada de inefabilidade.

O Michel F (2014, p. 42-44, 102-103) analisa algumas mudanças na imposição da pena e no processo penal, os suplícios foram modificados, se inicialmente eram aplicados publicamente no corpo do apenado, com fim da expiação pública, os suplícios ainda eram utilizados para obtenção da verdade, no âmbito da persecução criminal inquisitorial, porque era um método de revelar o designo divino através do corpo do acusado, pois este é mero objeto na busca da verdade de sobre o crime, conseqüentemente a pena começou a ser escondida do público, com a transformação da prisão, assim, busca-se a punição sobre a alma do criminoso e não apenas sobre seu corpo.

Igualmente, após uma breve exposição sobre os sistemas processuais, verifica-se que o sistema processual brasileiro é inquisitório, pois a gestão da prova é regida pelo princípio inquisitivo (JACINTO NMC, 1998), conforme se denota de diversos dispositivos do Código de Processo Penal, em especial o disposto no artigo 156, I da referida Lei.

Tradicionalmente, a doutrina defende que o sistema brasileiro é misto, pois existe uma primeira fase inquisitorial e pré-processual (inquérito policial) e uma fase acusatória

(processual), outros defendem que sistema brasileiro é acusatório formal, o Binder afirma que essa nomenclatura é apenas um novo nome para o sistema inquisitivo dos dias atuais. (AURY LJ, 2015, p. 151)

Portanto, através dessa breve exposição se percebe a baixa adequação a Constituição e aos Direitos Humanos, razão pela qual é necessária uma reforma no processo penal, enquanto o processo de reforma se encontra em tramitação no Senado Federal, devemos analisar o instituto do juiz das garantias oriundo do pacote anticrime.

## **2. APONTAMENTOS ACERCA DO INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS NA AMÉRICA LATINA E NO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 156 DE 2009**

A maior parte da América Latina passou por reformas processuais penais, no final dos anos 90, devido à necessidade de adequar as novas constituições e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. (ANDRÉ MM, 2018)

Na busca de instituir sistemas processuais penais democráticos, os países latinos americanos buscaram inspiração no processo penal Português e precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos. (ANDRÉ MM, 2018) um dos passos mais importantes para derrocar o passado inquisitorial foi a substituição da figura do juiz de instrução, para o juiz de garantias.

O juiz de garantias consiste na adoção de uma cisão entre a fase préprocessual e processual propriamente dita, na qual é atribuído a um órgão jurisdicional a função de garantir os direitos fundamentais na fase de investigação, com a impossibilidade desse membro do judiciário exercer qualquer atividade na sequência da persecução criminal. (ANDRÉ MM, 2014, p. 198)

Luís GSL (2017, p. 233-234) afirma que o juiz das garantias deve superar vícios de uma atuação inquisidora, na sua visão ele deve observar a realidade e utilizar os espaços de garantia para impor um controle do controle penal e suas práticas de seleção e exclusão produzidas pela adoção de políticas criminais antidemocráticas, fundamentadas no discurso da supremacia da Segurança Nacional e no Estado de Exceção.

No âmbito da América Latina diversos países já possuem o juiz das garantias, entre eles o Chile, Paraguai e Colômbia, algumas províncias argentinas também adotaram a figura do juiz das garantias como a província de Córdoba e a capital Buenos Aires. (ANDRÉ MM, 2018)

Roberto AF e Marcelo AM (2007, p. 196) descrevem que o juiz das garantias no processo penal de Buenos Aires deve controlar as possíveis interferências desnecessárias, no âmbito da investigação preliminar, resolver conflito entre as partes, vigiar estritamente as garantias fundamentais e decidir sobre o mérito das acusações levadas ao júízo.

Christian BD (2010, p. 131 a 144) assevera que na reforma processual penal ocorrida no Paraguai o juiz de garantias foi um fator de aproximação ao modelo acusatório, assim a investigação ficou a cargo do Ministério Público, o qual conduz com o auxílio da polícia, o juiz se limita ao controle da legalidade da obtenção de evidências, a permissão de medidas cautelares pessoais ou patrimoniais, bem como, a decisão acerca de justa causa para ação penal

e arquivamento de investigações.

A reforma processual penal do Chile revogou o atrasado Código Processual Penal, nela destaca-se a criação de um sistema estruturado na valorização da oralidade e publicidade, no qual o Ministério Público é responsável pela investigação e persecução criminal, enquanto o controle da investigação preliminar e a intervenção nos direitos fundamentais são de competência do juiz das garantias (ANDRÉ MM, 2018)

No artigo 9 da Lei 19.696, o Código de Processo Penal chileno prevê que qualquer medida restritiva de garantias judiciais ou direitos consagrados na Constituição Política, em leis ou tratados internacionais ratificados pelo Chile somente será autorizado com previa decisão judicial. (CHILE, 2000)

Igualmente, o artigo 10 e 70 assegura que na hipótese de afetação substancial de direitos fundamentais do imputado, pela investigação criminal, o juiz das garantias ordenará suspensão e designará audiência para controlar a decidir sobre a possibilidade da intervenção. (CHILE, 2000)

Desta forma, verifica-se um grande avanço democrático, no qual se busca assegurar um processo penal constitucionalmente válido, a partir do modelo acusatório. Nesse sentido, a reforma processual penal colombiana, em 1991, já havia previsto o juiz de controle das garantias, o qual fiscalizava a atuação do Ministério Público para assegurar os direitos do investigado, durante a fase preliminar. (ANDRÉ MM, 2018)

Assim, em grande parte da América Latina foram tomadas medidas para adequar o processo penal, as novas constituições pós ditaduras e aos tratados de direitos humanos, o juiz das garantias foi um dos institutos jurídicos mais relevantes nas reformas processuais.

Porém, o Brasil não tomou medidas suficientes para modificar o seu sistema processual penal, de maneira a garantir sua plena conformidade a Constituição e os tratados de Direitos Humanos, as reformas pontuais como a Lei nº 12.403/2011 ignoraram grandes problemas, de um código autoritário e defasado, por consequência sobreveio o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156 de 2009, o qual buscou derrocar o Código de Processo Penal vigente e endossar um processo penal substancialmente democrático.

A exposição de motivos do PLS nº 156 de 2009 é clara ao afirmar que o juiz das garantias não era mero juiz de inquéritos, seu papel é de assegurar a tutela direta e imediata das inviolabilidades pessoais, previstas na Constituição e tratados de direitos humanos. (BRASIL, 2009)

Ainda, o referido documento aponta como objetivo do instituto a otimização da atuação jurisdicional e preservação da imparcialidade do juiz responsável pelo julgamento de mérito. (BRASIL, 2009).

A redação final do projeto de lei, manteve o juiz das garantias no capítulo II, artigos 14 a 17, restou estabelecido que:

**“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 nosso).

Dentre as diversas hipóteses presentes no rol exemplificativo do artigo 14, destaca-se a comunicação sobre os inquéritos policiais, a possibilidade de arquivá-los, receber o auto de prisão em flagrante e decidir sobre as medidas cautelares e as prisões provisórias, bem como, a decisão sobre investigações que afetem a intimidade do investigado.

O artigo 15 exclui da apreciação do juiz das garantias os crimes de menor potencial ofensivo, porque são regidos por procedimento específico previsto na Lei 9.099/95 e nela são previstos diversos dispositivos de solução alternativa do conflito, os buscam mitigar o cercamento da liberdade do indivíduo, como a reparação civil e suspensão condicional do processo.

Porém, a parte final do referido dispositivo merece críticas, pois encerra prematuramente a atuação do juiz das garantias, com a propositura da ação penal, quando deveria se estender até o recebimento ou rejeição da ação penal, porque a avaliação preliminar do magistrado ao receber a denúncia ou queixa, resulta em um exame de probabilidade da exordial acusatória, assim, perde-se a originalidade cognitiva para a fase de instrução e posterior julgamento (ANDRÉ MM, 2014, p. 204-205).

O artigo 15, §2º e §3º definem que as questões pendentes serão decididas pelo magistrado titular da ação penal e que os autos que compõem as matérias submetidas ao juiz das garantias serão apensadas nos autos da ação penal, dispositivos que podem ensejar em uma contaminação do juiz responsável pela instrução e julgamento, pois vão tomar conhecimento de teses acusatórias e peças informativas (inquérito policial), as quais não devem ter valor de prova, mas são amplamente cotejadas para legitimar condenações (ANDRÉ MM, 2014, p. 206)

Por sua vez, o artigo 16 proíbe o juiz que tenha atuado durante a fase de investigação participe do julgamento, caso contrário o instituto estaria completamente esvaziado.

Portanto, após a breve exposição acerca do instituto do juiz das garantias na América Latina e o Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, será possível debater sobre o juiz das garantias consignado na Lei 13.964 de 2019, no “pacote anticrime”.

### **3. O JUIZ DAS GARANTIAS NA LEI 13.964 ANTICRIME**

Sem sombra de dúvidas, a imparcialidade é corolário essencial para um processo penal democrático, a luz de um Estado Democrático de Direito, porém imparcialidade é diferente de neutralidade, a neutralidade e objetividade no processo penal são discursos para esconder posturas ideológicas. (JACINTO NMC, 1998)

A pretensão de neutralidade “esconde” várias faces de política criminal voltada a neutralizar determinado grupo de indivíduos, como ocorre na política de guerra as drogas contra pessoas pobres, marginalizadas (ORLANDO Z, 2011, p. 76).

O discurso da guerra as drogas foram alicerçadas na fusão dos horizontes punitivos dos

discursos da defesa social, de segurança nacional e de lei e ordem nesse sentido SALO C (2016, p. 89):

“A experiência de governos autoritários configurou nos países da América Latina modelos belicistas de gestão da segurança pública. Definidos, portanto, os estereótipos criminais (estética delitiva) signos de formação penal, bem como as metarregras de criação, interpretação aplicação e execução das leis penais, são identificados os inimigos a eliminar/neutralizar na guerra contra a criminalidade.”

Diante desse contexto e da vivência do magistrado, como ele ficaria neutro? Faria um julgamento puramente objetivo? Qual é possibilidade de ele permanecer alheio a criminologia midiática, pressões políticas, sociais e até mesmo familiares?

O juiz não é uma máquina, ele é um humano que possui experiências de determinado contexto social, pode permanecer isolado do mundo, isento de valores e emoções? (ANDRÉ MM, 2014, p. 57)

Logo, é nítido a impossibilidade do exercício de uma atividade jurisdicional neutra, cabe ao magistrado abandonar a máscara de neutralidade e exercer sua função de forma imparcial, utilizando-se de decisões racionalmente motivadas e se distanciando do interesse das partes, para obter um processo penal de cunho democrático. (ANDRÉ MM, 2014, p. 61)

Jacinto NMC (2001 p.47-48) vai além e afirma que para existir uma atuação democrática no processo penal, o juiz deve assumir suas ideologias, de maneira a permitir uma maior paridade entre as partes.

Inclusive dentre as possíveis ideologias que permeiam o magistrado, este deve buscar a ideologia compatível com os preceitos constitucionais, com uma postura garantista e contrária política criminais fundamentadas em ótica de neutralização dos indesejáveis. (LUÍS GSL, 2017, p. 241)

Luís Geraldo Sant’ Ana Lanfredi assevera que os direitos humanos são a única política que deve ser defendida no sistema criminal:

“Mientras tanto, si se preserva el panorama actual de la realidad brasileña, **el único programa de eficiencia defendible y que pueda ponerse em práctica tiene que ver con la efectividad de los derechos humanos** y, además, presuponiendo una actitud proactiva hacia ellos, éste es **el único sentido que puede llenar el papel y definir la dimensión política fuerte y auténtica de los jueces em el sistema penal.**” (LUÍS GSL, 2017, p. 242, grifo nosso)

A imparcialidade exige o afastamento do interesse das partes, o juiz não pode ter qualquer interesse privado ou pessoal (LUIGI F, 2014, p. 534-535), conseqüentemente, magistrados que atuem em intuito de combater a criminalidade estão ofendendo a imparcialidade, e demonstram um baixo grau de garantismo, pois estão distantes da submissão da estrita legalidade substancial e estrita submissão à jurisdição. (LUIGI F, 2014, p. 532)

Portanto, o instituto do juiz das garantias tem um papel fundamental na busca de um

processo penal democrático, pois possibilita assegurar um maior grau de imparcialidade, porque o juiz responsável pela instrução e julgamento da ação criminal não ficara contaminado por teses acusatórias e elementos informativos presentes no inquérito policial.

Enquanto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) reiterou em diversos julgamentos que o juiz que atua na fase investigatória não pode julgar o processo penal, sob pena de violação da imparcialidade, tal atitude tradicionalmente aceita no processo penal brasileiro. (AURY LJ, 2015, p. 157)

No caso *Piersack* contra Bélgica, no TEDH o tribunal decidiu que a imparcialidade pode ser vislumbrada pela ótica objetiva e subjetiva, assim, é necessário reforçar a estética de imparcialidade, afim de garantir confiança das partes e manter certo grau de originalidade cognitiva, desta forma o juiz não deve ser contaminado por peças informativas, as quais visam formar sua cognição em relação ao exercício da pretensão acusatória, ou seja, o juiz criminal deve formar sua convicção apenas pela prova colhida durante o contraditório, em juízo. (AURY LJ, 2020)

Considerando que a imparcialidade é uma postura de efetivo distanciamento dos interesses das partes, por parte do julgador (ANDRÉ MM, 2014, p.99) o juiz das garantias é um instrumento para possibilitar um maior grau de originalidade cognitiva e um menor grau de contaminação a partir dos elementos investigatórios (AURY LJ, 2020).

Consignado a relevância do instituto para um processo penal democrático e apresentado alguns elementos presentes nos ordenamentos latino americanos e no Projeto de Lei nº 156 de 2009, deve-se observar as suas características no Direito posto.

O juiz das garantias positivado pela Lei 13.964 de 2019 (pacote anticrime), alterou o Código de Processo Penal para incluir os artigos 3º-B ao 3º-F, a competência do juiz das garantias se inicia com a instauração de uma investigação criminal ou recebimento da comunicação da prisão em flagrante e termina com a decisão recebimento da denúncia e queixa, do artigo 399 do CPP.

Aury Lopes Jr. assevera que a atuação do juiz das garantias vai além da fase pré-processual, porque caso ele receba a denúncia ele ainda pode absolver sumariamente, inclusive irá marcar a audiência de instrução e julgamento. (AURY LJ, 2020)

Tal extensão nas suas atribuições ocorre, porque a sistemática atual do processo penal, salvo em procedimentos especiais, o juiz recebe a denúncia e cita o réu a apresentar resposta à acusação, a qual pode ensejar na absolvição sumária, prevista no artigo 397, do CPP.

O artigo 3º-B, do CPP dispõe “*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 [...]*” (BRASIL, 2019) e enumera diversas de suas atribuições, trata-se de rol exemplificativo.

O inciso VI, do referido dispositivo inovou ao prever a audiência pública e oral, para o exercício do contraditório nas hipóteses de prorrogação de prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como, nas hipóteses de substituição e revogação. Isto é uma tentativa de assegurar

o contraditório real e criar uma cultura de audiência oral, de maneira a fortalecer o sistema acusatório.

Segundo Aury LJ (2020), o inciso VII, do artigo 3º-B e o artigo 3º-A, do CPP, revoga-se tacitamente o dispositivo do artigo 156, I do CPP, porque não se admite mais a produção de provas de ofício pelo juiz, assim existindo necessidade e pertinência, o magistrado deverá designar audiência com representante do Ministério Público (MP) e o advogado ou defensor público do investigado para decidir sobre o requerimento de produção antecipado de provas.

Dentre as alterações positivadas pela adoção do juiz das garantias, a prorrogação do prazo de duração do inquérito de investigado preso, com sanção de tornar a prisão ilegal em caso de não conclusão é um grande avanço, pois se transcorrido mais de 15 dias após a decisão de prorrogação, impõe-se o relaxamento imediato da detenção, ante sua ilegalidade.

O juiz de garantias não atuara nas situações de crime de menor potencial ofensivo, consoante o art. 3º-C, do CPP, pois inexistente inquérito policial, apenas é elaborado um termo circunstanciado, bem como, não se pode privar a liberdade do noticiado, ante a impossibilidade da prisão temporária, preventiva ou mesmo a prisão em flagrante, assim como, as contravenções e crimes com pena máxima de até 2 anos, são regidas por procedimento próprio e com possibilidades de soluções consensuais e despenalizadoras.

Encerrado a competência do juiz das garantias, as questões pendentes são resolvidas pelo juiz da instrução, este também possui o dever de rever a necessidade de prisão preventiva e medidas cautelares, no prazo máximo de 10 dias, e posteriormente, a cada 90 dias, consoante os dispositivos no art. §1º e §2º do art. 3º-C e art. 316, parágrafo único, ambos do CPP.

A exclusão dos autos e das peças informativas de competência do juiz das garantias, prevista no §3º do art. 3º-C, do CPP é medida de necessária para não contaminar o julgador, embora os documentos das provas irrepetíveis ou as provas antecipadas sob crivo do contraditório serão encaminhadas, em apartado.

Logo, ao excluir os autos do inquérito policial do processo, impede-se a valoração dos atos de investigação e possibilita um contraditório mais efetivo, pois as provas são colhidas em audiência e em paridade de armas (AURY LJ, 2020).

O art. 3º-D, do CPP dispõe que o magistrado que atuar na fase de investigação, está impedido de atuar na fase de instrução e julgamento, embora o dispositivo não faça menção aos desembargadores e juízes substitutos, a melhor interpretação deveria ser que aqueles que julgarem atos da fase de investigação, também seriam impedidos de atuar no julgamento de recursos, assim uma alternativa seria a implantação de juizado de garantias, na estrutura dos tribunais, conforme assinalado por André MM (2014, p. 209).

Por fim, um aspecto muito importante na disciplina do juiz das garantias é previsto no art. 3º-F, porque ele deve assegurar os direitos fundamentais do investigado preso, pois apesar de ter sua liberdade temporariamente privada, ele possui diversos direitos previstos pela Constituição e tratados internacionais de Direitos Humanos, como direito à imagem, a honra e a dignidade da pessoa humana, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal. (SORAIA MR;

ANA MM, 2020)

Em síntese, o instituto do juiz das garantias vem para assegurar os direitos fundamentais do investigado e garantir maior grau de imparcialidade ao juiz da instrução e julgamento. Desta forma, a adoção de um sistema de dois juízes, um se ocupando da fase de investigação e outro da fase de instrução e julgamento, com a exclusão dos atos de investigação e impedimento do magistrado que atuou como juiz das garantias, no julgamento do processo penal, verifica-se uma mudança de paradigma no processo penal brasileiro, com uma alta adequação ao sistema acusatório e a Constituição Federal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Lei 13.964 de 2019 (pacote anticrime) modificou profundamente o Direito Penal, Processual Penal e Execução da Pena, embora possua diversos pontos polêmicos e de constitucionalidade discutível, instituiu o juiz das garantias, o qual é um avanço importantíssimo, para implementação de um processo penal adequado a Constituição Federal.

Embora o instituto tenha sido suspenso devido a concessão da Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's 6.298, 6.999, 6.300 e 6.305 pelo Ministro FUX sua constitucionalidade deve ser reconhecida e sua vigência restabelecida.

O juiz das garantias já era uma conquista civilizatória, em diversos sistemas processuais penais latino americanos, embora com vários anos de atraso foi consagrado, no ordenamento pátrio, inclusive com alcance maior do previsto no Projeto de Lei 156 de 2009, o qual busca inaugurar um novo Código de Processo Penal, porque as reformas pontuais embora positivas, não foram suficientes para produzir um processo penal acusatório e compatível com as normas constitucionais.

As principais características do juiz das garantias são: a) a proteção de direitos fundamentais do investigado, através do controle da legalidade dos atos de investigação e da concessão de medidas cautelares; b) a imparcialidade, porque através da atribuição de um magistrado para atuar durante a investigação e até a fase do art. 399 do CPP, o juiz responsável pela instrução e julgamento possui maior originalidade cognitiva, ante ausência de contato com atos de investigação e teses acusatórias preliminares, pois tais elementos não estão presentes nos autos do processo criminal.

Portanto, o juiz das garantias significa uma ruptura com o tradicional e defasado processo inquisitorial brasileiro, de maneira a possuir maior grau de compatibilidade com os preceitos constitucionais. Porém, consoante lição do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho não basta apenas uma mudança nas leis, deve-se mudar a mentalidade inquisitorial, de maneira a efetivar o referido instrumento e conseguir um processo penal democrático.

## REFERENCIAS

BRASIL. Comissão de Juristas Responsável Pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Senado Federal. Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=2966191&ts=1571775869399&disposition=inline>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal. Senado Federal. Parecer nº 1.636 de 2010: Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. 2010. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4575260&ts=1571775883184&disposition=inline>. Acesso em: 29 mar. 2020.

FRANCISCO C. Exposição de motivos do código de processo penal. 1941. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf). Acesso em: 02 mar. 2020.

SALO C. A política criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Congresso Nacional de Chile. Ley 19696: Código Procesal Penal. Disponível em: <http://bcn.cl/1uvvn>. Acesso em: 30 mar. 2000.

JACINTO NMC. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Curitiba, PR, Brasil, dez. 1998. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>. Acesso em: 04 mar. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v30i0.1892>.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no Processo Penal. In: JACINTO NMC (Coord.) Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CHRISTIAN BD. Reforma del Proceso Penal en Paraguay y el Juez de Garantías y sus funciones. In: JACINTO NMC; In: JACINTO NMC; LUÍS GGC (Org.). O novo Processo Penal à luz da Constituição. Análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 131 a 144

LUIGI F. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. Los fundamentos de los derechos fundamentales. 4. ed. Madri: Trotta, 2009. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale e Danilo Zolo; Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello.

MICHEL F. Vigiar e Punir: Nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

JAMES G, James. Problemas jurídicos e políticos do processo penal: conferências realizadas na universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

LUÍS GSL. Juez de garantías y sistema penal: (re)planteamientos sociocriminológicos críticos para la (re)significación del los roles del poder judicial en Brasil. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

AURY LJ. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1232 p. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ANDRÉ MM. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 23, n. 1, p. 71-88, abr. 2018. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036/7452>>. Acesso em: 05 mar. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23n1.p71-88>.

EUGÊNIO PO. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Revisada e atualizada.

GERALDO P. Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SORAIA MR; ANA MM. Pacote Anticrime: comentários críticos a lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ORLANDO Z. Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.





# ISOMORFISMO REFORMISTA E A FALÁCIA DA PARIDADE DE ARMAS: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES DA LEI N° 13.964/2019 E DA PARTICIPAÇÃO DA DEFESA EM 9.092 PROCESSOS DE EXECUÇÃO PENAL

Fernanda de Amo Moriggi<sup>1</sup>

Henrique Camargo Cardoso<sup>2</sup>

Paula Yurie Abiko<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente estudo possui como objetivo analisar o princípio da paridade de armas a partir dos resultados da pesquisa empírica realizada pela Defensoria Pública do Estado do Paraná, bem como evidenciar, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, os impactos de uma política de recrudescimento penal provocados em um sistema prisional brasileiro já esgotado, em especial com alterações promovidas pela Lei n° 13.964/2019. Dessa forma, foram expostos os resultados da análise empírica realizada com 9.092 processos de execução penal vinculados às Varas de Execução Penal de Curitiba, sendo possível evidenciar a falácia da paridade de

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela ABDCONST. E-mail: ferrmoriggi@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8733735330358459>.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Defensor Público da Defensoria Pública do Estado do Paraná no âmbito da Execução Penal. E-mail: henrique1098@gmail.com.

<sup>3</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano do Paraná (FAE). Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela ABDCONST. Membro do grupo de estudos em Filosofia do Direito da FAE Centro Universitário: O mal estar no Direito. Membro do Grupo de Pesquisa: Modernas Tendências do Sistema Criminal. Membro do grupo de pesquisas: Trial By Jury e Literatura Shakesperiana. Membro Associada do International Center for Criminal Studies. Colunista do Sala de Aula Criminal e Canal Ciências Criminais. Integrante da comissão de criminologia crítica do canal ciências criminais. Integrante da comissão de Direito & literatura do Canal ciências criminais. E-mail: paula\_abiko@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2536291667706242>.

armas, que atinge especialmente indivíduos em situação de vulnerabilidade social, uma vez que 2.360 dos processos analisados não haviam sequer intimação da Defensoria Pública. Portanto, considerando os resultados do presente estudo, demonstrou-se a necessidade de garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos privados de liberdade, no qual em demasiados casos lhes são negados os direitos relacionados a ampla defesa, em completa dissonância com o que preceitua o texto constitucional.

**Palavras-chave:** Execução penal; Paridade de armas; Defesa.

## INTRODUÇÃO

Ao apagar das luzes do ano de 2019, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal aprovaram a Lei nº 13.964/2019, popularmente denominado de “pacote anticrime”. Nesta lei, inúmeras alterações foram realizadas no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal, Lei dos crimes hediondos, bem como em legislações especiais penais.

Primordialmente no âmbito da Execução Penal as mudanças foram severas. Destacam-se: o aumento no *quantum* de pena a ser cumprida para se operar a progressão de regime; a inclusão de diversos crimes no rol dos crimes hediondos; e a vedação ao livramento condicional em casos de delitos equiparados a hediondo com resultado morte, tanto para indivíduos primários quanto reincidentes.

Assim, a presente pesquisa possui como intuito a análise das principais alterações na esfera da Execução Penal, demonstrando como a referida lei irá contribuir para o exponencial aumento da população prisional, pois não reflete os problemas dos indivíduos privados de liberdade em sua totalidade. Vale dizer, uma população carcerária que atualmente já sofre a violação reiterada de seus direitos, em especial o de paridade de armas que, nesse estudo, resta evidenciado através de pesquisa empírica efetuada pela Defensoria Pública do Estado do Paraná em 9.092 processos de Execução Penal, disposta no capítulo 6.

O assunto é relevante, pois, conforme os dados do CNJ e INFOPEN, o país ultrapassou 800 mil presos, em sua maioria jovens, negros (mais de 50%), de baixa escolaridade e baixa renda, o que corrobora com a seletividade do sistema prisional, fartamente enunciada pela criminologia contemporânea.

Como ressalta Davis A (2018), é necessário pensar em uma sociedade na qual o cárcere não seja a primeira opção, não seja naturalizada como um elemento essencial à sociedade, pois os danos ocasionados a esses indivíduos são irreparáveis e contrários ao discurso produzido para elaborar a respectiva lei e não diminuirá a violência e os índices de criminalidade.

## OBJETIVOS

O objetivo da pesquisa é demonstrar a ausência de paridade de armas no âmbito da

execução penal, ressaltando a importância de uma postura ativa da defesa nos casos concretos com o intuito de efetivar os direitos e garantias fundamentais da população carcerária. Assim, por meio de análise empírica realizada em 9.092 processos de execução penal, evidenciou-se a ausência de paridade de armas, contraditório e ampla defesa e tutela dos direitos e garantias individuais em demasiados casos concretos de pessoas presas e em situação de vulnerabilidade social.

Ainda, com a evidente preocupação do cenário descrito, buscou-se demonstrar como as alterações provocadas pela Lei nº 13.964/2019 no âmbito da Lei de Execução Penal irão contribuir para o exponencial aumento da população prisional - que atualmente sofre, e de forma reiterada, violações de direitos garantidos constitucionalmente.

## **METODOLOGIA**

A metodologia utilizada para a presente pesquisa será o Método Indutivo<sup>4</sup> como critério metodológico para a elaboração da pesquisa na sua fase inicial e para compor a base lógica da pesquisa e dos resultados apresentados. No que tange a fase de tratamento dos dados, será utilizado o Método Cartesiano<sup>5</sup>. As técnicas para a pesquisa serão compostas pela pesquisa bibliográfica<sup>6</sup> e documental. Com o objetivo de tornar claro o acordo semântico entre os autores dessa pesquisa e seus leitores, utilizar-se-á a categoria<sup>7</sup> e o Conceito Operacional<sup>8</sup> ao desenvolvimento da pesquisa proposta.

### **1. DISCUSSÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.964/2019: O RECRUDESCIMENTO DO PODER PUNITIVO ESTATAL**

Isomorfismo reformista é um termo utilizado por Michel Foucault na obra *Vigiar e Punir*<sup>9</sup>,

<sup>4</sup> “[...] base lógica da dinâmica de Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. PASOLD, CL. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 213.

<sup>5</sup> “[...] base lógico-comportamental proposta por Descartes, [...], e que pode ser sintetizada em quatro regras: 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar”. PASOLD, CL. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. p. 212.

<sup>6</sup> “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. p. 215.

<sup>7</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. p. 205.

<sup>8</sup> “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos da ideia exposta”. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. p. 205.

<sup>9</sup> Ressalta Foucault na obra *Vigiar e Punir*: “As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: podem ser aumentadas, multiplicadas ou transformadas, mas a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável ou, ainda pior, aumenta”, ou ainda ressalta (FOUCAULT, 2013, p. 195): “A prisão fábrica também delinquentes ao impor constrangimentos violentos aos reclusos; destina-se a aplicar as leis e a ensinar o respeito por estas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola segundo o modo do abuso de poder. Arbitrariedade da administração: O sentimento de injustiça que um prisioneiro sofre é uma das causas que mais lhe podem tornar indomável o caráter. Quando se vê assim vítima de sofrimentos que a lei não ordenou nem previu, entra num estado habitual de ira contra tudo aquilo que o rodeia; em todos os agentes de autoridade, só vê carrascos, já não acredita ter sido culpado

demonstrando como significativa parcela das reformas realizadas no âmbito penal não reflete na redução da violência estrutural do sistema, bem como não possibilitam uma mudança efetiva. São reformas realizadas que basicamente não alteram nada no status quo e na perpetuação da violência.

Nesse sentido, aduz Chaves Jr A (2018):

“é de se destacar, por isso, o repetido fracasso do projeto legal punitivo, frustrado reiteradamente no controle social e consequente redução da violência subjetiva, esforça-se para traçar esquemas justificadores de sua expansão, muito embora a percepção que se extrai numa análise mais cuidadosa culmina por encontrar o exato oposto daquilo que se pretende mostrar (proliferação de violências)”.

As alterações realizadas na Lei nº 13.964/2019 contribuirão para o aumento exponencial da população prisional, pois no âmbito da Lei de Execução Penal recrudesceram a forma de cumprir a pena privativa de liberdade. Anteriormente, os indivíduos privados de liberdade poderiam progredir de regime ao cumprir 1/6 da pena, nos casos de práticas de delitos comuns, 2/5 para delitos equiparados a hediondo quando primários, e 3/5 da pena para delitos hediondos ou equiparados a hediondo se reincidentes.

Ainda, importante salientar a ausência de promulgação de decretos presidenciais de comutação e indulto no âmbito da execução penal após 2017, impossibilitando aos apenados a concessão desses direitos em ações penais transitadas em julgado em data posterior a 2017.

A comutação de penas nas ações penais transitadas em julgado dos indivíduos privados de liberdade possui como objetivo reduzir uma porcentagem da pena cominada para aqueles que não praticaram qualquer falta grave nos últimos doze meses anteriores à data do Decreto e, portanto, cumpriram os requisitos objetivos e subjetivos previstos nos Decretos.

Para a concessão da comutação de penas, será necessário atingir concomitante o requisito objetivo (sendo de 1/3 em cada ação penal de indivíduos reincidentes), e de 1/4 da pena para indivíduos primários, não sendo possível a comutação ou indulto de penas em indivíduos que respondam a delitos equiparados a hediondos, nos termos do que dispõe o artigo 1º, da Lei 8.072/1990.

O indulto conforme ressalta ROIG RDE (2018) é causa de extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso II do Código Penal. Importante salientar, ainda, que nem todos os sentenciados poderão ter as penas indultadas, como por exemplo, indivíduos que cometeram delitos equiparados a hediondo, nos termos da Lei nº 8072/ 1990.

Ocorre que, as mudanças ocasionadas pela Lei nº 13.964/2019 indicam aumento da porcentagem de pena a cumprir para se atingir o requisito objetivo para o regime mais brando:

---

acusa a própria justiça”, FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir, nascimento da prisão, Tradução: Pedro Elói Duarte, Edições 70, Almedina S.A, Lisboa, Portugal, 2013, p. 194 e p. 195. Ainda, nesse sentido, ressalta Juarez Cirino dos Santos: “ A história da prisão, local de cumprimento de penas privativas de liberdade (troca jurídica do crime) e de execução do projeto técnico corretivo de indivíduos condenados (produção de sujeitos dóceis e úteis) é a história de 200 anos de fracasso, reforma, novo fracasso e assim por diante, com a reproposição reiterada do mesmo projeto fracassado — segundo o célebre *isomorfismo reformista* de FOUCAULT”. Disponível em: [http://icpc.org.br/wpcontent/uploads/2012/03/30anos\\_vigiar\\_punir.pdf](http://icpc.org.br/wpcontent/uploads/2012/03/30anos_vigiar_punir.pdf).

16% da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência ou grave ameaça;
20% da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
25% da pena se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
30% da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
40% da pena, se o apenado for condenado pela prática de delito hediondo ou equiparado a hediondo, quando primário;
50% da pena se o apenado for, condenado pela prática de delito hediondo, com resultado morte, se for primário, sendo vedado com base na respectiva lei o livramento condicional;
50% da pena também para apenados que exerceram comando individual ou coletivo de organização criminosa para a prática de delitos equiparados a hediondo, ou que foram condenados pela prática e constituição de milícia privada;
60% da pena se o apenado for reincidente em delitos equiparados a hediondos;
E 70% da pena, se os apenados forem reincidentes em delitos equiparados a hediondo com resultado morte, aqui sendo vedado também a concessão do livramento condicional.

As reformas ocasionadas na Lei nº 8.072/1990 Lei de Crimes Hediondos, também foram muito significativas, pois incluíram tipos de delitos patrimoniais no rol de delitos hediondos. Conforme os dados do INFOPEN (2019), aproximadamente 50% dos indivíduos privados de liberdade no país, correspondem a delitos patrimoniais e tráfico de drogas, o que acarretará posteriormente um aumento da população prisional em sua totalidade.

Com base nas alterações realizadas, roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (artigo 157, §2º - A e B, do Código Penal), agora são classificados como delitos hediondos, nos termos do artigo 1º, II,

b, da Lei nº 8.072/1990. Trata-se de delito patrimonial bastante comum nas varas criminais brasileiras, o que gerará reflexos significativos no incremento da pena em regime mais severo e, conseqüentemente, na população carcerária.

O roubo qualificado com lesão corporal grave a vítima também passou a ser considerado hediondo (artigo 157, §3º do Código Penal), nos termos do artigo 1º, III da Lei nº 8.072/1990, sendo que antes apenas com o resultado morte (latrocínio) era considerado hediondo.

Ainda, foi classificado como hediondo o furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (artigo 155, §4º-A do Código Penal), nos termos do artigo 1º, IX, da Lei nº 8.072/1990, focando claramente nos furtos a instituições historicamente abastadas: os caixas eletrônicos das instituições financeiras.

Por fim, foi considerado hediondo o delito de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado a hediondo, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, V, da Lei nº 8.072/1990. Nesse caso, o destino aparente são denominadas “milícias”, como organizações paraestatais que praticam crimes; e nas organizações que se originaram no sistema prisional, como o Primeiro Comando da Capital e Comando Vermelho. Em ambos os casos, tratam-se de crimes de grande cobertura midiática, o que comprova que o direito penal serve como resposta aos clamores populares, independente da técnica ou racionalidade da medida.

No tocante ao tempo de cumprimento máximo da pena, antes de 30 anos, agora com a Lei nº 13.964/2019 o marco subiu aos 40 anos.

É importante destacar que referidas alterações, por não serem mais benéficas aos indivíduos privados de liberdade, não retroagem, possuindo efeitos apenas para fatos praticados após a vigência da citada lei.

O pacote “anticrime” fora elaborado e promulgado no final de 2019, sem um debate efetivo com a academia, profissionais especialistas da área do direito penal, processual penal e execução penal, seguindo os anseios populistas para recrudescimento das leis penais. Não refletiu sobre o impacto das referidas alterações no âmbito penal e, principalmente, carcerário, que certamente terá de absorver maior contingente populacional.

Não podemos desprezar, ainda que de passagem, que mencionada política reflete em bandeira ideológica trazida no bojo da atual administração do Poder Executivo Federal, que articulou com o Congresso Nacional a aprovação desta lei através de movimentações capitaneadas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Não podemos desprezar, ainda que de passagem, que mencionada política reflete em bandeira ideológica trazida no bojo da atual administração do Poder Executivo Federal, que articulou com o Congresso Nacional a aprovação desta lei através de movimentações capitaneadas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Nesse sentido, vale ressaltar o entendimento de Conde FM (2009):

*“Una vez más el recurso al Derecho penal, demuestra hasta que punto muchos políticos están más decididos a utilizar la vía repressiva punitiva, como única forma de luchar contra estos problemas, antes que adoptar medidas sociales o económicas*

para prevení-los, e se não eliminá-los por completo, reduzi-los”.

A influência da economia na execução penal reforça a “gestão dos indesejáveis” na economia neoliberal, nos termos do que aduz o Magistrado Casara R (2017) na obra Estado Pós Democrático de Direito. Nesse sentido, preceitua Zaffaroni (2006):

“La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona. Sólo es considerado bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas, y esta es la primera incompatibilidad que presenta la aceptación del hostis en el derecho con el principio del estado de derecho”.

Conforme os dados do INFOPEN (2019), a reincidência da população prisional brasileira gira em torno de 70%, o que demonstra a ineficácia do sistema como política de segurança pública adequada e racional. Isso, pois, não há a reflexão sobre os problemas que estruturam o sistema criminológico.

Referidas medidas exclusivamente punitivistas não são acompanhadas de políticas sociais relacionadas ao acesso, progressivamente objetivando a universalidade, à educação, saúde, lazer e demais direitos sociais que lastreiam o desenvolvimento igualitários dos indivíduos em sociedade.

Ressalta Chaves Jr A (2018):

“A história penal mostra, porém, que a prisão nunca soube cumprir a sua missão de aperfeiçoamento pessoal ou recuperação da pessoa a ele submetida, o que pode ser atestado pelos altos índices de reincidência.”

E, como cita Davis A (2018): “é como se a prisão fosse um fato inevitável da vida, como o nascimento e a morte”. A prisão, em suma, é vista como uma morte social. Contudo, o Estado em seu estágio de racionalização ocorrida após o período moderno, não deve admitir este destino de modo passivo: os fatos geradores do aumento exponencial do encarceramento cumulados com o aumento concomitante dos índices de violência devem ser racionalizados.

Os dados do Banco de Monitoramento de Dados do Conselho Nacional de Justiça indicam que o Brasil ultrapassou 800 mil presos, isso sem contabilizar os indivíduos que cumprem penas em prisão domiciliar ou no regime aberto, demonstrando a relevância de debate sobre o tema.

Ainda, os dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão do CNJ, indicam que os indivíduos privados de liberdade atualmente são, em grande maioria, jovens, negros, de baixa escolaridade, de baixo poder aquisitivo e homens.

Em um recorte de gênero, pode-se afirmar que, embora ainda representem a minoria do sistema prisional, observa-se um aumento de 567% no encarceramento feminino nos últimos

10 anos, sendo que mais de 80% do encarceramento feminino ocorre por condenação no crime de tráfico de drogas.

Ressalta Horst JO (2018), nesse sentido, que:

“analisando os dados trazidos pelo INFOPEN divulgado no mês de junho de 2015, entre os anos de 2000 e 2014, o número de pessoas presa cresceu 375%, porém, a população carcerária feminina aumentou 567% (total de 37.380 mil presas), enquanto a masculina cresceu 220% no mesmo período.”

Preocupante, ainda, é a ausência de um parâmetro quantitativo de drogas para distinção entre usuárias e traficantes por parte do sistema de justiça ao condenar essas mulheres. Na obra “Diário de uma intervenção”, sobre o cotidiano de mulheres no cárcere, em pesquisa empírica realizada e coordenada pela Professora Doutora Priscilla Placha Sá, algo que chamou atenção foi exatamente a questão quantitativa de drogas e seu reflexo na posterior da aplicação da pena.

Uma das presas em visita aduziu, conforme Plachá Sá P (2018): “*Doutora, a fulana do terceiro dormitório caiu com 1 quilo e pegou cinco anos e eu tava com 100 gramas e peguei sete!*”.

Na temática de gênero e cárcere, é fundamental refletir sobre os motivos reais de aumento da população prisional feminina: de acordo com essa mesma pesquisa, concluiu-se que é possível se afirmar que o tráfico possibilita que mulheres permaneçam com as suas funções sociais historicamente forjadas, como cuidar da casa e dos filhos, o que está diretamente relacionado ao desenvolvimento dessa conduta delitiva.

Nesse contexto, evidenciam as autoras Moreira ACA e Gomes TCS (2018):

“... o envolvimento dessas mulheres com o tráfico, no entanto, não as liberta das amarras da construção social do gênero, pois mesmo na economia ilícita é perceptível que suas motivações para a prática de crimes e a sua atuação no interior das organizações acabam por ser reflexo dos padrões da divisão sexual do trabalho, além de reproduzi-la.”

A publicação da Lei nº 13.964/2019 não observa os problemas estruturais do sistema prisional, como seu significativo crescimento recente. A política criminal baseada exclusivamente em recrudescer o poder punitivo não ataca os problemas relacionados a origem de condutas criminosas que refletem nos índices negativos relacionados à segurança pública. Como não ataca, está fadado a mera perpetuação desse sistema violento e excludente.

## **2. O IMPACTO NO SISTEMA PRISIONAL: AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA EM UM SISTEMA ESGOTADO**

O sistema carcerário brasileiro apresenta problemas estruturais: superlotações e ausência de condições materiais mínimas para o encarceramento que preserva formalmente a dignidade humana.

Por consequência, é possível registrar inúmeras rebeliões, ressaltando Cardoso HC (2019):

“No paraná, em 2014, ocorreram mais de vinte pequenos amotinamentos, geralmente localizados em uma única cela.

No mesmo ano, na Penitenciária Estadual de Cascavel ocorreu uma rebelião maior, com cinco mortes e destruio da unidade.

Em 2015 houve uma rebelião na Penitenciária Estadual de Londrina II e uma grande rebelião no Complexo de Curado, no Recife.

Na virada de 2016 para 2017 houve uma sequência de grandes rebeliões geradas possivelmente por confrontos entre Comando Vermelho e Primeiro Comando da Capital. Iniciando-se no Amazonas, estendendo-se por Roraima e Rio Grande do Norte, houve mais de uma centena de mortes.

Em 2018 houve uma grande rebelião no Pará, com 21 mortos, além de amotinamentos na Penitenciária de Taubaté e no Complexo de Bangu e, no Paraná, na Penitenciária Estadual de Maringá e na Casa de Custódia de Curitiba.

Assim, não há risco em afirmar que nos próximos anos veremos mais situaes de descontrole estatal como essas. Não se alterando as condies estruturais, mantm-se os elementos que são o motor das rebeliões. De todo modo, entendo que as condies não apenas se manterão, como se agravarão, adicionando-se combustível a esse ciclo.”

Analisando as últimas décadas,  notável o aumento da populao carcerária: passou de aproximadamente 90 mil, no início dos anos 90, para 800 mil pessoas, conforme divulgao recente do banco de monitoramento de dados do CNJ, e, em contrapartida, não houveram políticas estatais desenvolvidas para conter esse crescimento, como investimentos em educao, saúde, gerao de empregos e renda.

A limitao orçamentária do Estado não permite que o investimento social ou estrutural no sistema prisional acompanhe o crescimento da populao carcerária.

A maioria dos presídios no país não possuem condies mínimas para que os indivíduos cumpram as penas com dignidade e, em decorrência disso, a reincidência alcança índices aproximados a 70%, conforme os dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão do CNJ.

Nesse sentido, ressaltam Carvalho TF et al (2019):

“a partir da constatao dessas características inerentes aos sistemas penais, observa-se a deliberada discrepância entre a atuao do poder punitivo e as funes que lhes são atribuídas pelo discurso oficial. E  precisamente o descrédito do discurso jurídico penal que define a crise de legitimidade do sistema penal, em especial a sua absoluta incapacidade de oferecer respostas satisfatórias aos anseios das vítimas concretas e sua atuao como mecanismo brutal e violento de criminalizao da pobreza e de reproduo das violências estruturais da sociedade.”

Conforme apresentamos, a Lei n 13.964/2019 representa importante diploma que capitula uma série de medidas que aumentarão o poder punitivo do Estado e, conseqüentemente, representar o aumento da populao prisional que já se encontra em um sistema exaurido, indigno e reprodutor da violência.

O efeito, assim, será o contrário do esperado pela opinião pública: representar paradoxalmente em piora dos índices de segurança pública. O que se denomina de “anticrime”,

fomentará o crime pela perpetuação do sistema punitivo baseado na privação de liberdade desumana, fomentadora de desigualdade e força motriz à reincidência.

### **3. RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DA DEFESA EM 9.092 PROCESSOS**

Conforme descrito, verifica-se o recrudescimento da legislação penal, processual penal e de execução da pena implementada pela Lei nº 13.964/2019. Referido recrudescimento fará com que a “porta de saída” do sistema prisional reduza e, se mantiver o volume de entrada, inevitavelmente haverá um acréscimo ainda mais vigoroso da população carcerária.

Neste ponto, verificamos o que ocorre no curso do processo de execução penal, ou seja, entre a *entrada* e a *saída* do sistema prisional em relação aos presos condenados nos processos criminais.

Avolumando-se a população carcerária, foi necessário verificar se, no curso do cumprimento da pena, ou seja, no bojo do processo de execução penal, há efetiva participação da defesa, a paridade de armas e a observância do processo acusatório.

Nesta perspectiva, se realizou entre os dias 25.09.2019 e 23.01.2020 a análise de 9.092 processos das três varas de execuções penais de Curitiba. Nessas varas estão presos dos regimes fechado e semiaberto masculinos e fechado, semiaberto, aberto e livramento condicional femininos.

O objetivo desta atividade foi realizar a prospecção de direitos não concedidos aos condenados que cumprem pena em Curitiba e Região Metropolitana, estando isso no âmbito das atribuições da Defensoria Pública do Estado do Paraná.

Assim, verificou-se, inicialmente, que a Defensoria Pública estava habilitada para patrocínio da defesa de 9.092 processos executórios - o que correspondia a 71% dos 12.889 processos até então identificados nessas três varas judiciais.

Não foram analisados os processos com advogado constituído, ou seja, os 29% dos processos dessas varas (ou 3.797 processos) foram, ab initio, excluídos da atividade.

Dessa forma, nos 9.092 processos examinados, os quais a Defensoria Pública do Estado atua, foram identificados 26% dos processos (ou 2.360 processos) sem nenhuma intimação à defesa até o momento da análise, não havendo qualquer participação defensiva provocada pelo Poder Judiciário.

É certo que parte desses processos, ainda que minoritária, estavam sem tramitação há tempos em virtude de fuga ou aguardando cumprimento inicial do mandado de prisão. Não haveria, portanto, movimentos recentes. Referido fato não justificaria a ausência completa de tramitação processual e tampouco de intimação da defesa, considerando que a dinâmica da execução penal não se restringe a apenados no curso do cumprimento da pena: há direitos como indulto, comutação, aplicação de lei nova mais benéfica e prescrição que podem ser concedidos ainda que o apenado esteja foragido.

Ainda, foi verificado enorme quantidade desses processos em que o apenado já havia falecido, sem que isso fosse declarado nos autos como causa de extinção da punibilidade com o posterior arquivamento.

Também, se constatou que 17,3% dos processos (ou 1.572 processos) apresentavam intimações a defesa com lapso superior a 1 ano do início da atividade (anteriores a 25.09.2018), o que consideramos como situações indesejadas, ainda que de menor gravidade.

Passou-se, então, a se analisar individualmente, processo por processo, quais direitos poderiam ser pleiteados pela defesa e que, até então, não havia sido feito por ausência de intimação regular defensiva.

Essa atividade foi segmentada em duas partes: iniciou-se analisando todos os processos sem intimação da defesa. Foram realizados pedidos, conforme o quadro a seguir:

	1 VEP	2 VEP	3 VEP	Total de pedidos
Óbitos	5	160	0	165
Prescrições MP/J	8	102	10	120
Prescrições	95	455	0	550
Comutações	34	32	0	66
Indulto	24	21	2	47
<i>Novatio legis</i>	24	13	0	37
Manifestações	22	55	5	82
<b>Total por vara</b>	<b>212</b>	<b>838</b>	<b>17</b>	<b>1067</b>

Nessa fase, portanto, foram formulados 1.067 pedidos defensivos em processos que a defesa nunca havia participado por ausência de intimação.

Seguiu-se a atividade aos processos em que a Defensoria Pública havia sido intimada há mais de 1 anos (intimações anteriores a 25.09.2018). Nessa etapa da atividade, realizaram-se pedidos nos termos do quadro a seguir:

	1 VEP	2 VEP	3 VEP	Total de pedidos
Óbitos	0	18	1	19
Prescrições MP/J	0	1	3	4
Prescrições	11	14	6	31
Comutações	37	35	13	85
Indulto	4	12	4	20
Novatio legis	18	16	3	37
Manifestações	19	43	0	60
<b>Total por vara</b>	<b>89</b>	<b>120</b>	<b>24</b>	<b>233</b>

Assim, foram realizados mais 233 pedidos em favor dos apenados.

Ao todo, a atividade gerou 1.300 pedidos defensivos no universo de 9.092 processos em que a Defensoria Pública atua. Isso significa que 14,2% dos presos estavam à deriva, com aparentes direitos identificados e que não haviam sido pleiteados (e deferidos) por ausência de convite a que a defesa compusesse a relação jurídico-processual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, por meio da metodologia utilizada e pesquisa empírica realizada em 9.092 processos na esfera da Execução Penal, buscou demonstrar os problemas decorrentes da ineficácia do princípio de paridade de armas e a preocupação com o recrudescimento da legislação Penal e Processual Penal através da Lei nº 13.964/2019, promulgada no denominado pacote “anticrime”, em um país que possui a terceira maior população carcerária do mundo, conforme os últimos dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça.

De um lado, tem-se o evidente recrudescimento da lei diante das alterações promovidas pelo pacote “anticrime”, Elevar o *quantum* da pena para a progressão de regime, estender a natureza hedionda a outros tipos penais e vedar o livramento condicional em outros delitos, ainda que em hipótese reduzida, não refletem a diminuição da violência estrutural do sistema penitenciário, mas sim o aumento do poder punitivo estatal e que se dá forma indubitavelmente mais severa.

Não se observa, portanto, um ataque aos problemas originários das condutas delitivas, mas sim um isomorfismo reformista, que perpetua um sistema estruturalmente seletivo, violento e fomentador de desigualdade.

Com base na pesquisa empírica realizada na esfera da Execução Penal nos processos da Defensoria Pública do Estado do Paraná, ressaltou-se a verdadeira falácia na paridade de

armas quando se tratam de indivíduos hipossuficientes e em situação de vulnerabilidade social, demonstrando, assim, os problemas decorrentes de promulgação da nova lei em um sistema prisional esgotado, evidenciado pela seletividade penal e de encarceramento em massa, em demasia de jovens negros, de baixa escolaridade e baixo poder aquisitivo, presos por tráfico de drogas e crimes patrimoniais.

Vale lembrar, dos 9.092 processos habilitados pelo núcleo de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado do Paraná, 2.360 não possuíam sequer intimação da defesa. O exame individual dos processos executórios resultou, ainda, em mais de 1.300 pedidos jurídicos de pessoas que estavam à deriva da própria sorte.

Desse modo, é importante ressaltar a luta pela implementação efetiva de um processo acusatório, baseado nos princípios da Carta Magna, de forma a garantir os direitos e garantias fundamentais inerentes a todos os cidadãos, independente de classe ou status social, o que não corresponde a atualidade do sistema Processual Penal.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecemos aos voluntários da Defensoria Pública do Paraná Rafaela Garcia Barbosa e Washington Pereira Santos; aos estagiários do convênio da Defensoria Pública do Paraná com a Universidade Positivo, representados por Angela Pastore, Christian Komarchewski, Débora Pacheco, Guilherme Luiz de Lima, Guilherme Luiz Ferreira, Jenifer Oliveira de Souza, Rodrigo Galan e Vinícius Fedalto; aos estagiários de graduação da Defensoria Pública do Paraná Ana Paula de Lima Garbi, Gabriela Sacilotto Cramer, Lucas Mateus Teixeira de Lima, Luiz David Botero Alessi, Maria Emilia Glustak e Natalia Frutuoso de Souza; a estagiária de pósgraduação da Defensoria Pública do Paraná Karina Freire Meirelles; às assessoras Jurídicas da Defensoria Pública do Paraná Anna Ashley Delima e Barbara Caroline Mendes De Carvalho. Todos contribuíram com a atividade que resultou nos dados para a análise no presente artigo.

## **REFERÊNCIAS**

CARDOSO, HC. Estejam avisados: as cadeias vão virar, *Jornal Plural*. Ed. 15/01/2019.

CARVALHO, TF, et al. *Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico*, 1ª edição, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019.

CASARA, R. *Estado pós democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1. ed. Rio de Janeiro. Civilização brasileira, 2017.

CHAVES Jr, A. *Além das grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras*, 1ª edição, Florianópolis, Tirant Lo Blanch, 2018.

CONDE, FM. De la tolerância cero, al derecho penal del enemigo, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Managua, Nicaragua, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Banco Nacional de Monitoramento de dados.

DAVIS, A. Estarão as prisões obsoletas?. 2ª edição, Rio de Janeiro, Difel, 2018, tradução: Marina Vargas.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - INFOPEN. 2019.

FOUCAULT, M. Vigiar e punir, nascimento da prisão, Tradução: Pedro Elói Duarte, Edições 70, Almedina S.A, Lisboa, Portugal, 2013.

HORST, JO. Narrativa a partir de uma epistemologia feminista. Diário de uma intervenção, sobre o cotidiano de mulheres no cárcere, Anny Clarissa de Andrade Moreira et al; Coordenação Priscilla Placha Sá, Florianópolis, EMais, 2018.

MOREIRA, ACA; GOMES, TCS. Quem são as mulheres presas? Que crimes cometeram?. Diário de uma intervenção, sobre o cotidiano de mulheres no cárcere, Anny Clarissa de Andrade Moreira et al; Coordenação Priscilla Placha Sá, Florianópolis, EMais, 2018.

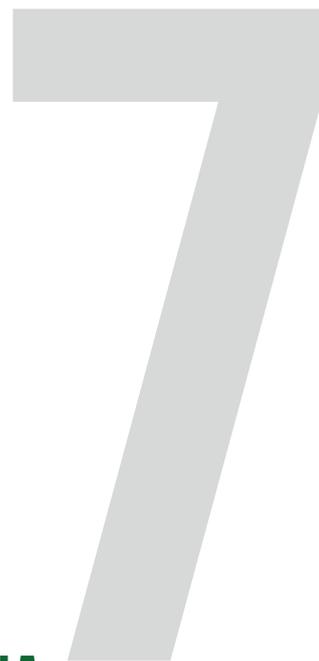
PLACHA SÁ, P. Qual a situação jurídica e processual das mulheres privadas de liberdade? Diário de uma intervenção, sobre o cotidiano de mulheres no cárcere, Anny Clarissa de Andrade Moreira et al; Coordenação Priscilla Placha Sá, Florianópolis, EMais, 2018.

PASOLD, CL. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

ROIG, RDE. Execução penal: teoria crítica, 4ª edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, JC. 30 anos de Vigiar e Punir (Foucault). Trabalho apresentado no 11º Seminário Internacional do IBCCRIM, São Paulo, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. El enemigo en el derecho penal. Ediar, Universidad de Buenos Aires, 2006.



# JUIZ DAS GARANTIAS E BARGANHA NO BRASIL: DAS PERSPECTIVAS LATINO-AMERICANAS AOS DESAFIOS NA REFORMA GLOBAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Árilla Constantino Benkendorf<sup>1</sup>

**RESUMO:** A proposta do trabalho é apresentar importantes discussões frente aos desafios e propostas ao juiz das garantias e ao instituto da justiça criminal negocial no Brasil, em análise ao rol de atuação do juiz das garantias dentro do procedimento abreviado dos códigos processuais penais acusatórios na América Latina e na importação do acordo penal no Projeto de Lei nº 8.045/2010, para assim, verificar os caminhos possíveis aos institutos no contexto de uma reforma global. O estudo será descritivo e qualitativo, com método dedutivo, em revisão às bibliografias. Dentre as propostas indicadas, vislumbram-se: (i) o acordo penal compreendido como direito subjetivo do réu; (ii) a prevenção do juiz como causa de exclusão de competência para análise do acordo penal; (iii) o envio da resposta à acusação anterior ao recebimento da denúncia, com a extensão da competência do juiz das garantias para recebê-la; (iv) a necessária discussão da reorganização judiciária para vinda dos acordos penais; (v) a análise do impacto da reforma global no âmbito administrativo, orçamentário e de recursos humanos; (vi) a reestruturação do ensino jurídico no Brasil, bem como a capacitação dos atores processuais às novas habilidades negociais.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional; estagiária de Pós-Graduação na 2ª Promotoria de Enfrentamento à Violência Doméstica contra a Mulher de Curitiba – Ministério Público do Estado do Paraná.

**Palavras-chave:** Juiz das Garantias; Acordo Penal.

## INTRODUÇÃO

A tendência na expansão dos espaços de negociação na Justiça Criminal brasileira, especialmente a partir do acolhimento da delação premiada e dos acordos de leniência aos crimes econômicos no contexto da Operação Lava Jato, é recebida como uma das maiores, senão a principal solução jurídica à morosidade da justiça penal, mediante a simplificação e sumarização dos julgamentos (VASCONCELLOS VG, 2015).

A instauração do novo paradigma de justiça negocial no Brasil, existente desde o Anteprojeto de Lei de Reforma do Código de Processo Penal nº 156/2009, originado no Senado Federal, atual Projeto de Lei (PLS) nº 8.045/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, concretizou-se com a promulgação da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), a qual previu a barganha na forma do acordo de não persecução penal, além de expressar a estrutura acusatória do Código de Processo Penal e criar a figura do juiz das garantias para atuar no procedimento investigativo, atendendo à necessária separação entre a fase investigativa, vedada a iniciativa do juiz, e a etapa de instrução processual.

O fenômeno da justiça negocial é característico do sistema jurídico *common law*, distinto do *civil law* adotado nacionalmente, cujo maior expoente encontra-se no *plea bargain* norte-americano, o qual, em apertada síntese, caracteriza-se pela confissão do réu ao tipo penal imputado, com prejuízos a sua esfera de direitos e garantias, em troca da redução da pena e de possível alteração do regime de cumprimento (VASCONCELLOS VG, 2015).

Em que pese o amplo estudo da barganha a partir do modelo estadunidense, o presente estudo parte das bases expandidas pelos países latino-americanos, os quais realizaram amplas reformas das suas estruturas processuais penais, com abandono da cultura inquisitorial para uma longa trajetória na construção de sistemas predominantemente acusatórios. A grande maioria dos países incluiu diversas saídas alternativas ao processo penal, cujo protagonismo recaiu sobre os acordos penais, denominados de *procedimiento* ou *juicio abreviado*, como resposta à urgência em alcançar vias mais céleres e econômicas de ajuizamento, nos casos em que não pareça necessário realizar um juízo oral devido e que não haja uma controvérsia fundamental entre acusação e defesa quanto aos fatos que constituem as imputações em matéria de processo (HORVITZ MIH, LÓPEZ J, 2014).

Sucedese que, diante das raízes inquisitoriais do sistema de justiça criminal nacional, o atual cenário exige a atividade criativa dos juristas na construção de estratégias mais efetivas para delimitar quais serão os papéis exercidos pelos atores processuais dentro dos acordos penais operados em audiências, consoante as premissas de um processo penal democrático e acusatório.

## MÉTODO

O presente estudo parte da premissa de que mesmo com o acordo de não persecução penal já em vigor, o rol dos crimes abrangidos por esse procedimento poderá ser ampliado substancialmente caso o PL 8.045/10 seja aprovado. Assim, o objetivo geral do estudo será à análise do instituto dentro do contexto da reforma processual penal de matriz acusatória, em conformidade com os ditames estabelecidos pela Carta Magna de 1988.

Para isso, desenvolver-se-á uma pesquisa descritiva e qualitativa, com método dedutivo, em revisão às bibliografias nacionais e dos autores latinoamericanos.

Nesta perspectiva acusatória, a proposta deste trabalho é apresentar ao leitor alguns dos desafios e propostas ao juiz das garantias e ao acordo penal, a partir das metodologias de atuação levantadas por pesquisadores latinoamericanos, a fim de levantar reflexões sobre o imprescindível aprimoramento dos institutos no âmbito nacional.

Para tanto, a pesquisa irá, em seus objetivos específicos, (i) discorrer sobre o rol de atuação do juiz das garantias dentro do procedimento abreviado nos sistemas adversariais da América Latina, para, na sequência, (ii) analisar a importação dos institutos no Projeto de Lei nº 8.045/10 e, ao fim, (iii) delimitar as perspectivas e propostas ao juiz das garantias e à barganha no Brasil.

## RESULTADOS

### 1. IMPORTAÇÃO DA BARGANHA E JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE REFORMA GLOBAL DO CPP 8.045/2010

O Anteprojeto de Lei do Senado nº 156/2009, para reforma sistemática e estrutural do Código Processual Penal, desenvolvida por uma Comissão de Juristas que visou um código que cumprisse às premissas instaladas em 1988 com a constituinte, inspirados nos códigos modelos acusatórios latinoamericanos.

A inspiração incluiu a tendência na expansão da justiça criminal negocial, concretizada no PLS 156/2009, posteriormente transformado no PL 8.045/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, que inclui o instituto do acordo penal no seu artigo 283.

Um dos sustentáculos à proposta do instituto residiu na garantia à duração razoável do processo, prevista em 1992, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto de São José da Costa Rica, na qual o Brasil tornou-se signatário com a Emenda Constitucional nº 45/2004, pelo acréscimo do artigo 5º, inciso LXXVIII (PAULA LC, 2010). Todavia, não houve, até o momento, a delimitação de critérios objetivos que sirvam de parâmetro para o que venha a ser uma duração razoável do processo penal.

A garantia visa à minimização da demora ou rapidez excessivas na prestação jurisdicional, óbices aos anseios de concretizar os direitos e garantias fundamentais dos imputados, além de servir como fundamento para produzir mecanismos aptos a proporcionar uma solução justa da

causa (PAULA LC, 2010).

A aplicação da pena mais rápida, conforme ilustra Jacinto NMC (2018), participante da Comissão de Juristas, foi estimulada com o fim de buscar um tempo suficiente para obter uma decisão madura, em observância aos ditames constitucionais, e não como forma de atropelamento do processo, haja vista a pressa, por si mesma, potencializar inúmeras injustiças.

À vista disso, referido princípio não pode ser interpretado por finalidades exclusivas na busca de maior celeridade e eficiência, na prestação de uma justiça imediatista e materialmente injusta, sem permitir o desenvolvimento dos direitos básicos do imputado (CASARA RR, 2011). Em contrapartida, não se pode permitir a duração do processo tão prolongada a ponto de se perder a essência da prova e em dar causa a um maior sofrimento ao acusado, já que o processo é, em si, uma pena. (PAULA LC, 2010).

O novo rito rimário foi pensado para as partes acertarem a pena a ser aplicada, com espaço para a acusação discutir em juízo oral os casos penais mais graves e relevantes, deixando de haver processo aos casos de bagatela ou médio porte, cujo tempo ocupado é tão grande quanto os casos mais graves (COUTINHO JNM, 2018).

O instituto da barganha limitou-se aos crimes com sanção máxima que não ultrapasse oito anos, indispensável a confissão, total ou parcial dos fatos imputados ao investigado, a manifestação expressa das partes para dispensa na produção probatória, e a pena aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena.

À requerimento das partes, a pena poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, em análise as condições pessoais do agente e menor gravidade das consequências do delito. Isto é, a pena pode vir abaixo do mínimo legal, sem risco de prisão. Sem acordo, haverá continuidade do processo e condenação, na forma do rito ordinário.

A figura do juiz de garantias, similar ao dos seus antecessores latinoamericanos, detém competência em todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, que cessa com o oferecimento da ação penal pelo Ministério Público (art. 15).

A alteração de um sistema de cunho inquisitorial para uma estrutura acusatória requer uma adequada compreensão sobre seus fundamentos, seu núcleo principiológico. A sua transição se dá, primeiramente, pelo critério referente à gestão probatória. Afinal, o processo tem por finalidade, entre outras, o acertamento do caso penal após a reconstituição do crime, mediante a instrução probatória. Assim, a forma com que efetivada identificará o princípio unificador (COUTINHO JNM, 2018).

Nesse âmbito, a rígida separação entre as fases de investigação preliminar e processual é indispensável no objetivo de conferir às partes a gestão probatória. O acesso às peças investigativas pelo juiz do processo frustra esse fim, já que o julgador tende a formar sua convicção a partir das peças de cognição extraprocessuais, produzidas sem o contraditório e a ampla defesa (SILVEIRA MAN, 2018).

A opção legislativa de incluir na barganha os delitos que não excedam oito anos de

reclusão significa, ainda, maior intervenção do juiz de garantias, que decidirá sobre pedidos que atingem os direitos e garantias fundamentais dos investigados, como a decisão sobre produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis. Evidentemente, mais comum que o magistrado venha a se contaminar com a hipótese fática construída nesta fase.

Como a competência para o recebimento da denúncia permaneceu do juiz do processo, previu-se, por consequência, o apensamento dos autos das matérias apreciadas pelo juiz das garantias aos autos do processo (art. 15, §3º).

O conteúdo do procedimento investigativo será analisado pelo juiz do processo, o mesmo que poderá solicitar a produção probatória *ex officio* sob o escopo da obtenção da “verdade real” dos fatos, já que o PL 8.045/2019 a vedou somente antes de iniciada a ação penal (BAQUEIRO FRL, 2017).

Permaneceu também o dispositivo do artigo 385 do CPP, no qual se confere ao juiz a faculdade de condenar ainda que o Ministério Público requeira a absolvição, com a única alteração de que o magistrado não pode reconhecer qualquer alegante ou causa de aumento não imputadas.

Por fim, referente ao investigado, o projeto garantiu o acesso ao defensor de todo material produzido na investigação, salvo às diligências em andamento (art. 11). A defesa poderá interpelar a vítima desde que o juiz de garantias autorize e a vítima conceda (art. 13, §2º), com a juntada do material ficará a critério da autoridade policial (art. 13, §5º).

A preocupação sobre a redação do artigo 283, em conjunto com os demais dispositivos apresentados recai na hipótese de não homologação do acordo ou seu descumprimento, em razão dos efeitos negativos causados pelo contato do magistrado com a confissão do imputado e do acesso às peças produzidas no inquérito policial.

As expectativas sobre o juiz das garantias no PL 8.045/2010, ante a essência dessa figura, criada à efetivação dos direitos e garantias fundamentais do imputado, o que inclui indiscutivelmente a garantia à imparcialidade jurisdicional com a minimização da contaminação subjetiva do juiz do processo, como já mencionado, é frustrada.

Reforça Marco ANS (2018) que esse foi o motivo pelo qual o sistema processual penal chileno, dentre outras legislações latino-americanas, determinou a admissibilidade da acusação ao juiz das garantias na fase intermediária. A abertura da etapa do juízo oral se dá tão somente com o *auto de apertura del juicio oral*, sem as provas colhidas durante a investigação, para que a convicção do juiz nesta etapa seja formada ao longo da própria audiência.

Ideal, portanto, que os autos do processo sejam entregues às partes e lacrados, a exceção das provas não repetíveis, produzidas cautelarmente, e a remessa dos autos do processo ao juiz contendo a denúncia as provas produzidas de forma cautelar em contraditório (SILVEIRA MAN, 2018).

## DISCUSSÃO

### 2. DOS ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DO ROL DE ATUAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS DENTRO DO *PROCEDIMIENTO ABREVIADO*

É certo que uma das maiores transformações identificadas nos sistemas de justiça penal dos países latino-americanos foi o estabelecimento da oralidade como forma de resolução dos casos penais, como potencial de eficácia do sistema e resguardo das garantias processuais penais das partes (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

O juiz das garantias foi criado para atender especialmente a duas estratégias: aprimorar a atuação jurisdicional criminal da fase investigativa e minimizar a contaminação subjetiva do magistrado responsável pela fase de instrução e julgamento do processo (MAYA AM, 2018). Dessa forma, assegurase tanto a legalidade dos atos investigativos diante da análise aos requerimentos das diligências do órgão acusatório e da autoridade policial que demandam autorização judicial, quanto à salvaguarda dos direitos e garantias dos investigados.

Além disso, a figura do juiz das garantias potencializa a imparcialidade jurisdicional, de maneira que incumbe ao magistrado decidir exclusivamente a partir das informações apresentadas pelas partes em audiência. Não menos importantes estão os princípios da imediatez na tomada das decisões e na publicidade das audiências (POSTIGO LG; RUA G, 2017). O fortalecimento dessas garantias processuais permite maior efetividade no exercício do contraditório e a conseqüente tomada de decisões com maior qualidade.

À vista disso, embora cada país detenha suas especificidades nos ordenamentos jurídicos, segundo deslindam Gonzalo R e Leonel GP (2017), o rol de atuação dos juízes nos sistemas inquisitoriais, orientados pela condução das investigações e na gestão administrativa do tribunal foi abandonado. O modelo de cunho acusatório impõe a separação das funções administrativas e jurisdicionais, e a presença do magistrado em audiência, na análise aos requerimentos das partes de maneira imediata e sempre pública, dados os valores republicanos do sistema de justiça penal.

Dentro do acordo penal, o papel do juiz das garantias é essencial, todavia, a oralidade exige elevados custos operacionais e uma constante capacitação dos atores processuais para adequação às novas práticas, culturas e mentalidades acusatórias de modo que haja, gradativamente, o abandono das antigas, pautadas nos autos escritos, no elevado grau de formalidade, comuns aos sistemas inquisitoriais.

Sendo assim, em se tratando da implantação de uma Reforma Processual Penal acusatória, há o constante desafio de melhorar o desempenho e a qualidade de litígio entre as partes e a da adequada atuação do magistrado frente as diversas audiências criadas<sup>2</sup>.

Como as questões levantadas pelas partes serão sempre solucionadas em audiência, abre-

<sup>2</sup> A título de exemplo das audiências existentes, infere-se as audiências para o controle da detenção, análogas as audiências de custódia, bem como para formalização da investigação, para adoção de medidas cautelares ou de saídas alternativas, ou ainda a audiência da etapa intermediária e a de juízo oral.

se espaço para a resolução de conteúdos diversos às finalidades constitutivas da audiência, intituladas como audiências de multipropósito, garantindo maior racionalização dos recursos humanos e financeiros (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

Por conta disso, possibilita-se o oferecimento do acordo penal pelo fiscal em qualquer audiência anterior a etapa de juízo oral, se suficientes as peças informativas colhidas. Após a resolução das discussões principais, o juiz das garantias oportuniza espaço às partes sobre o interesse em firmar um acordo que implique na solução do conflito, seja pelo *juicio abreviado* ou por outras saídas alternativas contempladas em cada ordenamento jurídico.

Finda a discussão entre partes, cabe ao juiz das garantias julgar dentro do que foi sustentado pela acusação e defesa, e tão somente com base nas mesmas peças informativas apresentadas, vedada a introdução de novas evidências não requeridas pelas partes.

Verificado o interesse no procedimento abreviado em audiência, o juiz dará a palavra ao promotor para discorrer sobre a acusação formulada. Se ainda não houver formulado, permite-se que o faça oralmente, sintetizando o fato objeto da acusação, os elementos de convicção certos que disponha (elementos prováveis não conduzem à condenação), e os fundamentos pelos quais requer a aplicação do juiz abreviado (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

Nas legislações processuais penais latino-americanas, em regra, é requisito formal à proposição do procedimento abreviado a presença do defensor ou procurador do imputado e do órgão de *fiscalia* (Ministério Público) em audiência. Cabe a estes atores verificarem junto ao imputado a voluntariedade do seu consentimento, se este conhece efetivamente os termos do acordo e suas consequências e do seu direito em exigir um juízo oral. Nessa perspectiva, as premissas da oralidade e do sistema por audiências são benéficas para aferir concretamente a existência de possíveis coações ou pressões indevidas na obtenção do consentimento do imputado.

Intento ressaltar a criação da etapa *intermedia* que, como o próprio nome refere, é intermediária entre a etapa investigativa e o juízo oral, e nela ocorre o saneamento de diversos aspectos processuais, bem como a delimitação do caso penal e o requerimento da produção probatória no juízo oral, momento ideal para a propositura do acordo penal, considerando que há maior garantia na suficiência das peças investigativas para o oferecimento da barganha. Há, assim, um magistrado competente aos atos investigados, outro responsável pela etapa intermediária e um grupo colegiado responsável pelo juízo oral.

Uma grande dificuldade constatada na prática das audiências refere-se à extrema inércia dos juízes dentro dos sistemas adversariais, com prejuízos aos procedimentos abreviados. Não obstante não participe da construção do caso penal, o juiz deve assumir um rol proativo e pedagógico, devendo certificar que o imputado discutiu suficientemente o caso com seu defensor, aceitou o acordo voluntariamente e sem pressões, e que compreende os termos e consequências do acordo, com linguagem simples e direta, a fim de garantir sua compreensão (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

Ainda, segundo o princípio da imediatez, cabe ao juiz ditar a sentença preferencialmente na mesma audiência. O princípio busca evitar a prática de postergações desnecessárias que possam virar rotina nos tribunais e acarretar em pesos sobre a incerteza gerada pelo estado de indefinição do caso ao noticiado, e a diminuição na qualidade da defesa, especialmente a pública, em razão do elevadíssimo número de casos penais pendentes (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

Há de se destacar, como último requisito de admissibilidade apresentado, a existência de elementos de prova que, juntos com a confissão do imputado, sejam suficientes para sustentar a acusação do Ministério Público (POSTIGO LG; RUA G, 2017).

Primeiramente, registra-se que, dadas as lições de Gustavo Badaró (2019), ao mencionar Geraldo Prado (2001), a justiça negocial, em verdade, nega o processo e substitui a verdade processual pela produção probatória em contraditório ao acertamento do caso penal pela prevalência da vontade convergente das partes.

Destaca-se a essencialidade no estudo da barganha no Brasil às construções desenvolvidas na América Latina sobre os parâmetros do magistrado para fundamentar sua decisão quanto à suficiência ou não das peças informativas colhidas ao longo da investigação.

No *juicio abreviado* chileno, o magistrado deve pronunciar quanto à suficiência dos antecedentes da investigação ao realizar o juízo de admissibilidade. Falcone Salas (2005) defende que tal exigência se satisfaz desde o ponto de vista da quantidade e qualidade dessas peças, e cuja correlação entre os fatos da acusação e seus antecedentes, poderia, hipoteticamente, condenar o imputado.

Para Maria IHL e Julián L (2004) o requisito de estudo deve ser entendido pelo critério da “suficiência razoável”, isto é, não se exige um exame de mérito dos antecedentes, senão somente verificar que existe ao menos um antecedente para comprovar cada elemento da acusação, desde o delito imputado, a participação, até as circunstâncias modificantes da responsabilidade criminal atribuída ao autor ou ao fato.

A título de reflexão, próximo ao critério da suficiência razoável são os estudos do standard probatório “para além de toda dúvida razoável” ou ainda na expressão original *beyond reasonable doubt*, importado do sistema jurídico *common law*, ressalte-se: com tradição jurídica diferente dos países hispanoamericanos. Os *standards* referem-se às regras para o controle de convencimento judicial a respeito de provas criminais (LUCCHESI GB, 2019), sendo o *beyond reasonable doubt* o critério considerado o mais exigente em se tratando de provar que certa hipótese seja considerada verdade (MATIDA J, VIEIRA A, ano).

A menção ao referido critério interessa para destacar o necessário desenvolvimento de parâmetros objetivos que auxiliem o juiz no exame quantitativo e qualitativo das peças informativas para admissão da barganha, com a inerente cautela exigida ao juiz das garantias na verificação da sua suficiência e a correspondência destas com os fatos imputados, que se não alcançados, ensejam a sua continuidade na forma do rito ordinário, na redação do artigo 284 do PL 8045/2010.

No Brasil, o PL 8.045/2010 determina como requisito às partes a renúncia à produção de todas as provas solicitadas (art. 283, §1º, III). Sobre esse aspecto, há críticas quanto a dispensa do Ministério Público da carga probatória aos fatos descritos na denúncia (VASCONCELLOS VG, 2016).

Evidentemente, o acordo penal no Brasil não poderá ser homologado com base somente na confissão, como ocorre no *guilty plea* estadunidense, cuja declaração de culpa autoriza a condenação e aplicação imediata da pena. No sistema romano-germânico, a confissão é valorada como elemento de prova a ser apreciada livremente pelo julgador, ao lado das demais provas (VASCONCELLOS, VG; LIPPEL MCN, 2016 *apud* SCHUNEMANN B, 2013).

Noutro giro, no tocante à possibilidade de absolvição no acordo penal, o Chile abriu possibilidade do juiz analisar positivamente as peças investigativas para admissibilidade da tramitação conforme o *juicio abreviado*, e, ao final da audiência, prolatar sentença absolutória com fundamento na insuficiência das mesmas.

Referida abertura é criticada por Diego FS (2005), o qual infere sobre o momento do exame de admissibilidade ser o único para análise das peças investigativas. Defende o autor que a rejeição da solicitação do *procedimiento* abreviado na hipótese da insuficiência dos antecedentes investigativos enseja, na etapa do júízo oral, a produção probatória e um exame exauriente do tribunal colegiado sobre o mérito do caso penal apresentado pelas partes.

Rodrigo CSM e Francisco HI (2017) asseveram que, em observância à sistemática acusatória, a hipótese foi criada para aplicação aos casos os quais o magistrado constate que o fato não constitua delito ou que concorra uma causa de extinção de responsabilidade penal, como a prescrição.

A previsão de absolvição, carregada com críticas pertinentes, funciona como mais um filtro na admissão dos casos penais pelo juiz das garantias, nas hipóteses em que haja discordância sobre a interpretação jurídica dada ao fato, ainda que confessado, quando o fato imputado for atípico ou se constatada causa de extinção de responsabilidade penal.

Para uma noção mais concreta da relevância do instituto, após a aprovação do Novo Código de Processo Penal no Uruguai em 2017, segundo a *Fiscalía General de la Nación*, a resolução de casos penais via *juicio abreviado* no período entre novembro de 2017 e maio de 2018 representou 70,2%, com apenas 1,4% dos casos resolvidos em júízo oral. Entre novembro de 2018 e maio de 2019, o total de acordos aumentou para 71,1% com redução do júízo oral para 0,8% (NACIONAL FG, 2019).

Por conseguinte, o breve delineamento dentro do referencial teórico apresentado teve como objetivo primordial demonstrar ao leitor a urgência no desenvolvimento da atuação exigida ao juiz das garantias na prática negocial frente justiça negocial criminal instaurado no país.

### 3. CAMINHOS E DESAFIOS PROJETADOS AO SISTEMA DE MATRIZ ACUSATÓRIA

A dimensão cultural carregada na lógica de operacionalidade do sistema processual penal pode ser traduzida na ideia descrita por Alberto Binder<sup>3</sup> (2014) como o grau de disputa das tradições de pensamentos ou duelo de práticas, caracterizado pelos jogos de tradições e disputas entre as velhas condutas inquisitoriais e as novas acusatórias.

Para o autor, um alto grau de conflitos não é de todo negativo, senão constitui um passo inicial ao alcance de profundos avanços em termos de reestruturação ao sistema acusatório (POSTIGO LG, 2018).

Desde a introdução dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo no campo dos Juizados Especiais Criminais, embora imbuídos de grande expectativa positivada pela doutrina, pois preconizavam uma nova mentalidade, tornaram-se uma via punitiva e transgressora de garantias (RIOS LPC, 2017), na tendência de imposição dos acordos pelo Ministério Público, sem o real espaço para uma efetiva negociação.

Com a recente introdução do instituto de acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A, da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), de autoria do Ministro da Justiça Sérgio Moro, inspirado no plea bargaining norteamericano, segue a tendência de expansão dos acordos penais pelo globo, com o fim de obter maior celeridade e eficiência dos casos criminais nos quais haja confissão.

O juiz de garantias, instituto fundamental na estruturação da barganha dentro de um processo penal de ordem acusatória e democrática, encontra resistência dos setores contrários na sua introdução, sobretudo, quanto a organização judiciária e orçamentária.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, em decisão cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, decidiu suspender, por tempo indeterminado, o início da atuação do juiz das garantias, considerando os impactos e transformações nas estruturas de cada unidade judiciária criminal do país (BRASIL, 2020).

Intento ressaltar que a efetivação de uma jurisdição imparcial é pressuposto para existência de um Estado de Direito. A falta da imparcialidade é constitutiva e sempre existirá, mas não serve de justificativa na omissão do Estado no seu dever de estruturação para atender à realidade existente (JÚNIOR AL; RUIZ R, 2016).

Assim, no tocante ao projeto de barganha no Brasil, apresentam-se algumas soluções jurídicas possíveis de adequação na prática.

---

<sup>3</sup> “Uno de los obstáculos principales con el que se cuenta para el desarrollo de esta función de pacificación es la fuerte tendencia de los funcionarios judiciales a convertir toda institución procesal en un conjunto de trámite. Atrás de esta concepción no solo se encuentra la rutina, la desidia o el simple hábito mental, sino que el trámite es la formalización propia del sistema inquisitorial. (...) Cuando los actuales códigos procesales penales de tal cuño son interpretados como nuevos trámites, sin comprender el cambio profundo del sentido de las formas procesales, entonces todo el proceso de reforma se degrada y reaparece la cultura inquisitorial en ese fenómeno que se conoce como “reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales”.” SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 357 apud BINDER, Alberto. Elogio de la audiencia oral y otros ensayos. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014, p. 29-30.

Primeiramente, o acordo penal em sua compreensão como direito subjetivo do réu, de modo que, preenchidos os requisitos em lei, é dever do órgão acusatório a sua proposição ou aceite, quando a defesa o fizer. O entendimento faz analogia ao instituto da transação penal, no qual Aury LJ (2018) leciona que incumbe ao Ministério Público verificar se estão preenchidos os requisitos e negociar qual pena aplicável ao caso, mas não lhe compete o poder de decidir sobre o cabimento ou não da transação.

A questão foi objeto de problematização na previsão inicial do Pacote Anticrime diante da expressão “poderá propor” contida na regra processual, que dá a entender a existência de margem de discricionariedade ao órgão acusatório, isto é, cada promotor determinará a proposição ou não o acordo ao seu critério (VASCONCELLOS VG, 2019).

Em segundo lugar, esclarecer que o juiz chamado a intervir no inquérito policial estará impedido de julgar o caso, como restou expresso no artigo 16 do PL 8.045/10. Assim, a prevenção como causa de fixação de competência, regra vigente no código processual penal brasileiro, deverá ser caracterizada como causa de exclusão da competência (JÚNIOR AL; RUIZ R, 2016).

Além disso, caso o acordo não seja homologado por motivo não devido ao investigado, acredita-se que ele tenha direito subjetivo à pena acordada entre as partes, quando, tendo posterior condenação após o decurso regular do processo, será aplicada pena cujo limite máximo encontra-se nos termos do acordo não homologado (VASCONCELLOS VG, 2019).

A partir da estrutura do juiz das garantias a ser definida na Lei Anticrime, imprescindível a realização de ajustes no PL 8.045/2010, para adequação do instituto com a máxima eficácia de um código que se preze acusatório, a fim de evitar a subversão dos novos institutos, especialmente a partir da identificação dos problemas, falhas e desafios advindos da barganha com a Lei Anticrime.

Para tanto, é elementar que se estenda a competência do juiz das garantias ao recebimento da ação penal, em audiência própria para a adoção de soluções alternativas ao processo, e na avaliação dos argumentos levantados pela defesa em resposta à acusação, enviadas anteriormente ao recebimento da peça acusatória (JÚNIOR AL; RUIZ R, 2016).

À organização judiciária, das propostas importantes a mencionar, registra-se: (i) a regionalização do juiz das garantias, no qual um único juiz ou um grupo poderá atender um grupo de comarcas próximas; (ii) a implantação de inquérito online ou por sistema eletrônico; (iii) a distribuição cruzada quando houver um juiz criminal e um cível, e (iv) a concretização progressiva, como fez o Chile, lá, no sentido interior para implantar ao final na capital, e aqui, sentido capital-interior, permitindo maior efetividade na identificação das deficiências e desafios apresentados ao longo da implantação e sua correção (JÚNIOR AL; RUIZ R, 2016).

O estado operacional será pouco alterado se não houver uma ampla reforma nos problemas estruturais localizados no setor administrativo da investigação criminal, e nas instituições públicas, como Ministério Público, Defensoria Pública, as polícias, incluindo o trabalho realizado pelos advogados particulares (CHOUCKR, FH, 2017).

Independentemente do mecanismo processual penal a ser discutido, necessário aprofundar

as ferramentas para sustentar a sua viabilização: (i) a apresentação dos impactos orçamentários, (ii) o aperfeiçoamento dos recursos materiais e humanos, como as casas especiais de recuperação, serviços sociais, (iii) a adequada capacitação dos atores jurídicos, (GIACOMOLLI NJ, VASCONCELLOS, VG, 2015); (iv) a transformação do aparato administrativo judiciário, sobretudo pela separação das funções administrativa e judicial, com o fortalecimento a atuação do julgador dentro das audiências e não no gabinete dos despachos (CHOUKR FH, 2017) e, como notado por Leonel GP (2015, *apud* SILVEIRA MAN, 2018), (v) na criação de centros de monitoração das práticas realizadas nos acordos como forma de reportar as falhas mais recorrentes e possibilitar soluções jurídicas com maior eficiência.

Evidente, portanto, a urgência em conscientizar dentro do debate a dimensão da capacitação dos atores processuais e setores administrativos<sup>4</sup>, bem como a reestruturação do ensino jurídico que inclua na grade curricular a capacitação dos estudantes às novas demandas e realidades advindas da oralidade, pela futura realidade na atuação preponderante em audiências, bem como no desenvolvimento de técnicas de litígio e negociação aos atores processuais.

Acrescenta-se a expressiva lacuna entre a produção legislativa ideal e o aquilo que pode ser obtido pelo consenso da classe legislativa. Sobre esse aspecto, Marco ANS (2018) acertadamente reflete sobre a grande distinção entre o momento político e jurídico brasileiro atual com a atmosfera existente no período da superação dos regimes autoritários, que viabilizou o trâmite e aprovação de reformas globais nos sistemas processuais penais dos países hispano-americanos.

Assim, a atual reforma brasileira, mesmo que tenha êxito, tende a não alcançar um grau de avanço como constatado no sistema chileno, por exemplo. O ponto central, todavia, é a recordação de que necessitamos desse caminhar, ainda que a luta seja pela aprovação da “reforma possível” e não da “reforma ideal”. (SILVEIRA MAN, 2018).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intento inicial de apresentar ao leitor a experiência latino-americana como recorte de análise à figura do juiz das garantias e do acordo penal em solo nacional, sempre com a perspectiva do caminhar gradual à construção de um sistema processual penal de matriz acusatória, demonstrou a urgência na construção desta consciência aos atores processuais sobre a complexidade dos novos institutos em território nacional.

A visão holística e o destaque à profundidade dos temas aqui expostos são passos basilares para repensar a estrutura processual penal com a responsabilidade exigida pela matéria.

Qualquer solução jurídica que se apresente simples e unificada frente aos problemas que constituem o sistema de justiça penal deve ser examinada com cautela e olhar crítico. Implantar qualquer instituto processual penal significa discutir sobre dimensões tão relevantes

<sup>4</sup> Para aprofundar sobre métodos de capacitação aos atores judiciais que possam ser utilizados, ver: DUCE Maurício; MERA, Alejandra; RIEGO, Cristián. Capacitación interinstitucional en la Reforma a la Justicia Criminal en Chile. *Sistemas Judiciales*, ano 1, n. 1, 2001, p. 76-93.

quanto à promulgação do texto normativo, por depender de elevadíssimos recursos humanos e orçamentários, sem os quais não há como discutir qualquer reforma, acrescido ao papel ativo do Poder Judiciário em se reestruturar a sua organização diante da realidade posta.

Trata-se de uma estratégia a ser colocada em prática desde logo, para conter a natural subversão dos institutos processuais penais às discricionariedades de cada ator processual, diante da recente previsão na Lei Anticrime do acordo de não persecução penal, em vigor, e do juiz das garantias, próximo de tornar-se eficaz.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ G. Verdade, conhecimento e prova no processo penal: uma proposta de epistemologia judiciária. In: SILVEIRA, MAN, et. al. (org.). Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil. Escritos em homenagem o Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, vol. 5., 2019, p. 483.

BAQUEIRO FRL. O papel do juiz no sistema acusatório, a busca pela “verdade real” e o ativismo judicial: uma análise dos artigos 165, 166 e 168 do Projeto 8.045/10 em comparação com a realidade dos tribunais. In: GONZÁLEZ, L (dir.). Desafiando à Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, 327346.

BINDER A. Elogio de la audiencia oral y otros ensayos. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Lei Anticrime.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 8045/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal. Requerentes: Associação dos Magistrados Brasileiros et. al. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 22 de janeiro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado. <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>.

CASARA RR. O Acordo para Aplicação da Pena: Novas Considerações Acerca da Verdade e do Consenso no Processo Penal Brasileiro. In: COUTINHO, JNM; CARVALHO, LGGCIorg.). O novo processo penal à luz da constituição: vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 147-

157.

CHOUKR FH. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COUTINHO, JNM; PAULA, LC; SILVEIRA MAN (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COUTINHO NCM. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. vol. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

DUCE, M; et. al. *Capacitación interinstitucional en la Reforma a la Justicia Criminal en Chile*. *Sistemas Judiciales*, ano 1, n. 1, 2001, p. 76-93.

FREITAS JOF. Juicio abreviado e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do plea bargaining no processo penal chileno. In: COUTINHO, JNM; PAULA, LC; SILVEIRA, MAN (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, vol. 4, 2018, p. 133-158.

HORVITZ MI; LÓPEZ J. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo II, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2014.

JUNIOR AL; RITTER R. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 8, n. 16, set/dez. 2016, p. 55-91.

LUCCHESI GB. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 156, jun/2019, p. 165-188.

MARTÍN RCS; IRIARTE FH. *El Código Procesal Penal*. Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile. 4. ed., 2017.

MAYA AM. O juizado de garantia como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. vol. 23. n.1. jan-abr., 2018, p. 71-88.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Actualización de principales indicadores del sistema penal acusatorio*. Noviembre de 2017 a Mayo de 2019. Uruguay: Departamento de Políticas Públicas de Fiscalía General de la Nación, 2019.

PAULA LC. Duração Razoável do Processo no Projeto de Lei 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto NM; CARVALHO, LGGC (org.). O novo processo penal à luz da constituição: (análise crítica do Projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 201-215.

POSTIGO LG. A função estratégica do Ministério Público: reflexões sobre os princípios da obrigatoriedade e de fiscal da lei. In: COUTINHO, JNM(org.), et. al. Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a Reforma do CPP no Brasil. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, vol. 4, 2018, p. 67-80.

\_\_\_\_\_. La reforma procesal penal en latinoamerica. In: Evaluación de la implementación del sistema penal acusatorio en Panamá. UNODC-CEJA, 2015.

PRADO G. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RIOS LPC. Procedimentos abreviados e de negociação penal na implementação de um modelo adversarial de processo: os riscos da cultura inquisitiva e das aspirações neoliberais de eficiência, Desafiando a inquisição: ideais e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, vol. 2, 2018, p. 197-216.

RUA G; POSTIGO LG. El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias. In: \_\_\_\_\_; et. al. (dir.). Sistemas Judiciales: una perspectiva integral sobre la administración de justicia. CEJA; INECIP, n. 21, 2017, p. 80-103.

SALAS DF. La absolución en el procedimiento abreviado. Valparaíso: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, vol. 26, n. 1, 2005, p. 363-378.

SCHUNEMANN B. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA MAN. A barganha judicial e a importância da etapa intermediária: lições para a reforma brasileira. In: COUTINHO, JNM, et. al. (dir.). Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay: hacia la justicia penal acusatoria en Brasil. Santiago: CEJA; Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 343-354.

\_\_\_\_\_. Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

VASCONCELLOS VG. Análise da proposta de “acordo penal” (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 27, n. 318, maio/2019, p. 27-29.

\_\_\_\_\_; LIPPEL MCN. Críticas à barganha no Processo Penal: inconsistências do modelo proposto no Projeto de Código de Processo Penal (PLS 156/2009). Quaestio Iuris: Rio de Janeiro, vo. 9, n. 03, 2016, p. 1737-1758.

\_\_\_\_\_. Barganha no processo penal e o autoritarismo ‘consensual’ nos sistemas processuais Revista dos Tribunais, vol. 953, mar/2015, p. 261-279.

\_\_\_\_\_; GIACOMOLLI NJ. Justiça Criminal Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 20, n. 3, dez. 2015, p.1112.

\_\_\_\_\_. Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 25, n. 299, out/2017, p. 7-9.





REVISTA  
URÍDICA  
ESTA ILIA



**DPE** **PR**

**DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DO PARANÁ**