

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL PENAL CONTEMPORÂNEA E JURISPRUDÊNCIA

COORDENAÇÃO

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

ORGANIZAÇÃO

PEDRO ROCHA AMORIM
NAIARA FERREIRA MARTINS
CAMILA NASCIMENTO DE SOUZA
ANA CAROLINA RODRIGUES DE SOUZA SILVA
JOSÉ RAMALHO BRASILEIRO JÚNIOR

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

Coordenação
Lilian Rose Lemos Rocha

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

*PRÁTICA PROCESSUAL PENAL
CONTEMPORÂNEA E
JURISPRUDÊNCIA*

Organização

Pedro Rocha Amorim
Naiara Ferreira Martins
Camila Nascimento de Souza
Ana Carolina Rodrigues de Souza Silva
José Ramalho Brasileiro Junior

Brasília
2022



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

CEUB

Documento disponível no link
repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: prática processual penal contemporânea e jurisprudência / coordenador, Lilian Rose Lemos Rocha – Brasília: CEUB: ICPD, 2022.

82 p.

ISBN 978-85-7267-061-6

1. Direito processual penal. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 343.1

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – CEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de ebook.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor ICPD/UniCEUB

APRESENTAÇÃO

Os trabalhos científicos que ora se apresentam são frutos fecundos da disciplina Prática Processual Penal Contemporânea e Jurisprudência, ministrada no terceiro bimestre do ano de 2021 pelo Professor Pedro Rocha Amorim.

No período letivo foram, para além da teoria jurídica do Processo Penal e seus aspectos relacionados à prática jurisprudencial, analisadas situações complexas - em especial em razão da situação vivenciada - sob o prisma constitucional, penal e processual penal.

Foram selecionados quatro trabalhos correlatos a temas estudados durante o bimestre, de autoria dos discentes Gabriella Borges Silva Diniz, Marcelo Lanna Melo Lisboa, Nathan Vinagre Augusto dos Santos e Thyago Bittencour de Souza Mendes.

Pedro Rocha Amorim

**COMPETÊNCIA RATIONE PERSONAE E A ANÁLISE DO
HISTÓRICO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA 06**

Gabriella Borges Silva Diniz

**PROVAS PRÉ-PROCESSUAIS: O VALOR PROBATÓRIO DO
INQUÉRITO POLICIAL E DAS PROVAS CAUTELARES
..... 22**

Marcelo Lanna Melo Lisboa

**O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL NA
PERSPECTIVA DA VÍTIMA: ESTUDO REFERENTE A
VITIMOLOGIA NO PROCESSO PENAL 37**

Nathan Vinagre Augusto dos Santos

**INSTITUTOS NEGOCIAIS E A RELATIVIZAÇÃO DOS
PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS COMO
POTENCIALIZADOR DE ERROS DO JUDICIÁRIO
..... 59**

Thyago Bittencourt de Souza Mendes

COMPETÊNCIA RATIONE PERSONAE E A ANÁLISE DO HISTÓRICO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

Gabriella Borges Silva Diniz¹

RESUMO

No direito processual penal, várias são as formas de definição de competência do juízo, uma delas é a competência *ratione personae* que muito embora tenha sido recepcionada por todas as Constituições Brasileiras, sempre foi objeto de discussão, principalmente com a edição e posteriormente o cancelamento da súmula 394 do STF. O histórico do entendimento do Supremo Tribunal Federal será analisado neste artigo, baseado na referida súmula.

Palavras-chave: Súmula 394 do STF. Competência *Ratione Personae*. Análise.

ABSTRACT

In criminal procedural law, there are several ways to define jurisdiction, one of them is the competence *ratione personae* which, although it have been received by all Brazilian Constitutions, has always been the subject of discussion, especially with the edition and later cancellation of the precedent 394 of STF. The historic of the Supreme Court's understanding will be analyzed in this article, based on the precedent.

Keywords: Precedent 394 of STF; Competence *Ratione Personae*; Analysis.

1 INTRODUÇÃO

No que tange à competência criminal para processamento e julgamento da ação penal, dentre outras formas, essa pode ser definida *ratione personae*, ou seja, em razão da função ou cargo exercido pelo agente público, conforme previsto em lei.

¹ Graduada no Curso de Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – CEUB. Advogada. Aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* “Direito Penal e Controle Social” do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD com endereço no SEPN, 707/907, Asa Norte Brasília, DF, CEP: 70790-075. Endereço eletrônico: gabriellabsdiniz@gmail.com.

Tal forma de definição de competência foi recepcionada por todas as Constituições Brasileiras, quais sejam, 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a atual, 1988², de modo que essa forma de determinação de competência sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Mais especificamente na Constituição Federal atual, restou consolidado a pluralização, de forma excessiva, da quantidade de autoridades, cujos cargos sejam detentores de foro por prerrogativa de função.

Entretanto, apesar de sempre previsto, determinado tema, ao longo dos anos, sempre foi objeto de discussão e divergência tanto doutrinária quanto jurisprudencial. Inclusive, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal o tema sempre foi objeto de destaque e constante modificação de entendimento, conforme será analisado neste artigo.

Essas mudanças constantes de entendimento sobre o tema na Suprema Corte brasileira, podem ser divididas em alguns momentos históricos, incluindo o antes e depois da edição e do cancelamento da Súmula 394 (STF) que versava sobre o assunto.

As alterações de interpretação a respeito das normas constitucionais que abordam o tema e que serão analisadas neste artigo, por um lado, podem gerar imensa insegurança jurídica em alguns aspectos, mas, por outro lado, também visam adequar a aplicação da norma à realidade atual.

O trabalho em tela faz uma breve análise dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre a questão e aponta qual é o entendimento atual, que de forma progressiva tem tentado reduzir a quantidade de processos contemplados pelo foro por prerrogativa de função.

2 COMPETÊNCIA *RATIONE PERSONAE* (EM RAZÃO DA PESSOA)

A competência em razão da pessoa, ou ainda da função ou do cargo exercido pelo agente público, segundo Aury Lopes Júnior, é uma forma de garantir que o

² BRASIL. Senado Notícias. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 27/09/2021.

indivíduo que ocupa um cargo com essa prerrogativa seja julgado originariamente por determinado órgão.³

Assim, a competência para processamento e julgamento da ação será aquela definida por lei, não havendo que se falar em privilégio do ocupante do cargo, mas sim como forma de proteção do sistema, de modo que pessoas possuidoras de cargos especiais não sejam julgadas por órgãos comuns, de primeira instância, mas sim pelos órgãos superiores, em decorrência da função pública desempenhada⁴.

Nesse sentido, Tourinho Filho considera que a prerrogativa de função é uma forma de manter a hierarquia nas funções do Estado.

[...] não se trata (...) de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores.⁵

Ou seja, em suma, a previsão de foro especial para julgamento de pessoas instituídas em determinados cargos é um modo de proteger o próprio sistema, com o objetivo de impedir que as autoridades acusadas exerçam, mesmo que indiretamente, qualquer tipo influência, abuso da autoridade ou de coação de um julgador de primeira instância, por exemplo.

Cumprе ressaltar que essa forma de determinação de competência é única e exclusivamente em função do cargo ocupado diante da administração pública, seja Federal, Estadual ou Municipal, e não da pessoa física que o ocupa. Assim, não se trata de “foro privilegiado”, erroneamente chamado, mas do foro pela prerrogativa da função no momento exercida.

A expressão “foro privilegiado” deixa a entender que o privilégio é concedido à pessoa, transparecendo a ideia de superioridade dos indivíduos que dele desfrutam, afrontando de forma evidente o regime democrático e o tratamento isonômico previsto constitucionalmente, além de alguns princípios.

³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pág. 329.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1984.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 380

Assim explica Flávio Martins, ao diferenciar foro privilegiado do foro por prerrogativa de função, aduzindo que “O privilégio diz respeito à pessoa, é algo personalíssimo e renunciável. Já a prerrogativa diz respeito à função exercida, sendo irrenunciável, portanto.”⁶

Destarte, conclui-se que o intuito da prerrogativa funcional é garantir imparcialidade no julgamento das autoridades contempladas pelo foro especial, asseverando maior independência para o exercício do cargo, decorrente de lei que assim o define.

2.1 Competência *ratione personae* nas constituições brasileiras

A Competência *ratione personae* foi recepcionada pela primeira Constituição Brasileira no ano de 1824⁷, outorgando foro especial à Família Imperial, aos Senadores durante o exercício do mandato, Deputados também durante ocupação do cargo, Ministros de Estado e Conselheiros de Estado.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil do ano de 1891⁸, fixou o foro para o Presidente da República, aos Ministros de Estado, aos Membros do Supremo Tribunal Federal e aos Ministros Diplomáticos.

Já na Constituição Brasileira de 1934⁹, permaneceram com prerrogativa especial os cargos de Presidente da República, Ministros da Corte Suprema (STF), Ministros de Estado, Ministros Diplomáticos e foram também incluídos os cargos de Procurador-Geral da República, Juízes dos Tribunais federais, Ministros do Tribunal de Contas, os Embaixadores, Juízes Federais (e substitutos) e os Juízes das Cortes de Apelação do Distrito Federal e dos Territórios e, por fim, dos Estados.

⁶ MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 1385.

⁷ BRASIL. **Constituição Política Do Imperio Do Brazil (de 25 de Março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

Com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937¹⁰ foi mantida a determinação de foro especial aos cargos da Constituição de 1924 e apenas modificados os órgãos competentes para processamento e julgamento de determinados crimes (comuns e de responsabilidade) de cada cargo.

Já em 1946, a Constituição¹¹ incluiu os cargos de Desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal e dos Territórios, Juízes de inferior instância, Vice-presidente da República, Deputados, Senadores, Chefes de Missão Diplomática (permanentes), Juízes dos Tribunais Superiores Federais, Juízes do Trabalho, Membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, Membros do Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, membros do Ministério Público e do Tribunal de Alçada, além dos cargos que já tinham a competência definida, quais sejam, Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, Ministros do Tribunal de Contas e Juízes Federais.

Por fim, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹², restou consolidado uma gama de outros cargos que detém prerrogativa de função, tanto para processamento e julgamento de crimes comuns, quanto crimes de responsabilidade, quais sejam, Presidente da República, Vice-Presidente da República, Deputados e Senadores, Ministros do STF, Procurador-Geral da República, Membros do Conselho Nacional de Justiça ou do Conselho Nacional do Ministério Público, Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, Senado Federal, se conexos com os do Presidente da República, Advogado Geral da União, Ministros dos Tribunais Superiores (STJ, TSE, STM e TST), Diplomatas, Membros dos Tribunais de Contas da União, Membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Contas dos Estados e Tribunais de Contas dos Municípios, Governador de Estado e do DF, Juízes Federais, inclusive do Trabalho e da Justiça Militar Federal, Procurador-Geral de Justiça, Membros do Ministério

¹⁰ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

¹¹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (de 1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

Público Estadual, Membros do Tribunal de Justiça Militar Estadual e Juízes de Direito, Subprocuradores-Gerais da República, Membros do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais e Membros do Ministério Público da União.

Verifica-se que ao longo dos anos, em cada Constituição brasileira, o rol de cargos contemplados com o foro por prerrogativa de função aumentou gradativamente, fazendo com que o Brasil seja um dos Países com maior quantidade de cargos com foro especial.¹³

Estima-se que aproximadamente sessenta mil ocupantes de cerca de 40 (quarenta) tipos de cargos nas esferas Federal, Estadual e Municipal dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam contemplados pelo foro por prerrogativa de função.¹⁴

Essa situação faz com que vários dos Tribunais brasileiros fiquem abarrotados de processos funcionais e tende a prejudicar as demais atuações e atribuições em outros aspectos e demandas, na maioria das vezes essenciais, ocasionando morosidade para resolução dos litígios e claramente contrariando o princípio da celeridade processual.

A problemática acima exposta aumentou ao longo dos anos e passou a ser causa das constantes modificações históricas de entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação a interpretação do assunto.

Além disso, essas questões também refletiram no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre quais processos devam ser acolhidos no foro especial, assim como o momento em que esses devam ser incluídos nessa prerrogativa, a partir da investidura no cargo funcional e permanecerem neste foro após a destituição da função.

¹³ BRASIL. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/entenda-foro-privilegiado-e-veja-o-que-pode-mudar/index.html>>. Acesso em: 30/09/2021.

¹⁴ BRASIL. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/entenda-foro-privilegiado-e-veja-o-que-pode-mudar/index.html>>. Acesso em: 30/09/2021.

2.2 Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao entendimento e interpretação do foro por prerrogativa de função, verifica-se que o entendimento da corte era de que se o crime fosse cometido durante o exercício da função desempenhada, mesmo não ocupando mais o cargo, ainda assim o foro especial subsistiria.

Ou seja, se o crime tivesse sido praticado durante o exercício de determinado cargo com foro especial e os autos não tivessem transitado em julgado até o momento da destituição da função, ainda assim o foro competente era o inicialmente processado em razão do cargo antes ocupado.

Portanto, seguindo determinado entendimento, em 03 de abril de 1964, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 394 que consolidava a questão da seguinte forma: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”¹⁵

Seguindo esse mesmo raciocínio, em relação aos processos já existentes e que tramitavam em outra instância antes da posse do indivíduo naquela função que detém foro especial, ainda que esses autos não tivessem qualquer relação com a função desempenhada, também eram atraídos e remetidos para o foro especial, após a investidura no cargo.

Esse primeiro posicionamento do Supremo Tribunal Federal por vários anos, fez com que inúmeros processos fossem remetidos, permanecessem e fossem acumulados nos Tribunais até o trânsito em julgado, que frisa-se, levava anos para acontecer, quando ocorria, visto a quantidade de recursos protelatórios interpostos, mesmo após a destituição dos agentes dos cargos funcionais, contrariando alguns princípios constitucionais, como, por exemplo, o da igualdade e da celeridade processual, provocando na sociedade uma sensação de impunidade.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 394**. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. (Cancelada). Sessão Plenária de 03/04/1964. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula394/false>>. Acesso em: 27/09/2021.

Ocorre que em 25 de agosto de 1999, o Supremo Tribunal Federal julgou no Inquérito nº 687-4 de relatoria do Ministro Sydney Sanches, uma Questão de Ordem, e alterou o entendimento sobre o tema em questão.

A corte brasileira passou a entender que a Constituição Federal de 1988 apenas assegura o foro por prerrogativa de função aos indivíduos que no momento do julgamento do processo estejam exercendo o cargo.

Nesse segmento, uma pessoa que ocupava um cargo com prerrogativa de função e tinha determinada ação tramitando naquele foro antes competente, após cessada a função, os autos deveriam ser remetidos ao novo juízo competente, corresponde a sua nova condição (sem o cargo).

Portanto, a partir da Questão de Ordem suscitada, restou cancelada a Súmula nº 394, com efeito *ex nunc*, pois de acordo com o Ministro relator Sydney Sanches no citado julgado, “a Constituição não é explícita em contemplar, com a prerrogativa de foro perante esta Corte, as autoridades e mandatários, que, por qualquer razão, deixaram o exercício do cargo ou do mandato.”¹⁶

Cumprindo ainda ressaltar que caso o detentor de cargo com prerrogativa funcional venha a perder o cargo público ou mandato, as infrações cometidas após o exercício funcional, não serão submetidas à competência originária dos Tribunais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já tinha entendimento consolidado na Súmula nº 451, a qual versa que “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”.¹⁷

Ou seja, a regra da atualidade foi fixada na citada súmula, como forma de reforçar que após cessada a função pública, não há que se falar em foro especial para crimes cometidos após a destituição do cargo.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 687-4. Relator Min. Sydney Sanches**. Julgado em 25/08/1999. (DJ de 09/11/2001). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757>>. Acesso em: 27/09/2021.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 451**. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Sessão Plenária de 01/10/1964. Disponível em < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula451/false>>. Acesso em: 30/09/2021.

2.3 Lei nº 10.628/2002

Em 24 de dezembro de 2002, pouco tempo após o cancelamento da Súmula nº 394 do Supremo Tribunal Federal que alterou o entendimento sobre o tema, foi editada a Lei nº 10.628 pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, objetivando alterar o Artigo 84 do Código de Processo Penal, inserindo os §§1º e 2º no referido artigo.

Essa Lei que objetivava alterar única e exclusivamente o Art. 84 do Código de Processo Penal, incluindo na redação dois novos parágrafos, foi uma tentativa de reincorporar ao ordenamento jurídico brasileiro o entendimento da Súmula nº 394, até então cancelada.

Assim, o §1º versava: “A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.”¹⁸

Essa inclusão pretendia resgatar e consolidar o antigo entendimento do STF, para que os processos continuassem sendo remetidos e permanecessem no foro especial, mesmo não havendo mais exercício da função.

Isso porque os agentes públicos perceberam as vantagens pessoais obtidas, quando os processos continuavam tramitando no foro especial e não em instância inferior, considerando que levavam anos para serem julgados, quando ocorria, e ainda que poderiam interpor diversos recursos protelatórios, que obviamente retardavam o trânsito em julgado dos autos e, conseqüentemente, a aplicação da sanção.

Dessa mesma forma, pretendiam impor o entendimento anterior que os favoreciam para que pudessem utilizar de artimanhas, brechas e teses para empurrar os processos entre as instâncias da forma que lhes convinha, com o único intuito de retardar as decisões judiciais e, portanto, protelar o desfecho dos autos, se beneficiando da morosidade que ocasiona a impunidade.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110628.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

Com a edição da referida Lei e a alteração realizada no Código de Processo Penal, prontamente a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou em 27 de dezembro de 2002, três dias após a sanção, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), distribuída sob o nº 2797, para que fosse declarada a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do CPP.¹⁹

Em 15 de setembro de 2005, por maioria, o Plenário do STF julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos referidos parágrafos da Lei nº 10.628/2002, entendendo que a lei ordinária sancionada não pode determinar uma interpretação da Constituição Federal.

Além disso, a “nova” interpretação atribuída pela lei declarada inconstitucional, ia totalmente contra o entendimento da Suprema Corte brasileira após o cancelamento da Súmula nº 394, de forma que conforme foi perfeitamente pontuado pelo Ministro Relator da ADI, “admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador”.²⁰

Neste contexto, cumpre ressaltar que com o cancelamento da Súmula, a Corte confirmou que o dispositivo constitucional não admite a interpretação de que após cessado o cargo, permaneça o foro por prerrogativa de função.

Deste modo, não compete ao legislador ordinário ir no sentido contrário ao que já foi entendido pelo Supremo Tribunal Federal, nem mesmo prever hipótese de competência de foro que não tenha sido recepcionada pela Constituição Federal, que era o caso da inclusão do §2º do Artigo 84 pela Lei nº 10.628/2002. Tal modificação deve ser realizada pela via correta, não por lei ordinária.

Portanto, entre setembro de 2005 e maio de 2018, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era de que se o crime tivesse sido cometido antes da posse no cargo funcional, tão logo houvesse a investidura na função que detém a

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2797 (Medida Liminar)**. Relator Min. Menezes Direito. Julgado em 15/09/2005. (DJ de 19/12/2006). Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=2797&numProcesso=2797>>. Acesso em: 27/09/2021.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2797**. Relator Min. Menezes Direito. Julgado em 15/09/2005. (DJ de 19/12/2006). Disponível em: <<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>>. Acesso em: 27/09/2021.

prerrogativa, os autos deveriam ser remetidos ao Tribunal competente da prerrogativa e, após o indivíduo deixar o cargo, sem que tenha havido o trânsito em julgado dos autos, esses deveriam ser remetidos para instância inicial de origem.

Em relação aos crimes que foram cometidos na constância da função, o agente teria direito ao foro por prerrogativa do cargo apenas durante o período que ocupasse aquele cargo e, após cessado exercício funcional, sem que tenha havido o trânsito em julgado do processo, esse seria remetido para primeira instância.

2.4 Atual entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do foro por prerrogativa de função

Novamente, após várias alterações de entendimento, em 03 de maio de 2018, foi julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, Questão de Ordem nos autos da Ação Penal nº 937/RJ²¹, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, passando o Supremo Tribunal Federal a se posicionar em relação à restrição do foro por prerrogativa de cargo ou função.

Logo, no entendimento atual, restou determinada a regra de contemporaneidade, ou seja, a prerrogativa em razão da função é aplicada tão somente aos crimes cometidos na constância do exercício da função, bem como para os crimes que sejam relacionados exclusivamente às funções desempenhadas.

Assim, após a destituição da função do agente público que ocupava cargo com foro especial, a competência para processamento e julgamento de ações penais não será mais afetada ao final da instrução processual, com a publicação do despacho para apresentação de alegações finais.

A definição desse momento processual para manutenção da competência é de suma importância, uma vez que antes do julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal o agente, na maioria dos casos, renunciava ao cargo e imediatamente o processo era remetido à instância inferior, retardando a decisão final e, em alguns casos, ainda acarretava prescrição e, conseqüentemente, impunidade.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 937/RJ**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgado em 03/05/2018. (DJ de 10/12/2018). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>>. Acesso em: 27/09/2021.

Dentre os argumentos defendidos pelo Ministro Relator para alteração do entendimento da Corte estão a quantidade de pessoas que são beneficiadas pelo foro por prerrogativa de função, assim como a extensão dada à competência, uma vez que englobava fatos diversos e sem qualquer nexo com o exercício do cargo.

Isso porque a complexidade do procedimento de tramitação dentro do Supremo Tribunal Federal, comparado a um juízo de primeira instância, acabava gerando em vários casos a prescrição, diante da morosidade enfrentada dentro do próprio sistema, assim como a impunidade e o desprestígio da instituição, conforme bem pontuado por Nucci.²²

Também foi objeto de destaque no referido julgado, pelo Ministro Relator, que a alteração do entendimento da Corte não significa que o entendimento anterior estivesse errado, mas que é necessária a adequação por mudança da realidade fática, percepção social do direito e negatividade da orientação jurisprudencial anterior.²³

Assim, segundo o Ministro, a nova interpretação prestigia o princípio da igualdade e deveria ser aplicado de imediato aos processos em curso.²⁴

Com essa alteração, as teses do julgado foram consolidadas no Informativo nº 900 do Supremo Tribunal Federal com o entendimento que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”²⁵

Portanto, diferentemente de todos os posicionamentos anteriores, onde as normas que preconizam a respeito do foro especial tinham uma interpretação extensiva, claramente contrariando princípios e obstando a eficiência da justiça, o

²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Resumo do Informativo nº 900 do STF**. Disponível em: <<https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/noticias/580815239/resumo-do-informativo-n-900-do-stf>>. Acesso em: 27/09/2021.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 937/RJ**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgado em 03/05/2018. (DJ de 10/12/2018). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>>. Acesso em: 30/09/2021.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 937/RJ**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgado em 03/05/2018. (DJ de 10/12/2018). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>>. Acesso em: 30/09/2021.

²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **Informativo nº 900**. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>>. Acesso em: 27/09/2021.

entendimento atual vai no sentido contrário, para restringir cada vez mais os processos que tramitam nos Tribunais em virtude da prerrogativa de função.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, verifica-se uma tentativa de adequação da norma constitucional aos preceitos e princípios ditados pela própria Constituição Federal, como, por exemplo, o princípio da igualdade, e o princípio da celeridade processual, ainda em uma tentativa de garantir maior efetividade das normas e eficácia do sistema.

Além disso, estima-se que após a última mudança de entendimento da Suprema Corte brasileira, haverá mais celeridade no julgamento de casos que envolvam ex-agentes públicos, aliviando a médio prazo os Tribunais, bem como será consolidada maior eficácia do processo penal.

Consequentemente, com a redução de processos que tramitam e até então eram protelados nos órgãos, exclusivamente pela prerrogativa de função, os Tribunais poderão direcionar os esforços para outras demandas importantes para a sociedade, entregando uma prestação jurisdicional de maior qualidade, celeridade e eficácia.

Na verdade, um cenário ideal seria a extinção do foro por prerrogativa de função no ordenamento jurídico brasileiro para as infrações penais comuns em diversos cargos, atualmente contemplados pelo instituto, preservando a prerrogativa apenas para os cargos dos chefes dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Inclusive, esse cenário é objeto de diversas propostas de Emenda à Constituição, que visam modificar o foro especial. Uma delas é a PEC 333/2017 que conforme disposto em sua ementa, pretende alterar “os arts. 5º, 37, 96, 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função no caso dos crimes comuns, e revoga o inciso X do art. 29 e o § 1º do art. 53 da Constituição Federal.”²⁶

²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição. PEC 333/2017**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2140446>>. Acesso em: 30/09/2021.

Por fim, é possível concluir em uma análise histórica, que o foro por prerrogativa de cargo ou função foi e tem sido alvo de debates e mudanças de entendimento, visto que antes havia uma abrangência muito maior do instituto que permitia confundir imunidade com impunidade, violando de maneira demasiada princípios constitucionais.

A partir das mudanças de interpretação realizadas e com o entendimento sedimentado até então, nota-se que muito embora a alteração da norma só possa ser realizada por emenda constitucional, há claramente uma tentativa de adequação de institutos, feita pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar o conflito entre normas e princípios constitucionais, como, por exemplo, o princípio da igualdade com a norma de proteção a determinados cargos públicos, bem como uma restrição da quantidade de processos submetidos ao foro especial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/entenda-foro-privilegiado-e-veja-o-que-pode-mudar/index.html>>. Acesso em: 30/09/2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição. PEC 333/2017. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2140446>>. Acesso em: 30/09/2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (de 1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. **Constituição Política Do Imperio Do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110628.htm>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. **Senado Notícias**. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 937/RJ**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgado em 03/05/2018. (DJ de 10/12/2018). Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 937/RJ. Relator Min. Roberto Barroso**. Julgado em 03/05/2018. (DJ de 10/12/2018). Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>>. Acesso em: 30/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2797 (Medida Liminar)**. Relator Min. Menezes Direito. Julgado em 15/09/2005. (DJ de 19/12/2006). Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=2797&numProcesso=2797>>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2797-2**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 15/09/2005. (DJ de 19/12/2006). Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 687-4**. Relator Min. Sydney Sanches. Julgado em 25/08/1999. (DJ de 09/11/2001). Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757>>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 394**. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função,

ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. (Cancelada). Sessão Plenária de 03/04/1964. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula394/false>>. Acesso em: 27/09/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 451**. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Sessão Plenária de 01/10/1964. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula451/false>>. Acesso em: 30/09/2021.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pág. 329.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 1385.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Resumo do Informativo nº 900 do STF**. Disponível em: <<https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/noticias/580815239/resumo-do-informativo-n-900-do-stf>>. Acesso em: 27/09/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: **Informativo nº 900**. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo900.htm>>. Acesso em: 27/09/2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 380.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Pau Paulo: Saraiva, 1984.

PROVAS PRÉ-PROCESSUAIS: O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL E DAS PROVAS CAUTELARES

Marcelo Lanna Melo Lisboa¹

RESUMO

O poder-dever do *jus puniendi* estatal demanda um constante sopesamento da necessidade de sua realização com os direitos e garantia individuais dos alvos dessa atuação. O descobrimento da verdade real não foge a essa premissa. Questiona-se, portanto, em que medida os procedimentos investigativos adotados pelas autoridades são compatíveis com o sistema acusatório. Logo, tais procedimentos devem ser analisados quanto à capacidade de influir na decisão judicial em ação penal.

Palavras-chave: Inquérito Policial. Provas cautelares. Valoração probatória.

ABSTRACT

The *jus puniendi* authority-duty of the State demands a constant balancing of the need of its execution and the individual rights of its targets. The discovery of the true facts doesn't escape from this premise. It is therefore necessary to question to what measure the investigative procedures are compatible with the accusatory system. Thus, these procedures must be analyzed for their ability to influence the upcoming judicial decision.

Keywords: Police inquiry. Provisional evidence. Probative value.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as diversas funções do Estado determinadas pela Constituição Federal de 1988 e pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, muito se destaca a

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB e aluno de Pós-Graduação Lato Sensu de Direito e Prática Processual nos Tribunais do Centro Universitário de Brasília CEUB/ICPD, residente e domiciliado a SMLN Mi Trecho 07, conjunto 5, casa 18A, Brasília – DF, Brasil, e endereço eletrônico marcelo.lml@outlook.com.

função punitiva, ou *jus puniendi*, que significa o poder/dever estatal de punir aquele que viola a norma Penal².

Conforme leciona José Antonio Paganella Boschi³, essa atividade pode ser dividida em duas fases, uma administrativa e outra judicial. A primeira, por sua vez, realiza-se em dois momentos: preventivamente, buscando impedir ou reduzir a práticas de ilícitos penais, e repressivamente, através da busca e coleta de provas com o objetivo de embasar a ação penal a ser oferecida.

Esse procedimento de busca e coleta de provas pode se dar pela forma de termo circunstanciado, em se tratando de infração de menor potencial ofensivo⁴, ou inquérito policial, nos demais casos.

O inquérito ou termo circunstanciado é instaurado após uma apuração prévia pela autoridade policial⁵ acerca da existência de indícios de materialidade e autoria da infração penal. Se, durante a realização da investigação, forem constatados fortes indícios de materialidade e autoria a um ou mais sujeitos, serão eles *indiciados*. Ao final da investigação, concluindo-se pela existência ou não de materialidade e autoria, é elaborado relatório policial, que é encaminhado ao Ministério Público ou Querelante, a depender do titular da ação penal referente à conduta investigada, que decidirá pelo oferecimento ou não de denúncia ou queixa.

Se oferecida a denúncia ou queixa, é deflagrada a fase judicial do *jus puniendi*.

No curso da ação penal, por sua vez, acontece um segundo momento de produção probatória, a *instrução processual*. Esse se distingue do primeiro, uma vez que é produzido em sede judicial, sob o crivo do contraditório da parte adversa. Interpretando-se sistematicamente a ordem jurídica constitucional, nota-se que esse

² ROZEIRA, Matheus. **Jus puniendi: os limites do direito de punir**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/64994/jus-puniendi-os-limites-do-direito-de-punir>>. Acesso em: 17/09/2021.

³ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

⁴ Nos termos da lei 9.099/95, são infrações penais de menor potencial ofensivo “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

⁵ Cabe ressaltar que a legislação revê a realização de investigação por outras autoridades, como as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) ou o próprio Ministério Público. Esses casos, porém, são exceções à regra geral, e não serão tratados em nosso estudo.

procedimento possui caráter legitimador da própria atividade punitiva estatal, em atenção ao princípio do devido processo legal.

Tal é a importância da produção de provas em sede judicial, com observância dos princípios e regras processuais, que se consolidou no âmbito dos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de ser *nula* a condenação criminal fundada exclusivamente em elementos do inquérito policial e não confirmadas em juízo⁶, em atendimento à previsão do art. 155 do CPP.

Ocorre que, apesar disso, o que se verifica na realidade das varas e tribunais, é que o inquérito policial muitas vezes é tido como a principal fonte de provas dos fatos discutidos em juízo, especialmente materialidade e autoria do crime, prática que, conforme se verá mais adiante, destoa da natureza jurídica e função do inquérito.

Há também as chamadas formas cautelares de produção probatória, as quais, apesar de ocorrerem externamente ao curso da ação penal, são admitidas como formadoras de convicção do juiz em sede de sentença penal, por expressa previsão do mencionado art. 155. Como se verá mais adiante, nem sempre esses procedimentos cumprem devidamente com os princípios do contraditório e da ampla defesa, ou atendem às demais garantias constitucionais atribuídas ao investigado.

Por isso, necessário se faz analisar o papel do Inquérito Policial e das provas cautelares no processo penal, tendo por base sua natureza jurídica, características e propósito, e avaliar se a forma atual de valoração das provas produzidas nesses procedimentos é, ou não, apropriada.

2 NATUREZA E FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL

Conforme já ventilado, o Inquérito Policial é procedimento realizado em momento pré-processual, possuindo natureza administrativa. Por isso, pode ser instaurado de ofício pela autoridade policial (conforme competência atribuída no art. 4º do CPP⁷), e prescinde do requisito processual do contraditório. Mesmo porque,

⁶ STF, Primeira Turma, **RE 287658/MG**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/09/2003

⁷ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

em se tratando de investigação preliminar a denúncia, não há que se falar, no momento de sua instauração, em *réu*, mas meramente em *suspeitos* ou *investigados*.

O fundamento de sua existência decorre justamente do *jus puniendi* estatal, sob sua acepção repressiva, vez que é instaurado em momento posterior à ocorrência do fato potencialmente criminoso. A polícia judiciária possui, portanto, o papel de apurar os fatos ocorridos, buscando a existência dos indícios de *materialidade* (ocorrência de fato típico na legislação penal) e *autoria* (designação do agente da conduta típica).

Cabe lembrar que o inquérito apura meramente *indícios*, uma vez que a constatação definitiva de materialidade e autoria apenas pode ser feita em sede judicial. Assim, a finalidade precípua da investigação é embasar a chamada *opinio delicti*, que pode ser entendida como a convicção formada pelo titular da ação penal (majoritariamente o Ministério Público) acerca da existência de elementos suficientes ao oferecimento de denúncia.

Nesse âmbito, Aury Lopes Jr.⁸ expõe a distinção existente entre os *atos de investigação* e os *atos de prova*.

Os primeiros podem ser praticados pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público, visam à formação de um juízo de probabilidade e *opinio delicti*, referindo-se meramente a um a hipótese, ocorrendo em momento pré-processual, sem necessidade de observância de princípios como contraditório, ampla defesa e publicidade. Cabe mencionar que atos de investigação podem embasar medidas cautelares, visando resguardar eventual processo penal ou a própria apuração preliminar.

Os segundos, por sua vez, são dirigidos ao juiz, referindo-se a uma afirmação, buscando formar um juízo de certeza, sendo praticados durante o processo, perante o magistrado, com fins de embasar a sentença penal, devendo obedecer aos princípios processuais de contraditório e publicidade.

⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P.185-187.

Nota-se de imediato que o Inquérito Policial é capaz de produzir meramente *atos de investigação*, de forma que sua valoração como meio de prova em processo penal deve ser condizente com sua natureza.

3 VALOR PROBATÓRIO DOS ATOS REALIZADOS EM INQUÉRITO

A natureza do Inquérito Policial, como foi visto, bem o aloca na seara administrativa e no momento pré-processual, enquanto o processo penal em si possui sua própria fase de produção de provas, notadamente a instrução processual.

Cabe lembrar que o modelo acusatório adotado pela Constituição torna imprescindível que a execução penal, forma mais invasiva do Estado na esfera de direitos individuais fundamentais, apenas ocorra quando obedecido o *devido processo legal*, que, por sua vez, haja levado a uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Por isso, o caráter *inquisitivo* que se observa no Inquérito Policial o torna, a princípio, incompatível com as restrições de direitos que por vezes são necessárias ao exercício do *jus puniendi* estatal.

Não por acaso, o art. 155 do Código de Processo Penal veda a condenação fundada exclusivamente em elementos colhidos na fase de investigações preliminares⁹.

Por outro lado, o próprio dispositivo faz ressalvas quanto às provas “cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Ademais, a legislação permite a efetivação de medidas cautelares (podendo chegar à prisão preventiva), em momento anterior ao oferecimento da própria denúncia, ou seja, fundados exclusivamente em elementos contidos no Inquérito. Além disso, é patente a possibilidade de que as informações apuradas em Inquérito, uma vez anexadas aos autos processuais, influenciem na decisão final do magistrado.

Há que se questionar, portanto, se, e em que medida, é dado o devido valor (ou desvalor) aos atos investigatórios realizados em sede de Inquérito Policial.

⁹ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

3.1 Provas repetíveis

As provas que podem ser produzidas na seara do Inquérito Policial podem ser classificadas em repetíveis ou irrepetíveis. Tal distinção se faz necessária justamente para que se possa atribuir a cada elemento informativo o devido valor probante. Afinal, a colheita de informações e evidências nem sempre é passível de realização em sede de processo penal com garantia do contraditório.

Nesse sentido, Camilla Brentel¹⁰ explica que a expressão “não repetíveis” que consta no art. 155 do CPP não deve ser interpretada literalmente. Isso porque, em verdade, não é possível repetir genuinamente a prova produzida em Inquérito, mas apenas produzir prova nova, a partir da mesma fonte, o que inevitavelmente ocorrerá em um contexto fático e temporal diferente do anterior, podendo, ou não, levar ao mesmo resultado da prova produzida no momento pré-processual.

A Autora conceitua as provas irrepetíveis de forma ampla, sendo:

a prova cuja fonte (pessoa ou objeto) não puder ser submetida a exame na audiência de julgamento, em razão de alteração significativa nas características que lhe são peculiares, ou de sua extinção)¹¹

A *contrario sensu*, podemos definir as provas repetíveis como aquelas cuja fonte pode ser analisada em sede judicial sem alteração significativa nos aspectos essenciais que a constituem enquanto meio de prova.

Nessa linha, Brentel associa ao conceito de provas irrepetíveis às provas cautelares e antecipadas, enquanto, ao de provas repetíveis associa os *elementos informativos*.

Quanto a estes, cabe esclarecer que não se confundem com *elementos de prova*, em razão de sua forma e circunstâncias de realização (sob presidência da autoridade policial, sem contraditório).

¹⁰ BRENTEL, Camilla. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 110 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. José Raul Gavião de Almeida. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. P. 38

¹¹ BRENTEL, Camilla. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 110 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. José Raul Gavião de Almeida. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. P. 39

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr¹² considera os atos repetíveis como meros atos de investigação, que devem possuir pouco ou nenhum valor probatório capaz de subsidiar uma sentença condenatória se não repetidos em sede processual.

O Autor explica ainda que a *repetição* do ato de produção de prova não se confunde com a mera *reprodução* ou com a *ratificação* da prova produzida em sede de Inquérito, o que condiz com o conceito trazido por Brentel de repetição como novo ato de produção de prova.

Por tudo isso, as provas *repetíveis* do Inquérito Policial possuem meramente o condão de embasar a *opinio delicti* do titular da ação penal, ou fundamentar as medidas cautelares realizadas em momento anterior ao oferecimento da denúncia.

Essas constatações, porém, limitam-se às provas repetíveis, não se aplicando, portanto, aos atos de investigação que não possam ser novamente realizados (com manutenção de seus aspectos essenciais) em sede processual.

3.2 Provas cautelares, antecipadas e não repetíveis

O art. 155 do CPP admite a formação da convicção do magistrado pela apreciação das provas cautelares, antecipadas e não repetíveis, em exceção à impossibilidade de decisão fundada exclusivamente em elementos constantes do Inquérito Policial.

Renato Brasileiro de Lima¹³ traça as diferenças entre os três procedimentos.

As provas cautelares são produzidas quando há um risco de desaparecimento do objeto da prova, devendo contar com autorização judicial. É o caso das interceptações telefônicas, ou outras provas cujo conhecimento prévio pelo investigado pode comprometer a própria obtenção da informação.

As provas irrepetíveis, por sua vez, como já ventilado, são aquelas cuja fonte pode se tornar inacessível (por perecimento, desgaste, destruição ou qualquer outra

¹² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P.186-187.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, vol. I**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011. P.157-159

razão). Nesses casos, conforme explica Lima¹⁴, a autoridade policial age inclusive sem necessidade de autorização judicial, em razão da urgência do caso. Como exemplo, tem-se a imediata realização do corpo de delito prevista no art. 6º do CPP.

Nos casos supra, o direito ao contraditório é *diferido*, vez que ocorrerá apenas em âmbito processual, momento no qual será dada às partes a oportunidade de discutir a “admissibilidade, regularidade e idoneidade”¹⁵ das provas produzidas.

As provas antecipadas, por sua vez, seguem o procedimento específico previsto no art. 225 do CPP. Trata-se de forma de “jurisdicionalização”, como coloca Aury Lopes Jr¹⁶, em que se produz a prova sob o crivo do magistrado, com respeito integral aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em todos os três casos, aos quais Brentel se refere como “provas cautelares *lato sensu*”¹⁷, devem ser observados os requisitos previstos no inciso I do art. 156 do Código de Processo Penal¹⁸. Assim, conforme explica a Autora, a produção de prova cautelar (em sentido amplo) possui como requisitos a necessidade de sua produção para o deslinde do processo, a produção em meio adequado e a avaliação entre os benefícios e malefícios da produção (proporcionalidade).

A valoração das provas nesses casos não é tão simples quanto no das provas repetíveis. Aqui, a impossibilidade ou extrema dificuldade de produção da prova no decorrer do processo, sob o crivo do magistrado e com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa se contrapõe ao alcance da verdade real, e ao próprio dever estatal de exercício do *jus puniendi*.

De plano, nota-se que esse ponto não se aplica ao procedimento da produção antecipada de prova prevista no art. 225 do CPP. Justamente por isso, defende Aury

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011. P. 157.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. I. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011. P. 157.

¹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P.186-187. P. 191.

¹⁷ BRENTEL, Camilla. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 110 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. José Raul Gavião de Almeida. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. P. 43-44.

¹⁸ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Lopes Jr. que essa deve ser a única maneira legalmente aceita de se produzir, em momento pré-processual, prova capaz de influir na sentença penal¹⁹.

Fundamenta o Autor que o caráter definitivo e majoritariamente incriminatório das provas cautelares, diante da impossibilidade de posterior repetição em juízo, tornam necessário que haja no mínimo uma observação da *ampla defesa*, manifestada pela “presença fiscalizante da defesa técnica”, com poderes para, por exemplo, formular requisitos em perícias ou requisitar produção de outras provas.

A concretização de tal entendimento, porém, necessitaria de alteração legislativa. Como bem expõe Brentel²⁰, a simples leitura do art. 155 do CPP permite inferir a admissão pela legislação de duas possibilidades, no mínimo, controversas: a de decisão com base em elementos constantes do Inquérito, se somados a provas produzidas em juízo (em razão do termo “exclusivamente”) e a de decisão com base em elementos exclusivamente constantes do inquérito, se se tratarem de provas cautelares.²¹

Essas conclusões logicamente levam a questionar a compatibilidade da atual redação do referido dispositivo com a lógica adotada pelo Direito Penal e pela Constituição, notadamente em face do sistema acusatório e os princípios do contraditório e da ampla defesa.

3.3 Comentários acerca do art. 155 do CPP e do valor probatório das provas cautelares

Como se viu, a atual legislação processual penal permitiu, na atual redação do art. 155 do CPP, a utilização de elementos do Inquérito policial na formação da convicção do magistrado em sede de sentença penal. Em se tratando de provas cautelares, parece possível inclusive a condenação fundada exclusivamente nesses elementos.

¹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 191-193.

²⁰ BRENTTEL, Camilla. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 110 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. José Raul Gavião de Almeida. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. P. 52-53.

²¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 194.

Brentel²², ao repisar o histórico legislativo que culminou na atual redação do dispositivo supracitado, demonstra que, mesmo que houvesse um objetivo do legislador de limitar o poder probatório dos atos produzidos em Inquérito, esse fim não foi satisfatoriamente alcançado.

As análises até aqui realizadas deixam claro que a própria natureza (administrativa) e características (sem contraditório, caráter oficioso, ausência de publicidade) do Inquérito Policial o tornam incompatível com a formação da convicção do magistrado em sede de sentença penal, dadas as impositivas garantias constitucionais estabelecidas. Ora, o *jus puniendi* estatal, forma mais invasiva do Poder Público sobre a esfera de direitos e liberdades individuais tem, logicamente, sua legitimidade vinculada ao atendimento das garantias e formas previstas em lei.

Não por acaso, a doutrina e jurisprudência notadamente consagram a existência de princípios do Direito Penal (aplicáveis também ao Processo Penal) como o da fragmentariedade, da lesividade e da subsidiariedade. O ordenamento jurídico penal pátrio, em atendimento a tais princípios, impõe a adoção prática do sistema acusatório, devendo suas “flexibilizações” ser admitidas apenas em casos excepcioníssimos.

A atual redação do art. 155 do CPP, porém, parece admitir práticas em sentido oposto. Como explica Brentel²³, a presença do advérbio “exclusivamente” no texto legal acaba por possibilitar a formação de convicção do magistrado somente com elementos produzidos no Inquérito, quando tais elementos advierem das provas cautelares. Cabe aqui repisar que, das três espécies de provas cautelares previstas, duas - cautelares em sentido estrito e irrepetíveis - tem o contraditório *diferido* ao momento processual, o que notadamente mitiga a concretização das garantias do acusado/investigado/indiciado.

²² BRENTTEL, Camilla. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 110 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. José Raul Gavião de Almeida. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. P. 50-53

²³ BRENTTEL, Camilla. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 110 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. José Raul Gavião de Almeida. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. P. 52-53.

Ademais, se se considerar o mencionado caso das provas irrepetíveis, cuja produção pode se dar até mesmo sem autorização judicial, fica claro que a possibilidade de se admitir a decisão penal condenatória fundada exclusivamente em provas cautelares é hipótese diametralmente oposta ao que determina o sistema acusatório.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. advoga, como mencionado anteriormente, que a única forma de produção cautelar de prova, dentre as três atualmente admitidas, compatível com os princípios orientadores do Processo Penal é a produção antecipada²⁴. Afinal, esse é o único dos três procedimentos que possibilita uma ampla defesa efetiva, não obstante ocorra em momento pré-processual.

O Autor também explica que, na realização desse procedimento, é necessário o atendimento a uma série de requisitos. No tocante à admissibilidade, deve ser comprovada a “relevância e imprescindibilidade” do conteúdo da prova para a sentença, bem como ser demonstrada a probabilidade (“indícios razoáveis”) de perecimento da prova. Quanto ao procedimento, é necessária a observância do contraditório e da ampla defesa, bem como das mesmas garantias impostas no momento processual.

Não obstante, destaca-se que a produção antecipada de prova é medida excepcional, em que o *status* de prova com valor processual apenas se adquire mediante cumprimento dos requisitos supracitados.

Além de defender a drástica restrição das formas de produção cautelar de prova, Aury Lopes Jr. problematiza a própria anexação aos autos processuais do Inquérito Policial.

Isso porque, como explica o Autor, a atual redação do art. 155 admite o que ele chama de forma “dissimulada” de condenação com base em elementos constantes do Inquérito Policial, caracterizada pelo cotejo desses elementos em conjunto com as provas produzidas em processo. As colocações são contundentes:

Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a

²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 191-193.

condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito.²⁵

A consequência, caso recorrente na prática forense²⁶, é a utilização do Inquérito Policial como principal fonte de provas utilizadas para formar a convicção do juiz, em conjunto com uma singela prova processual, que se utiliza somente com o fim de atender à imposição do art. 155.

Por isso, defende Lopes Jr., a única prova admissível à formação da convicção do juiz deve ser aquela produzida em sede processual ou sob o procedimento da produção antecipada. Sendo tal prova insuficiente para embasar a condenação, deve prevalecer, logicamente, a presunção de inocência do Réu.

Resta claro que a capacidade do Inquérito Policial, enquanto parte integrante dos autos processuais, de influenciar na decisão judicial é fenômeno que se deve evitar, diante da lógica do sistema acusatório e das garantias constitucionais. Essa capacidade decorre principalmente de dois fatores: o julgador da admissibilidade da produção da prova cautelar é o mesmo que julga a causa eventualmente ajuizada e a própria presença do Inquérito nos autos processuais.

O primeiro fator é questão amplamente abordada pela doutrina, e foi causa de alteração legislativa (Lei 13.964/2019), na qual se buscou instituir o chamado “juiz de garantias”, separando-se assim o julgador da admissibilidade de provas de produção pré-processual e o julgador da causa em si²⁷.

O segundo, porém, segundo Aury Lopes Jr., torna necessária nova alteração legislativa, que imponha a *exclusão física* do Inquérito Policial dos autos processuais, reforma que propõe com base no sistema processual penal italiano. A finalidade é evitar a “contaminação” dos autos processuais com elementos probatórios produzidos de forma oficiosa e sem respeito às garantias inerentes ao Processo Penal.

²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 194.

²⁶ **AgRg no AREsp 1489526/SP**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 12/11/2019

²⁷ Cabe ressaltar que essa alteração atualmente possui eficácia suspensa por decisão liminar do STF no âmbito das ADIs 6.298, 6.299 e 6.300.

Conclui o Autor que o Inquérito Policial deve ser concebido como produtor meramente de atos de investigação, com função *endoprocedimental*, entendida como eficácia limitada à motivação de decisões interlocutórias à fase de investigação preliminar.

Em suma, na visão de Lopes Jr., a única prova cautelar apta a motivar a convicção do julgador em sentença penal é aquela produzida pelo procedimento da produção antecipada, previsto no art. 225 do CPP (o qual, por sua vez, carece da devida regulamentação²⁸). Além disso, o Inquérito Policial não deve possuir qualquer força probatória em sede de processo penal, sendo ideal a imposição de exclusão desse procedimento dos autos processuais.

4 CONCLUSÃO

As provas pré-processuais, sejam as do Inquérito Policial, sejam as chamadas provas cautelares, dificilmente são produzidas com a devida observância do sistema acusatório e das garantias constitucionais do investigado.

A atual redação do art. 155 do CPP nos parece um esforço legislativo de equilibrar esse fato com o restante do ordenamento. Esforço esse, porém, falho, vez que manteve permissível uma série de práticas de destoam da lógica garantista imposta pela Constituição.

As críticas e observações de Brentel e Lopes Jr. elencadas no presente artigo se mostram pertinentes. Afinal, o *jus puniendi* estatal possui tanto como fundamento quanto como finalidade o alcance da paz social e a emancipação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Por isso, não pode o Estado, sob a pretensão de cumprimento desse poder-dever, se olvidar da própria norma legitimante dessa atuação.

As soluções propostas pelo mencionado Autor, porém, merecem mais minuciosa análise.

Quanto à admissibilidade de produção cautelar de prova somente mediante o instituto da produção antecipada, há que se considerar a efetiva possibilidade de

²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 192.

realização do procedimento. Isso porque há provas (exemplificadas pela interceptação telefônica) cuja natureza é incompatível com seu conhecimento pelo investigado. Condicioná-las, portanto, a um procedimento com ampla defesa e contraditório, em audiência pública, com presença do próprio investigado, teria inevitavelmente como consequência a desnaturação da própria prova. Na prática, significaria abrir mão do uso de provas desse tipo em sede de ação penal. Há que se questionar se essa renúncia é compatível com o poder-dever estatal de exercer o *jus puniendi*.

Além disso, existem formas menos radicais de compatibilização da necessidade de descobrimento dos fatos e respeito aos direitos e garantias constitucionais. Nesse sentido, a figura do juiz de garantias se revela um esforço legislativo direcionado a trazer esse equilíbrio.

Outra medida passível de estudo é a instituição da figura de um *defensor de garantias*, caracterizado por um profissional tecnicamente capacitado e com a função de representar os interesses do investigado mesmo sem o conhecimento deste. A Defensoria Pública por vezes age dessa forma, quando atua como curador nomeado do Réu cuja citação se deu de forma ficta no processo civil. Obviamente, trata-se de medida que merece estudo aprofundado, a ser realizado em obra à parte.

Buscou-se demonstrar, portanto, que a exclusão das formas cautelares de produção de prova diversas da produção antecipada pode não ser a medida ideal para remediar as inegáveis máculas das atuais hipóteses legais.

Por outro lado, a proposta de exclusão física do Inquérito Policial dos autos processuais das ações penais nos parece apta ao atingimento dos objetivos pretendidos. Quanto ao tema, cabe destacar que não se trataria de medida isolada, como bem explica Aury Lopes Jr.²⁹ Em verdade, essa mudança faria com que o Inquérito passasse a ser de fato direcionado à mera formação da *opinio delicti* do detentor da ação penal, sendo os atos investigatórios com fins de formação de juízo definitivo reservados à realização sob o crivo do magistrado, e com efetivo respeito ao contraditório e à ampla defesa.

²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 196-198.

Fato é que o equilíbrio entre o poder-dever estatal de exercício do *jus puniendi* e o respeito aos direitos e garantias individuais não encontra solução simples. O breve comentário aqui realizado não possui o condão, ou mesmo a pretensão, de esgotar tão rico debate. Busca-se aqui meramente tecer o cerne da problemática envolvida na valoração decisória das provas produzidas em momento pré-processual, bem como expor alguns dos patentes desequilíbrios que são atualmente vistos na prática forense.

O Código de Processo Penal, originário de 1941, muito se transformou no decorrer do tempo, e muito seguirá se transformando, para acompanhar o inevitável dinamismo das relações sociais. A compatibilidade do ordenamento jurídico com a realidade social requer, portanto, uma constante análise crítica dos fatores que regem essas relações, esforço que aqui se buscou, mesmo que de forma breve, realizar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal (Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 17/09/2021.

BRENTEL, Camilla. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. 110 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como um dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. José Raul Gavião de Almeida. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, vol. I**. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROZEIRA, Matheus. **Jus puniendi: os limites do direito de punir**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/64994/jus-puniendi-os-limites-do-direito-de-punir>>. Acesso em: 17/09/2021.

O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL NA PERSPECTIVA DA VÍTIMA: ESTUDO REFERENTE A VITIMOLOGIA NO PROCESSO PENAL

Nathan Vinagre Augusto dos Santos¹

RESUMO

O presente artigo busca verificar se seria cabível a inclusão da vítima na fase inquisitorial, referente ao arquivamento do inquérito policial. Nisso, foi esmiuçado o que viria a ser vitimologia e as formas de atuação do ofendido no processo penal. Porém, no que se refere ao requerimento de arquivamento do inquérito, a vítima não tem direito a impugnar o ato, restando a imutabilidade da decisão de homologação. Isto posto, foi verificado que o Pacote Anticrime permitiria a impugnação do arquivamento pelo ofendido, aplicando-se, assim, os preceitos da vitimologia de forma efetiva.

Palavras-chave: Vitimologia. Arquivamento do Inquérito Policial. Pacote Anticrime.

ABSTRACT

The present article seeks to verify whether the inclusion of the victim in the inquisitorial phase, referring to the filing of the police investigation, would be appropriate. In this respect, we have analyzed what victimology would be and the ways in which the victim can act in the criminal process. However, with regard to the request to file the inquiry, the victim has no right to challenge the act, leaving the decision of approval unchangeable. Having said this, it was verified that the Anti-Crime Package would allow the impugnation of the closure by the victim, thus applying the precepts of victimology effectively.

Keywords: Victimology. Archiving the Police Investigation. Anti-crime Package.

¹ Bacharel em Direito pela Centro Universitário de Brasília. Aluno do curso de Pós-graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD. E-mail: nathan.vinagre@sempreceub.com

1 INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro estabelece, nas ações penais públicas, uma situação de conflito entre dois sujeitos processuais, o Estado e o réu, sendo basicamente uma relação de acusação e defesa. Na atual sistemática, o responsável pela acusação, em grande parte dos processos, seria somente o Ministério Público, servindo a vítima apenas como uma espécie de informante para a produção probatória.

Por óbvio, existe a possibilidade de a vítima atuar como assistente de acusação, tendo um papel secundário no decorrer do processo, ou interpor ação penal privada subsidiária da pública, quando o Ministério Público se quedou inerte. Entretanto, mesmo com os referidos mecanismos de atuação, tanto o Ministério Público quanto o réu, na maioria dos casos, enxergam o papel da vítima como um ponto de partida probatório, pouco se importando com o fato dela ser titular do direito lesado.

Cabe ao Estado a investigação criminal, assim como é de competência privativa do Estado realizar formalmente a acusação nas ações penais de interesse social, o que reverbera o caráter meramente secundário da vítima nos processos penais. Nosso sistema processual deixa tal constatação evidente ao determinar que a vítima somente poderia agir de forma independente no processo nos casos de inércia do *Parquet*.

A inclusão da vítima dentro da sistemática do processo penal, buscando a participação intensiva do real titular do direito lesado, recebeu o nome de vitimologia, sendo inclusive adotada em alguns casos pelo Código Penal e Processo Penal (como ocorre na ação penal privada subsidiária da pública e na habilitação como assistente de acusação). Essa tentativa de inclusão da parte ofendida tornou-se essencial nos debates referentes a uma eventual reforma mais ampla do Código de Processo Penal, o que demandaria uma análise mais precisa da matéria.

Frente a essa tentativa de inclusão da vítima no processo, seria imprescindível concentrar o debate na questão do arquivamento de inquérito policial, tendo em vista que, nas demais fases do processo, a vítima possui mais liberdade de atuação,

mesmo quando ocupa a posição de assistente de acusação. Como o arquivamento de inquérito passa apenas pelo crivo do Ministério Público, homologado pelo magistrado, seria necessário ampliar o debate de modo a verificar se haveria necessidade de inclusão da vítima antes do juiz proferir a decisão irrecorrível de homologação.

Nisso, surgem diversas dúvidas a serem sanadas: será que a vítima deveria ser intimada a se manifestar antes da decisão de arquivamento do inquérito? Seria possível a impugnação da decisão por intermédio de algum *writs* constitucional ou peça recursal? A modificação da sistemática de arquivamento do inquérito presente no Pacote Anticrime, aprovado pelo Congresso Nacional, porém, com eficácia suspensa por decisão liminar do STF, apresentaria uma perspectiva de melhor inclusão da vítima na fase inquisitorial?

Frente a todos esses questionamentos, o presente artigo busca correlacionar a perspectiva estabelecida no estudo da vitimologia e o processo penal, mais especificamente na questão do arquivamento de inquérito policial. Vale reverberar que o trabalho em epígrafe não abordará sobre a inclusão da vítima em todos os atos processuais, sendo apenas adentrado na decisão de homologação do arquivamento.

Em suma, será utilizado todo um acervo bibliográfico como metodologia para o embasamento do presente artigo, visando sempre o melhor debate. Portanto, o procedimento de arquivamento do inquérito será devidamente esmiuçado, com o objetivo de verificar se seria cabível ou não a inclusão ou impugnação da vítima a solicitação de arquivamento emitida pelo Ministério Público.

2 VITIMOLOGIA E SUAS NUANCES

Durante o período inerente aos primórdios do Direito Romano e da Idade Média, a vítima tinha grande influência no processo penal, tendo em vista que cabia a ela, por meio da vingança privada, a punição do infrator com a igual proporção do delito cometido, tais como era previsto na Lei das Doze Tábuas.² Foi no regime de

² LIMA, Carlos Magno Moulin. **A vítima no processo penal: aspectos vitimológicos**. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7424/1/DIR%20-%20Carlos%20Magno%20M%20Lima.pdf>. Acesso em: 29 set 2021. p. 20.

governo monárquico que o rei avocou a competência para definir qual seria a punição do delinquente, puxando a questão da persecução penal para o Estado.³

Desde o referido período, a vítima começou a exercer um papel de mero informante para o processo, não sendo responsável pela persecução penal e não podendo interferir nela. Entretanto, em virtude dos acontecimentos na Segunda Guerra Mundial, com a criminalização da religião judaica, a vítima passou a ser novamente inserida no contexto do processo penal, dando origem inclusive à Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder.⁴ Nessa perspectiva, houve uma tentativa de diversas nações de permitir a participação do ofendido como titular do direito lesado, visando sempre o equilíbrio entre a proteção efetiva da vítima e atuação estatal. O Estado continuaria com o papel decisório da efetiva punição do delinquente, exercendo a vítima o papel de acusador no processo ao lado do Ministério Público. Esse processo de reinserção da vítima no Direito Penal tornou-se um grande foco da criminologia, recebendo o nome de vitimologia.

A vitimologia nada mais seria, então, do que uma área da criminologia que busca a reinserção da vítima na persecução penal, garantindo a sua participação nos atos processuais.⁵ Nesse contexto, existe um movimento jurídico com um olhar mais voltado a preservação da vontade da vítima como titular do direito lesado.

Diante disso, verificar se existe um equilíbrio jurídico entre a participação efetiva da vítima dentro do processo penal e a atuação imparcial estatal é imprescindível na moderna conjectura processual, dada a preservação do interesse particular. Se o próprio titular do direito violado não tem interesse em ver o acusado

³ RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro**: novas perspectivas. 2012. Dissertação de Mestrado apresentado à Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082013-135837/publico/VERSAO_SIMPLIFICADA_ROGER_DE_MELO_RODRIGUES.pdf. Acesso em: 29 set 2021. p. 26.

⁴ RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro**: novas perspectivas. 2012. Dissertação de Mestrado apresentado à Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082013-135837/publico/VERSAO_SIMPLIFICADA_ROGER_DE_MELO_RODRIGUES.pdf. Acesso em: 29 set 2021.

⁵ BURKE, Anderson. **Vitimologia**: manual da vítima penal. Editora Juspodivm. 2019.

condenado, não haveria um motivo significativo para ocupar Poder Judiciário com a referida questão.⁶

Logo, nos delitos onde não existe uma periculosidade social exacerbada, sendo a vítima o principal indivíduo lesado, caberia a esta eventual persecução ou representação criminal, evitando o aumento das demandas sem um mínimo de interesse por parte do ofendido e da sociedade como um todo. Nessa perspectiva, o processo penal deve seguir a linha tênue entre o interesse da vítima em ver o réu ser processado e a proteção social, de forma que o desinteresse do ofendido, ou de seus representantes, tem que ser suportada pela vontade social de punir determinado delinquente.

Em suma, o interesse da sociedade em ver determinado infrator punido deve contrabalançar a ausência de vontade do ofendido. Tais questões podem ser verificadas principalmente nos crimes cometidos com maior reprovabilidade, como os crimes violentos, onde a vítima, normalmente por não querer se ocupar em um processo judicial, demonstra desinteresse na causa. Nesses casos, o Ministério Público, acompanhado de todo o interesse da sociedade em punir quem infringir determinada norma, suprirá a ausência de participação do ofendido.

2.1 A inserção da vítima no processo penal

No processo penal, a inclusão da vítima se deu principalmente em virtude da classificação das ações em privada, pública condicionada à representação e incondicionada. Essa concepção concretizou a ideia preponderante na vitimologia, tendo em vista que, nos crimes cujo interesse social em ver o réu ser punido é inferior ao da própria vítima, o Código Penal oportunizou que o ofendido decidisse se o acusado seria processado criminalmente ou não.⁷ Frente a isso, na ação privada, somente a vítima, ou seu representante, poderia oferecer a queixa-crime em desfavor

⁶ LIMA, Carlos Magno Moulin. **A vítima no processo penal: aspectos vitimológicos**. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7424/1/DIR%20-%20Carlos%20Magno%20M%20Lima.pdf>. Acesso em: 29 set 2021. p. 20.

⁷ DE FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves; JUNIOR, Roberto Galvão Faleiros. **Estudos contemporâneos de vitimologia**. Cultura Acadêmica editora – ISBN. 2011. Disponível em: https://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/Direito/Estudos_contemporaneos_de_vitimologia_-_Final.pdf. Acesso em: 29 set 2021.

do acusado, enquanto, na ação pública condicionada, o ofendido teria que apresentar a devida representação para que o Ministério Público possa oferecer denúncia.⁸

Não somente isso como o próprio Código Penal e Processo Penal descrevem a possibilidade de a vítima oferecer queixa-crime subsidiária da pública quando configurada a inércia do Ministério Público.⁹ Nesse diapasão, o ofendido não dependeria unicamente do Ministério Pública para o oferecimento da denúncia, podendo iniciar a persecução penal sem que o órgão acusatório o faça. Essa possibilidade jurídica evita que o Ministério Público permaneça inerte e alegue, como justificativa, o excesso de demandas, resguardando tanto o interesse da vítima quanto à vontade social de ver determinado infrator punido pelo delito praticado.¹⁰

Outra importante inovação apresentada pelo Código de Processo Penal seria a possibilidade de a vítima participar nas ações penais públicas em que o *Parquet* já tenha oferecido a denúncia, atuando, na ocasião, como assistente de acusação.¹¹ Nessa modalidade, haveria a oportunidade de o ofendido produzir as provas que entender necessário, bem como interpor recurso da decisão judicial que não satisfizer a sua vontade, quando o Ministério Público deixar de apresentar eventual recurso.¹²

Entretanto, o simples fato da redação das referidas legislações possuir meios de participação da vítima, não significa dizer que a inclusão do ofendido era suficiente. A perspectiva de integração do ofendido no processo ganha forças dentro da temática processualista, principalmente nos delitos de natureza patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça, pois o principal interessado, nessas hipóteses, seria a própria vítima, dada ínfima reprovabilidade e periculosidade social da conduta do agente.

Tendo o respectivo parâmetro como base, a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), criou o instituto da composição civil dos danos, a qual consistiria na

⁸ BRASIL. **Código Penal (Decreto Lei 2.848/40)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 set 2021.

⁹ BRASIL. **Código Penal (Decreto Lei 2.848/40)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 set 2021.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹¹ BRASIL. **Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689/41)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 29 set 2021.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

realização de um acordo entre o ofendido e o acusado para evitar os males e estresses de eventual persecução penal.¹³ Na modalidade, ambas as partes saem ganhando, uma vez que o acusado deixa de sofrer os pesares do processo e a vítima consegue recuperar/ressarcir o bem lesado. Desta feita, percebe-se que as inovações referentes a inclusão da vítima no processo não necessariamente corresponderiam a uma eventual desvantagem para o réu, pois este pode se beneficiar de um acordo cívico realizado entre os pares.

Ademais, em 2006, com a aprovação da Lei Maria da Penha, foi estipulado que, nas ações envolvendo violência doméstica ou familiar contra a mulher, a ofendida deverá ser intimada de todos os atos processuais, possibilitando a sua participação efetiva em todo processo.¹⁴ Percebe-se, então, que a legislação buscou resguardar o direito da vítima em ver o acusado ser processado, ao permitir a sua manifestação em todos os atos processuais mediante comunicação do magistrado, bem como estipulou diversas medidas protetivas à vítima.¹⁵

Frente a toda explanação efetuada, mesmo após a vigência do Código de Processo Penal, o ordenamento jurídico vem se amoldando de forma a englobar, também, a vítima em todos os atos processuais praticados, a fim de resguardar o seu interesse ou não na condenação do acusado. É nítida a busca constante do ordenamento jurídico em equilibrar a balança entre a vontade do ofendido e a perspectiva de defesa social contra a criminalidade, de forma a evitar que haja uma sobreposição entre ambos os lados, tendo em vista que a sociedade ou a vítima nem sempre se interessaria na condenação do réu.¹⁶ Logo, é importante haver uma

¹³ BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

¹⁴ DE SOUZA, Luanna Tomaz. Vitimologia e gênero no processo penal brasileiro. **Ironia como recurso do discurso político dos usuários de mídias sociais: primeiras análises acerca do caso Myrian Rios...** 119, v. 27, n. 28, p. 39, 2013.

¹⁵ DOS SANTOS, Marcela Ferreira. **A ressignificação da vítima e sua importância na revisão do arquivamento do inquérito policial**. Monografia apresentada ao Centro Universitário de Curitiba. 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13339/1/A%20ressignifica%20a%20a%20da%20v%20c%20adtima%20e%20sua%20import%20ancia%20na%20revis%20a%20do%20arquivamento%20do%20inqu%20a%20rito%20policial.pdf>. Acesso em: 29 set 2021.

¹⁶ RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro: novas perspectivas**. 2012. Dissertação de Mestrado apresentado à Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082013-135837/publico/VERSAO_SIMPLIFICADA_ROGER_DE_MELO_RODRIGUES.pdf. Acesso em: 29 set 2021.

correspondência de interesses, de maneira que a ausência de um possa ser suprida pela vontade do outro, sendo que a inexistência de interesse, em ambos os lados, resultaria na impossibilidade do início da persecução penal.

2.2 A percepção da vítima quanto à fase do inquisitorial

A fase inquisitorial, de caráter administrativo, é de competência do delegado de polícia, sendo iniciado a partir do momento em que um determinado fato chega a conhecimento da autoridade policial. Nessa fase, o delegado de polícia busca realizar procedimentos investigatórios com a finalidade de verificar a materialidade e autoria delitiva. Desta feita, o inquérito policial é responsável por embasar a eventual persecução penal, apresentando todo o arcabouço probatório que justificaria o oferecimento da denúncia.¹⁷

Apesar do inquérito terminar com a realização de um relatório final pelo delegado de polícia e o seu encaminhamento ao Ministério Público, a judicialização do processo apenas se inicia com o oferecimento da denúncia. Nessa perspectiva, é possível afirmar que a fase inquisitorial, administrativa, vai desde a comunicação do fato delituoso ao delegado de polícia até o oferecimento da peça acusatória pelo *Parquet*. Portanto, embora o inquérito seja de competência exclusiva da autoridade policial, o Ministério Público participa da fase inquisitorial, solicitando novas diligências, oferecendo denúncia, requerendo o arquivamento do inquérito policial por ausência/inexistência de provas ou atipicidade da conduta.¹⁸

Nas ações penais privadas, o inquérito policial, ao invés de ser direcionado ao Ministério Público, somente é realizado se houver o pedido do ofendido ao delegado de policial, sendo, ao final, remetido à própria vítima, a qual decidirá sobre o oferecimento ou não da queixa-crime. Além disso, nas ações penais públicas condicionadas à representação, a fase inquisitorial apenas se inicia se houver a efetiva representação do ofendido à autoridade policial ou ao Ministério Público,

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹⁸ DOS SANTOS, Marcela Ferreira. **A resignificação da vítima e sua importância na revisão do arquivamento do inquérito policial**. Monografia apresentada ao Centro Universitário de Curitiba. 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13339/1/A%20ressignifica%20a%20v%20da%20v%20c%20ad%20a%20sua%20import%20a%20na%20revis%20a%20do%20arquivamento%20do%20inqu%20policial.pdf>. Acesso em: 29 set 2021.

cumprindo-se, assim, o requisito para o início da investigação.¹⁹ Nesse diapasão, tanto na ação penal privada quanto na pública condicionada, a palavra vítima, mostrando concordância com a abertura do inquérito, é crucial para que haja a efetiva persecução penal.

Entretanto, tal participação, nas ações penais públicas incondicionadas, não é garantida à vítima, sendo a sua atuação limitada ao depoimento realizado perante o delegado de polícia.²⁰ Nesse contexto, o ofendido não tem possibilidade de se manifestar sobre o relatório encaminhado pela autoridade policial, restando, apenas, aguardar o Ministério Público. Desta feita, apesar do Código de Processo Penal incluir a vítima em diversas partes do processo, na fase inquisitorial, somente existe menção a participação do ofendido nas ações penais privadas e públicas condicionadas, salvo, é claro, nas ações incondicionadas, o depoimento prestado perante o delegado de polícia.

É óbvio que nem o Ministério Público, mesmo dotado de competência investigativa, pode interferir no inquérito, sendo um ato de competência exclusiva do delegado de polícia. No entanto, o *Parquet* apresenta diversas possibilidades de manifestação frente ao inquérito produzido, podendo inclusive remeter os autos novamente a autoridade policial para a realização de diligências. Por essa razão, o Ministério Público, embora não opine quanto ao relatório inquisitorial, decide os rumos investigativos, por intermédio da devolução dos autos para novos procedimentos de investigação, na hipótese de carência de prova referente a determinado assunto relevante, podendo inclusive solicitar a autoridade judicial a realização de atos que dependam de sua expressa autorização, como a quebra do sigilo bancário, interceptação telefônica, etc.²¹

Por outro lado, o ofendido, na sistemática atual, não tem, no que se refere as ações penais públicas incondicionadas, participação em nenhum ato da fase

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

²⁰ LIMA, Carlos Magno Moulin. **A vítima no processo penal: aspectos vitimológicos**. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7424/1/DIR%20-%20Carlos%20Magno%20M%20Lima.pdf>. Acesso em: 29 set 2021.

²¹ DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim. Ministério Público, vítima e inquérito policial: uma análise do pls n. °135/20181. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, p. 77. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/12/ARTIGO-5.pdf>. Acesso em: 29 set 2021.

inquisitorial, com exceção de seu depoimento. Dito isso, não existe uma consulta do *Parquet* à vítima antes de decidir sobre os rumos da investigação. Nesse sentido, é possível que o Ministério Público requeira o arquivamento sem oportunizar a efetiva manifestação do ofendido, podendo causar danos irreversíveis a ele, como, por exemplo, a necessidade de impetração da ação civil para demonstrar que o fato delituoso ocorreu e que o acusado é o autor do dano.²²

2.3 Arquivamento do Inquérito Policial na perspectiva da vítima

A ofensa a eventual bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico penal enseja a eventual punição de seu infrator. Para tal, deverá ser realizada uma investigação quanto a ocorrência ou não do fato descrito pela vítima, bem como desvendar se o suspeito realmente praticou o fato narrado. Nessa perspectiva, a demonstração inequívoca da transgressão realizada pelo acusado, na maioria dos casos, ocorre por intermédio dos inquéritos policiais.

O inquérito policial destina-se a investigar a autoria e materialidade delitiva de uma suposta infração penal que a autoridade policial tenha ciência. Nesse sentido, o delegado de polícia realiza o inquérito por intermédio do acúmulo de provas desvendadas no caso concreto, sendo os autos encaminhados ao Ministério Público para que adote as medidas legalmente cabíveis.²³

Entretanto, em virtude da ausência de provas robustas suficientes para embasar uma eventual condenação criminal, o Ministério Público acaba por se manifestar pelo arquivamento do inquérito, submetendo-o ao crivo do Poder Judiciário, representado, em regra, pelo juiz de primeiro grau, o qual proferirá decisão favorável ou não ao arquivamento do feito.²⁴ Diante disso, é possível verificar que, nas ações penais públicas, o órgão acusador tem o poder avaliativo

²² RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro**: novas perspectivas. 2012. Dissertação de Mestrado apresentado à Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082013-135837/publico/VERSAO_SIMPLIFICADA_ROGER_DE_MELO_RODRIGUES.pdf. Acesso em: 29 set 2021.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

²⁴ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Arquivamento do Inquérito Policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 3, p. 1095-1118, 2018.

quanto ao oferecimento ou não da denúncia, responsável por ensejar eventual persecução penal.

Vale reverberar que a decisão homologatória do arquivamento de inquérito é irrecurável, o que significa dizer que, nos termos da jurisprudência, somente o surgimento de prova nova seria capaz de desarquiva-lo.²⁵ Nesse diapasão, o processo penal depende veemente do Ministério Público, o que, no sistema processual atualmente vigente, independe da vontade da vítima em ver o acusado ser penalmente processado. Logo, apesar de a vítima ser a pessoa lesada na prática, ela, face o arquivamento do inquérito policial, é deixada de lado, restando apenas contentar-se com o resultado do indiciamento.

Ademais, o único capaz de impugnar o requerimento de arquivamento, nos termos do Código de Processo Penal, seria o próprio magistrado. Acontece que muitos juízes acreditam que não é papel do julgador verificar se existem provas suficientes para a propositura da ação penal, uma vez que isso consistiria em claro adiantamento de decisão condenatória, ou seja, o magistrado, ao se manifestar favorável a ação penal, estaria demonstrado a sua tendência em condenar o acusado antes de qualquer ato processual.²⁶ Desta feita, é muito raro o juiz questionar se o arquivamento é devido ou não, limitando-se apenas a replicar a argumentação do representante do *Parquet* na decisão homologatória.

Isto posto, não existe, no ordenamento jurídico, medida cabível a ser adotada pela vítima a fim de iniciar a persecução penal contra o acusado, o que tornaria imutável a decisão homologatória do magistrado frente à solicitação do Ministério Público.²⁷ Vale frisar que análise realizada está observando a atual sistemática processual, tendo em vista que a modificação do dispositivo referente ao arquivamento de inquérito policial, realizada pela Lei 13.964/2019, encontra-se

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

²⁶ DOS SANTOS, Marcela Ferreira. **A resignificação da vítima e sua importância na revisão do arquivamento do inquérito policial**. Monografia apresentada ao Centro Universitário de Curitiba, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13339/1/A%20ressignifica%20a%20da%20v%20c%20aditima%20e%20sua%20import%20ancia%20na%20revis%20a%20do%20arquivamento%20do%20inqu%20c%20rito%20policial.pdf>. Acesso em: 29 set 2021.

²⁷ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Arquivamento do Inquérito Policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 3, p. 1095-1118, 2018.

suspensa por decisão liminar do Ministro Luiz Fux na Ação Direita de Inconstitucionalidade 6.298, sendo, ainda, aplicada a antiga codificação.

2.4 Mandado de Segurança contra decisão homologatória de arquivamento do inquérito policial

O arquivamento de inquérito policial, face à impossibilidade de recurso da decisão homologatória, forma coisa julgada formal e material, nas hipóteses de atipicidade e inexistência de autoria e materialidade delitiva. Diante disso, somente é possível o desarquivamento nos casos em que a fundamentação da decisão for insuficiência probatória e mediante a descoberta de prova nova capaz de sustentar a condenação do acusado.

Com base nesse raciocínio a decisão judicial torna-se praticamente imutável, tendo a natureza jurídica de sentença, segundo a doutrina majoritária, apesar de o processo penal sequer ter começado.²⁸ Porém, o Código de Processo Penal expõe, de forma clara, a impossibilidade de recorrer da decisão de arquivamento do inquérito policial, o que inviabilizaria a reversão da decisão pela indignação da vítima, afastando-a da propositura da ação penal pública. Destarte, na fase inquisitorial, a opinião da vítima é amplamente descartada, uma vez que a posição de assistente de acusação apenas poderia ser exercida a partir da judicialização do processo, ou seja, com o recebimento da denúncia.²⁹

Frente a indignação de diversas vítimas referente a ausência de representatividade na fase inquisitorial, foi interposto, perante o Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus 105.167/SP, com a finalidade de desarquivar o inquérito policial e dar início a persecução penal. Entretanto, a Suprema Corte, por unanimidade, entendeu que o habeas corpus não é o instrumento adequado para a impugnação do arquivamento de inquérito.³⁰

²⁸ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Arquivamento do Inquérito Policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 3, p. 1095-1118, 2018.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 105.167*. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2187313>. Acesso em: 29 set 2021.

Até esse ponto, a decisão do STF encontrava-se plenamente correta, tendo em vista a natureza jurídica do habeas corpus. O problema da referida decisão adveio na segunda parte do acórdão proferido, haja vista que o STF reconheceu que, face à existência de direito líquido e certo, a decisão homologatória do referido ato seria impugnada por meio de mandado de segurança.³¹

Diversos ofendidos, ante a decisão do STF, protocolaram mandados de segurança, solicitando destravamento do inquérito policial, com objetivo de, posteriormente, apresentar ações penais privadas subsidiárias das públicas. A crescente demanda resultou na discussão da matéria perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual, em 2015, decidiu pela impossibilidade de interposição de mandado de segurança contra decisão de arquivamento de inquérito policial.

Segundo a jurisprudência do STJ, presente no Recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 48.641/SP, a decisão de arquivamento de inquérito policial não possui natureza jurisdicional, sendo meramente homologatória, o que afastaria a possibilidade da vítima apresentar mandado de segurança.³² Ademais, a Corte também entendeu que o requerimento de arquivamento proposto pelo Ministério Público afastaria a inércia do órgão acusatório, impossibilitando, assim, a apresentação da ação penal privada subsidiária da pública.³³

É nítido, pois, a divergência jurisprudencial constante nas decisões de ambas as Cortes, engendrando insegurança jurídica. De um lado temos o STF, afirmando, em 2012, a viabilidade do mandado de segurança para impugnar o arquivamento de inquérito, de outro temos o Superior Tribunal de Justiça decidido pela impossibilidade do referido remédio constitucional contra a decisão homologatória. É certo que, após a decisão do STJ, o Supremo Tribunal Federal não se manifestou novamente sobre a matéria, demonstrando pleno desinteresse no pleito.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 105.167**. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2187313>. Acesso em: 29 set 2021.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 48.641**. São Paulo. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501504320&dt_publicacao=19/10/2015. Acesso em: 29 set 2021.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 48.641**. São Paulo. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501504320&dt_publicacao=19/10/2015. Acesso em: 29 set 2021.

Na prática, a decisão proferida pelo STJ, em face da especificidade da matéria tratada em sede de recurso ordinário, tem preponderado nas decisões judiciais de segundo grau, tendo em vista que o Habeas Corpus julgado pelo STF tratou mais deste instrumento constitucional do que do mandado de segurança propriamente dito.

2.5 Ausência de correlação lógica na sistemática processual aplicada e o arquivamento do inquérito policial

A possibilidade de a vítima questionar o arquivamento de inquérito policial, pelo menos na sistemática adotada atualmente, apesar da alteração realizada pelo Pacote Anticrime, é algo que não encontra razão lógica. Como foi dito anteriormente, a codificação vigente oportunizou a participação do ofendido por diversos meios na fase de judicialização processual.

Para a manutenção dos interesses da vítima, o ordenamento jurídico permitiu que o ofendido oferecesse a ação penal privada subsidiária da pública quando o Ministério Público se quedou inerte. É certo que o ofendido poderia dar início a persecução penal quando lhe interessar, devendo somente aguardar o prazo do *Parquet* referente ao oferecimento da denúncia, o qual seria de 5 dias (réu preso) ou de 15 (acusado solto) após o término do inquérito policial.³⁴ Nesse sentido, a vítima teria de esperar até 15 dias no caso de réu preso (prazo de 10 dias do inquérito acrescido do prazo de 5 dias para a ação penal) ou 45 dias com o acusado solto (somatório do prazo de 30 dias do inquérito com o prazo de 15 dias para o oferecimento da ação), sem que o Ministério Público tenha se manifestado, para que o ofendido ofereça a queixa-crime.³⁵

Ora, não faz sentido a vítima poder interpor a queixa-crime de forma subsidiária da pública, nos casos de inércia, mas não conseguir questionar o arquivamento do inquérito. Basicamente, a mensagem que o Código expõe é: se o Ministério Público não pretende oferecer a denúncia e iniciar a persecução, a vítima tem que torcer para que o órgão acusatório se mantenha inerte, pois, assim, poderia

³⁴ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689/41). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 29 set 2021.

³⁵ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689/41). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 29 set 2021.

oferecer a ação penal privada subsidiária da pública. Logo, pela lógica processual, caso o ofendido entenda suficientemente comprovado o fato delituoso, é mais benéfico para ele que o Ministério Público se mantenha inerte.

Tal fato pode ser verificado principalmente nos crimes patrimoniais, onde a vítima tem interesse na condenação do réu, justamente para obter uma espécie de ressarcimento dos danos. É mais cômodo, para o ofendido, a apresentação da efetiva condenação penal perante a Justiça Civil, do que a discussão sobre a ocorrência ou não do dano. Com isso, a ação de ressarcimento se resumiria a mera questão do valor da indenização ou, então, na simples execução da quantia arbitrada pelo próprio juiz criminal.

Ademais, o ordenamento jurídico, de forma implícita, incentivaria a inércia do representante do *Parquet* nos casos em que ele não quiser oferecer a ação penal. Explico, o Ministério Público deve zelar pela boa aplicação da lei, ou seja, somente ofereceria a denúncia nos casos em que ele entender como suficientemente comprovados os fatos delituosos, oportunizando a acusação. Porém, verificando a existência de dúvida quanto a materialidade ou autoria delitiva por insuficiência probatória, o que demandaria o arquivamento do inquérito até que sejam desvendadas novas provas sobre fato, o representante do Ministério Público, ao constar o interesse da vítima, poderia simplesmente manter-se inerte. Destarte o *Parquet* evitaria o risco de rejeição da denúncia por ausência de justa causa, não maculando a sua estatística de desempenho no cargo ministerial.

De forma exemplificativa, imaginemos que um determinado indivíduo está sendo investigado pelo crime de estelionato, dependendo da comprovação do elemento subjetivo doloso. Para o *Parquet*, a autoridade policial, talvez por certa imperícia ou desmotivação, dada a existência de processos mais importantes a serem tratadas no âmbito criminal, não conseguiu demonstrar de forma veemente a existência de dolo na conduta do agente. Nessas questões, como a vítima obteve o real prejuízo da conduta delituosa, ela tem mais condições de comprovar o elemento subjetivo por intermédio da demonstração de e-mails privados, conhecimento de testemunhas nos locais do fato, etc. Nota-se que todas essas questões poderiam ser

verificadas pela autoridade policial, mas não a fizeram simplesmente pelo quantitativo exacerbado de inquéritos a serem realizados.

Pelo exposto, é mais razoável que o Ministério Público aguarde o pronunciamento da vítima, com o oferecimento da ação penal privada subsidiária da pública, do que solicitar um arquivamento do inquérito ou entrar com uma ação sem provas inquisitoriais suficientes para a demonstração delitiva, dada a probabilidade de o magistrado não receber a denúncia por falta de justa causa. Nesse sentido, quando a questão for de cunho mais patrimonial, onde o interesse da vítima predomina e cuja questão volta-se a comprovação efetiva do dano sofrido pelo ofendido, seria mais cômodo para o membro do Ministério Público manter-se inerte.

3 A MODIFICAÇÃO PRESENTE NO PACOTE ANTICRIME

A promulgação da Lei 13.964/2019, popularmente conhecido como Pacote Anticrime, apresentou significativas mudanças para a sistemática de arquivamento de inquérito policial. O requerimento de arquivamento, antes da referida lei, somente poderia ser impugnado pelo juiz competente para aquela demanda, normalmente o juiz de primeira instância. No caso de discordância do magistrado, os autos seriam encaminhados para o Procurador Geral de Justiça que decidiria pelo arquivamento ou oferecimento da denúncia.³⁶

O magistrado, assim, verificaria a existência justa causa para a ação penal e, caso entendesse pela possibilidade de oferecimento da denúncia, remeteria os autos ao Procurador de Justiça, para que seja ofertada a denúncia ou proferido novo requerimento de arquivamento do inquérito. Vale reverberar que o novo requerimento de arquivamento proferido pelo Procurador de Justiça não poderia ser novamente desconstituído pelo magistrado, devendo este, obrigatoriamente, homologar o arquivamento do inquérito.³⁷

Essa sistemática é alvo de diversas críticas pelo jurista, não somente pelo fato de o magistrado definir a existência de justa causa para o oferecimento da ação penal, o que violaria o princípio da imparcialidade, mas também pela ausência de

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

intimação da vítima para impugnar o requerimento contrário ao seu interesse. Na maioria dos casos práticos, a fim de evitar a ocorrência de julgamento antecipado da lide ou suspeição do julgador por quebra da imparcialidade, o requerimento de arquivamento costuma ser homologado pelo magistrado sem muita fundamentação para tanto, resultando, praticamente, na imutabilidade da decisão, ou seja, o acusado dificilmente sofreria a persecução penal.³⁸

A partir de então, o Pacote Anticrime, visando retirar a responsabilidade do magistrado em discordar do arquivamento do inquérito, apresentou, como opção, a possibilidade da própria vítima impugnar o requerimento do Ministério Público.³⁹ O art. 3º da referida lei, o qual modifica o art. 28 do CPP, determinou que o magistrado não participaria mais do arquivamento de inquérito policial, estipulando que a homologação do arquivamento deveria ser realizada pela instância de revisão ministerial e não mais pelo juiz.⁴⁰ Essa nova tratativa visa evitar que o magistrado realizasse um julgamento antecipado da lide, atuando mais como uma acusação do que como um efetivo julgador imparcial.

Diferentemente do que ocorria na sistemática anterior, a vítima, nos termos do modificado art. 28 do CPP, deverá ser comunicada pelo Ministério Público referente ao arquivamento do pleito. Nesse sentido, caberia ao próprio ofendido questionar o arquivamento, realizando diversos apontamentos referentes a comprovação da materialidade e autoria delitiva, com o objetivo de ver o indiciado processado e punido penalmente. O prazo para tal impugnação seria de 30 dias contados da comunicação, o que seria o suficiente para a efetiva participação da vítima no arquivamento.⁴¹

³⁸ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Arquivamento do Inquérito Policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 3, p. 1095-1118, 2018.

³⁹ GARCIA, Emerson. O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº**, v. 77, p. 119, 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Emerson_Garcia.pdf. Acesso em: 29 set 2021.

⁴⁰ GARCIA, Emerson. O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº**, v. 77, p. 119, 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Emerson_Garcia.pdf. Acesso em: 29 set 2021.

⁴¹ MENDES, Soraia da Rosa. Pacote Anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

Porém, apesar da inclusão do ofendido no procedimento de arquivamento do inquérito, o dispositivo narrado apresenta diversas pontas soltas. Não há uma previsão de como ocorreria a impugnação do ofendido, determinando que cabe a Lei Orgânica do Ministério Público estabelecer os procedimentos a serem adotados.⁴²

Vale reverberar que o *caput* do referido dispositivo estipula que, obrigatoriamente, os autos deverão ser encaminhados ao órgão de revisão ministerial, o que se subentende que, mesmo se a vítima não questionar o arquivamento, o órgão será obrigado a analisar se o requerimento era devido ou não.⁴³ Em outras palavras, a participação da vítima mais seria voltada a apresentação de razões de seguimento do feito com a propositura da ação penal, sendo uma espécie de manifestação não obrigatório, uma vez que, mesmo sem a sua atuação, o órgão de revisão poderá decidir pelo oferecimento da denúncia.⁴⁴

Nota-se, então, que haveria a necessidade de formação de Conselho de deliberação revisional no Ministério Público, com regramentos a serem estipulados pela Lei Orgânica do referido órgão. Pelo exposto, ante a inexistência do órgão revisional e obscuridade do procedimento a ser adotado, a forma prevista no Pacote Anticrime não possui condição de aplicação prática, até que sejam efetivamente estipuladas todas as regras procedimentais para a decisão de homologação do arquivamento do inquérito.

Outra consequência da implantação do modelo previsto no Pacote Anticrime seria a modificação da natureza jurídica da decisão homologatória, tendo em vista que não haveria mais a participação do Poder Judiciário, tornando-se uma decisão de cunho administrativo.⁴⁵ Porém, a Lei em si não resolveu a problemática jurisprudencial entre o STF e o STJ, uma vez que não restou evidenciado se, da

⁴² GARCIA, Emerson. O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** n^o, v. 77, p. 119, 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Emerson_Garcia.pdf. Acesso em: 29 set 2021.

⁴³ BRASIL. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 29 set 2021.

⁴⁴ MENDES, Soraia da Rosa. **Pacote Anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas. 2020.

⁴⁵ GARCIA, Emerson. O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** n^o, v. 77, p. 119, 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Emerson_Garcia.pdf. Acesso em: 29 set 2021.

decisão da Instância Revisional, caberia a interposição de mandado de segurança, visando a propositura de uma ação penal privada subsidiária da pública. Ademais, ainda subsiste a questão da ausência de lógica na sistemática processual, tendo em vista que, para a vítima, continua sendo mais vantajoso a perda do prazo pelo Ministério Público, de modo a evitar um possível arquivamento do inquérito.

4 CONCLUSÃO

A observação do processo penal da perspectiva da vítima constitui um assunto de suma importância para o direito penal, desde a época da Segunda Guerra Mundial. As práticas desumanas da Alemanha nazista, sobre a comunidade judaica, fizeram ressurgir a necessidade de reintrodução da vítima nos atos processuais. Portanto, o estudo da vitimologia é de suma importância para a persecução penal, dada a necessidade de o ofendido ver-se novamente representado durante o processo.

Nesse sentido, o presente trabalho buscou traçar os parâmetros gerais de participação da vítima nas fases processuais, observando que, no âmbito da judicialização do processo, o Código de Processo Penal apresentou diversos modos de participação ativa da vítima, desde a possibilidade de oferecimento da queixa-crime até a atuação efetiva como assistente de acusação. Por outro lado, quando estamos diante da fase inquisitorial nas ações públicas, a atuação da vítima corresponde a de um mero informante que relata o ocorrido a autoridade policial, sendo que o ofendido, no máximo, poderia indicar as provas, que ele tem ciência, ao delegado de polícia.

Mesmo após o término do inquérito, com a consequente juntada do relatório do delegado de polícia, a vítima não poderia, nas ações públicas, opinar sobre o oferecimento ou não da denúncia, o que competiria privativamente ao Ministério Público. Diante disso, o pedido de arquivamento do inquérito policial pelo *Parquet* não passa pelo crivo da vítima, sendo diretamente remetido ao juiz para que se pronuncie sobre o requerimento.

Embora alguns autores defendam a possibilidade de impetrar o mandado de segurança contra a decisão de arquivamento do inquérito policial, o STJ foi veemente em afirmar que não cabe o referido instrumento, questão essa ainda não

superada dada a contradição de jurisprudência com o STF, mas a decisão do Superior Tribunal de Justiça vem sendo aplicada na prática. Portanto, na sistemática atualmente adotada, o ofendido, na fase de inquérito policial, corresponderia a um mero espectador que não teria a possibilidade de oferecer a ação, a não ser que haja a inércia do Ministério Público.

A lógica processual encontra-se totalmente desarrazoada, tendo em vista que não faz sentido ser mais vantajoso para vítima o término do prazo do Ministério Público, para que possa oferecer a ação penal privada subsidiária da pública, ante a possibilidade de arquivamento do inquérito policial de maneira unilateral pelo *Parquet*. É claro que o Ministério Público deve obedecer à ordem jurídica e propor a ação penal somente quando houver indícios suficientes de materialidade e autoria delitiva. Entretanto, não há como descartar os casos em que, mesmo sendo cabível a ação penal, o representante do *Parquet* não oferece a ação por motivo de vinda de pareceres, por exemplo. Portanto, não faz sentido a possibilidade de a vítima atuar veementemente na fase judicial, mas não ser representada na fase inquisitorial que justamente é a fase que fundamenta toda a ação penal.

Diante da ausência de participação da vítima na fase inquisitorial e necessidade de manter a imparcialidade do magistrado, o Pacote Anticrime estipulou que caberia ao ofendido o questionamento do arquivamento, submetendo-o à Instância Revisional do Ministério Público.

Vale reverberar que a nova sistemática se apresenta como um modelo positivo para a persecução penal em si, possibilitando a participação do ofendido no âmbito do arquivamento inquérito. Entretanto, a modificação não solucionou o conflito jurisprudencial referente utilização do mandado de segurança contra a decisão homologatória, restando ainda a questão do conflito jurisprudencial abordado. Destarte, o Pacote Anticrime trouxe uma inovação processual que, ainda, não tem condições de aplicabilidade até que o procedimento descrito no Conselho Revisional seja amplamente positivado, por esse motivo o STF, em sede de decisão liminar, suspendeu a eficácia da referida norma.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 29 set 2021.

BRASIL. **Código Penal (Decreto Lei 2.848/40)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 set 2021.

BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. **Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 29 set 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 48.641**. São Paulo. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501504320&dt_publicacao=19/10/2015. Acesso em: 29 set 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 105.167**. São Paulo. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2187313>. Acesso em: 29 set 2021.

BURKE, Anderson. **Vitimologia**: manual da vítima penal. Editora Juspodivm. 2019.

DE FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves; JUNIOR, Roberto Galvão Faleiros. **Estudos contemporâneos de vitimologia**. Cultura Acadêmica editora – ISBN. 2011. Disponível em: https://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/Direito/Estudos_contemporaneos_de_vitimologia_-_Final.pdf. Acesso em: 29 set 2021.

DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim. Ministério Público, vítima e inquérito policial: uma análise do pls n. °135/20181. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, p. 77. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/12/ARTIGO-5.pdf>. Acesso em: 29 set 2021.

DE SOUZA, Luanna Tomaz. Vitimologia e gênero no processo penal brasileiro. **Ironia como recurso do discurso político dos usuários de mídias sociais: primeiras análises acerca do caso Myrian Rios...** 119, v. 27, n. 28, p. 39, 2013.

DOS SANTOS, Marcela Ferreira. **A resignificação da vítima e sua importância na revisão do arquivamento do inquérito policial**. Monografia apresentada ao

Centro Universitário de Curitiba. 2021. Disponível em:
<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13339/1/A%20ressignificac%C3%A7%C3%A3o%20da%20v%C3%ADtima%20e%20sua%20import%C3%A2ncia%20na%20revis%C3%A3o%20do%20arquivamento%20do%20inquirito%20policial.pdf>. Acesso em: 29 set 2021.

GARCIA, Emerson. O Pacote Anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** nº, v. 77, p. 119, 2020. Disponível em:
https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Emerson_Garcia.pdf. Acesso em: 29 set 2021.

LIMA, Carlos Magno Moulin. **A vítima no processo penal**: aspectos vitimológicos. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7424/1/DIR%20-%20Carlos%20Magno%20M%20Lima.pdf>. Acesso em: 29 set 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. **Pacote Anticrime**: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro**: novas perspectivas. 2012. Dissertação de Mestrado apresentado à Universidade de São Paulo. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082013-135837/publico/VERSAO_SIMPLIFICADA_ROGER_DE_MELO_RODRIGUES.pdf. Acesso em: 29 set 2021.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Arquivamento do Inquirito Policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 3, p. 1095-1118, 2018.

INSTITUTOS NEGOCIAIS E A RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS COMO POTENCIALIZADOR DE ERROS DO JUDICIÁRIO

Thyago Bittencourt de Souza Mendes¹

RESUMO

Diante dos resultados da colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/2013, a movimentação legislativa é de importação de institutos utilizados no estrangeiro, em especial o *plea bargain*. Este artigo analisará os aspectos técnico-jurídicos da justiça negocial no Brasil, por meio de análise doutrinária e jurisprudencial, evidenciando as inconsistências dos institutos com a lógica processual penal e tecerá críticas à atuação discricionária do órgão acusador e ao esvaziamento do papel do magistrado, demonstrando que sua ocorrência acentua a possibilidade de erro judiciário.

Palavras-chaves: Justiça negocial. Colaboração premiada. Erro judiciário.

ABSTRACT

In view of the results of the award-winning collaboration established by Law 12,850/2013, the legislative movement is to import institutes used abroad, especially plea bargain. This article will analyze the technical and legal aspects of business justice in Brazil, through doctrinal and jurisprudential analysis, highlighting the inconsistencies of the institutes with the criminal procedural logic and will criticize the discretionary action of the accusing body and the emptying of the magistrate's role, demonstrating that its occurrence accentuates the possibility of miscarriage of justice.

Keywords: Bargain. Delations. Judicial Error.

¹ Advogado, pós-graduando em Direito Penal e Controle Social pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, membro das Comissões de Ciências Criminais e Advocacia Jovem e Iniciante da OAB-DF, sócio nominal Munhoz & Mendes Advogados Associados. E-mail: thyago@munhozemendes.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisará a evolução da justiça negocial penal no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a questionar o protagonismo dos métodos envolvidos em face da relativização de princípios processuais básicos, necessários para garantir a efetividade do instituto da colaboração premiada e, igualmente, da pretendida instauração do modelo de barganha no Brasil, como potencializadores de eventuais riscos de erros do judiciário.

O crescimento da negociação no direito penal, enquanto resultado de uma evidente insuficiência estrutural do sistema judiciário, prioriza o resultado em detrimento das garantias constitucionais e ignora pontualmente regras que, em tese, seriam basilares ao processo penal vigente no país, conforme será demonstrado em capítulo próprio.

Nesse contexto, partilha-se o mesmo entendimento aplicado por Aury Lopes Jr. no sentido de que, a partir da instrumentalidade constitucional, as garantias do processo penal servem tanto como mecanismos de limitação quanto de legitimação do poder de punir, porquanto seja o processo “um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias da constituição”.²

Nesse contexto, a observância dos mencionados princípios enquanto normas processuais orientam o judiciário à minimização das possibilidades de cometimento de erros que, na esfera penal, resultam em danos irreversíveis ao cidadão potencialmente encarcerado e estigmatizado.

Posto isso, as “regras do jogo” (ou do devido processo legal) estão fixadas para que o judiciário sempre observe a correta jurisdicionalidade, o princípio acusatório, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa e a imprescindível fundamentação das decisões judiciais. Não há como imaginar a correta aplicação do que se entende por justiça (no contexto de prestação jurisdicional) com a relativização de quaisquer das regras aqui elencadas. É incompatível.

² LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato. Consultor Jurídico. 24 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 23 set. 2021.

Com essa premissa, analisam-se os riscos inerentes aos modelos negociais vigentes no Brasil e aqueles que se pretendem implementar. Partindo do entendimento de que na maioria dos institutos negociais o juiz assume postura de mero observado/homologador do acordo, é possível afirmar que o desenvolvimento da justiça negocial pode levar à substituição do papel desempenhado pelo magistrado no processo penal.

É nesse cenário que a barganha no Brasil tem se desenhado evolutivamente rumo ao instituto norte americano *plea bargaining* que chega a representar mais 90% da resolução de casos criminais nos Estados Unidos. A propósito, o texto original do então projeto de lei “anticrime” (Lei. 13.964/2019), pretendeu, sem sucesso, a introdução do instituto no sistema brasileiro.

Remodelada a partir da Lei de organização criminosa 12.850/13, a colaboração premiada foi inserida na legislação brasileira a partir da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), sendo citada na Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998), Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/1999) e Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Sendo certo que não havia até então, a devida regulamentação das formalidades da celebração do acordo.

Como se percebe, as modalidades de barganha, sob a ótica do combate ao crime organizado, foram socialmente legitimadas tanto pela sociedade quanto pela jurisprudência. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, a colaboração premiada “possibilitou penetrar nesse grupo que se apoderou do Estado, promovendo um assalto moral, criminoso ao Erário e desviando criminosamente recursos que tinha outra destinação, a destinação socialmente necessária e aceitável”.³

A justiça negocial penal se fortaleceu ainda mais a partir dos desdobramentos da maior operação investigativa realizada no Brasil ou, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, do STF, “o maior escândalo judicial da nossa história” que, de

³ NUNES, Geilson. **Colaboração Premiada: Aplicabilidade E Limites À Luz Do Ordenamento Jurídico Brasileiro; Plea Bargaining and the Structure of the Criminal Process**, 7 Just. Sys. J. 338. 1982.

acordo com os dados fornecidos pelo Ministério Público Federal, realizou apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal 183 acordos de colaboração premiada.⁴

A propósito, em que pese a Operação Lava-jato ser uma evidência material do que será discutido nesse texto, principalmente por escancarar os riscos da discricionariedade do órgão acusador e da quebra de imparcialidade que muitas vezes a busca pela celebração dos acordos colaborativos impõe ao juiz, os fatos que levaram à anulação dos principais processos da referida investigação não serão objetos de análise nesse momento.

Contudo, na análise dos institutos a partir de uma lógica garantista, os poderes atribuídos ao Ministério Público com a evolução da barganha são capazes de gerar, além da insegurança jurídica como consequência da discricionariedade do órgão acusador, o sentimento de ampliação da seletividade no Direito Processual Penal brasileiro, já que é o próprio titular da ação penal que decide a quem, como, quando e quanto vale a “colaboração” do investigado.

Indaga-se, nesse contexto, o quanto custa a discricionariedade do órgão acusador ao devido processo legal. Esse estudo pretende demonstrar que a mitigação das garantias processuais penais expande os riscos do erro judiciário.

Ressalte-se, aqui, que é evidente que o combate ao crime organizado e o processo penal brasileiro carecem de técnicas modernas de investigação, o que deve ser observado, no entanto, é o eventual sacrifício de normas que são pilares do Direito processual penal brasileiro para a regulamentação de novos institutos.

Isso posto, diante da percepção de que o movimento legislativo brasileiro caminha para a reprodução de sistemas consolidados em contextos diversos da lógica processual que estamos acostumados – em especial a do instituto norte-americano do *plea bargain*, enfrentaremos também os pontos controvertidos no referido negócio jurídico.

Portanto, partindo de uma minuciosa análise doutrinária e jurisprudencial, o que se pretende debater neste artigo é: i) a eventual seletividade penal trazida pelos

⁴ MPF, Ministério Público Federal. Resultados: Lava Jato. **Ministério Público Federal**, Brasil, 24 ago. 2021. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 8 out. 2021.

institutos negociais, em consequência da violação do princípio da obrigatoriedade no §4º do Art. 4º da Lei 12.850/13; ii) a discricionariedade do Ministério Público na justiça negocial; iii) A coação exercida pelo sistema de barganha norte-americano; iv) a potencialização risco de erro do judiciário como consequência intrínseca das características dos modelos negociais.

2 A EVENTUAL SELETIVIDADE PENAL TRAZIDA PELO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO CONSEQUÊNCIA DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NO §4º DO ART. 4º DA LEI 12.850/13

O debate acerca do aumento da já seletiva justiça penal brasileira a partir da instituição da atual colaboração premiada e o sistema negocial consubstanciado na Lei de Organizações Criminosas foi acentuado nos últimos anos, em especial a partir da percepção das exceções estabelecidas.

Como se sabe, em contraposição ao princípio da oportunidade, no processo penal brasileiro, a atividade do Ministério Público no Brasil é orientada pelo princípio da obrigatoriedade, que decorre “da conjunção entre o princípio da legalidade penal associado aos preceitos constitucionais que conferem a titularidade da ação penal exclusivamente ao Ministério Público”.⁵

Portanto, o órgão acusador não tem a faculdade de propor ação penal, mas a obrigação de fazê-lo. Ou seja, como regra do processo acusatório nacional, havendo indícios de autoria e materialidade delitiva, o *parquet* não pode ter nenhuma discricionariedade no momento da propositura da ação penal. O referido instituto está reforçado por vários dispositivos legais, como no art. 42 do Código de Processo Penal, está consubstanciada a impossibilidade de o promotor desistir da ação penal.

Portanto, conforme a posição majoritária, o princípio da legalidade no processo penal corresponde à obrigatoriedade da persecução punitiva ou, nas palavras de Jacinto Coutinho, “é praxe ser tratado (o princípio da obrigatoriedade) por princípio da legalidade, em face de fundar um dever do órgão oficial de acusação”. Ele caracteriza, assim, “a ideia de que o MP está obrigado a proceder e dar acusação por todas as infrações de cujos pressupostos - factuais e jurídicos, substantivos e

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

processuais- tenha tido conhecimento e tenha logrado recolher, na instituição, indícios suficientes”. Logo, há um dever de acusação decorrente da lei que se impõe quando houver indícios de materialidade e autoria suficientes da ocorrência de uma infração penal, o que não pode ser influenciado ou renunciado por razões discricionárias ou por motivos alheios à simples averiguação da existência ou não do crime a partir das provas obtidas.⁶

As exceções já estabelecidas ao referido princípio surgiram como indicativo da justiça negocial no país, a suspensão condicional do processo instituída pela Lei 9.099/95 e a possibilidade de transação penal, autorizada pela Constituição da República em seu art. 98, I são os institutos. Frise-se, no entanto, que ambos os casos carecem do preenchimento de diversos requisitos objetivos e só podem ser aplicados em crimes de menor relevância social.

Em 2013, contudo, a colaboração premiada foi regulamentada por meio da Lei nº 12.850 em um claro sinal de relativização ao princípio mencionado anteriormente. O instituto negocial “ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumir (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva).⁷

Importante ressaltar que, nos moldes do que foi consubstanciado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do HC nº 127.483 de relatoria do exmo. Ministro Dias Toffoli, a natureza da colaboração premiada é de meio de obtenção de prova:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

⁶ VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2014. 60 f. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais) -Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014. P. 36

⁷ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13**. 2. ed. Editora: Atlas, 2015. P. 53

Na mesma oportunidade, a Corte constitucional brasileira ressaltou que o acordo de colaboração premiada tem característica de negócio jurídico processual, ante a verificação da “escada pontea” e a necessária verificação dos planos da existência, validade e eficácia.

Cumprido neste momento destacar os pressupostos de validade, as partes legitimadas e as possibilidades previstas pelo instituto consubstanciado na Lei de Organização Criminosa, a fim de traçar o panorama que interessa ao presente artigo.

Da leitura do caput do art. 4º da referida Lei, podem ser extraídos os requisitos para a validade do acordo de colaboração, quais sejam a voluntariedade e efetividade da colaboração, ademais, no §1º do mesmo dispositivo, observam-se os requisitos relacionados à personalidade do colaborador, como as circunstâncias e gravidade do crime, além de repercussão social.⁸

Inobstante a natureza processual dos acordos de colaboração premiada, os efeitos que podem ser observados a partir de sua celebração são também materiais, tal qual o perdão judicial, redução de pena e, conforme será exposto, a possibilidade do não oferecimento da denúncia.

Ocorre que, em mitigação ao princípio da legalidade, norteador do direito processual penal, o §4º do Art. 4º da Lei 12.850/13 institui a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia contra o colaborador que não for o líder da organização criminosa e ter sido o primeiro a efetivamente colaborar com a investigação e é exatamente nesse ponto que se questiona a eventual seletividade penal do instituto, decorrente da discricionariedade atribuída ao órgão ministerial.

Boa parte da doutrina considera o benefício do não oferecimento da denúncia como equivalente ao arquivamento, isso para estipular a postura do juiz criminal no processo de homologação de acordo que preveja o referido benefício.⁹

Sobre o tema, veja-se:

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 5. ed. Volume Único. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 719

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 5. ed. Volume Único. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 720

Sendo a eficácia e a efetividade da colaboração, no caso do benefício deixar de oferecer denúncia, necessariamente aferidas na sua homologação (inclusive mediante o eventual sobrestamento do art. 4º, §3º), o efeito de uma sentença homologatória do acordo, que declara extinta a punibilidade do colaborador, seria equivalente ao de um arquivamento da investigação em face dele, diante da evidente ausência de interesse de agir do MP. Renato Brasileiro de Lima, por exemplo, reconhece que: "Apesar do legislador ter previsto a possibilidade de não oferecimento da denúncia, nada disse quanto ao fundamento de direito material a ser utilizado para fins de arquivamento do procedimento investigatório. Diante do silêncio da nova Lei de Organizações Criminosas, parece-nos possível a aplicação subsidiária do art. 87, parágrafo único, da Lei n 12.529/11, que prevê que o cumprimento do acordo de colaboração premiada acarreta a extinção da punibilidade do colaborador. (...). Por consequência, este dispositivo deve ser usado de maneira excepcional, vale dizer, o juiz não deve conceder o perdão judicial de pronto, vez que nem sempre será possível atestar o grau de liderança da organização criminosa exercido pelo colaborador sem o prévio encerramento da instrução criminal em juízo."¹⁰

Nessa hipótese, em face da mitigação da obrigatoriedade, até a tradicional homologação do acordo pelo juiz responsável é dificultada, já que como dito pelo Promotor de Justiça e professor da PUC - SP, Cesar Dário Mariano Da Silva, “caberá ao magistrado apenas a análise da regularidade, legalidade e voluntariedade da medida. Não lhe é possível avaliar o mérito do acordo, mas apenas se as normas legais que o permeiam foram observadas”.

No mesmo sentido, o saudoso Ministro Teori Zavascki:

Vale ressaltar que, caso o juiz discorde do benefício deixar de oferecer denúncia, proposto pelo MP, poderá aplicar o artigo 28 do CPP. Entretanto, se a Chefia Institucional do MP mantiver a proposta de acordo e não concordar com a recusa do juiz, o acordo será definitivo e caberá ao juiz segui-lo, por ser vinculante essa decisão do respectivo órgão interno revisor do Parquet, uma vez que trata-se de um acordo substitutivo, que representa justamente a forma pela qual a ação penal está sendo proposta em face desse colaborador. Todavia, discordar da ponderação realizada pelo MP, no exercício da sua discricionariedade de escolha do benefício mais adequado ao caso concreto, não pode ser confundido com eventual rejeição

¹⁰ DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. Os Benefícios Legais Da Colaboração Premiada. Rio de Janeiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 12 v. 19, n. 1, 2018. p. 107-144. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsgao&AN=edsgcl.573093554&lang=pt-br&site=eds-live>>.

de homologação do acordo por vício de "regularidade, legalidade e voluntariedade" (art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/2013)..¹¹

Portanto, tal hipótese de benefício, além de não se adequar a um dos princípios norteadores do processo penal no Brasil, também faz questionar se sua aplicabilidade é capaz de ferir o sistema acusatório vigente no país, de modo a resgatar, em certos aspectos, claros sinais do cognominado sistema inquisitivo.

Nessa seara, enquanto o sistema acusatório estabelecido no Brasil se caracteriza por possuir nítida separação entre o órgão acusador e o julgador, o sistema inquisitivo é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce também a função de acusador, sendo a confissão do réu considerada a "rainha das provas".¹²

Esse cenário demonstra variadas facetas do funcionamento do Ministério Público no Brasil ao tempo que se por um lado existem elementos do '*prosecutor*' eleito pelo povo tal qual é aplicado no modelo estadunidense, com poderes de negociação, barganha e proposição de acordos – atualmente por meio da colaboração premiada na Lei 12.850/2013 – de outro existem características que resistem ainda pelo tempo, tal qual o modelo francês, baseado, assim, na acusação formal dirigida ao réu e a sua sustentação em juízo¹³.

Dessa forma, sendo atribuído exclusivamente ao Ministério Público (acusador) o poder de não oferecer a ação penal, a partir da valoração discricionária da palavra do colaborador - de modo que se torna indiferente a participação do juiz natural, existe mais uma incompatibilidade da propositura do instituto com o Direito penal constitucional brasileiro.

Adiante, somada à mitigação do princípio da obrigatoriedade, outro fator de risco do enunciado normativo é a acentuação da seletividade penal enraizada na jurisdição e no ordenamento jurídico referente ao processo penal brasileiro. Como se sabe, no âmbito da criminologia nacional, diversos autores indicam a seletividade

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Pet. 5.244/DF**. Requerente: Ministério Público Federal. Rel. Min. Teori Zavascki, publicada em 11 de março 2015.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹³ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

como traço típico da persecução penal e da construção normativa. Para Alessandro Baratta, o movimento legislativo costuma criar zonas de imunização no que se refere aos crimes de colarinho branco e outros cujo danos são voltados particularmente às classes subalternas.

Basta pensar na enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade, tal como resulta da estatística judiciária [...]. Mas a seleção criminalizadora ocorre já mediante a diversa formulação técnica dos tipos penais e a espécie de conexão que eles determinam com o mecanismo das agravantes e das atenuantes (é difícil, como se sabe, que se realize um furto “não agravado”). As malhas dos tipos são, em geral, mais sutis no caso dos delitos de “colarinho branco”. Estes delitos, também do ponto de vista da previsão abstrata, têm uma maior possibilidade de permanecerem imunes. Quanto aos “não-conteúdos”, começa-se, finalmente, a procurar a raiz do assim chamado “caráter fragmentário” do direito penal (que os juristas frequentemente assumem como um dado da natureza), não só na pretensa inidoneidade técnica de certas matérias ao controle mediante o direito penal (ou na tautológica assunção da relevância penal de certas matérias, e não de outras), mas, antes, em uma lei de tendência, que leva a preservar da criminalização primária as ações anti-sociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas, ou que são mais funcionais às exigências do processo de acumulação de capital. Criam-se, assim, zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas.¹⁴

Apesar de não serem raros os exemplos de tipos penais competentes para exemplificar a desigualdade de tratamento atribuído pelo sistema penal brasileiro, a possibilidade trazida pelo art. o 4º do Art. 4º da Lei 12.850/13, gera desconforto tão significativo que torna nítida a percepção quase sempre disfarçada acerca dos privilégios que determinados tipos de criminosos podem receber na prática de tipos específicos de crimes.

Afinal, enquanto para os crimes “de colarinho azul” como apropriação indébita, receptação e furto, não existe a possibilidade da mitigação da obrigatoriedade mesmo que tenha havido a reparação completa dos danos e a restituição do valor e/ou bens¹⁵, para os crimes cometidos por organização

¹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002. p. 176.

¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 641.246/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 06/08/2021

criminosa, como por exemplo lavagem de dinheiro, o autor confesso que colaborar tem a possibilidade de receber o benefício de sequer se tornar réu em processo penal, ante ao não oferecimento da denúncia.

Nesse aspecto, o instituto negocial “não só seleciona quem e como se deve punir, mas também se utiliza do maniqueísmo do discurso do bem contra o mal, como fórmula para incutir nos sujeitos processuais (juízes e promotores) a aplicação plena do ‘*plea bargain*’ aos escolhidos – ‘*labeling approach*’¹⁶.

Embora o benefício de não oferecimento da denúncia não seja, na prática, o que mais vezes figura entre os acordos de colaboração premiada celebrados no Brasil, a sua mera possibilidade resulta em risco absolutamente desnecessário ao processo penal democrático e irrelevante para a manutenção da efetividade do instituto da colaboração premiada, tido como imprescindível no combate aos crimes cometidos pelas organizações criminosas no país. Afinal, se o erro do judiciário advém da má jurisdição ou da manifestação viciada do Estado, questiona-se, oportunamente, se o não processamento de indivíduo sabidamente autor de crime não é, igualmente, uma espécie de erro.

3 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE HISTÓRICA DO ACUSADOR NA JUSTIÇA NEGOCIAL

Diante do raciocínio referente ao empoderamento do Ministério Público na justiça negocial, o debate acerca dos perigos da discricionariedade do órgão acusatório à correta prestação jurisdicional se acentua. É certo que o instituto da colaboração premiada deriva da inspiração na atividade estrangeira em institutos parecidos, em especial o *plea bargaining*, rotineiro nos Estados Unidos da América.¹⁷

Importante ressaltar que o referido instituto norte americano é diretamente vinculado ao sistema e a tradição jurídica daquele país, caracterizado pela *common*

¹⁶ VALLE, Juliano Keller do; GARCIA, Marcos Leite. A lógica perversa da colaboração premiada no processo penal brasileiro: por que (ainda) é necessário falar sobre o garantismo de Ferrajoli? Maranhão. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. v. 3, n. 2, jul/dez. 2017. p. 181-197. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=129376297&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 25 set. 2021.

¹⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 29.

law que, diferentemente do direito romano-germânico, é uma regra que visa dar solução a um processo e não uma regra geral de conduta para o futuro¹⁸

Ocorre que, no sistema de justiça criminal americano, diante das mais variadas possibilidades de acordos que podem ser promovidos pelo *prosecutor*, é fundamental ressaltar a discricionariedade do órgão acusador. Essa realidade é decorrente, principalmente, do fato de o sistema estadunidense não ser regido pelos mesmos princípios que pautam o Direito Processual Penal Brasileiro.

Em um breve paralelo, o *plea bargaining*, tal qual a colaboração premiada, ocorre em regra antes do julgamento. O instituto norte americano ocorre quando o acusador oferece à pessoa acusada criminalmente a oportunidade de se declarar culpada e renunciar ao seu direito ao julgamento. Em contrapartida, é oferecida sanção mais branda do que a eventualmente imposta ao final do julgamento propriamente dito¹⁹.

Assim, evidenciam-se as semelhanças entre os institutos mencionados. A colaboração premiada trata de recompensar o colaborador que facilita ou encurta os trabalhos investigativos tal qual o negócio americano recompensa quem se propõe a assumir a culpa em detrimento do direito a julgamento, sob a perspectiva da economia processual²⁰.

Um dos aspectos em que se pode diferenciar o *plea bargaining* da colaboração premiada é que enquanto no Brasil o colaborador tem a exata tipificação do crime que cometeu e das possibilidades e limites da pena antes da celebração do acordo, no sistema estrangeiro o *prosecutor* não está restrito a um rol taxativo quando do oferecimento da denúncia, podendo dentro de sua discricionariedade atribuir crimes diferentes para a conduta do acusado²¹.

¹⁸ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014. p. 23

¹⁹ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Breves apontamentos relativos ao instituto do “plea bargaining” no direito norte-americano**. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU, Ano XV, nº 23, 2001. p. 120.

²⁰ ROSA, Alexandre Morais da; OLIVEIRA, Daniel Kessler; LOPES JR., Aury. O roteiro delatado e o processo penal do espetáculo. **Consultor Jurídico**. 30 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo>.

²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984. p. 486

Nesse sentido, leciona Jorge Dias:

O Ministério Público dispõe, por outro lado, da irrecusável vantagem de escolher o tipo de crime por que se propõe acusar e o tipo de reação que se propõe a reclamar. Daí a frequência do *overcharging*, recorrentemente denunciada pelos criminólogos americanos: o MP começa por apontar para formas particularmente drásticas de responsabilidade criminal, com o propósito de, por via de negociação, acabar numa acusação – vale dizer numa sentença – muito mais benigna. O que constitui um normal e perigoso expediente de coação e pressão psicológicas, destinado a explorar a insegurança e o medo do arguido, compelindo-se a acolher-se à segurança do mal menor da declaração de culpa.²²

Nesse cenário, é inevitável o crescimento da preocupação com os rumos que a justiça negocial segue no Brasil. Questiona-se, portanto, até que ponto deve prevalecer a lógica da eficiência em detrimento do devido processo legal e, além disso, até onde a discricionariedade dos órgãos acusadores na celebração do negócio pode se tornar elemento autoritário para a efetivação do acordo – que resultaria, inevitavelmente, no risco de aumento dos números de condenações injustas, ainda que a penas menores ou em regimes menos gravosos que o que se esperava inicialmente.

Embora por enquanto as possibilidades das cláusulas oferecidas pelo Ministério Público fiquem restritas ao texto normativo – que autoriza a concessão do perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade e substituição por restritiva de direitos ou deixar de oferecer denúncia -, ao promotor resta, de forma arbitrária e discricionária estabelecer os limites quantitativos e qualitativos da pena, que não foram delineados pelo legislador.

Processualistas brasileiros, como Aury Lopes Jr.²³, alertam para os riscos de que a barganha no processo penal se faça do poder de acusar “um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança”. Afinal, todas as circunstâncias levam a crer que quem

²² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984. p. 487

²³ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. Consultor Jurídico, 24 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>.

não estiver disposto ao negócio enfrentará maiores dificuldades. Inclusive em razão da prática rotineira de pedidos de prisão preventiva e outras medidas cautelares processuais movidas pelo Ministério Público.

O interesse do acusador em celebrar o acordo e seu poder para realizá-lo como bem entender, dentro de suas próprias convicções, o torna capaz de utilizar a denúncia como instrumento formal de pressionar o réu, a partir de um pleito por penas altas e o reconhecimento de fatores mais gravosos ao crime, independente de fundamentação. Tais circunstâncias podem fazer do processo, ao longo do tempo, “um luxo para quem estiver disposto a enfrentar seus custos e riscos”²⁴.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa afirmam:

A superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. Os acusados que se recusam a aceitar a delação ou negociação são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesará todo o rigor do direito penal ‘tradicional’, onde qualquer pena acima de 4 anos impede a substituição e, acima de 8 anos, impõe o regime fechado. (...) No Brasil, a tendência de expansão é evidente e a preocupação, crescente. Dos limites tímidos da transação penal e suspensão condicional do processo, caímos no outro extremo: o amorfismo da colaboração (leia-se: delação) premiada e a Lei 12.850/13.²⁵

Esses riscos são importados junto com os institutos e podem ser verificados historicamente também a partir da maioria das pesquisas elaboradas pelas instituições norte americanas, que demonstram que os acusados que assumem a culpa em um *plea guilty* são sentenciados a penas menos severas do que os que optam por participar do julgamento regular, como afirma Smith:

Considerando as decisões de encarceramento, 71% dos 279 réus condenados em julgamento receberam sentenças prisionais de um ano ou mais, em comparação com apenas

²⁴ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. Consultor Jurídico, 24 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>.

²⁵ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. Consultor Jurídico, 24 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>.

42% dos réus que pleitearam culpa (se declararam culpados). Superficialmente, essa conclusão parece apoiar alegações de que reduções consideráveis de sentença são trocadas por pleitos de culpa. Uma comparação tão simples é enganosa, todavia, à medida em que assume que características de casos de pleiteados e julgados são homogêneas.²⁶

Tais circunstâncias, agravadas atualmente, demonstram que a celebração de acordos, por ser medida considerada mais eficiente e célere em relação ao trâmite processual regular, se tornou objeto de coação do órgão acusador (por meio de sua discricionariedade) ao indivíduo que em muitas oportunidades prefere assumir crime que pode não ter cometido para não assumir o risco da eventualidade de uma pena mais grave, após o julgamento popular, como demonstrado. O que evidencia, dessa forma, a modalidade mais clássica do que se pensa a respeito do erro judiciário.

Diante disso, é imprescindível que as mesmas críticas que são elaboradas incessantemente aos acordos celebrados nos Estados Unidos sejam feitas de forma ainda mais severas ao crescimento da lógica negocial no Brasil, que, diferente do país norte-americano, não dispõe de um sistema de justiça compatível com os institutos estabelecidos e pretendidos pelo movimento legislativo em vigor.²⁷

O crescimento da justiça negocial no Brasil deve ser observado com cautela, para que se aprimore exatamente os pontos controvertidos dos sistemas estrangeiros e, na medida do possível, adequá-lo ao processo penal pátrio, nos limites estabelecidos pelos princípios constitucionais, a fim de que a exceção não se torne regra e medida de coação aos acusados criminalmente e não sejam exponenciados os riscos de uma prestação jurisdicional falha, meramente midiática e inquisidora.

²⁶ SMITH, Douglas. The Plea Bargaining Controversy. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 77, n. 3, 1986. p. 949-968. "Considering incarceration decisions, 71% of the 279 defendants convicted at trial received prison sentences of one year or longer compared to only 42% of defendants who pled guilty. On the surface this finding would appear to support claims that considerable sentencing discounts are exchanged for guilty pleas. Such a simple comparison is misleading, however, as it assumes that characteristics of pleaded and tried cases are homogeneous" (tradução livre).

²⁷ BATOCHIO, Guilherme Octávio. **Grupo de trabalho da Câmara acerta ao tirar plea bargain do "pacote anticrime"**. Consultor Jurídico. 8 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-08/guilherme-batochio-camara-acerta-tirar-plea-bargain-pacote>.

4 DA COAÇÃO EXERCIDA PELO SISTEMA DE BARGANHA NORTE-AMERICANO

O sistema de barganha é questionado inclusive pelos operadores e pesquisadores de Direito americano, que há anos objetivam traçar os limiaries entre a racionalidade e a coercitividade da modalidade negocial abordada. A mencionada coação do *plea bargain* é apontada por pesquisas que demonstram que as penas impostas aos réus que optam por não declararem culpa e serem submetidos ao devido processo legal são maiores e mais severas do que aquelas impostas aos que aceitam o acordo.

Os dados examinados nesse artigo indicam, que quando sentenças reais são comparadas às expectativas de sentenças, poucas evidências são encontradas para apoiar o argumento da coerção. Embora exista uma diferença substancial entre a proporção de réus encarcerados após se declararem culpados em comparação com aqueles condenados no julgamento (...) ²⁸

Nesse cenário, até mesmo o acusado inocente é colocado diante de um dilema imposto pela força do órgão acusador: assumir a culpa e receber a sentença com as condições já delimitadas ou exercer o direito constitucional do devido processo legal, mas correr o risco de condenação a condições mais gravosas e imprevisíveis de pena.

O oferecimento do *plea bargain* pelo Estado, representado pelo *prosecutor* tem o poder de tornar inevitável sua celebração por meio da sua demonstração de força, resultante da possibilidade real do *overcharging*, que consiste na hipótese autorizada pelo sistema norte-americano de imputação de crimes diversos, com penas mais graves para os mesmos fatos (CALDWELL, 2012, p. 65).

O *plea bargaining* se tornou tão coercitivo que muitos inocentes acreditam não ter opção diversa da declaração de culpa. O poder e a discricionariedade mencionada anteriormente fazem parecer racional assumir culpa por algo que não cometeu, pelo medo de piores consequências decorrentes do exercício do direito de

²⁸ SMITH, Douglas. The Plea Bargaining Controversy. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 77, n. 3, 1986. p. 966. Tradução Livre: The data examined in this article indicate that when actual sentences are compared to expected sentences, little evidence emerges to support the coercion argument. While a substantial difference exists between the proportion of defendants incarcerated after pleading guilty compared to those convicted at trial (tradução livre)

ter um julgamento. Nesse cenário, o instituto se torna meio de relativização de princípios tão basilares do processo penal, que comprometem a sua própria existência – como sustenta a autora:

Plea bargaining se tornou tão coercitivo que muitas pessoas inocentes sentem que não têm opção exceto se declarar culpado. "Nosso sistema faz com que seja uma escolha racional se declarar culpado de algo que você não fez", disse Maddy deLone, diretora executiva do Innocence Project. O resultado, de acordo com o falecido professor de direito de Harvard William J. Stuntz, que escreveu extensivamente sobre a história do plea bargaining em *The Collapse of American Criminal Justice* (2011), é um sistema que se tornou "o mais severo na história do governo democrático".²⁹

Tanto é verdade que apenas cerca de 5% das condenações nos Estados Unidos são decorrentes de julgamento, enquanto os outros 95% são resultados de *plea bargain*, de modo que até a presunção de inocência é colocada em segundo plano, já que na celebração do contrato, conforme mencionado anteriormente, não há a necessidade de se provar além da dúvida razoável acerca da autoria delitiva³⁰.

Tais dados demonstram, além da coercitividade do instituto, uma das causas do encarceramento em massa que ocorre nos EUA, decorrente do mesmo pensamento emergente no Brasil atual, consistente em "prender mais pessoas e por mais tempo", de modo que o devido processo legal é posto em segundo plano por políticas criminais mais céleres e menos garantistas - aumentando também os riscos da consolidação de sistemas criminais fundamentalmente injustos.

Ressalte-se agora que a coação não é exclusividade do negócio jurídico americano. A colaboração premiada brasileira também se torna objeto de coação na medida em que, por ser faculdade do órgão acusador a propositura de acordo, existe

²⁹ YOFFE, Emily. **Innocence Is Irrelevant**. The Atlantic. Set. 2017. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2017/09/innocence-is-irrelevant/534171/>>. Acesso em: 30 jun. 2021. Plea bargaining has become so coercive that many innocent people feel they have no option but to plead guilty. "Our system makes it a rational choice to plead guilty to something you didn't do," Maddy de Lone, the executive director of the Innocence Project, told me. The result, according to the late Harvard law professor William J. Stuntz, who wrote extensively about the history of plea bargains in *The Collapse of American Criminal Justice* (2011), is a system that has become "the harshest in the history of democratic government." (Tradução livre).

³⁰ SCHEHR, Robert (2018) "**Standard Of Proof, Presumption Of Innocence, And Plea Bargaining: How Wrongful Conviction Data Exposes Inadequate Pre-Trial Criminal Procedure.**" *California Western Law Review*: Vol. 54 : No. 1 , Article 3. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol54/iss1/3> >.P. 63.

a inevitável coação psicológica, vinculada ao “dilema do prisioneiro” formulado por Merrill Flood e Melvin Dresche com a lógica fundada na necessidade de delatar para não ser delatado ou, até mesmo, encarcerado por períodos maiores.

Nesse contexto, a justiça negocial passa a corresponder a mais um instrumento de demonstração de força e poder estatal em face do indivíduo, que é colocado em conflito entre o direito a um julgamento justo ou a aceitação dos benefícios ofertados previamente.³¹

Considerando que o movimento legislativo brasileiro caminha para a importação das declarações de culpa (já exigida pelo novo art. 28-A do Código de Processo Penal para a celebração do Acordo de não-persecução penal) deve-se ressaltar sua possível incompatibilidade com a lógica do sistema acusatório vigente no país, de forma que sejam considerados os riscos das relativizações dos princípios regentes no Processo Penal pátrio com o objetivo de se modular o instituto à realidade brasileira e minimizar eventuais violações às garantias individuais.

5 A POTENCIALIZAÇÃO RISCO DE ERRO JUDICIÁRIO COMO CONSEQUÊNCIA INTRÍNSECA DAS CARACTERÍSTICAS DOS MODELOS NEGOCIAIS

Feitas todas as considerações acerca das incompatibilizações entre o sistema negocial penal e os princípios constitucionais já mencionados, ficou evidente que a mitigação do devido processo legal é fator de risco ao exercício jurisdicional escorrido e, conseqüentemente, eleva as possibilidades do cometimento do erro judiciário, o qual passa-se a definir brevemente no presente capítulo.

Não há um consenso a respeito da definição técnica de erro judiciário. No Brasil, o conceito deriva diretamente da previsão do art. 5º, inciso LXXV, segundo o qual o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Certo é que o erro induz um caminho diferente para a solução do caso e parte de premissas diversas da realidade, podendo acontecer, de acordo com a CEDH, em qualquer tipo de processo judicial, seja na

³¹ SCHEHR, Robert (2018) "Standard Of Proof, Presumption Of Innocence, And Plea Bargaining: How Wrongful Conviction Data Exposes Inadequate Pre-Trial Criminal Procedure," California Western Law Review: Vol. 54 : No. 1 , Article 3. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol54/iss1/3> >.

esfera penal, civil ou administrativa. O erro judiciário precisa, portanto, derivar da própria prestação jurisdicional, em uma manifestação judicial na qual o juiz possa exercer seu poder de aplicar a norma ao caso concreto.

Adotamos, portanto, que o “erro se traduz em engano ou falsa concepção sobre determinada coisa ou fato”³² e o erro judiciário decorre, necessariamente da decisão judicial. Nesse contexto, a mitigação da obrigatoriedade, o acentuamento da discricionariedade do órgão acusador e a coação exercida pelos sistemas de barganha internacionais são fatores que aumentam o risco de uma falsa concepção sobre determinado fato?

Para este estudo, a resposta é positiva. Os princípios constitucionais penais estão postos, conforme mencionado no capítulo introdutório, exatamente para garantir a própria legitimidade, integridade e assertividade do processo penal. Não há como haver acerto do judiciário se os meios para a decisão judicial suprimiram as normas que devem reger, de maneira inviolável, o próprio exercício jurisdicional.

Em que pese “justiça” parecer conceito inalcançável a partir da mera leitura do texto positivado, as formas processuais não são por acaso e, ao contrário, resultam de uma evolução histórica voltada à preservação do indivíduo frente ao arbítrio do Estado que não pode, na figura do juiz, ser contaminado pela ânsia da punição indiscriminada à determinadas pessoas. Forma é garantia.

Aliás, se a coação, na barganha, potencialmente contamina o próprio meio de provas (no caso da colaboração premiada) e direciona toda a atividade investigativa e persecutória, como podemos admitir que não há possibilidade de “falsa concepção” a respeito do suposto fato criminoso por parte dos investigadores e do juiz que, mesmo no seu papel de homologador, recebe as influências dos termos da colaboração prestada sem o respeito ao contraditório.

Novamente, frise-se que a “modernização” dos meios investigativos é absolutamente necessária e que o presente trabalho não se pretende legitimar a impunidade aos graves crimes que geralmente são objetos do sistema negocial no Brasil. Contudo, os males causados por uma prisão processual decretada de maneira

³² KNOERRR, V. S., VERONESSE, E. F. **O erro judiciário e a responsabilidade civil do Estado.** Prisma Jur., Sa o Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2016.

precipitada, por uma condenação injusta ou, até mesmo pelo simples constrangimento do processamento penal precisam ser avaliados para a correta aplicação do dispositivo constitucional que autoriza, inclusive, a reparação pelos erros do judiciário – os quais o Estado tem o dever de diminuir os riscos de ocorrência mas não o faz, na medida em que pretende por meio do exercício legislativo, cada vez mais, relativizar os princípios básicos e garantias individuais.

6 CONCLUSÃO

Ante ao exposto, não obstante a extrema importância da modernização das técnicas processuais e investigativas no Brasil, que alcançaram resultados significativos em termos de desfazimento de grandes organizações criminosas, o presente trabalho pretendeu questionar as razões e consequências do direcionamento das políticas criminais implementadas no Brasil ao aumento do encarceramento em curto prazo para a promoção de números capazes de influenciar o pensamento do eleitorado e que, mais grave que isso, acentuam e legitimam fatores de risco ao próprio exercício jurisdicional.

Processo penal não pode ser usado como instrumento político de modo que se ignore a necessária busca pela instituição de um modelo que, apesar de célere e eficiente, respeite os direitos individuais e os princípios tão fundamentais a ele.

Foram evidenciados os riscos da importação de institutos estrangeiros, a partir da relativização dos princípios inerentes ao sistema acusatório brasileiro, como o da obrigatoriedade no caso de acordo de colaboração premiada, que pode acarretar, dentre outros fatores, na acentuação de problemas que vão além do processo em si, a exemplo do esvaziamento do papel do juiz e acentuação da seletividade penal já tão enraizada na jurisdição brasileira.

Não sendo possível dissociar a colaboração premiada do *plea bargain*, por todas as semelhanças que foram apontadas no decorrer deste trabalho, também impende salientar os problemas do instituto americano, que foram em sua maioria acompanhados pelo instituto já utilizado no Brasil.

Nesse cenário, a discricionariedade do Ministério Público no caso brasileiro e do *prosecutor* no instituto americano são características comuns às duas

modalidades negociais, ainda que estabelecidos em sistemas jurídicos absolutamente diversos.

Conforme estudado, conquanto o *prosecutor* possa impor até tipificação diversa para que o acusado celebre o acordo, na colaboração premiada, é o Ministério Público quem determina quais benefícios serão atribuídos a cada um dos colaboradores, conforme a consciência exclusiva do promotor de justiça, tendo o juiz mero papel de homologador – o que não tira a característica de “decisão judicial” que é elemento do erro judiciário, cujo risco de ocorrência é potencializado por todos os critérios descritos no capítulo anterior.

Essa discricionariade é fator dominante e fundamental no estabelecimento da coação que se tornou inerente aos sistemas negociais no processo penal. Se no Brasil o colaborador é tentado pela necessidade de “ser o primeiro a falar” para a manutenção do interesse do Ministério Público no oferecimento da proposta, no sistema americano é ainda mais gravoso - já que não são raros os casos de inocentes que se declaram culpados, pelo medo do *overcharging* e de uma eventual condenação à pena mais gravosa ou uma investigação e posterior processamento contaminados pela origem do meio de prova.

Isso posto, a incongruência entre os mecanismos de negociação, com seus aspectos técnico-jurídicos e o sistema processual penal brasileiro, consolidado desde a Constituição da República de 1988, resulta na necessária ponderação entre as prioridades do movimento legislativo brasileiro, que busca a celeridade da condenação em detrimento do garantismo penal, tão necessário a qualquer estado democrático de direito que tem o dever institucional de assegurar a atuação jurisdicional justa e imparcial, com vistas à minimizar as hipóteses de erro judiciário exatamente no ramo do direito que enfrenta a ameaça ao mais importante bem do indivíduo, a sua liberdade.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002, p. 176.

BATOCHIO, Guilherme Octávio. Grupo de trabalho da Câmara acerta ao tirar *plea bargain* do "pacote anticrime". **Consultor Jurídico**. 8 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-08/guilherme-batochio-camara-acerta-tirar-plea-bargain-pacote>>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL, Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 127.483/PR**. Paciente: Elton Medeiros. Relator: Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27 de agosto de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Pet. 5.244/DF**. Requerente: Ministério Público Federal. Rel. Min. Teori Zavascki, publicada em 11 de março 2015.

CALDWELL Mitchell H. **Coercive Plea Bargaining: The Unrecognized Scourge of the Justice System**, 61 Cath. U. L. Rev. 63. 2012.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. Os Benefícios Legais Da Colaboração Premiada. Rio de Janeiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, ano 12 v. 19, n. 1, 2018. p. 107-144. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsgao&AN=edsgcl.573093554&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 23 set. 2021.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014, p. 23.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 486.

KNOERRR, V. S., VERONESSE, E. F. **O erro judicial e a responsabilidade civil do Estado**. Prisma Jur., Sa o Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 5. ed. Volume Único. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 719.

LOPES JR., Aury. Adoção do *plea bargaining* no projeto "anticrime": remédio ou veneno? **Consultor Jurídico**. 22 fev. 2019. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 23 set. 2021.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato. Consultor Jurídico**. 24 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 23 set. 2021.

NUNES, Geilson. **Colaboração Premiada: Aplicabilidade e Limites à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro; Plea Bargaining and the Structure of the Criminal Process**, 7 Just. Sys. J. 338. 1982.

MPF, Ministério Público Federal. **Resultados: Lava Jato**. Ministério Público Federal, Brasil, p. 1-10, 24 ago. 2021. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>. Acesso em: 8 out. 2021.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Breves apontamentos relativos ao instituto do “plea bargaining” no direito norte-americano**. Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU, Ano XV, nº 23, 2001, p. 120.

ROSA, Alexandre Morais da; OLIVEIRA, Daniel Kessler; LOPES JR., Aury. O roteiro delatado e o processo penal do espetáculo. **Consultor Jurídico**. 30 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo>>. Acesso em: 23 set. 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 29.

SCHEHR, Robert (2018) "Standard Of Proof, Presumption Of Innocence, And Plea Bargaining: How Wrongful Conviction Data Exposes Inadequate Pre-Trial Criminal Procedure," California Western Law Review: v. 54: n. 1, Article 3. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwlr/vol54/iss1/3/>>. Acesso em: 23 set. 2021.

SILVA, César Dario Mariano da. **Colaboração premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Consultor Jurídico**. 5 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-05/cesar-dario-colaboracao-premiada-obrigatoriedade-acao-penal>>.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13**. 2. ed. Editora: Atlas, 2015.

SMITH, Douglas. The Plea Bargaining Controversy. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 77, n. 3, 1986. p. 949-968.

UPHOFF Rodney J., **The Criminal Defense Lawyer As Effective Negotiator: A Systemic Approach**, 2 Clinical L. Rev. 73. 1995.

VALLE, Juliano Keller do; GARCIA, Marcos Leite. A lógica perversa da colaboração premiada no processo penal brasileiro: por que (ainda) é necessário falar sobre o garantismo de Ferrajoli? Maranhão. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. v. 3, n. 2, jul/dez. 2017. p. 181-197. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=asn&AN=129376297&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 1 jul. 2021.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2014. 60 f. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais)-Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014.

YOFFE, Emily. **Innocence Is Irrelevant**. The Atlantic. Set. 2017. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2017/09/innocence-is-irrelevant/534171/>>. Acesso em: 30 jun. 2021.