

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR
OLAVO HAMILTON

PROJETO DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
TEMAS FUNDAMENTAIS

Caio Vanuti Marinho de Melo
Filipe Dantas de Gois
Gabriel Lucas Moura de Souza
Leonardo Oliveira Freire
Maria Beatriz Maciel de Farias
Milena da Silva Claudino
Natália Galvão da C. Lima F. e Souza
Nathalia Leite de Medeiros
Rodrigo Cavalcanti
Sophia Fátima Morquecho Nôga
Walter Nunes da Silva Júnior



PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
TEMAS FUNDAMENTAIS

Walter Nunes da Silva Júnior
Olavo Hamilton
(Organizadores)

PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
TEMAS FUNDAMENTAIS

Caio Vanuti Marinho de Melo

Filipe Dantas de Gois

Gabriel Lucas Moura de Souza

Leonardo Oliveira Freire

Maria Beatriz Maciel de Farias

Milena da Silva Claudino

Natália Galvão da Cunha Lima Freire e Souza

Nathália Leite de Medeiros

Rodrigo Cavalcanti

Sophia Fátima Morquecho Nôga

Walter Nunes da Silva Júnior



Copyright © 2022
All rights reserved.

OWL – EDITORA JURÍDICA

Rua Princesa Isabel, 888, Cidade Alta
Natal-RN
Brasil
CEP 59.025-400.
editora@owl.etc.br • www.owl.etc.br

CONSELHO EDITORIAL

Carlos Wagner Dias Ferreira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Francisco Barros Dias
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
José Orlando Ribeiro Rosário
Hallyson Rêgo Bezerra
Leonardo Oliveira Freire
Marcelo Alves Dias de Souza
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marcelo Pinto da Costa Neves
Marco Bruno Miranda Clementino
Maria dos Remédios Fontes Silva
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
Paulo Afonso Linhares
Thiago Oliveira Moreira
Walter Nunes da Silva Júnior

Projeto do novo Código de Processo Penal: temas
fundamentais /

Walter Nunes da Silva Júnior, Olavo Hamilton (orgs.)
– Natal : OWL, 2022.
429p.

ISBN: 9798847246019

1. Processo penal. 2. Temas.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

Walter Nunes da Silva Júnior

CAPÍTULO 1 31

Juiz das garantias..... 31

Walter Nunes da Silva Júnior

1. A atuação do juiz na fase da investigação no modelo do CPP de 1941 35

2. A participação do juiz na investigação e as teorias da dissonância cognitiva e do padrão objetivo de imparcialidade 42

3. Juiz das garantias como materialização do princípio da imparcialidade do julgamento..... 48

3.1 Jurisdicionalização da investigação, com o controle da legalidade dessa fase pelo juiz das garantias 53

3.2 Modelo de juiz das garantias 59

3.3 Análise crítica do juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal e nos substitutivos 63

Considerações finais..... 74

Referências 79

CAPÍTULO 2 83

A proposta de normatização da justiça restaurativa penal no novo Código de Processo Penal..... 83

Milena da Silva Claudino

1. O modelo de justiça retributiva e a prisão como resposta do Estado 87

2. Justiça restaurativa: a construção de um conceito e sua implementação no campo da justiça criminal 91

3. A justiça restaurativa no Novo Código de Processo Penal: análise das proposições legislativas..... 99

3.1. Análise comparativa do PL 7.006/2006 e do substitutivo do art. 8.045/2010..... 102

3.2. Os limites entre a autonomia social e função jurisdicional do Estado no tratamento de crimes à luz do texto substitutivo ao PL nº 8.045/2010, do Rel. João Campos 109

Considerações finais..... 110

Referências 112

CAPÍTULO 3 115

Inquérito policial e sua utilidade para a persecução criminal após o pacote anticrime e suas perspectivas com o projeto do Novo Código de Processo Penal..... 115

Rodrigo Cavalcanti

1. O sistema penal acusatório e a legitimação da persecução criminal..... 118

1.1 Direitos fundamentais, categorias e concretização 123

1.2 O devido processo legal e a democratização do processo penal..... 126

2. Inquérito policial e seu novo contexto após o pacote anticrime..... 133

2.1. Conceitos e características do inquérito policial no sistema acusatório 134

2.2. As principais modificações do inquérito policial após o “Pacote Anticrime”	139
2.3. As perspectivas do inquérito policial com o projeto do Novo Código de Processo Penal.....	146
Considerações finais	158
Referências.....	162

CAPÍTULO 4 163
Antinomias da Investigação Defensiva no Direito Processual Penal..... 163

Leonardo Oliveira Freire

Marianna Rezende de Lucena Marinho

1. Pressupostos da Investigação Defensiva.....	164
2. Investigação na persecução penal como elemento de justiça criminal	165
3. Direito comparado sobre a investigação por parte da defesa.....	169
4. No sistema brasileiro.....	179
Considerações finais	185
Referências.....	187

CAPÍTULO 5 191
Acordo de Não Persecução Penal e seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro 191

Maria Beatriz Maciel de Farias

1. Digressões sobre a justiça criminal no Brasil	194
2. O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)	196
2.1 Conceito.....	199
2.2 Natureza jurídica	200
2.3 Hipóteses de cabimento e vedações legais.....	201
2.4 Condições do ANPP.....	206
2.5 Direito intertemporal e o ANPP	207
2.6 Prescrição e ANPP	209
3. Análise crítica do ANPP	210
4. O ANPP no projeto de lei aprovado no Senado Federal (PL 156/2009), em discussão na Câmara de Deputados (PL 8.045/2010) e suas diferenças em relação a lei nº 13.964/2019	213
Considerações finais	223
Referências.....	224

CAPÍTULO 6 227
Cadeia de custódia: a busca pela concretização da inviolabilidade da prova..... 227

Sophia Fátima Morquecho Nôga

1. A proteção dada à prova pela Lei Anticrime	229
1.1 A cadeia de custódia como consectário da segurança jurídica e ampla defesa	234
1.2 A Constitucionalização do processo penal: o devido processo legal no âmbito da produção da prova	238

2. A inovação da cadeia de custódia no projeto de lei do Senado nº 156, de 2009.....	240
2.1 A cadeia de custódia no substitutivo ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do relator João Campos, apresentado em 26 de abril de 2021.....	242
2.2 Os impactos da aplicação deste novo modelo procedimental na valoração das provas	244
Considerações finais.....	246
Referências	247

CAPÍTULO 7 251

A busca pela aprimoração do procedimento do reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro..... 251

Nathália Leite de Medeiros

1. O uso do reconhecimento pessoal como meio de prova no direito brasileiro.....	255
2. O reconhecimento de pessoas à luz da epistemologia jurídica, da psicologia do testemunho e do <i>neurolaw</i> e as variáveis capazes de interferir na memória humana	264
3. O reconhecimento de pessoas enquanto prova dependente da memória: análise das proposições legislativas em torno da matéria.....	272
3.1 A proposta do Novo Código de Processo Penal	274
3.2 O Projeto de Lei nº 676, de 2021.....	279
3.3 A necessidade de alternativas procedimentais e processuais para a realização do reconhecimento de pessoas diante dos conhecimentos interdisciplinares.....	282
Considerações finais.....	292
Referências	295

CAPÍTULO 8 299

Nulidades processuais: perspectiva crítica sobre o Projeto do Código de Processo Penal..... 299

Gabriel Lucas Moura de Souza

Natália Galvão da Cunha Lima Freire

1. Morfologia processual e o (des)regramento das nulidades no Código de Processo Penal.....	301
1.1 A desvalorização da forma processual como experiência inquisitória.....	304
2. Problematizações do regime de nulidades a partir da complexidade do conhecimento	309
2.1 O esvaziamento da distinção entre nulidade absolutas e relativas como manifestação da pós-democracia	311
2.2 O prejuízo no regime de nulidades e a presunção pós-democrática dos Tribunais	314
3. Avanços e retrocessos no projeto de NCPP	320
3.1 O dever de máximo aproveitamento dos atos processuais e o alcance de sua finalidade.....	320
3.2 A não presunção do prejuízo como regra: os riscos de um legislador conselheiro	326
3.3 A nulidade como pedido subsidiário: o reconhecimento normativo do caráter pro reo das formas jurídicas.....	328
3.4 Afinal, o que é o Ministério Público no processo penal? Os riscos de uma parte imparcial no tratamento normativo das nulidades.	330
Considerações finais.....	336
Referências	338

CAPÍTULO 9 343
O novo procedimento do Tribunal do Júri e o embate entre a duração razoável do processo e a manutenção do sistema bifásico 343

Filipe Dantas de Gois

1. A origem do Tribunal do Júri e o seu papel de representação democrática no judiciário	345
2. A duração razoável do processo como fundamento de reforma: análise da proposta sugerida pelo projeto do Novo Código de Processo Penal.....	353
2.1 O marco inicial da proposição reformadora: o PL nº 156 e o fim do sistema bifásico	357
2.2 Substitutivo ao PL 8045: implicações trazidas pela nova guinada doutrinária-legislativa do Processo Penal brasileiro.....	360
3. Análise crítica e constitucional da reforma: há espaço para o “encurtamento” procedimental proposto?	365
3.1 O direito de ser ouvido por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial	366
3.2 Implicações relacionadas ao princípio da presunção de inocência e ao brocardo do <i>in dubio pro societate</i>	369
Considerações finais	376
Referências.....	378

CAPÍTULO 10 381
O novo procedimento de quesitação na proposta do novo Código de Processo Penal e a garantia da motivação das decisões judiciais 381

Caio Vanuti Marinho de Melo

1. O júri enquanto instituição democrática e o problema da motivação de suas decisões.....	383
2. A redação originária do CPP e a simplificação dos quesitos pela Lei nº 11.689, de 2008.....	401
3. Propostas de alteração pelo PL 8045, de 2010 e a nova tentativa de simplificação dos quesitos. ...	418
Considerações finais	425
Referências.....	428

APRESENTAÇÃO

Walter Nunes da Silva Júnior

Antes da promulgação do primeiro Código de Processo Penal brasileiro, vigiam aqui as regras das *Ordenações Filipinas*. O livro V cuidava do Direito Penal e Processual Penal. Os seus preceitos eram *desumanos e bárbaros* e, dentro de um sistema normativo *cruel e despótico*, o processo inquisitivo, aparelhado das *devassas*, servia a um Direito Penal *retrógrado e sanguinário*. Tinha como característica primordial inculcar o terror, com a aplicação da pena de morte, mediante suplício (enforcamento seguido de esquartejamento), além das penas infamantes, castigos corporais e as mutilações¹.

De regra, a acusação se fazia pela apresentação da querela que consistia na delação feita por qualquer do povo, no interesse público, ou pelo ofendido, sendo lavrado auto competente (ALMEIDA JÚNIOR 1959, 134). Em algumas situações, cabia a acusação da justiça, competindo ao Ministério Público substituir o *queixoso*². Existiam ainda as *devassas gerais e as especiais*, que se traduziam em inquirições feitas pelos juízes para a informação dos delitos, aquelas para a apuração dos crimes incertos, realizadas anualmente, e estas tinham lugar quando houvesse notícia da

¹ Sobre como eram os julgamentos conforme o sistema das Ordenações Filipinas, e a influência da Coroa Portuguesa e da Igreja nos julgamentos, cf. LOPES, Paulo Guilherme M.; TOSTO, Ricardo. *O processo de tiradentes*. São Paulo: Conjur Editorial, [?].

² Certamente essa é a explicação por que, até há pouco tempo, nas capas dos processos penais, o autor, no caso de denúncia, era identificado como a *Justiça Pública*.

ocorrência do crime, mas fosse incerto o agente (J. F. MARQUES 1997, 95).

De todo modo, para a admissibilidade da acusação, havia a necessidade da apresentação *preliminar de querela*, com a realização de audiência para inquirir 3 (três) ou 4 (quatro) quatro testemunhas e, por fim, a pronúncia, desde que descoberto o crime e da devassa adviesse *prova suficiente para a prisão do réu*. Os *tormentos*³ por meio da tortura eram amplamente permitidos, não podendo ser aplicados, porém, em se tratando de fidalgo, cavalheiro, doutor em cânones, leis ou Medicina, e vereadores, exceto nos casos de falsidade, moeda falsa, testemunho falso, sodomia, alcoviteria e furto (ALMEIDA JÚNIOR 1959, 136). Quando, apesar do tormento, o acusado não confessava, ele podia ser degradado para a África.

O *suplício* era autorizado, se houvesse permissão do regedor e dos desembargadores, na hipótese em que fossem evidentes os indícios de o acusado ser o autor do crime, assim como quando houvesse prova produzida por testemunha, confissão extrajudicial, fama pública ou fuga (J. F. MARQUES 1997, 96-97). O *suplício* era aplicado ante a presença do julgador, do escrivão e do ministro. João Mendes Júnior explica que a tortura, usada no Direito Romano, desapareceu das legislações, porém, posteriormente, no Século XIV em diante, ressurgiu, passando a ser utilizada largamente, em razão de os juízes, na época, por hábito, sempre procurarem fundamentar as suas decisões com base na confissão do acusado. Com isso, os juízes envidavam todos os esforços no sentido de

³ Os tormentos eram inquirições judiciais feitas ao réu nos crimes graves, nos quais se procurava, por meio da tortura, compeli-lo a dizer a verdade (ALMEIDA JÚNIOR 1959, 136).

extorquir a confissão, “... ostentando uma habilidade sem escrúpulo, quer para a sugestão, quer para as ciladas, quer para o cansaço do interrogado; e, se ainda assim, nada conseguisse, recorria(m) às ameaças e depois aos tormentos” (ALMEIDA JÚNIOR 1959, 138).

Sentindo os reflexos da corrente humanística liberal que tomava vulto na Europa, especialmente após a vinda a lume da importante obra dos *Delitos e das Penas* de Beccaria, D. Maria I, com esteio no Decreto de 31 de março de 1778, portanto, mesmo antes da Revolução Francesa (1789), designou uma junta para tratar da modificação do Livro V das Ordenações Filipinas (FRAGOSO 1978, 64).

Essa onda reformista chegou em nossas paragens, encontrando eco na voz e na pena de D. Pedro I, que criou o tribunal do júri por meio da Lei de 18 de junho de 1822 e, em seguida, editou a Lei de 28 de agosto de 1822⁴, determinando a aplicação no Brasil das garantias processuais penais preceituadas na Constituição portuguesa, assegurando o seguinte: (1) ninguém será preso sem culpa formada; (2) lei alguma, especialmente a penal, será editada sem a absoluta necessidade; (3) a pena, atendida a sua proporcionalidade com o delito, não pode passar da pessoa do acusado; e (4) a abolição da confiscação de bens, da infâmia, dos açoites, do barço e pregão, da marca de ferro quente, da tortura e das penas infamantes.

Com a Independência do Brasil, veio a Constituição Política do Império, promulgada em 25 de março de 1824, sensivelmente liberal, embalada que estava com a agenda política e filosófica da Revolução Francesa. Nesse contexto, sob a rubrica *direitos civis e políticos dos*

⁴ Essas duas leis não possuem número.

cidadãos brasileiros, a Carta Imperial (art. 179) plasmou *princípios* inerentes a um processo criminal *garantista*, nos termos do arcabouço teórico da Escola Clássica, frontalmente contrário, por conseguinte, às normas emanadas do Livro V das *Ordenações Filipinas*, ademais de fazer a previsão quanto

Enquanto não vinha a lume o Código de Processo Criminal, normas esparsas foram sendo introduzidas, sempre no sentido de abrandar o rigorismo das Ordenações Filipinas, aparecendo com singular relevância o Aviso de 15 de novembro de 1828, com o qual o Imperador, sensibilizado com os muitos súditos que se encontravam presos sem a observância dos *sólidos princípios da justiça e da humanidade*, reiterava o dever de cumprimento das normas que conferiam garantias processuais relativas à prisão (ALMEIDA JÚNIOR 1959, 166-167).

Enfim, mediante a Lei de 29 de novembro de 1832, foi promulgado o Código de Processo Criminal, revestido dos anseios *humanitários e liberais* que agitavam o mundo. O novo diploma normativo recebeu o aplauso das comunidades política e jurídica brasileiras, que queriam romper com o sistema opressor das *Ordenações Filipinas*, herança normativa do Absolutismo. Note-se a terminologia utilizada: *Código de Processo Criminal*, que é mais adequada à Escola Clássica e, de resto, para um processo de cunho democrático, que não tem a *pena* como a sua principal preocupação, mas, sim, o crime em si.

Ricardo de Brito (2002, 240) revela que a doutrina nacional identifica o código em destaque como um *grande monumento jurídico imperial, não só em virtude de ter sido redigido com amparo na melhor doutrina clássica penal*, como também por se afinar com o *espírito liberal*

da época, constituindo-se, assim, em significativo avanço humanitário, principalmente se comparado aos processos cruéis das ordenações.

Aliás, como adverte Almeida Júnior, o *Liberalismo, regime consagrado pelo Código de Processo Criminal*, foi tão acentuado e promoveu uma modificação tão profunda em relação ao que anteriormente se tinha sob a égide das Ordenações Filipinas que o próprio autor do projeto de lei que se transformou, em nosso primeiro código processual criminal, Senador Alves Branco, teve a iniciativa de propor, já em setembro de 1835, uma reforma, *sobretudo em relação aos juízes de paz e à instituição do júri* (1959, 176). Ao que parece, a realidade política e cultural brasileira não estava preparada para a adoção do juízo de instrução do sistema francês, no qual o magistrado desempenhava atribuições que eram mais próprias da autoridade policial. Isso é revelado com cores vivas quando se observa que as maiores críticas lançadas ao Código de Processo Criminal residiram, justamente, na parte referente ao juizado de instrução, ante ao que se denominou *usurpação* pelo juiz de muitas das atribuições que eram, aqui no Brasil, confiadas às autoridades policiais.

Assim, o viés democrático-liberal do Código de Processo Criminal de 1832 foi logo desconstruído em razão da famigerada e substancial modificação que lhe foi infligida por meio da Lei de 3 de dezembro de 1841, sem embargo de outras mais que foram sendo introduzidas. Essas alterações na ideologia clássica do Código de Processo Criminal coincidiram, não por acaso, com a chegada em nosso meio das ideias da Escola Positiva no Brasil, o que ocorreu na segunda metade do Século XIX, e encontrou campo fértil para sua propagação, principalmente, nas últimas décadas daquele período,

diante das “... transformações então operadas na realidade brasileira no final do império e início da República...” (FREITAS 2002, 269-270).

Proclamada a República, foi editada a Constituição de 1891, mantendo e aumentando as garantias processuais penais então existentes, porém o ideário positivista se propagou, pois ele “... veio a se mostrar um aliado do regime republicano” (FREITAS 2002, 270). Como se não bastasse, o avanço do processo penal sofreu duro golpe, uma vez que a primeira Constituição Republicana, elaborada sob a ascendência da Constituição dos Estados Unidos, inseriu, na seara da competência dos Estados-membros, a missão de legislar sobre o Direito Processual Penal, quebrando, com isso, a sua unidade.

Além de a quebra da unidade processual não ter gerado vantagem nenhuma para o nosso sistema jurídico criminal – até porque não se tem notícia de nenhum código estadual de processo penal que tenha trazido uma contribuição importante para o avanço desse ramo do Direito –, a fragmentação normativa contribuiu para que houvesse um retrocesso, como se verificou com o Código de Processo Penal do Estado de São Paulo que – informa Frederico Marques (1997, 105) – adotou o *sistema processual herdado do Império*, com modificações parciais.

A verdade é que, ao contrário do que se verificou em relação ao processo civil, a autonomia legislativa processual dos Estados legou sensível retrocesso quanto às conquistas alcançadas com a redação primária do Código de Processo Criminal 1822, pois, “Enquanto alguns códigos se mantinham fieis àqueles postulados jurídico-processuais, outros deles se afastavam, ou porque tornassem a formação da culpa secreta, ou porque suprimissem o inquérito policial, ou porque restringissem cada vez mais as

atribuições do Júri, ou porque configurassem sob forma contraditória plena toda a formação da culpa (J. F. MARQUES 1997, 105).

Diante dessa situação, a Constituição de 1934, acertadamente, determinou a restauração da *unidade processual*, determinando, nas disposições transitórias, a nomeação de uma comissão de 3 (três) juristas, sendo 2 (dois) ministros do Supremo Tribunal Federal e 1 (um) advogado, para cuidar da feitura do novo Código de Processo Criminal. A comissão formada em 15 agosto de 1935 pelos ministros Bento de Faria e Plínio Casado e pelo professor Gama Cerqueira, todos renomados juristas, submeteu o trabalho ao Presidente da República pelas mãos do Ministro da Justiça, o eminente professor Vicente Ráo. As características fundamentais da sugestão de projeto de lei encaminhado por Vicente Ráo consistiam (a) na *restrição progressiva do júri*; (b) na eliminação do inquérito e consequente retorno ao juizado de instrução; e (c) na *equivalência de direitos, da sociedade e do acusado, no curso do processo*. Isso denota a clara inclinação pela orientação emanada da Escola Positiva. Com efeito, os positivistas tinham como dogmas para a reforma do processo penal o (r) estabelecimento da *igualdade* entre a sociedade e a defesa e a supressão do tribunal do júri.

Deflagrado o Golpe de Estado de 1937, o projeto Vicente Ráo não foi adiante, mas, mantida a unidade processual pela Constituição do mesmo ano, designou-se outra comissão para elaborar o projeto do novo Código de Processo Criminal, dela fazendo parte Narcélio de Queiroz, Cândido Mendes, Vieira Braga, Roberto Lyra e Nelson Hungria, todos juristas reverenciados pelo grande saber jurídico, especialmente na área do Direito Penal material. Com o falecimento do Professor Cândido Mendes, passou a

APRESENTAÇÃO

integrar a comissão o Desembargador Florêncio de Abreu. A comissão era, praticamente, a mesma que foi designada para revisar o projeto de novo Código Penal de autoria do Professor Alcântara Machado, formada por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Vieira Braga e Narcélio de Queiroz.

Concluídos os trabalhos, com a exposição de motivos da lavra de Francisco Campos, então Ministro da Justiça, o novo Código, agora denominado *Código de Processo Penal*, foi promulgado em 13 de outubro de 1941, com previsão de entrar em vigor a partir de 1º de janeiro de 1942, terminologia que denota o seu caráter *punitivista*. O ambiente político da época, como se sabe, estava sobre maneira tumultuado, não fosse pelo clima decorrente da Segunda Guerra Mundial, em razão de o Golpe de Estado dado por Getúlio Vargas ter implicado na dissolução da Câmara dos Deputados e do Senado e na revogação da Constituição de 1934, sendo o outorgada a Carta de 1937, concebida para dar legitimidade a um Estado autoritário, com forte concentração do poder político nas mãos do Executivo, em detrimento da independência dos demais poderes. A ingerência do Executivo no Judiciário era tal que cabia ao Presidente da República nomear, até mesmo, o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Estando o Congresso Nacional fechado, o Código de Processo Penal, ainda hoje em vigor, foi aprovado por meio do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, sem passar, portanto, pelo crivo do Parlamento. Pouco antes, em 1930, a Itália da época *fascista* de Mussolini tinha editado o Código de Processo Penal italiano, o qual foi fonte de inspiração para a codificação brasileira, a ponto de Francisco Campos, na exposição de motivos do projeto de lei, fazer referência e reverência a Arturo Rocco, o

responsável pela reforma do sistema criminal daquele pai, tendo como orientação a *Escola do Tecnicismo Jurídico*, de verniz *neopositivista*.

Como se percebe, o Código de Processo Penal em vigor foi editado sob a batuta da Constituição de 1937, em plena ditadura, tendo sido introduzido no sistema jurídico por meio de decreto-lei, em época que o Congresso Nacional estava fechado, ou seja, não foi submetido, sequer, a debate perante o Parlamento, possuindo um perfil *ditatorial e policialesco*. Ouso afirmar que teve como gênese o princípio da *presunção de culpabilidade*, valendo a *verdade* do inquérito policial e afirmado pelo Ministério Público, até prova em contrário, o que foi sendo diminuído ao longo do tempo, porém, não foi de todo desconstruído, a ponto de o princípio da *presunção de inocência* e ou da *não culpabilidade* não ser culturalmente aceito, até mesmo nos dias de hoje, apesar do que prescreve a Constituição de 1988.

Além do mais, trata-se de um código assistemático, com graves erros técnicos, muitos deles próprios dos estágios iniciais da ciência processual, notadamente em âmbito criminal, que até então não tinha experimentado o desenvolvimento dogmático que, em verdade, só apareceu com pujança após a redemocratização do país, mais especialmente a partir do marco regulatório estabelecido pela Constituição de 1988.

É verdade que, desde a sua vigência, ou seja, a partir de 1941, várias e variadas reformas pontuais ou tópicas vêm sendo introduzidas no Código de Processo Penal, sendo perceptível que, a cada nova Constituição editada no país, um conjunto de leis foram promulgadas, em linhas gerais, tentando adaptar o sistema processual penal à nova moldura jurídica. Acontece que as diversas modificações pontuais não lograram eliminar os principais

APRESENTAÇÃO

vícios estruturais do CPP: (a) o perfil antidemocrático e policialesco, elaborado que foi sob a batuta da Constituição ditatorial de 1937; (b) a forte influência do sistema inquisitivo; (c) os procedimentos burocráticos e morosos; e (e) a impossibilidade de sua adaptação a um modelo de processo democrático, pautado pelo respeito aos direitos fundamentais.

Em verdade, o movimento reformista nacional em relação à edição de novo Código de Processo Penal se encontra em estado latente desde os anos 1970. Com efeito, no ano de 1975, o Executivo encaminhou para o Congresso Nacional um anteprojeto de Código de Processo Penal da autoria de José Frederico Marques, transformado no Projeto de Lei nº 633, de 1975. Logo depois, em razão das resistências quanto a sua aprovação, foi nomeada nova comissão integrada por Francisco de Assis Toledo (Coordenador), José Frederico Marques, Jorge Alberto Romeiro e Rogério Lauria Tucci. O Projeto de Lei nº 1.655, de 1983, chegou a ser aprovado pela Câmara Federal, em 26 de junho de 1984, mas não foi votado pelo Senado.

Se mesmo antes da edição da Constituição de 1988 já se sentia a necessidade da edição de um novo Código de Processo Penal, após a sua promulgação essa iniciativa ficou inadiável. Lembre-se que, no ambiente cível, o Código de Processo Civil de 1939 – que, a despeito de todos os defeitos, era considerado, em termos *metodológicos e dogmáticos*, muito mais avançado do que o Código de Processo Penal ainda hoje em vigor – foi revogado já no ano de 1973, com a aprovação do novo Código de Processo Civil. Isso sem falar que, editada a Carta Política vigente, houve a necessidade de ser editado o NCPC de 2015. Enquanto isso, o CPP ainda é aquele de 1941.

A par disso, no cenário do direito comparado, teve início amplo movimento *reformista criminal* cuja preocupação, sem perder de vista a maior *eficácia e duração razoável do processo*, tem sido a construção de sistema com foco nos direitos fundamentais, a partir do modelo acusatório, com a efetiva aplicação da oralidade. As reformas do processo penal na Europa não foram apenas os reflexos das *mudanças políticas* de democratização ocorridas no Sul e no Leste do continente europeu do final dos anos 1980, pois se estenderam a países como Alemanha, Inglaterra, Espanha, Itália, França e Portugal, devido a jurisprudência formada pela Corte de Estrasburgo e pela Corte de Justiça de Luxemburgo. Para Delmas-Marty (DELMAS-MARTY, 1992), esse movimento revela como esse ramo do direito “... está ligado – mais ainda que o direito penal material que define os delitos e as penas – ao processo de democratização”.

No final dos anos 1990 para os anos 2000, a reforma dos Códigos de Processo Penal foi inserida, também, no processo de (re) democratização da América Latina. Comissão formada por Jaime Bernal, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrini Grinover e Júlio Mayer, com suporte na Convenção Americana de Direitos Humanos e os direitos fundamentais catalogados nas Constituições dos países, apresentou, em 1988, o Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América, modelo adotado nas reformas processuais penais na Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai e, ainda, nas reformas parciais no Brasil⁵.

⁵ O código modelo de processo penal para ibero-américa 10 anos depois. In: **A marcha do processo. Rio de Janeiro:** Forense Universitária, 2000, p. 70/76. Cf. ainda: AMBOS, Kai; CHOUKR, Frauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América latina.** São Paulo: Editora Método, 2001.

APRESENTAÇÃO

Diferentemente dos outros Países, inclusive da América do Sul, como Chile, Argentina e Uruguai, o Brasil, ao invés de editar um novo Código de Processo Penal, fez a opção por reformas tópicos. Todavia, cabe observar que na exposição de motivos da proposta de reforma do Código de Processo Penal, a qual deu origem às Leis n.ºs. 10.792, de 2003, 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008, e 12.403, de 2011, Ada Pellegrini, na qualidade de presidente da Comissão de juristas criada pelo Ministério da Justiça, esclareceu que o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América orientou os trabalhos do grupo e reconheceu que a escolha pela *reforma tópica* não foi técnica, mas *pragmática*, dentro da ótica da *política do possível*, uma vez que se verificou a impossibilidade de edição de um novo CPP.

Essa foi a justificativa em razão da qual a Comissão de Reforma, instituída pelo Poder Executivo, no afã de promover uma modificação ampla e estrutural do CPP em vigor, ao invés de encaminhar ao Congresso Nacional uma proposta de novo código, enviou 7 (sete) anteprojeto, transformados nos seguintes projetos de lei: (a) PL 4.203/2001, transformado na Lei n.º 11.689, de 9 de junho de 2008 (tribunal do júri): vigência a partir de 10 de agosto de 2008; (b) PL 4.204/2001, transformado na Lei n.º 10.792, de 2003 (Interrogatório e defesa efetiva), em vigor a partir da data de publicação; (c) PL 4.205/2001, transformado na Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008 (Provas): vigência a partir de 10 de agosto de 2008; (d) PL 4.206/2001 (Recursos e ações de impugnação); (e) PL 4.207/2001, transformado na Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008 (Suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e Procedimentos); (f) PL 4.208/2001, transformado na Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 (Prisão,

medidas cautelares, fiança e liberdade); e (g) PL 4.209/2001(Investigação criminal).

Essas considerações demonstram que o ideal é uma *reforma global* ou total do Código de Processo Penal, isto é, que seja editado um novo Código de Processo Penal, não sendo suficientes as reformas tópicas que estão sendo implementadas, a despeito da edição da Lei nº 13.964, de 2019, que teve o condão de introduzir importantes inovações no nosso ordenamento jurídico, sedimentando o sistema acusatório, com a incorporação do denominado modelo processual adversarial estadunidense, no qual há amplo espaço para que as partes busquem a solução do problema criminal por meio da negociação.

Essa nova faceta do nosso sistema processual penal, legada pelo chamado *Pacote Anticrime*, se concentra na vedação da decretação da prisão sem prévio requerimento, não podendo o juiz, de ofício, decretá-la, e nas criações dos institutos do juiz das garantias e do acordo de não persecução penal, ademais de incorporar outras propostas que estão em debate no parlamento brasileiro.

Mas é estreme de dúvidas que já passou da hora da edição de um novo Código de Processo Penal. Só por esse aspecto, o projeto de novo Código de Processo Penal, pendente de votação na Câmara dos Deputados, merece ser debatido e aprovado. Ademais, a leitura de sua exposição de motivos revela que o Projeto de Lei nº 156, de 2009, está alinhado ao perfil da Constituição de 1988, o que é facilitado pelo esclarecimento, expendido na sua exposição de motivos, de que se tem em mira valorizar a proteção dos direitos fundamentais, sem comprometer o justo equilíbrio com o dever

de proteção (perspectiva objetiva dos direitos fundamentais), de modo que não reste inviabilizada a duração razoável e a eficácia do processo penal.

A ideia deste livro, fruto dos estudos desenvolvidos no Projeto de Pesquisa *O direito criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva* – renovado a partir deste ano sob o título *Direito processual em movimento: ótica constitucional do processo criminal* –, desenvolvido no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, coordenado pelo Professor Walter Nunes da Silva Júnior, tem em mira debater as inovações contidas no projeto de novo Código de Processo Penal. Mais especificamente, a ideia é analisar o PLS nº 156, de 2009, aprovado pelo Senado, fazendo um comparativo crítico com o PL nº 8.045, de 2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, com exame do substitutivo apresentado pelo Deputado Federal João Campos, em 2018, e o substitutivo preliminar de autoria da Comissão Especial, elaborado em 2021.

A seguir, o resumo do conteúdo de cada um dos capítulos do presente livro.

Capítulo 1: *Juiz das garantias*, escrito por Walter Nunes da Silva Júnior.

Neste capítulo é abordado o instituto do juiz das garantias, sendo realçada a sua importância e imprescindibilidade para a sedimentação do sistema acusatório em nosso meio e a efetivação do princípio constitucional que garante o direito a um julgamento imparcial. É realizada a revisitação histórica quanto à forma de atuação do juiz na investigação conforme a redação originária do CPP de 1941, evidenciando que esse ambiente era um território de livre atuação da autoridade policial, sendo a intervenção

judicial mais ativa do que a do próprio Ministério Público, ademais de ocorrer apenas para auxiliar a persecução penal. Em outro giro, com suporte nas teorias da dissonância cognitiva e do padrão objetivo de imparcialidade, é realçado o comprometimento da imparcialidade do juiz responsável por julgar o processo, quando lhe é conferida competência também para atuar na apuração dos fatos na fase pré-processual. Assevera-se que o juiz das garantias, para além de preservar o princípio da imparcialidade, *jurisdicionaliza a investigação*, fechando o ciclo da *processualização da persecução penal*, que teve início na segunda metade do Século XVIII, quanto ao julgamento, e posteriormente foi estendida para a execução da pena. Apesar de algumas críticas, tem-se que o projeto do NCPP, tal como aprovado no Senado e com as proposições contidas no substitutivo apresentado em 2011, avança no tratamento normativo do instituto do juiz das garantias.

Capítulo 2: *A proposta de normatização da justiça restaurativa penal*, escrito por Milena da Silva Claudino.

O capítulo aborda a justiça restaurativa, com o objetivo de analisar sua disciplina no novo Código de Processo Penal, a partir do PL nº 7.006, de 2006, e do substitutivo ao PL nº 8.045, de 2010, do Relator, o Deputado Federal João Campos. Inicialmente, são tecidas considerações acerca do modelo de justiça retributiva e da prisão como resposta do Estado perante o cometimento de crimes. Em seguida, o texto aborda a justiça restaurativa, passando por comentários acerca da construção de um conceito e sua implementação no campo criminal. Por fim, analisa os referidos projetos, à luz da autonomia das partes e voluntariedade, sugerindo alterações à proposta do NCPP, diante da constatação de que o modelo do substitutivo

ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, da Câmara dos Deputados, apresentado pelo Relator Deputado Federal João Campos, atribui indevido protagonismo ao juiz, confundindo o instituto com a forma tradicional de realização da justiça.

Capítulo 3: *Inquérito policial e sua utilidade para a persecução criminal após o pacote anticrime e suas perspectivas com o projeto do Novo Código de Processo Penal*, escrito por Rodrigo Cavalcanti.

O capítulo em destaque faz uma análise da utilidade e importância do inquérito policial na persecução penal, a partir da premissa da consolidação do sistema processual penal constitucional acusatório, ou seja, dentro da perspectiva de que o inquérito policial deixa de ser um mero procedimento administrativo informativo produzido conforme o sistema inquisitivo. As transformações e inovações trazidas pelo chamado pacote anticrime de 2019 legaram novas realidades e institutos ao processo penal no sentido da concretização dos direitos fundamentais e acima de tudo na observância das garantias processuais constitucionais, linha de pensamento que é mantida no Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, sem embargo de retrocessos apontados no substitutivo propondo a retirada da autonomia do Ministério Público quanto ao arquivamento do inquérito policial.

Capítulo 4. *Antinomias da investigação defensiva no Direito Processual Penal*, escrito por Leonardo Oliveira Freire e Marianna Rezende de L. Marinho.

Neste capítulo é analisada a temática da investigação defensiva considerando os aspectos antinômicos, que servem como elementos de reflexão para o aprimoramento do Processo Penal brasileiro e do seu viés acusatório. Na primeira parte, são apresentados os pressupostos da

investigação defensiva, com apontamentos teóricos de sua crítica. Na sequência, analisa-se a investigação na persecução penal como elemento essencial da Justiça Criminal, destacando os pontos positivos e negativos do conjunto dialético, que compõe a reflexão sobre o tema. Avançando um pouco mais, é abordado o direito comparado entre Brasil, Itália e EUA, sobre a investigação por parte da defesa. Por fim, o texto faz reflexão crítica sobre as propostas de alterações propostas no PLS nº 156, de 2009 do Senado Federal, friccionada ao conteúdo proposto no artigo no PL nº 8.045, de 2010 da Câmara dos Deputados, apontando a importância da normatização desse instituto em nosso meio.

Capítulo 5. *Acordo de não persecução penal e seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro*, escrito por Maria Beatriz Maciel de Farias.

Este capítulo aborda o instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). São analisados os pontos básicos do ANPP, fazendo uma análise crítica de sua normatização por meio da lei nº 13.964, de 2019, e as alterações contidas no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, em trâmite na Câmara de Deputados sob o nº 8.045, de 2010, chegando à conclusão de que algumas propostas representam retrocesso, como a que veda a aplicação do instituto nos crimes cometidos contra a administração pública e a que confere à homologação feita pelo juiz os mesmos efeitos de uma sentença condenatória.

Capítulo 6. *Cadeia de custódia: a busca pela concretização da inviolabilidade da prova*, escrito por Sophia Fátima Morquecho Nôga.

O capítulo em foco se debruça sobre a necessidade de assegurar a integridade da prova, por meio de protocolos e procedimentos necessários

para custódia a prova. Inicia destacando que em nosso sistema jurídico a normatização da cadeia de custódia só veio a lume com a Lei nº 13.964, de 2019. Com a lei em referência foram estabelecidos procedimentos que cuidam da trajetória do vestígio, para que se mantenha a sua integridade. Afirma-se que a definição dos protocolos e procedimentos para a preservação da prova se justifica como meio para garantir mais que a inviolabilidade da prova, a ampla defesa, o contraditório e a segurança jurídica. Consta-se que, em virtude dos avanços da sociedade, em especial na área tecnológica, outros elementos devem ser lembrados no tratamento legislativo da cadeia de custódia como é o caso da prova digital. O Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, em trâmite na Câmara dos Deputados sob o nº 8.045 de 2010, de um lado, é positivo por identificar a necessidade de regulamentação específica quanto à prova digital, porém, deixa desejar, pois não explicita o tratamento normativo a ser conferido ao tema.

Capítulo 7. *A busca pela aprimoração do procedimento do reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro*, escrito por Nathália Leite de Medeiros.

Aqui neste capítulo é realizada a abordagem sobre o desrespeito às regras constitucionais, legais e epistemológicas que fazem com que o reconhecimento de pessoas seja utilizado como fundamento central para condenações, criticando essa *práxis* com suporte nos conhecimentos advindos da psicologia do testemunho, da epistemologia jurídica e do *neurolaw*. São destacados os problemas existentes no procedimento do reconhecimento de pessoas no CPP em vigor, demonstrando que o projeto do Novo Código de Processo Penal, apesar de inovar quanto a alguns temas, não enfrenta diversos aspectos que reclamam normatização, temas

importantes, porém, que são tratados no PL da Câmara dos Deputados nº 676, de 2021.

Capítulo 8. *Nulidades processuais: perspectiva crítica sobre o projeto do código de processo penal*, escrito por Gabriel Lucas Moura de Souza e Nathália Galvão da Cunha Lima Freire.

No presente capítulo discute-se o regime jurídico das nulidades no processo penal, destacando-se seu atual estado da arte, criticamente enfrentado, bem como apontando eventuais caminhos de melhoria. Evidencia-se que a desvalorização da forma processual, a partir do menoscabo destinado ao regime de nulidades, explicita a íntima relação entre o sistema processual penal brasileiro e o modo de pensar inquisitório. Em outro giro, aponta-se a problemática envolvendo o esvaziamento da distinção entre nulidades absolutas e relativas, nada mais nada menos que um fenômeno de corrosão do devido processo legal. Tal fenômeno é analisado através do conceito de pós-democracia, a fim de demonstrar a relação entre a relativização das nulidades e o modelo de Estado adotado. Enfrenta-se, ainda, o dogma da demonstração do prejuízo para aferição da nulidade. Discute-se, a partir da compreensão constitucional de processo penal, sobre quem deve recair o ônus da prova do referido prejuízo. Nesse passo, analisa-se o projeto de NCPP, que tem tímidos avanços e alguns retrocessos, pois se apresenta como a reafirmação de antigos dogmas germinados do ranço punitivista.

Capítulo 9. *O novo procedimento do tribunal do júri e o embate entre a duração razoável do processo e a manutenção do sistema bifásico*, escrito por Filipe Dantas de Gois.

Este capítulo tem por objeto principal a análise das alterações sugeridas pelos projetos de lei referentes ao novo Código de Processo Penal no tocante ao procedimento do Tribunal do Júri, de origem milenar e marcado por um sistema bifásico. É feito um esboço histórico do instituto para daí fazer uma análise crítica dos reflexos desse procedimento no panorama jurídico contemporâneo. Após o estudo das alterações legislativas propostas ao procedimento, com destaque especial para a eliminação da instrução na primeira fase, identifica-se uma afronta direta a uma série de normativas internacionais que estabelecem a garantia do acusado de ser *ouvido* por um juiz ou tribunal *competente, independente e imparcial*.

Capítulo 10. *A quesitação na proposta do novo código de processo penal e a garantia da motivação das decisões judiciais*, escrito por Caio Vanuti Marinho de Melo.

Neste capítulo é analisado o procedimento de votação dos quesitos no tribunal do júri, momento chave de todo o instituto e que apresenta grandes dificuldades práticas. É feito um estudo sobre o histórico da instituição do júri, destacando o seu papel na superação do sistema inquisitório e na racionalização do poder punitivo. Além disso, são visitadas a sua conformação na Constituição de 1988, e as principais críticas que ainda lhe são feitas, entendendo como procedentes as relativas à falta de motivação das decisões e do eventual desrespeito ao *in dubio pro reo*. Noutra perspectiva, é analisado o estado da arte sobre o procedimento atual de quesitação e de como ele foi uma evolução para o que se tinha na redação originária do CPP, sobretudo em termos de simplificação para concluir que a proposta do novo Código de Processo Penal, constante do PL da Câmara dos Deputados nº 8.045, de 2010, com as modificações decorrentes do

substitutivo apresentado em 2011, tem o condão de simplificar o a votação dos quesitos, padecendo, todavia, de nulidade, na parte em que exige a unanimidade dos votos dos jurados..

Natal-RN, 17 de agosto de 2022.

Walter Nunes da Silva Júnior

Juiz federal, Corregedor do Presídio Federal em Mossoró/RN, Mestre e Doutor, Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Coordenador dos Projetos de Pesquisa O Direito Criminal como o corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva e Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte, Conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP e membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte – ALEJURN.

CAPÍTULO 1

Juiz das garantias

Walter Nunes da Silva Júnior¹

No início, na época do *absolutismo estatal*, a persecução penal era um mero ritual, não havendo *regras* ou *limites* para que o autor do delito fosse punido. A punição era uma atividade administrativa, possuindo o Estado a *autoexecutoriedade* na persecução penal. Essa situação é modificada radicalmente com o surgimento e implantação das ideias defendidas por Beccaria no seu livro *Dos delitos e das penas*.

Em consonância com o pensamento *beccariano*, o exercício do dever de punir do Estado deveria ser regrado e se pautar em consonância com a *teoria da tripartição dos poderes* de Montesquieu. Para limitar a atuação estatal, um órgão deveria ficar incumbido da feitura das leis, o Legislativo, outro com a atribuição de cuidar da persecução criminal, o Executivo e, por fim, mas não por último, o Judiciário, com independência funcional, ao qual atribuída a tarefa de julgar os crimes, absolvendo ou condenando os acusados.

¹ Juiz federal, Corregedor do Presídio Federal em Mossoró/RN, Mestre e Doutor, Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Coordenador dos Projetos de Pesquisa *O Direito Criminal como o corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva e Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte*, Conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP e membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte – ALEJURN.

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

Beccaria imaginou, portanto, a *jurisdicionalização* do processo criminal, dando origem ao que se denominou *Escola Clássica*. Essa teoria deu vazão à concepção de um processo hoje conhecido como *acusatório*, com nítida separação entre quem *acusa* e quem *julga*. Esse sistema acusatório, de forma paulatina, foi sendo contaminado pelo *sistema inquisitivo*, fomentado pela chamada Escola Positiva, que tinha uma visão autoritário da questão criminal, deslocando o viés liberal de *proteção do acusado* para o de *proteção do Estado*.

Com o passar do tempo, o sistema inquisitório foi sendo azeitado com as ideias do *sistema acusatório*, fazendo exsurgir o denominado *sistema misto*, adotado pelos países da família do *civil law*. Após a Segunda Guerra Mundial, com o segundo movimento de redemocratização e de reafirmação dos direitos essenciais à condição humana, apareceu nova ótica criminal, na qual os direitos fundamentais passaram a ser a espinha dorsal do ordenamento jurídico, fomentando amplo movimento de retorno ao sistema acusatório.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a doutrina passou a defender que passou a ser adotada em nosso ordenamento jurídico criminal o sistema acusatório, entendimento que foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, desde os primeiros instantes.

Com efeito, malgrado o constituinte nacional não tenha seguido a diretriz da Constituição portuguesa, que de forma peremptória assevera a adoção do sistema acusatório, a Carta de 1988, ainda que implicitamente, confere guarida a esse modelo de processo penal, a partir do momento em que no art. 129, I, tornou privativa do Ministério Público a propositura das ações penais de iniciativa pública e disciplinar a organização e a

competência dos órgãos jurisdicionais sem qualquer referência a eventual atuação como função no que pertine à persecução criminal.

Levando em consideração essa orientação constitucional, o legislador, *pari passu*, foi caminhando no sentido de sedimentar o sistema acusatório, fazendo as alterações tópicas necessárias, rumo à desconstrução do sistema misto que orientou a redação originária do Código de Processo Penal de 1941.

A Reforma Tópica de 2008 deu passo decisivo quanto à configuração do sistema acusatório, obra que restou complementada com a edição da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, dentre outros aspectos, pela introdução em nosso meio de dois institutos próprios de sistemas acusatórios avançados, quais sejam, o juiz das garantias e o Acordo de Não Persecução Penal.

Mais especificamente, a figura central desse novo modelo de justiça criminal é o *juiz das garantias*, proposição, a um só tempo, aplaudida e criticada por doutrinadores de escol, políticos e pela sociedade em geral. Em suma, as críticas se concentram em três argumentos: (a) ausência de discussão com a comunidade jurídica e a sociedade em si; (b) inexistência de juízes em número suficiente para a implantação do instituto, sem embargo do alto custo que isso representaria; e (c) a aprovação do juiz das garantias teria sido uma resposta dos incomodados com o êxito da denominada operação Lava Jato.

Reverberando essas ponderações, em liminar deferida monocraticamente pelo Ministro Luiz Fux na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298/DF, o Supremo Tribunal Federal, *sine die*, suspendeu, dentre outros, a eficácia dos arts. 3ºB, 3º-C, 3º-E e 3º-F do

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964, de 2019, que tratam exatamente do juiz das garantias.

Porém, a exame ainda que perfunctório, não se sustenta a crítica de que o juiz das garantias teria sido uma forma de enfraquecer a operação *Lava Jato* ou outras iniciativas de igual natureza. Isso porque o projeto do novo Código de Processo Penal já havia sido aprovado no Senado em 2010, com a disciplina do instituto do juiz das garantias do art. 14 ao 17. Ou seja, desde os debates na comissão de reforma criada para elaborar o anteprojeto do novo código de processo penal que o juiz das garantias vem sendo amplamente discutido em nosso meio, sem embargo de a aprovação do projeto no Senado ter sinalizado a vontade do parlamento em implementar essa política criminal.

Portanto, a ideia do juiz das garantias veio a ser acolhida no processo legislativo muito antes da existência da Lava Jato, conquanto o modelo previsto para esse instituto no projeto do novo CPP tenha sido diferente do que foi escolhido pela Lei nº 13.964, de 2019.

Nesta parte do livro será abordada a importância do juiz das garantias não apenas como forma de garantir a imparcialidade de quem tem a responsabilidade pelo julgamento do processo, mas, igualmente, como instrumento fundamental para *jurisdicionalizar a investigação*

Em suma, este capítulo está estruturado em 3 (três) partes. A primeira, discorrerá sobre a necessidade da participação do juiz na fase investigatória e, de permeio, a inconveniência de esse mesmo juiz ser o responsável pelo julgamento do futuro processo. Em seguida, será evidenciada a função desse instituto como mecanismo para assegurar a garantia constitucional do julgamento imparcial, na medida em que torna defeso o julgamento do

processo pelo juiz que acompanha a colheita dos elementos formativos e das provas do inquérito, ao tempo em que se presta para jurisdicionarizar a investigação. Por fim, será realizada abordagem crítica sobre o instituto do juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal.

1. A atuação do juiz na fase da investigação no modelo do CPP de 1941

O surgimento do Direito Criminal – material e processual – somente se deu a partir da segunda metade do Século XVIII, com suporte no pensamento liberal expendido por Cesare Beccaria, no livro *Dos delitos e das penas* (BECCARIA 1979).

Até então, no Estado absoluto, a persecução penal era um *mero ritual*, deduzida sem *regras* ou *limites*, não havendo garantias, o que possibilitava a prática das mais variadas arbitrariedades, como julgamentos secretos, negativa do direito de defesa, utilização da tortura, aplicação de punições cruéis, a exemplo do açoite, da mutilação e da execução capital, sob as mais diversas formas.

A ideia central de Beccaria era a *processualização* do direito de punir como instrumento indispensável para limitar a persecução criminal, doutrina que influenciou a afirmação dos direitos essenciais à condição humana como anteparo ao exercício do poder de punir.

Percebe-se, portanto, que o Direito Processual Penal não surgiu tendo como escopo *armar* o Estado no *combate* à criminalidade. A intenção efetiva foi de impor limites ao *jus persequendi*, por meio da edificação de regras indispensáveis à legitimação desse agir estatal.

Esse viés do Direito criminal foi desvirtuado pela *Escola Positiva*, que surgiu na primeira metade do Século XIX com a pretensão de mudar o

foco de preocupação do Direito criminal e privilegiar, na persecução penal, a posição do Estado (LOMBROSO 1983). A razão de ser do processo criminal não seria mais a garantia dos direitos do acusado, mas a *defesa social*, i. é, defender o estado (FERRI 1998, 67). O pensamento liberal foi desconstruído com a radicalização do discurso jurídico operada por *Escolas Neopositivistas* (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, 81-83).

Ao sabor dessas escolas, passaram a ser conhecidos 3 (três) modelos ou sistemas processuais criminais: o *acusatório*, o *inquisitivo* e o *misto*. Como uma derivação do sistema acusatório, foi concebido o denominado *sistema adversarial*, forjado no ambiente dos países da família do *common law*, no qual há uma ampla margem de negociação entre as partes, permitindo a solução do problema penal de forma *consensuada* (WALSH 2017).

O nosso Código de Processo Penal, ainda hoje em vigor, foi elaborado no contexto do apogeu do pensamento expressado pela Escola Positiva, notadamente da Escola do *Tecnicismo Jurídico*, a qual inspirou o código criminal italiano de 1930, de verniz *fascista* e *inquisitivo*, que serviu de paradigma para a concepção do arcabouço normativo nacional (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, 112).

A sua eficiência não estava na proteção dos direitos da pessoa investigada ou acusada, mas, sim, em conseguir a punição. O escopo do processo passou a ser descobrir a *verdade*, a chamada *verdade real* – algo que ontologicamente não existe e, ainda que possível fosse, o fim principal do processo não deve ser esse (LOPES JÚNIOR 2010, 564). Nesse desenho, o que importa para o processo, e especialmente para o juiz, o responsável em *combater o crime*, é descortinar a verdade, sendo irrelevante o meio

empregado: *os fins justificam os meios*. Em outras palavras, é o *vale tudo processual*, no desiderato de conseguir a punição.

Tendo em conta essa perspectiva, a doutrina e a jurisprudência nacionais eram complacentes quanto à forma empregada para a produção das provas, privilegiando-se o *descobrimento da verdade*, sem embargo da aplicação do princípio da proporcionalidade e da necessidade da demonstração do prejuízo, mesmo nos casos de nulidade absoluta, a fim de escoimar o vício contido no ato processual, sendo mantida até hoje essa tendência jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (ALENCAR 2016, 464).

Essa intenção política embutida no CPP descaracterizou a figura do juiz, na medida em que o fez assumir uma atuação proativa no processo e mesmo na fase pré-processual, ao tempo em que o Ministério Público não foi concebido como parte e o acusado – assim como o ofendido, diga-se –, foi tratado como *mera prova*, isto é, *uma coisa*, não como sujeito de direitos na relação processual. O acusado passou a interessar ao processo tanto quanto ele valia como *prova*, não como *parte* a quem deve ser assegurada a ampla defesa e tem interesse legítimo a ser defendido no feito, como algo inerente à condição humana.

Àquela época, já se bradava contra os excessos praticados pelas autoridades policiais na condução dos inquéritos, que não se submetia ao *controle judicial*. Para obviar o problema, muitos países da Europa Continental começaram a adotar o chamado *juízo de instrução*, atribuindo a um juiz a missão de fazer a investigação pré-processual. Com o passar do tempo, o juiz foi dando lugar ao Ministério Público quanto ao desempenho da atividade investigatória, passando a assumir uma posição de controle

quanto aos excessos.

Esse modelo, no entanto, foi rechaçado na feitura do CPP de 1941, conforme consta na sua exposição de motivos, preferindo-se, portanto, em nosso meio, a conservação do inquérito policial *descontrolado*, ao argumento de que as dimensões continentais do território nacional com a existência de remotos distritos das comarcas do interior, exigiria do juiz o dom da ubiqüidade, não se compreendendo como ele pudesse “... presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando... com os meios de condução ainda praticados... vários dias de viagem” (LEAL 1943, 43).

O viés inquisitivo do processo penal, com preocupação voltada para angariar os elementos para a aplicação da sanção, restou realçado na fase pré-processual, exercendo a autoridade policial autonomia alargada para proceder as investigações, *sem controle judicial*, ademais de contar com o *auxílio incondicional do juiz*, na condução da investigação. A missão do juiz não era *controlar* a investigação, mas, sim, *auxiliá-la*.

Com efeito, a atuação do magistrado nesse momento da persecução criminal foi estimulada apenas no sentido de contribuir com a investigação, sendo-lhe conferidas as tarefas de (a) *requisitar* a instauração do inquérito policial, ou seja, determinar que a polícia apure o fato criminoso (art. 5º, II, primeira parte, do CPP); (b) decidir sobre a dilação do prazo de encerramento da investigação (art. 10, § 3º, do CPP); (c) interferir nos rumos da investigação, podendo decidir, pela realização de diligências que entender pertinentes (art. 13, II, do CPP); (d) receber a representação do ofendido autorizando a investigação em crime de ação penal pública condicionada (art. 39, caput e § 4º, do CPP); (e) decretar o sequestro (art.

127 do CPP); (f) determinar, de ofício, a produção de prova (art. 156 do CPP, redação originária), a busca e apreensão (art. 242 do CPP) e a prisão preventiva, na fase do inquérito ou do processo (art. 311 do CPP, redação originária). Enfim, juiz tinha uma atuação na fase investigatória mais ativa do que o próprio Ministério Público.

Em verdade, na ideia originária do CPP, intuindo que o juiz, assim como a autoridade policial, estava envolvido e era também interessado no descortinamento da verdade e na punição do infrator, o legislador o escolheu como o destinatário dos autos do inquérito policial (art. 10, § 1º, do CPP).

O juiz ficava alheio à investigação, salvo quando lhe convinha participar ativamente, podendo agir de ofício, com a finalidade de cooperar com a investigação. A autoridade policial não necessitava de permissão judicial para os atos de diligência, sequer quando se tratava de busca e apreensão, tendo em consideração a dicção normativa do art. 242 do Ordenamento Processual Penal e a Constituição então vigente – e perdurou até a Constituição de 1988. Consoante lembrava Câmara Leal (1943, 99), “A autoridade, quer policial, quer judiciária, poderá determinar a busca e apreensão... desde que tenha conhecimento da ocultação ou existência de objetos a serem apreendidos, ou a requerimento da parte interessada”.

Ou seja, sequer quando se tratava de diligência que importava na flexibilização de um direito fundamental da envergadura da inviolabilidade do domicílio, garantida em todas as Constituições brasileiras², não se exigia autorização judicial, podendo o delegado de polícia atuar livremente, sem

² O primeiro texto de que se tem notícia que cuidou de prever a inviolabilidade do domicílio foi a Carta inglesa de 1215, garantia que restou incorporada na Quarta Emenda à Constituição americana (VILE 2001, 153).

nenhum controle prévio. Pior. A autoridade policial, independentemente de autorização judicial, podia determinar a *incomunicabilidade do indiciado* (art. 21, caput, do CPP, redação originária), sem embargo de se admitir, sob o império da Constituição de 1937 – e de todas as outras que a sucederam, excetuando a atual –, à autoridade policial efetuar as chamadas prisões para averiguações.

Para incrementar o descontrole da atividade investigatória processual, sob o dogma de que o inquérito policial se constituía em mera peça informativa, a doutrina tradicional³, acompanhada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que as nulidades do inquérito policial não tinham o condão de contaminar o processo⁴.

De outra banda, apesar de o Supremo Tribunal Federal asseverar em reiterados julgamentos que o sistema processual penal brasileiro, mercê do que dispõe a Constituição de 1988, passou a ser o acusatório (HC 193.053/MG s.d.), o juiz em nosso meio continuou com o seu *protagonismo na investigação*. Além de manter essa atribuição, com a Constituição de 1988 o juiz adquiriu nova missão institucional nessa fase da persecução criminal, a saber, decidir sobre a flexibilização de direito fundamental, quando necessária a medida para a realização de diligências como busca e apreensão, interceptação de comunicação telefônica e correspondência,

³ Cf. Romeu de Almeida (1986, 7); Adilson Mehmeri (1992, 11); Tourinho Filho (2014, 27); MIRABETE (2006, 63).

⁴ A guisa de confirmação dessa assertiva, veja-se parte da ementa do Superior Tribunal de Justiça, em habeas corpus relatado pelo Ministro Pedro Aciole: “O inquérito policial é mera peça informativa, destinada à formação da opinio delicti do Parquet, simples investigação criminal, de natureza inquisitiva, sem natureza de processo judicial, mesmo que existissem irregularidades nos inquéritos policiais, tais falhas não contaminariam a ação penal. Tal entendimento é pacífico e tão evidente que se torna até mesmo difícil discuti-lo” (FRANCO e STOCO 1999, 889).

quebra de sigilos bancário, fiscal e de dados etc. O juiz passou a ter tríplice função: (a) auxiliar a investigação; (b) decidir sobre a flexibilização dos direitos fundamentais durante a investigação; e (c) processar e julgar a pretensão acusatória.

De outra banda, no nosso ambiente jurídico, o Ministério Público, paulatinamente, assim como verificado em alguns países como a Alemanha, em 1974, Itália, em 1988 e Portugal, em 1995 (AMBOS e CHOUKR 2001, 22) – que suprimiram a figura do juiz instrutor e colocaram o *parquet* na chamada *instrução preliminar*, criando, assim, a figura do *promotor investigador* –, começou a se imiscuir na apuração dos fatos antes do ajuizamento da ação penal, mudança de paradigma que atingiu o seu apogeu com o aresto do Supremo Tribunal Federal, exarado sob o regime de repercussão geral (RE 59.727/MG s.d.), que reconheceu ao órgão ministerial *poderes investigatórios*, sendo, todavia, realçados os seus limites, especialmente quanto às hipóteses de *reserva de jurisdição*.

Se em outros sistemas jurídicos o Ministério Público entrou na investigação para assumir a coordenação dos trabalhos, com a conseqüente saída do juiz por outra porta a fim de assumir uma posição de controle de legalidade, no nosso meio os poderes investigatórios foram conservados nas mãos dos juízes. Criou-se o sistema 3 (três) em 1 (um), ou dos 3 (três) contra 1 (um): polícia, Ministério Público e juiz de um lado, enquanto, do outro, o investigado, aqui e ali assistido por um advogado.

O detalhe importante – para não dizer drástico – é que o magistrado brasileiro, nessa fase investigatória, a um só tempo, desempenha a função de investigador e de *juiz* dos poderes investigatórios da autoridade policial e dos membros do Ministério Público. Em alguns momentos, ele age como

investigador, em outros, como terceiro desinteressado na investigação em si. Isso sem falar que lhe cabe, ainda, processar a persecução penal e julgar o caso.

2. A participação do juiz na investigação e as teorias da dissonância cognitiva e do padrão objetivo de imparcialidade

A participação do juiz na fase da investigação, detendo interesse próprio na apuração dos fatos no desiderato de descobrir a *verdade* em prol da punição do infrator, não é compatível com o sistema acusatório, que tem como norte a atuação do juiz na qualidade de terceiro desinteressado, no escopo de dirimir os eventuais conflitos entre os que possuem interesses distintos nos rumos da apuração dos fatos.

Essa *função ativa* na investigação é própria do magistrado do modelo inquisitivo ou misto, o que tem o condão de comprometer a *imparcialidade* durante a fase processual. Muitos juízes se incomodam com essa assertiva, ao argumento de que quem efetivamente está preparado para o exercício da atividade jurisdicional não se deixa influenciar em razão dessa atuação institucional híbrida – na fase investigatória e na processual.

Outros magistrados defendem o modelo atual, dizendo que não adotam postura ativa na investigação dos crimes, atuando apenas se e quando necessária a intervenção judicial diante da necessidade de decisão judicial sobre a pertinência, ou não, da autorização de diligência que importa na relativização de direito fundamental.

Esses dois fundamentos são desconstruídos pela denominada *teoria do padrão objetivo de imparcialidade*. O juiz precisa *parecer* imparcial. Não basta ser. Como fica a cabeça do investigado, sabendo que o juiz que

decretou a quebra dos seus sigilos bancário, fiscal e de dados, determinou a busca e apreensão em sua residência e, ainda, a sua prisão processual, é o mesmo juiz que vai julgá-lo? Qualquer pessoa – aí incluído o leitor – predisposta a experimentar a sensação de sentar no *banco dos réus*, certamente vai preferir que seja outro o juiz responsável pelo exame das provas e o julgamento em si do caso. É muito mais saudável em todos os aspectos. Pode-se até dizer – o que não parece corresponder à realidade –, que a implantação de sistema dessa natureza é dispendiosa para os cofres públicos. Porém, como veremos, ainda que de soslaio, essa assertiva dos custos não procede.

Todavia, é difícil encontrar argumento para convencer que é melhor o juiz – ainda que de forma não tão ativa –, a um só tempo, participar da investigação e ser o responsável pelo julgamento. A não ser, é claro, se a reflexão se faz com a *cabeça* de quem tem intensão de deter tantos poderes; ou então, desde que a pessoa a ser julgada seja *a outra*.

Enxergando a questão sob outra ótica, geralmente se argumenta que melhor julga ou conhece os fatos o juiz que investiga ou participa da investigação. Será mesmo? Não parece se coadunar com a realidade esse fundamento.

A *lógica das coisas* está a revelar que a mera participação do juiz na fase investigatória para o fim de controlar os poderes investigatórios da autoridade policial e do Ministério Público, mercê da reserva de jurisdição no tema referente à flexibilização de direito fundamental como medida indispensável para a apuração dos fatos, já compromete a cláusula universal da *imparcialidade do juiz*.

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

Principalmente no modelo brasileiro no qual alguns juízes entendem que os preceitos normativos que conferem poder de *ação* do juiz na fase da investigação não são incompatíveis com o modelo de ordenamento jurídico instaurado pela Carta de 1988, pelo que participam ativamente da investigação, como se investigadores fossem, fazendo as vezes da autoridade policial ou do Ministério Público e, depois, vestem a *toga de magistrado* para julgar os fatos por ele investigados ou cuja apuração contou com a sua pronta atuação.

Seja como for, no momento em que o juiz se desloca de sua função judicante no escopo de auxiliar na coleta dos elementos de prova para servirem de base ao oferecimento da ação ou para a prolação de sentença condenatória, tem-se o desequilíbrio entre autor e réu, quer na fase investigatória, quer na processual.

Permitir que o magistrado responsável pelo julgamento participe da fase investigatória, por linhas transversas, é como se previsto ou admitido fosse em nosso sistema o *juízo de instrução*.

Sobre o assunto, a psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente de o juiz participar da instrução é a sua *vinculação* – ainda que inconsciente – às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção as provas pertinentes à elucidação do caso, produzida pela defesa na fase do processo. A procedência dessa assertiva se revela ao observar-se que, em alguns países nos quais se adota o juízo de instrução, o magistrado que julga é diferente daquele que investiga.

Cabe aqui lembrar do julgamento em que o STF (ADI 1570/DF s.d.) acolheu a tese de inconstitucionalidade do então art. 3º da Lei nº 9.034,

de 1995, cujo vício apontado residia na circunstância de a norma ter atribuído ao juiz a função de participar *pessoalmente* da diligência de coleta de provas, algo argumento de que se atritava com o princípio da *imparcialidade* do juiz.

O comprometimento da imparcialidade acontece mesmo quando o juiz intervém na investigação apenas para apreciar pedido de flexibilização de direito fundamental. Com efeito, um juiz, quando é chamado para decidir sobre uma busca e apreensão, por exemplo, fica na expectativa do êxito da diligência expressada em um ato de força e ingerência na intimidade de todos os que habitam o local. Intimamente, em especial nas grandes operações, o juiz torce para que a *ação policial* por ele autorizada obtenha o sucesso imaginado.

Isso sem falar daqueles casos em que a investigação, pela complexidade, ademais de exigir a intervenção do juiz para decidir sobre pedidos de quebra dos sigilos bancário, fiscal e de dados, interceptação de comunicação e de busca e apreensão, atua na fase pré-processual por longo tempo. Isso é especialmente danoso quando se trata de interceptação telefônica, em que o juiz precisa decidir a cada 15 (quinze) dias quanto à prorrogação ou não do prazo, sendo necessário examinar o conteúdo dos diálogos monitorados. É inescandível que, nesse caso, o juiz, ainda que indiretamente, participa da apuração por lapso temporal considerável, às vezes por anos.

A despeito disso, há estudo científico a revelar que a mera atuação do juiz na investigação, circunscrita ao exame dos pedidos de relativização de direito fundamental, gera a probabilidade concreta de que a sua

imparcialidade seja comprometida, servindo a fase processual apenas para formalizar o entendimento firmado ainda no momento do inquérito policial.

A formação da convicção feita na fase da investigação faz com que a fase processual sirva, apenas, para a confirmação do *prejulgamento*, não para *conhecer* os fatos e a questão em si posta a julgamento. Nesse modelo, o *processo de conhecimento* não é propriamente para o juiz *conhecer* os fatos, mas para confirmar a sua convicção sobre o que está posto para julgamento, sendo mais próprio, portanto, falar-se em *processo de confirmação* ou de *processo de reconhecimento*.

Ao invés de o processo ser o ambiente para o juiz conhecer, serve, quando muito, de instrumento para o *reconhecimento*.

Em relação a essa questão do comprometimento da formação do conhecimento quando se tem uma prévia opinião formada a respeito, Leon Festinger (1985) desenvolveu a *teoria da dissonância cognitiva*, que compreende a afirmativa de que vários fatores determinam a pessoa a defender uma posição pública diferente do que ela efetivamente pensa a respeito. Ele adota a premissa de que o ser humano, ao longo de sua vida, adquire convicções a partir das suas experiências de vida e procura agir de acordo com essas convicções (MORVAN e O'CONNOR 2017, 7).

Essa circunstância, para além do dado positivo de revelar um comportamento retilíneo e coerente, de outra banda, em várias situações, tem a propriedade de germinar uma *dissonância* entre o que a pessoa *acredita* que é o certo e o seu *comportamento* ou como se *posiciona*, de modo a gerar *desconforto psicológico*, pelo que é natural ela procurar minimizar a incongruência e evitar obter ou dar credibilidade a informações que lhe retiram da *zona de conforto* (MORVAN e O'CONNOR 2017, 7).

Procurando evidenciar a aplicação dessa teoria da *dissonância cognitiva* para o ambiente do processo, Bernd Schünemann (2012) realizou estudos empíricos a fim de observar a forma de decidir dos juízes da área criminal que participam, ainda que indiretamente, da fase investigatória.

A partir das pesquisas levadas a efeito, ao analisar o comportamento psicológico dos juízes, chegou à conclusão de que o conhecimento dos autos do inquérito tem o condão de levá-los a formar uma concepção sobre o crime, de modo que o *efeito perseverança ou inércia* ou mecanismo de *autoafirmação da hipótese preestabelecida* induz à superestimação das primeiras informações, ao passo que as dissonantes são subavaliadas (SCHÜNEMANN 2012, 34).

Schünemann evidenciou que, psicologicamente, o juiz faz uma busca seletiva de informações no sentido de ratificar a sua *preconcepção* (SCHÜNEMANN 2012, 34), situação que é particularmente agravada quando o juiz assume *postura de investigador*, pois nesse caso há uma clara tendência de julgar conforme a ideia *preconcebida* oriunda de sua atuação, relegando as novas informações surgidas no processo judicial, que está submetido ao contraditório.

Esse comportamento insensível às evidências ou argumentos novos surgidos durante o processo se explica, ainda, pela chamada *teoria da comparação social*, segundo a qual, em questões complexas, a razão de decidir pelo juiz é fomentada pela posição precedente assumida por uma pessoa que ele admite como adequada a uma comparação comportamental (SCHÜNEMANN 2012, 42), como é o caso da autoridade policial, com quem o juiz na investigação compartilha informações e análises.

3. Juiz das garantias como materialização do princípio da imparcialidade do julgamento

O comprometimento da imparcialidade explicada pela teoria da dissonância cognitiva serviu de lastro para que diversos países, no afã de aprimorar seus respectivos sistemas, progressivamente passassem a adotar a figura do chamado *juiz das garantias*, na medida em que excluir completamente a intervenção jurisdicional durante o momento da investigação deixaria os direitos fundamentais sem amparo. A nomenclatura empregada evidencia que o papel do juiz na investigação não é *investigar* ou auxiliar a investigação, mas *controlar a fase investigatória*.

Com suporte nesse entendimento, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, em diversos julgados, especialmente no Caso Cubber v. Bélgica (1984), definiu como *diretriz* a assertiva quanto à malferição do artigo 6, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que garante o direito a um *julgamento imparcial*, a circunstância de um dos juízes do julgamento ter praticado anteriormente atos investigatórios e decretado a prisão do acusado.

Conforme Giacomolli, tendo em conta essa diretriz firmada pelo TEDH, criou-se o adágio de que o *juiz que investiga não pode julgar*, a ponto de levar o Tribunal Constitucional da Espanha a declarar a inconstitucionalidade de dispositivo da legislação espanhola que “... permitia a concentração das funções de investigar e julgar no mesmo juiz (juizado de instrução na Espanha)” (GIACOMOLLI 2015, 205).

Nesse sentido, o Código de Processo Penal de Portugal, editado em 1987, ademais de seguir o modelo acusatório, colocou o Ministério Público

na direção do inquérito policial, competindo ao juiz, nada obstante a nomenclatura *juiz instrutor*, atuar como um lídimo juiz das garantias, na medida em que não possui iniciativa probatória, atuando como garantidor de direitos (PIMENTA s.d., 19). A Itália, na edição do Código de Processo Penal de 1989, seguiu a mesma orientação, substituindo o juízo da instrução pelo *giudice per le indagini preliminari*, cujo papel é cuidar da legalidade da investigação, não podendo participar do julgamento (LOPES JÚNIOR 2010, 224).

Esse movimento se fez sentir na América Latina. Ainda no ano de 1988, foi elaborado o *Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América*, tendo como modelo o sistema acusatório, com a substituição do juiz pelo Ministério Público na fase investigatória, no desiderato de garantir ao acusado o direito de ser julgado por um juiz objetivamente imparcial (AMBOS e CHOUKR 2001, 251).

O Paraguai instituiu a figura do juiz das garantias no Código de Processo Penal de 1997 (DUARTE 2011, 177). O Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires de 1988 adotou a mesma solução (ANDRADE 2011, 56). O Chile, certamente o sistema processual penal mais avançado da América do Sul, editou o seu código no ano de 2000, prevendo o juiz das garantias.

O Brasil se alinhou a esse movimento, ao participar ativamente da elaboração do Código de Processo Penal Tipo Ibero-América. Em razão desse compromisso internacional, o projeto do novo Código de Processo Penal, aprovado no Senado em 2010 (PLS nº 156, de 2009), do art. 14 ao

CAPÍTULO 1
JUIZ DAS GARANTIAS

17, disciplinou o juiz das garantias⁵. No mesmo passo, a Lei nº 13.964, de 2019, criou o instituto do juiz das garantias.

Como se observa, faz algum tempo o tema é discutido em nosso meio, tendo o Brasil assumido o compromisso perante a ordem internacional de *internalizar* o instituto do juiz das garantias. Não procede, assim, o argumento dos críticos de que o instituto surgiu à sorrelfa, sem prévia discussão.

Muito menos merece guarida a afirmativa de que a sua implantação em nosso sistema normativo tenha sido uma resposta à chamada operação Lava Jato. O movimento no sentido da criação do instituto do juiz das garantias não surgiu dentro do ambiente brasileiro, e aqui ele apareceu muito antes da operação em foco.

E mais. Conforme visto, muito antes da operação Lava Jato, o instituto do juiz das garantias já tinha sido incluído no projeto do novo CPP, com aprovação no Senado. Pode-se dizer, é claro, que a operação em destaque tenha incentivado a inclusão do instituto do juiz das garantias no chamado Pacote Anticrime, transformado na Lei nº 13.964, de 2019, o que efetivamente ocorreu. Mas não corresponde à realidade a afirmativa de que a intenção de criar em nosso meio o instituto só tenha surgido em razão da Lava Jato.

Desmistificada a crítica com esse fundamento, resta esclarecer outro ponto importante.

⁵ Projeto de Lei nº 159, de 2009, aprovado pelo Senado Federal em 2010, mas ainda pendente de apreciação pela Câmara dos Deputados.

Há de se reconhecer que o modelo de juiz das garantias adotado na Lei nº 13.964, de 2019, foi substancialmente diferente daquele que restou aprovado no Senado, no projeto de lei do novo Código de Processo Penal.

Com efeito, conforme o formato previsto na Lei em referência, a atuação do juiz das garantias não se circunscreve à fase investigatória. A competência do juiz das garantias vai da fase pré-processual até o ato de designação da audiência de instrução e julgamento, conforme plasmado no art. 3º-B, § 2º, do CPP (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019). Assim, conquanto ainda seja correto dividir a persecução criminal em pré-processual e processual, possuindo esta as fases postulatória, saneadora e de instrução e julgamento.

Foi prevista para o juiz das garantias também atuação na fase processual, criando, assim, quanto à competência para o processo, uma *fase intermediária*, que é da alçada do *juiz das garantias*, sendo reservado ao outro juiz, chamado *juiz de instrução e julgamento*, o exercício da atividade jurisdicional apenas na fase de instrução e julgamento, a quem cabe decidir sobre o mérito da pretensão acusatória.

Tem-se, dessa forma, a distribuição de competência entre o *juiz das garantias* e o *juiz da instrução e julgamento* conforme as fases do processo, do mesmo modo como ocorre, por exemplo, no procedimento do tribunal do júri. Como se sabe, no procedimento do júri, há duas fases, sendo a primeira da competência do juiz singular, enquanto a segunda do júri popular, presidida por um juiz togado, havendo, assim, uma divisão de competência, conforme as etapas do processo (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 230). Geralmente, o juiz presidente do tribunal do júri é distinto daquele competente para atuar na primeira fase.

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

Ocorre nesse caso a chamada *competência funcional*, em que a atuação dos juízes é dividida em fases, o que ocorre também, *modus in rebus*, com as fases recursal e de execução, principalmente nesta. Nesse caso, verifica-se apenas uma divisão de trabalho, entre magistrados dentro de um mesmo processo, tendo em consideração as suas fases.

Com a existência da figura do juiz das garantias, o que era feito por apenas um juiz, chamado a atuar tanto na fase da investigação quando na do processo de conhecimento, passa a exigir dois magistrados, sem que, com isso, seja correto afirmar que o número de magistrados precisa ser duplicado, simplesmente porque a medida não importa no aumento de trabalho ou da quantidade de processos.

Malgrado o Brasil ter assumido o compromisso regional quanto à implantação do juiz das garantias e esse instituto ser uma realidade na América Latina, a sua efetiva implantação em nosso meio vem enfrentando resistências, sobretudo com o argumento de que seria impossível a sua implantação, diante dos custos necessários para tanto, especialmente diante da necessidade da criação de novos cargos de juiz. No entanto, isso não condiz com a realidade.

Essa questão é devidamente esclarecida em estudo elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, elaborado por Grupo de Trabalho que participou de uma ação de capacitação relativa às reformas processuais penais na América Latina, promovida pelo Centro de Estudos de Justiça das Américas, criado no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA.

No estudo em menção, houve a consulta a 27 (vinte e sete) tribunais brasileiros, tendo 19 (dezenove) manifestado resposta, o que possibilitou

chegar à conclusão de que, para a implementação do juiz das garantias (CNJ 2020, 20-21).

Requer-se apenas medidas que promovam uma adequada gestão das atribuições judiciárias e reorganização dos territórios, para que se garanta o adequado provimento da prestação jurisdicional, em face de um novo contexto em que “investigação penal” e “julgamento da causa” são atividades que devem concernir a juízes diferentes.

Como afirmado, alvitra-se a divisão de trabalho entre os juízes existentes, podendo o juiz, por exemplo, em alguns processos, conforme o critério de distribuição estabelecido, atuar como juiz de garantias e, em outros, como juiz de instrução e julgamento. Com essa observação, afasta-se a crítica de que a implantação do juiz das garantias implica em aumento de despesa para o Judiciário, pois isso pode ser feito independentemente da criação de novos cargos ou órgãos, não importando, assim, em aumento de despesa, conforme estudo do CNJ em referência.

Insista-se, portanto: a implantação do juiz das garantias se trata de uma questão de divisão de trabalho, não demandando a necessidade criação de novos cargos de juiz e nem o aporte significativo de recursos.

3.1 Jurisdicionalização da investigação, com o controle da legalidade dessa fase pelo juiz das garantias

Praticada uma ação catalogada em lei elaborada pelo Legislativo como ilícito penal, exsurge para o Executivo o dever-poder de buscar a responsabilidade de quem foi o seu autor, necessitando, para tanto, após reunir as provas quanto à materialidade e autoria do crime, ajuizar a ação perante o Judiciário, com o correspondente pedido para que seja aplicada a sanção ou medida judicial adequada.

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

A missão do Judiciário, em verdade, é de *controle da força do Estado*, cabendo-lhe cuidar para que os preceitos normativos sejam observados, notadamente os que dizem respeito aos direitos fundamentais. Prima em patrulhar a *legalidade da persecução criminal*.

O devido processo legal, ao tempo em que regula a jurisdição, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 73.338/RJ s.d.), no âmbito criminal torna a *persecutio criminis* “... juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao *dever-poder de punir* do Estado”.

Considere-se que a persecução penal era uma atividade *fundamentalmente administrativa* que, antes da concepção do princípio do devido processo legal, gozava da característica da autoexecutoriedade⁶. Com o devido processo legal, a jurisdição penal saiu da esfera apenas administrativa e passou a ser processualizada, sob a direção de um juiz independente e imparcial. Por meio desse princípio, dá-se aquilo que Frederico Marques (F. MARQUES 1977, 28) chamou de *processualização* da persecução penal.

Na sua origem, verbalizada na Carta Magna de 1215, o devido processo legal era uma garantia apenas no sentido genérico. Porém, ao ser inserida no texto constitucional americano, a cláusula do *due process of law* ganhou um conteúdo indeterminado.

⁶ J. C Mendes de Almeida diz que um dos princípios fundamentais do processo penal é no sentido de que “A administração não pode, como noutros ramos de sua atividade, desenvolver, em matéria penal, por coação direta sobre os imputados. Considerações relevantes determinam-lhe agir por via jurisdicional: é o princípio da jurisdicionalidade do procedimento penal” (1973, 92).

Como ao lado do devido processo legal vários outros valores foram adicionados ao rol dos direitos fundamentais do cidadão americano, esse princípio passou a ter um conteúdo constitucional explícito e implícito, colhido da compreensão das garantias processuais catalogadas na Constituição.

Dessa maneira, o devido processo legal passou a ser um *superprincípio* de conteúdo aberto, que compreende, em *ultima ratio*, a exigência de que o exercício do direito de punir do Estado, para que seja válido, se paute por meio de um processo no qual observadas todas as garantias processuais estampadas na Constituição, notadamente sob a categoria dos direitos fundamentais.

Em decorrência do princípio do devido processo legal, no exercício do dever-poder de punir, o Estado tem de valer-se das normas do processo penal, sendo este uma garantia do cidadão que se opõe-*contra o jus puniendi*, laborando na conservação do seu *jus libertatis*.

Em um primeiro instante, o devido processo penal, conforme as ideias de Beccaria, foi pensado para o processo de conhecimento. Posteriormente, foram estendidas para a fase de execução penal e, por fim, à investigatória. O juiz das garantias tem o condão de efetivamente *jurisdicionar a fase investigatória*, que passa a ser controlada quanto a sua legalidade, desde o momento de sua instauração.

Aqui se observa fenômeno jurídico similar ao experimentando em nosso meio quando da edição da Lei nº 7.210, de 1984, mediante a *jurisdicionalização* da execução penal (W. N. SILVA JÚNIOR 2020, 63), de maneira que, em tese, toda e qualquer questão referente à legalidade da

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

investigação pode ser suscitada pelo investigado perante o juiz das garantias.

Fecha-se o ciclo da *processualização* do dever-poder de punir do Estado, iniciado na segunda metade do Século XVIII, sob o comando da voz e da escrita de Beccaria.

Em que pese o juiz das garantias não possa praticar atos investigatórios, o ambiente da investigação deixou de ser território exclusivo da autoridade policial e ou do Ministério Público, diante da intervenção do juiz para fins de controle da legalidade e não para auxiliar o investigador.

A assertiva acima não é mera retórica. No desiderato de evidenciar que o aspecto mais importante e inovador do juiz das garantias é o *controle da legalidade* da investigação criminal, além de essa missão estar pontuada no art. 3º-B, caput, do CPP, mais adiante, no inciso IV, está esclarecido que ele deve ser informado sobre a instauração de *qualquer investigação* e, ainda, *determinar o trancamento* da investigação, *quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento* (inciso IX).

Com a entrada em vigor do dispositivo em foco, não deverá haver mais uma única investigação criminal no país que não seja do conhecimento do respectivo juiz das garantias competente⁷.

É algo similar ao que ocorre com a *detenção* em flagrante. O ato tem de passar pelo crivo do juiz. Aliás, lamenta-se que o legislador não tenha tido a acuidade de tratar de estabelecer o prazo para que o titular da investigação informe ao juiz das garantias sobre a instauração do

⁷ O juiz das garantias deverá encaminhar expediente para a polícia e para o Ministério Público, solicitando a informação quanto a todos os inquéritos em tramitação.

procedimento apuratório. O prazo de 24 horas, previsto para o envio do auto de prisão em flagrante, parece razoável, devendo ser aplicado por analogia.

A regra da comunicação vale para os inquéritos policiais e para os procedimentos de investigação criminal – PIC, a cargo dos membros do Ministério Público. Enfim, a todo e qualquer espécie de apuração de crime. Como se vê, essa nova ordem de coisas representa um avanço e tanto.

E mais. O juiz das garantias, no afã de racionalizar o comando do inciso X do mesmo artigo, pode determinar, valendo-se da facilidade do processo eletrônico, a distribuição do inquérito policial ou do PIC, de modo que todo o andamento da investigação seja acompanhado pelo juiz, pelo Ministério Público, pelo investigado e, até mesmo, pela vítima, salvo em relação a esses dois últimos quanto ao que estiver em sigilo⁸.

Com a adoção dessa estratégia, a pessoa, para saber sobre o andamento de investigação instaurada contra si, não precisará mais se dirigir à delegacia. Poderá bater à porta do juiz das garantias e, ainda, se cadastrar nos autos eletrônicos, no propósito de acompanhar à distância a investigação, sendo informado dos atos praticados, exceto, por óbvio, quanto ao que estiver em sigilo, o que só é admissível caso o conhecimento tiver o condão de atrapalhar diligências que estão em curso ou prestes a serem iniciadas.

Especial destaque há de merecer a dicção normativa do inciso IX do art. 3º-B do CPP, na medida em que deixa gizado entre as atribuições do

⁸ Essa medida é muito importante, a fim de que seja realizado melhor controle, podendo assim o juiz das garantias consultar os autos a qualquer momento e ter ciência de todos os atos praticados, sem necessidade de pedir informação à autoridade policial.

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

juiz das garantias *determinar o trancamento* da investigação⁹ quando não houver *fundamento razoável* para a sua *instauração* ou *prosseguimento*. Veja-se que esse dispositivo esclarece que, ao receber a comunicação da instauração da investigação, devem ser remetidos os autos da apuração, e que o juiz das garantias há de fazer um exame efetivo do material, pois tem de decidir se existe *fundamento razoável* para tanto.

Acredita-se que esse preceito legal terá o condão de diminuir o número de investigações instauradas, pois o *investigador* terá de reunir elementos suficientes a revelar a existência de *fundamento razoável*. A decisão do juiz a respeito não requer provocação por parte do investigado, até porque, em muitos casos, ele nem sabe ainda que uma apuração foi instaurada contra si.

Aliás, a provocação para fins do pronunciamento judicial se dá com o envio da informação da instauração da investigação.

De outra banda, a última parte do inciso IX 3º-B do CPP deixa claro que o juiz das garantias deve acompanhar o desenvolvimento da investigação, podendo, a todo e qualquer momento, mesmo de ofício, determinar o seu trancamento, notadamente quando ficar parada por espaço temporal considerável, com afronta ao princípio da duração razoável, que se aplica também à fase investigatória.

⁹ O legislador, por lapso, utilizou a expressão inquérito policial. O certo era referir-se à investigação criminal, a fim de abranger qualquer tipo de apuração, assim como consta do caput e do inciso IV do art. 3º-B do CPP.

3.2 Modelo de juiz das garantias

O projeto do novo Código de Processo Penal disciplina o instituto do *juiz das garantias*. Assim como acentuado, coube-lhe a primazia de propor a inserção desse instrumento em nosso sistema jurídico, muito antes da aprovação da Lei nº 13.964, de 2019.

Quando se observa o conteúdo do arts. 3º-B e respectivos incisos do CPP, enxertados pela Lei nº 13.964, de 2019, que elenca o rol de atribuições especificadas como da alçada do juiz das garantias, percebe-se que o legislador teve como fonte de inspiração normativa o projeto do NCPP, aprovado no Senado.

Acontece que a lei em referência inovou na parte em que, para além da competência para exercer o controle da investigação, conferiu ao juiz das garantias competência também para atuar no processo de conhecimento, mais precisamente até a fase anterior à da instrução e julgamento.

Portanto, a competência do juiz das garantias vai além da atuação na fase investigatória, no desiderato de contemplar a prática de todos os atos judiciais precedentes à instrução oral. Restou, dessa forma, criada em nosso meio uma confusa *fase intermediária*, certamente inspirada em outros ordenamentos jurídicos, que reservam para o juiz responsável pelo julgamento a participação apenas no denominado *juízo oral* e, consequentemente, no julgamento.

Essa fase processual intermediária engloba as fases postulatória e do saneamento, ademais da designação da data de realização da audiência de instrução e julgamento, quando não acatada a rejeição da ação penal ou a absolvição sumária (art. 3º-B, XIV do CPP). Portanto, nesse modelo, cabe

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

ao juiz das garantias, na fase processual, (a) decidir sobre o recebimento, ou não, da ação penal (art. 396, primeira parte, do CPP); (b) determinar a citação do acusado, se for o caso de recebimento (art. 396, segunda parte, do CPP); (c) analisar a resposta da defesa sobre as teses agitadas quanto à rejeição da peça inicial, o julgamento antecipado do processo, por meio da absolvição sumária (art. 397 do CPP), ou a confirmação do recebimento da denúncia ou queixa, com a consequente designação de data para a realização da audiência de instrução e julgamento, cabendo-lhe providenciar as intimações do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, quando houver, do assistente e do querelante (art. 399 do CPP).

Todavia, esse formato gera várias dificuldades e inconvenientes. A atuação do juiz das garantias também na fase do processo de conhecimento tem o condão de ocasionar a fratura da tramitação processual, laborando contra a duração razoável do processo.

Com efeito, em razão dessa fase intermediária, independentemente da forma como vier a ser implantado o juiz das garantias – em varas distintas ou atuação na mesma vara do outro juiz, o processo, proferida a decisão de saneamento, terá de sair das *mãos* do juiz das garantias e ser entregue ao juiz da instrução e julgamento.

Se o *juiz das garantias* e o da *instrução e julgamento* forem lotados em varas distintas, o que será o mais usual, isso implicará na interrupção dos trabalhos cartorários em um juízo para o envio do processo para outro. Ainda que a maioria dos órgãos jurisdicionais estejam informatizados, a transferência dos autos terá de ocorrer, o que ocasionará claro entrave ao andamento do processo.

Por mais automatizado que o processo eletrônico seja, ele reclama a atuação de servidores, sendo necessária a interrupção da tramitação normal do processo, a fim de que os autos sejam transferidos para outro juízo, a fim de que, então, haja o retorno do andamento do processo.

Isso sem falar que ficou na atribuição do juiz das garantias marcar a data da audiência a ser realizada pelo juiz da instrução e julgamento, exigindo que aquele, naturalmente, tenha ciência da agenda de audiência deste. A ideia, parece claro, foi a de que o juízo das garantias remetesse os autos do processo para o da instrução e julgamento pronto para a realização da audiência, uma vez que além da data fixada, todos já estariam intimados

Essa pretensão do legislador só seria fatível em relação à separação das competências quanto às atuações do juiz das garantias e o da instrução e julgamento entre magistrados que atuam em uma mesma vara. Nos casos em que designada uma vara específica para servir de juízo das garantias, seria muito difícil um órgão marcar a audiência para ser realizada por outro¹⁰.

E aqui se observa uma incongruência. Conforme expresso no art. 3º-C, § 2º, do CPP, o juiz da instrução e julgamento, ao receber os autos, não está vinculado às decisões do juiz das garantias, de modo que ele pode, até mesmo, rejeitar a ação penal ou absolver sumariamente o acusado, com o conseqüente cancelamento da audiência previamente marcada.

Se assim for, parece de todo prematuro esse prévio agendamento da audiência, quando, pelo que prescreve a norma, o juiz de instrução e

¹⁰ Cada juiz organiza a sua pauta de audiência levando uma série de considerações específicas, inerentes à forma como ele gerencia o serviço jurisdicional sob a sua responsabilidade, o que inclui a escolha de determinados dias da semana, horário, tempo de duração e de intervalo entre uma e outra.

CAPÍTULO 1
JUIZ DAS GARANTIAS

julgamento ainda deve fazer um novo saneamento do processo, muito embora o legislador não tenha exigido decisão expressa nesse sentido.

Com efeito, ainda que não seja necessário decidir a respeito, o juiz da instrução e julgamento, ao receber os autos do juízo das garantias, precisa fazer análise do seu conteúdo para então, se for o caso, proferir decisão, nos termos do art. 3º-C, § 2º, do CPP. Aqui se identifica outro paradoxo.

É como se o juiz das instrução e julgamento atuasse na qualidade de órgão revisor quanto aos atos praticados pelo juiz das garantias nas fases postulatória e de saneamento, podendo, inclusive, rejeitar a ação penal ou absolver sumariamente.

Como se verifica, essa sistemática instaurada mercê do modelo de juiz das garantias alvitrado pela Lei nº 13.964, de 2019, não é nada razoável. Os atos praticados na fase processual pelo juiz das garantias não precluem, podendo ser revistos pelo juiz da instrução em julgamento.

Parece mais do que óbvio que, na prática, sempre que o processo for remetido para o juiz da instrução e julgamento, a parte interessada irá questionar o recebimento da ação penal e a decisão de saneamento feitos pelo juiz das garantias, obstando o trâmite normal do processo

No ponto, merece aplauso o projeto do NCPP, na medida em que, corretamente, restringe a atuação do juiz das garantias apenas à fase investigatória, deixando toda a fase processual para o outro juiz.

Aliás, o tratamento normativo conferido pela Lei nº 13.964, de 2019 desenhando o modelo de juiz das garantias não se apresenta como mero paradoxo e aponta em direção a vício de inconstitucionalidade, porquanto, ao fim e ao cabo, não serve para garantir a preservação do princípio universal da imparcialidade do juiz.

Ora, se a finalidade do juiz das garantias é separar o juiz que atua na investigação daquele que julga, não é nada coerente deixar sob a batuta do juiz das garantias decidir sobre o recebimento da ação penal e o saneamento, pois nesse caso ele vai avaliar os elementos informativos e provas colhidos na fase investigatória, que passaram pelo seu próprio *controle de legalidade*.

Há de se convir que o juiz da instrução e julgamento é o que detém a *imparcialidade* para decidir a respeito, até porque essa apreciação pode implicar não apenas na extinção do processo com a rejeição da ação penal, mas também na absolvição do acusado.

3.3 Análise crítica do juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal e nos substitutivos

Como salientado linhas acima, o juiz das garantias foi contemplado no texto do NCPP, aprovado pelo Senado (PLS nº 156, de 2009), e está sendo mantido, com algumas modificações, no Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, em trâmite na Câmara dos Deputados.

Para fins de melhor análise das disposições, segue abaixo o Quadro Comparativo referente à parte que trata do juiz das garantias. Na primeira coluna, está o texto aprovado no Senado Federal, na do meio, o substitutivo apresentado pelo Deputado João Campos, em 2018, e, na última, o substitutivo preliminar apresentado na Comissão Especial, em 13/04/2021.

CAPÍTULO I JUIZ DAS GARANTIAS

CAPÍTULO II DO JUIZ DAS GARANTIAS Art. 14 a 17	CAPÍTULO II DO JUIZ DAS GARANTIAS Art. 14 ao 17	CAPÍTULO II DO JUIZ DAS GARANTIAS Art. 14 ao 18
Não há correspondência	Não há correspondência	Art. 14. Para o pleno respeito da garantia constitucional do julgamento imparcial, é indispensável que o juiz que apreciará a ação penal não seja o mesmo que acompanha a colheita dos elementos informativos do inquérito policial. § 1º Para o atendimento do disposto no caput, o Poder Judiciário, disciplinando a organização judiciária, no que concerne à previsão do juiz das garantias, segundo os arts. 24, inciso XI, e 96, inciso II, da Constituição, terá em consideração as regras gerais previstas neste Código.
Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; I – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;	Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, competindo-lhe: I - receber, no prazo de 24 horas, o auto de prisão em flagrante, para efetuar o juízo da sua legalidade e aferir a	Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, competindo-lhe: I - receber, no prazo de 24 horas, o auto de prisão em flagrante, para efetuar o juízo da sua legalidade e aferir a
III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;	necessidade de sujeição do investigado a medida cautelar, ocasião em que será realizada a audiência de custódia; II - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que ele seja conduzido a sua presença; III - receber informações acerca da instauração de investigações criminais; IV - decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; V - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VI - decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VII - prorrogar o prazo de duração da investigação, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia ou pelo Ministério Público, observado o disposto no parágrafo único deste artigo; VIII - determinar o trancamento da investigação quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou para o seu prosseguimento; IX - requisitar documentos, laudos e informações sobre o andamento da investigação; X - decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou outras formas de comunicação;	necessidade de sujeição do investigado a medida cautelar, ocasião em que será realizada a audiência de custódia; II - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que ele seja conduzido a sua presença; III - receber informações acerca da instauração de investigações criminais; IV - decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; V - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VI - decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VII - prorrogar o prazo de duração da investigação, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia ou pelo Ministério Público, observado o disposto no parágrafo único deste artigo; VIII - determinar o trancamento da investigação quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou para o seu prosseguimento; IX - requisitar documentos, laudos e informações sobre o andamento da investigação; X - decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou outras formas de comunicação;

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR

<p>b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;</p> <p>c) busca e apreensão domiciliar;</p> <p>d) acesso a informações sigilosas;</p> <p>e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.</p> <p>XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;</p> <p>XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;</p> <p>XIV – arquivar o inquérito policial;</p> <p>XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;</p> <p>XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;</p> <p>XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.</p>	<p>b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;</p> <p>c) busca e apreensão domiciliar;</p> <p>d) acesso a informações sigilosas;</p> <p>e) obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;</p> <p>XI - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia, nos casos em que a autoridade coatora for o delegado de polícia ou o responsável pelo encarceramento do investigado;</p> <p>XII - determinar a realização de exame médico de sanidade mental;</p> <p>XIII - extinguir a investigação, nos casos de atipicidade da conduta, reconhecimento de causa excludente de juridicidade, culpabilidade ou de extinção de punibilidade;</p> <p>XIV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de acesso aos elementos da investigação;</p> <p>XV - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;</p> <p>XVI - julgar as exceções de suspeição e de impedimento contra o delegado de polícia;</p> <p>XVII – comunicar ao delegado de polícia das decisões relacionadas às medidas por ele representadas;</p>	<p>b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;</p> <p>c) busca e apreensão domiciliar;</p> <p>d) acesso a informações sigilosas;</p> <p>e) obtenção da prova que restrinja direitos fundamentais do investigado;</p> <p>XI - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da inicial acusatória, nos casos em que a autoridade coatora for o delegado de polícia ou o responsável pelo encarceramento do investigado;</p> <p>XII - determinar a realização de exame médico de sanidade mental;</p> <p>XIII - extinguir a investigação, nos casos de atipicidade da conduta, de extinção de punibilidade, ou de causa excludente de juridicidade ou de culpabilidade;</p> <p>XIV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de acesso aos elementos da investigação;</p> <p>XV - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;</p> <p>XVI - julgar as exceções de suspeição e de impedimento contra o delegado de polícia;</p> <p>XVII - comunicar ao delegado de polícia das decisões relacionadas às medidas por ele representadas;</p>
<p>Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada</p>	<p>XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.</p> <p>Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração da investigação criminal por até quinze dias. Se ainda assim a investigação não for concluída, relaxar imediatamente a prisão</p>	<p>XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.</p> <p>Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração da investigação criminal por até quinze dias. Se ainda assim a investigação não for concluída, relaxar imediatamente a prisão.</p>
<p>Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.</p> <p>§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.</p> <p>§ 2º A competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma circunscrição judiciária, conforme dispuserem as normas de organização competentes, sem prejuízo de outras formas de substituição.</p> <p>§ 3º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.</p> <p>§ 4º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.</p>	<p>Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.</p> <p>§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.</p> <p>§ 2º A competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma circunscrição judiciária, conforme dispuserem as normas de organização competentes, sem prejuízo de outras formas de substituição.</p> <p>§ 3º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.</p> <p>§ 4º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.</p>	<p>Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.</p> <p>§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.</p> <p>§ 2º A competência territorial do juiz das garantias poderá abranger mais de uma circunscrição judiciária, conforme dispuserem as normas de organização competentes, sem prejuízo de outras formas de substituição.</p> <p>§ 3º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da inicial acusatória, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.</p> <p>§ 4º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.</p>
<p>Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.</p>	<p>Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do juiz das garantias ficará impedido de funcionar no processo.</p>	<p>Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do juiz das garantias ficará impedido de funcionar no processo.</p>
<p>Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.</p>	<p>Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.</p>	<p>Art. 18. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.</p>

CAPÍTULO 1
JUIZ DAS GARANTIAS

Desde logo, chama a atenção que o último substitutivo tomou a iniciativa de realçar que a previsão do instituto do juiz das garantias se justifica como imperativo constitucional, dado que indispensável para cumprir a cláusula constitucional que assegura o direito a um *juízo imparcial*.

Isso porque em um sistema democrático que tem como espinha dorsal os direitos fundamentais, é imprescindível a imparcialidade do juiz, que se apresenta como o tutor das garantias asseguradas ao jurisdicionado. De nada servem as meras declarações dos direitos fundamentais, sendo necessário o estabelecimento de mecanismos para assegurar a sua efetividade. No processo penal, para a preservação dos direitos fundamentais, nas perspectivas objetiva e subjetiva (notadamente nesta), é imprescindível a imparcialidade do juiz.

O sistema processual penal não pode ser utilizado como arma para fins de perseguição política, transformando o processo penal em *arena* para o desenvolvimento de *guerra jurídica*. Essa situação é denominada *lawfare*, composta das palavras *law* (direito) e *warfare* (guerra), expressão cunhada nos idos dos anos 1970, cenário que tem sido identificado no Brasil, notadamente em algumas grandes operações policiais. Esse fenômeno também se faz sentir em vários países da América Latina (ROMANO 2019) e mesmo na Europa, como é o caso de Portugal (SÓCRATES 2021).

Para além desse aspecto, a despeito dos princípios e regras que limitam e legitimam a persecução penal, para a validade do processo é imprescindível a imparcialidade do juiz, que diz respeito ao que tecnicamente se denomina *competência subjetiva* do juiz. Por conseguinte, ao lado da *competência objetiva*, que é a circunstância de ser da alçada do

juiz conhecer e julgar a matéria, impõe-se que o juiz seja *subjetivamente capaz*, ou melhor, seja *imparcial*, não haja nenhuma causa de impedimento ou suspeição (arts. 252 e 254 do CPP), aplicando-se ainda, subsidiariamente, as regras do NCPC (arts. 144 e 145).

O juiz das garantias, dessa maneira, na ideia do substitutivo, corretamente passa a se constituir em mais uma regra de impedimento. Observe-se que, em verdade, os institutos da suspeição e impedimento servem, exatamente, para assegurar a imparcialidade do julgador.

Ademais, a restrição da atuação do juiz das garantias à fase investigatória se assemelha ao que dispõe o art. 252, III, do CPP, que veda ao juiz o exercício da atividade jurisdicional quando ele “tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito”. Trata-se de uma regra que parte de um dado objetivo.

Pode ser, é claro, que um juiz, mesmo tendo anteriormente se pronunciado de fato ou de direito sobre o assunto, ainda assim, conserve, subjetivamente, a sua imparcialidade, e, até mesmo, ao ser chamado para se pronunciar novamente sobre o tema, venha a modificar o seu entendimento anterior.

Contudo, essa regra que veda o exercício da atividade jurisdicional em determinadas situações, como tantas outras de impedimento ou suspeição, é estabelecida em compasso com a teoria do *padrão objetivo de imparcialidade*. Não se mostra suficiente o juiz *ser imparcial*, ele precisa *parecer imparcial*. É a máxima da mulher de César: para ser respeitada, não basta ela ser honesta, precisa parecer honesta.

Assim como plasmado supra, para quem está no *banco dos réus*, ser julgado pelo juiz que, na fase investigatória, determinou a busca e apreensão

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

dos seus bens, a sua prisão e a quebra dos seus sigilos bancário e fiscal, não passa de um juízo de *confirmação* de uma convicção formada anteriormente, mais precisamente na oportunidade em que o julgador determinou as medidas mencionadas.

No mais, o último substitutivo, fazendo pequena alteração redacional ao atual caput do art. 3º-B, do CPP, e ao texto aprovado no Senado, ressalta, no art. 15, que “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, competindo-lhe:”

O dispositivo ficou com redação mais enxuta, ao excluir a explicação de que essa atuação era quanto à salvaguarda dos direitos individuais “... cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”.

Talvez o Deputado Federal João Campos tenha preferido alterar o texto diante da consideração de que todo direito fundamental catalogado na constituição só pode ser flexibilizado em uma investigação mediante autorização judicial. Acontece que, em nosso sistema jurídico, as Comissões Parlamentares de Inquérito, salvo em relação aos direitos fundamentais dotados de cláusula de reserva de jurisdição estrita, possuem poderes para a flexibilização de direitos fundamentais (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, 210-212).

Ainda assim, a dicção normativa emprestada pelo último substitutivo ao artigo em causa manifesta-se adequada, pois a disciplina legislativa diz respeito à investigação criminal. O único reparo aqui é quanto à utilização da expressão *direitos individuais*, ao invés de *direitos fundamentais*.

Tal se dá porque os direitos essenciais à condição humana, retratados nas declarações de direitos humanos, não são *individuais*, mas *coletivos*.

Aliás, não pertencem, sequer, à geração atual, pois, em verdade, fazem parte do patrimônio histórico da humanidade, sendo todos responsáveis pela sua preservação, em respeito a tantos quantos lutaram e, até mesmo, perderam suas vidas pela materialização dessa classe de direito e para assegurar o seu usufruto pelas gerações futuras, sem retrocessos. A nomenclatura direitos fundamentais é reservada para significar os direitos relativos à dignidade da pessoa humana declarados em uma determinada Constituição (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, 167-168).

Quanto às atribuições, chama a atenção que a competência do juiz das garantias, no projeto do novo Código de Processo Penal, corretamente, fica restrita à fase da investigação, não lhe sendo cometida nenhuma atuação na fase do processo de conhecimento, evitando tumulto processual, o comprometimento da duração razoável do processo e, enfim, que o juiz responsável por atuar na fase investigatória venha a decidir sobre o que foi validado por ele próprio.

Esse modelo de juiz das garantias previsto no projeto do NCPP, estreme de dúvidas, é muito melhor do que o concebido pela Lei nº 13.964, de 2021.

Ainda em relação às atribuições, merece destaque o fato de o último substitutivo apresentado em 2021 ter inserido norma similar à do atual inciso IV do art. 3º-B, do CPP (“Ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal”). É de fundamental importância que essa alteração, alvitada no parecer substitutivo, seja aprovada pelo parlamento, a fim de que estabelecido em nosso sistema a máxima de que nenhuma investigação pode existir sem que seja do conhecimento de um juiz das

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

garantias, a quem cabe exercer o controle de legalidade, no escopo de evitar arbitrariedades.

No ponto, na proposição sufragada pelo relator, o texto atual do CPP foi acolhido com pequena alteração de redação, sem modificação, portanto, do conteúdo, pois assim está a dicção normativa: “receber informações acerca da instauração de investigações criminais”. Comete, porém, o mesmo pecado do legislador do chamado *Pacote Anticrime*, na medida em que, conforme acentuado supra, se descurou em dizer do prazo para o envio dessa comunicação a respeito da instauração da investigação.

O correto seria estabelecer o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para o envio dessa informação para o juízo das garantias quanto à instauração da investigação, a despeito de o silêncio em relação a essa questão permitir a aplicação analógica da previsão normativa a respeito do encaminhamento dos autos da prisão em flagrante (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, 444).

O melhor, naturalmente, seria que, tal como já observado, o legislador fosse expresso em determinar que, uma vez instaurada, a investigação (inquérito policial, procedimento de investigação criminal etc.) seja distribuída no sistema eletrônico processual utilizado pelo Judiciário, a fim de que o juiz das garantias possa exercer com maior plenitude a sua missão de “determine(ar) o trancamento da investigação quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou para o seu prosseguimento” (inciso VIII, art. 15, do último substitutivo) e, enfim, de manter o efetivo *controle de legalidade da investigação*, sem a necessidade de “requisitar documentos, laudos e informações sobre o andamento da investigação” (inciso IX, art. 15, do último substitutivo).

Até porque, para fins de decisão sobre o trancamento da investigação ou o seu prosseguimento, o juiz das garantias terá necessariamente de possuir acesso aos respectivos autos. E isso deve acontecer sem prejuízo da prática dos atos investigatórios conduzidos pela autoridade policial ou pelo membro do Ministério Público, conforme seja o responsável pelos atos investigatórios.

Essa distribuição eletrônica da investigação, por outro lado, não inviabiliza a sua tramitação direta entre a polícia e o Ministério Público, muito menos implica em alteração quanto ao responsável pela sua condução e direção. Essa é uma questão de fácil programação eletrônica, mediante a descrição dos respectivos perfis de acesso aos autos, como acontece no processo judicial eletrônico, o chamado PJe, sistema criado, disponibilizado e recomendado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

De outra banda, essa distribuição eletrônica da investigação se apresenta importante, ainda, para o exercício da defesa investigativa, igualmente prevista no projeto do NCPP. Ademais de a defesa poder se cadastrar nos autos da investigação, com plena observância da Súmula Vinculante nº 14¹¹.

Nem se diga que tal poderia inviabilizar a investigação, pois há solução tecnológica nos sistemas processuais eletrônicos, a exemplo do PJe, no sentido de que a investigação ou partes da investigação fiquem inacessíveis a pessoas cadastradas nos autos a depender do perfil do usuário.

¹¹ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”;

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

Portanto, documentos sigilosos podem ficar acessíveis, apenas, à autoridade investigante e ao juiz das garantias.

De mais a mais, com essa solução, a defesa, sempre que tivesse o interesse em obter alguma informação sobre qualquer tipo de investigação, poderia peticionar diretamente ao juiz das garantias, a fim de obter a informação e o acesso ao que já apurado e documentado, nos termos da Súmula Vinculante 14, sem o menor prejuízo quanto às diligências pendentes ou em curso que não podem ainda ser reveladas, sob pena de prejuízo para a apuração dos fatos.

De qualquer sorte, ainda que o dispositivo em exame seja aprovado com a redação proposta no último substitutivo, os tribunais poderão estruturar os juízos das garantias com a viabilização eletrônica para fins de distribuição das investigações, tal como aqui sugerido, orientação, aliás, que foi discutida pela comissão instituída no âmbito do Conselho da Justiça Federal¹², com a finalidade de realizar estudos para a implantação do juiz das garantias.

Há, ainda, em relação às atribuições do juiz das garantias, uma alteração pontual quanto à disciplina da *prorrogação da prisão* na fase da investigação. Tal como disciplinado atualmente, não basta o juiz das garantias decidir nos autos a respeito da prorrogação, sendo obrigatória a realização de audiência oral, preservando-se o contraditório.

Desde o texto aprovado no Senado, porém, quanto à prorrogação da prisão na fase da investigação, garante-se apenas a necessidade de o juiz das garantias decidir a respeito, sem a necessidade de audiência.

¹² Processo SEI nº 0007185-75.2019.4.90.8000.

Cabe observar que, nos termos da Lei nº 13.964, de 2019, a prorrogação da prisão preventiva na fase do inquérito está prevista no art. 3º-B, VII, enquanto a revisão no art. 316, parágrafo único, ambos do CPP, tendo o legislador sido mais cioso quanto à precariedade da prisão ainda na fase da investigação, conferindo um tratamento diferenciado.

Nos termos do art. 3º-B, VII, do CPP, cabe ao juiz das garantias, no controle da legalidade da investigação criminal, “*prorrogar a prisão provisória* ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, *no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral*, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente” (Grifos acrescentados).

Esse dispositivo precisa ser lido associado ao § 2º do art. 3º-B, do CPP, segundo o qual, “Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada”.

Veja-se a diferença quanto ao tratamento conferido em relação à renovação da prisão preventiva, disciplinada no parágrafo único do art. 316 do CPP, em que é suficiente a decisão do juiz sobre a necessidade, ou não, da manutenção da prisão, não sendo exigida, porém, a realização de audiência.

Quando se trata, porém, da prorrogação da prisão preventiva, que está dentre as atribuições do juiz das garantias, além de estar expressa a necessidade da observância do contraditório, restou afirmado que a decisão deve ser realizada em a audiência oral, o que leva à conclusão de que há a

necessidade de que o preso seja ouvido a respeito.

O ideal, portanto, seria manter essa sistemática, a fim de que preservada a exigência de audiência oral para fins de decisão sobre a *prorrogação* da prisão provisória no âmbito da investigação, situação sobremaneira distinta da *renovação*, regida pelo art. 316, parágrafo único do CPP, em que não há necessidade de audiência (W. N. SILVA JÚNIOR 2021, 647-649).

Considerações finais

A jurisdicionalização do dever-poder de punir do Estado, movimento surgido a partir da segunda metade do Século XVIII, se descurou, em um primeiro momento, da fase da persecução penal preparatória do processo criminal e da execução da pena. Logo, houve a percepção de se estender a *jurisdicionalização* à fase da execução.

Em seguida, percebeu-se não ser boa ideia deixar a apuração dos crimes sob a alçada da autoridade policial, pelo que alguns países passaram a adotar a figura do juiz de instrução, ideia rejeitada em nosso meio desde a elaboração do Código de Processo Penal de 1941.

Todavia, a solução alvitrada pelos países que adotaram o *juízo de instrução* não se revelou a mais adequada, na medida em que a reunião dos poderes investigatórios e decisórios em um mesmo juiz teve o condão de comprometer a imparcialidade deste, pressuposto indispensável para a legitimidade de seus julgamentos. O Ministério Público passou a coordenação a investigação em conjunto com a polícia, e o juiz passou a ter a missão, apenas, de controlar os atos investigatórios.

O Código de Processo Penal de 1941 adotou um modelo misto com forte sotaque inquisitivo, sendo atribuída à polícia poderes investigatórios sem controle judicial, contando, em verdade, com o auxílio do juiz, mediante a previsão de diversas formas de o magistrado atuar de ofício em prol da persecução penal, a despeito da participação do Ministério Público. A jurisdicionalização da execução penal, por sua vez, só aconteceu com a aprovação da Lei nº 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal).

Foi concebido o sistema 3 (três) em 1 (um) ou dos 3 (três) contra (um), com a polícia, o Ministério Público e o juiz de um lado, enquanto, do outro, o investigado, raramente assistido por advogado, até porque, para a concepção inicial do CPP, a atuação deste se resumia ao interrogatório, catalogado como uma das espécies de prova.

Com a Constituição de 1988, sem embargo de certo consenso quanto à adoção do sistema acusatório, o juiz continuou com espaço institucional para auxiliar a investigação na busca da utópica *verdade real*, sendo-lhe adicionada a missão de intervenção quando necessária a flexibilização de direito fundamental, de modo que passou a concentrar em suas mãos tríplice função, quais sejam, fazer as vezes de investigador, quando lhe conviesse, decidir sobre a flexibilização dos direitos fundamentais durante a investigação e, por fim, processar e julgar a pretensão acusatória.

Para além de a *teoria do padrão objetivo de imparcialidade* estabelecer que para a legitimidade dos julgados ao juiz não basta *ser imparcial*, sendo necessário *parecer ser*, a *teoria da dissonância cognitiva* evidencia que o magistrado, quando participa da investigação, psicologicamente, tem a tendência de maximizar as informações que o

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

levaram a possuir uma visão preconcebida sobre o crime, relegando a segundo plano as novas revelações surgidas no decorrer da instrução processual, situação que compromete a sua imparcialidade, pois essa fase posterior serve mais para a confirmação do *prejulgamento* formulado anteriormente pelo juiz do que para formar a sua convicção sobre o crime.

No sistema processual penal em que o juiz participa da fase pré-processual consistente na investigação dos fatos em prol da persecução penal e possui competência para julgar, essa fase posterior, denominada processual, ou mais propriamente *processo de conhecimento*, em verdade, não se presta para que o juiz *conheça* a questão a ser julgada, mas, sim, para reafirmar o seu entendimento, de modo que é mais próprio falar-se em *processo de reconhecimento* ou *confirmação*. Em outras palavras, na prática, o processo de conhecimento se transmuda, quando muito, em *processo de reconhecimento*.

Tendo em conta esse estado de coisas, notadamente em razão da diretriz emanada do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento do caso *Cubber v. Bélgica*, em 1984, ao fixar o entendimento de que o *juiz que investiga não pode julgar*, adotou-se como estratégia excluir os poderes investigatórios do juiz, para entrega-los ao Ministério Público, sendo resguardado ao julgador o exercício da função que lhe é própria, que se contém em julgar as questões.

Na América Latina, o movimento no sentido de modificar substancialmente o paradigma dos sistemas criminais dos países foi consolidado ainda no ano de 1988, com participação ativa do Brasil, sendo prevista no Código de Processo Penal Tipo para Ibero-América a substituição do juiz pelo Ministério Público na fase investigatória, mediante

a criação da figura do juiz das garantias, com a missão de atuar quando solicitada a flexibilização de direito fundamental, sendo impedido, porém, de participar do julgamento.

Esse compromisso com a ordem internacional assumido pelo Brasil foi corroborado quando da aprovação pelo Senado do projeto de novo Código de Processo Penal no ano de 2009, razão pela qual não se pode dizer que a proposição quanto à criação do instituto das garantias, seja oriunda de ideia engendrada pelos políticos incomodados com a chamada operação Lava Jato.

O juiz das garantias, ademais de representar a jurisdicionalização da investigação, se presta para assegurar a imparcialidade do juiz responsável pelo julgamento.

Em consonância com o modelo alvitrado pela Lei nº 13.964, de 2019, o chamado *Pacote Anticrime*, a competência do juiz das garantias não fica restrita à fase pré-processual que corresponde à investigação, quando lhe cabe controlar a legalidade e preservar os direitos fundamentais do investigado, pois compreende também a fase processual – da postulatória até o momento do saneamento –, de modo que o processo só passa a ser da alçada do *juiz da instrução e julgamento* após a decisão exarada conforme o art. 399 do CPP, o que é paradoxal, pois gera *confusão processual* e, além de comprometer a tramitação processual em duração razoável, denota vício de inconstitucionalidade, na medida em que permite ao magistrado que atuou na produção dos elementos probatórios e na coleta das provas decidir sobre o recebimento da ação penal, a legalidade das provas e a absolvição sumária.

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

O projeto do NCPP merece aplauso por restringir a atuação do juiz das garantias à fase investigatória, ademais de realçar que o instituto tem em mira cumprir o preceito constitucional que assegura o direito a um *juízo imparcial*.

Deve ser acolhida a proposta contida no substitutivo apresentado em 2021, a fim de exigir que a autoridade responsável por qualquer investigação criminal policial informe ao juiz das garantias sobre a instauração do procedimento, conquanto o mais adequado é que fosse previsto na norma a sua distribuição eletrônica do inquérito ou do procedimento de investigação criminal, no escopo de que o juiz das garantias possa decidir quanto à existência dos elementos para a sua instauração, ademais de controlar toda a sua tramitação e efetivar o exercício da *investigação defensiva*, nos termos da Súmula Vinculante do STF nº 14.

De qualquer sorte, o texto do NCPP merece crítica por eliminar a exigência da realização de audiência para fins de decisão do juiz das garantias sobre a *prorrogação da prisão preventiva* decretada na fase da investigação, tal como atualmente garantido art. 3º-B, VII, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019.

O projeto do NCPP aprovado pelo Senado, quanto ao instituto do juiz das garantias, restou aprimorado pelo substitutivo apresentado em 2021 pelo Deputado Federal João Campos, devendo, portanto, passar pelo crivo da Câmara dos Deputados com as alterações alvitradas, malgrado o melhor seria que as críticas aqui lançadas também fossem levadas em consideração na votação em plenário.

Referências

ADI 1570/DF. s.d.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Teoria da nulidade no processo penal. São Paulo: Noeses, 2016.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. O processo criminal brasileiro. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ALMEIDA, J. C Mendes. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

AMBOS, Kai, e Frauzi Hassan. CHOUKR. A reforma do processo penal no Brasil e na América latina. São Paulo: Editora Método, 2001.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Juiz das garantias. Curitiba: Juruá, 2011.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução: BECCARIA. Cesare. Tradução Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. “A implantação do juiz das garantias no poder judiciário brasileiro.” Conselho Nacional de Justiça. 2020. A imp <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf> (acesso em 2021 de mai de 2021).

Cubber v. Bélgica. 1984.

DELMAS-MARTY, Meirelle. Modelos e movimentos de política criminal. Tradução: Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DUARTE, Christian Marcelo Bernal. Reforma del proceso penal em Paraguay y el juez penal de garantias y sus funciones. In: Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ESTINGER, Leon. Theory of Cognitive dissonance. Stanford: Stanford University Press, 1985.

CAPÍTULO I
JUIZ DAS GARANTIAS

FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. Tradução: Paulo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. 3. São Paulo: Bushatky, 1978.

FRANCO, Alberto Silva, e Rui STOCO. Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Ricardo de Brito. As razões do positivismo penal no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. São Paulo: Atlas, 2015.

HC 193.053/MG. s.d.

HC 73.338/RJ. s.d.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. Código de processo penal brasileiro. Vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

LOMBROSO, Cesare. O homem criminoso. Tradução: Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 5. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1977.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

MEHMERI, Adilson. Inquérito policial: dinâmica. São Paulo: Saraiva, 1992.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORVAN, Camille, e Alexander J O'CONNOR. An analysis of Leon Festinger's a theory of Cognitive dissonance. London: Mact International Ltd., 2017.
- ODUOR, Jacinta Anyango, et al. Lef out of the bargain: settlements in foreign bribery cases and implications for asset recovery. Washington, 2014.
- PIMENTA, José da Costa. Código de processo penal anotado. 2. Lisboa: Rei dos Livros, s.d.
- RE 59.727/MG. s.d.
- ROMANO, Silvina M (Org.). Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo em América Latina. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- SALLES JR., Romeu de Almeida. Inquérito policial e ação penal. 7. São Paulo: Saraiva, 1986.
- SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. Revista Liberdade, nº 11. 2012.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Execução penal no sistema penitenciário federal. Natal: OWL, 2020.
- . Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 3. Natal: OWL, 2019.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal. 3. Natal: OWL, 2021.
- SÓCRATES, José. Só agora começou. Lisboa: Actual, 2021.

CAPÍTULO 1
JUIZ DAS GARANTIAS

TOURINHO, Fernando da Costa. Prática de processo penal. 35. São Paulo: Saraiva, 2014.

VILE, John R. A companion to the United States constitution and its amendments. VILE. John R. A companion to the United States constLibrary of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2001.

WALSH, Dylan. Why U.S criminal courts are so dependente on plea bargaining. 2017.

CAPÍTULO 2

A proposta de normatização da justiça restaurativa penal no novo Código de Processo Penal

Milena da Silva Claudino¹

A segurança pública é um direito fundamental (artigo 5º, *caput*, CRFB/88) garantido enquanto dever do Estado e direito e responsabilidade de todos (artigo 144, *caput*, CRFB/88). Nesse passo, pode ser compreendida como estado de bem-estar social em que outros direitos – como a vida, saúde e patrimônio – são exercidos sem impedimentos efetivos ou receios.

Trata-se de direito de extrema relevância para o funcionamento da sociedade, pois, para além de lidar com o comportamento humano, está relacionado ao Ministério Público, ao Poder Judiciário, aos órgãos de Estado, como as polícias e, especialmente, às posturas seguidas pelos membros dos Poderes Executivo e Legislativo.

A segurança pública, nesse contexto, não se limita à execução penal, muito embora a perspectiva inflamada da mídia, a ausência de análises substanciais dos dados produzidos oficialmente e as políticas de Estado de “enfrentamento” ao crime conduzam a um olhar superficial sobre o tema.

¹ Discente do curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista de Iniciação Científica vinculada ao projeto de pesquisa Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte (UFRN). Colaboradora do Projeto de Pesquisa O direito criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva (UFRN).

O temor da população diante do crescimento da criminalidade violenta tem legitimado posturas do Estado tomadas sob o discurso do dito “combate ao crime”, “guerra às drogas”. Mais do que um deslize de linguagem, essas expressões denotam a concepção arcaica e retributivista de que a violência deve ser respondida com mais violência (SICA, 2008). A própria Lei de Drogas que, em tese, tem como bem jurídico a saúde pública, sustenta um discurso de bélico que, em verdade, tem centralidade na engrenagem sistêmica que busca a manutenção das desigualdades fundadas nas hierarquias raciais (BORGES, 2019).

Nesse prisma, a prisão tem se apresentado como resposta do Estado em um movimento de encarceramento em massa. Conforme o Infopen (2020), o total da população prisional estadual é de 806.551 (oitocentas e seis mil, quinhentas e cinquenta e uma pessoas), número suficiente para colocar o Brasil na posição de 3º país com maior população carcerária do mundo (INFOPEN, 2019). Destas, 667.541 (seiscentas e sessenta e sete mil, quinhentas e quarenta e uma) ocupam celas físicas e 139.010 (cento e trinta e nove mil e dez) encontram-se em prisão domiciliar.

Contudo, o encarceramento não tem se mostrado eficiente para a redução da criminalidade, fato este que vem sendo apontado por diversos estudos ao longo dos anos. Em verdade, ocorre exatamente o oposto: o aumento do aprisionamento caminha junto a um aumento da criminalidade violenta².

² Conforme o INFOPEN (2017), entre os anos de 2000 e 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150% em todo o Brasil. Ao mesmo tempo, o Atlas da Violência (2021) indica um aumento da taxa de homicídios entre 2009 e 2017.

Nesse cenário, surge a necessidade de realizar debates mais profundos relativos à postura repressiva do Estado, se debruçando sobre a efetiva contribuição da prisão para o reparo do tecido social rompido com o cometimento de um crime. Isso se diz, notadamente, porque os desdobramentos de um fato criminoso não podem ser contemplados na totalidade por meio do processo penal.

Para além de buscar um culpado a ser punido, a postura do Estado deve caminhar no sentido de cuidado com a vítima (ou sua família e amigos, nos crimes fatais) e a sociedade. Nesse deslinde, a justiça restaurativa³ se apresenta em oposição ao modelo de justiça retributiva buscando modificar a forma como a sociedade lida com conflitos.

Diante deste cenário, o presente capítulo de livro pretende analisar a proposta de inclusão da “Justiça Restaurativa Penal” no projeto do novo Código de Processo Penal a partir do substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Relator João Campos. Para isso, tem-se como objetivos específicos: a) discorrer sobre o conceito de justiça restaurativa e sua aplicação no âmbito criminal; b) compreender os caminhos da justiça restaurativa no direito criminal brasileiro e c) analisar os limites entre a autonomia social e a função jurisdicional do Estado no tratamento de crimes.

Para tanto, o estudo é composto pelos seguintes tópicos: 1) O modelo de justiça retributiva e a prisão como resposta do Estado; 2) Justiça

³ Trata-se de uma prática que tem apresentado sucesso, inclusive, no Estado do Rio Grande do Norte, em iniciativa do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (MPRN). O sedimento legal para a implantação das práticas restaurativas no âmbito do MPRN foi a Resolução nº 195/2017, que estruturou o Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição (Nupa), para desenvolver ações de fomento à utilização de mecanismos autocompositivos e a afirmação de uma cultura institucional resolutiva de conflitos, nas áreas da educação e da infância e da juventude.

restaurativa: a construção de um conceito e sua contribuição frente à justiça retributiva; 3) A normatização da justiça restaurativa no novo Código de Processo Penal; 4) Análise crítica sobre a inclusão da justiça restaurativa no novo Código de Processo Penal e Conclusões.

Por estratégia metodológica, sem o objetivo de esgotar o tema, o presente capítulo trata da justiça restaurativa e sua relação com o direito criminal perante o Poder Judiciário brasileiro, embora este modelo não se limite aos dilemas juntos ao direito criminal e se projete de forma ampla em diversas esferas da vida em sociedade, incluindo abordagens a serem utilizadas fora do direito, em situações conflitivas ou não conflitivas – como estratégia de prevenção.

No que tange aos procedimentos empregados, adota-se a pesquisa bibliográfica e documental, considerando que a linha tênue entre esses dois métodos se dá pela natureza das fontes. Enquanto a pesquisa Bibliográfica se desenvolve com base em material já elaborado, tais como livros e publicações periódicas, a Documental vale-se, normalmente, de materiais que ainda não receberam tratamento analítico (GIL, 2002), o que pode ser interpretado extensivamente para documento de conteúdo oficial.

No âmbito da pesquisa documental, a análise terá como parâmetro o Projeto de Lei nº 7.006, de 2006 e o substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, do Relator João Campos, além Resolução nº 12, de 2002, da ONU e da Resolução nº 225, de 2016, do CNJ. O capítulo também encontra suporte na pesquisa bibliográfica, à luz da doutrina, legislação pátria e internacional.

1. O modelo de justiça retributiva e a prisão como resposta do Estado

O surgimento da prisão enquanto pena, ao longo da história, representou um avanço significativo diante das penas cruéis. A literatura destaca que as pessoas que seriam submetidas a alguma forma de castigo corporal encontravam-se detidas até a execução da pena e, com as penitenciárias, o cárcere tornou-se a própria punição, substituindo penas capitais e corporais, como mutilações, açoites, banimento, amordaçamento, trabalho forçado – incluindo para mulheres a prostituição – e morte pelo próprio aprisionamento (DAVIS, 2018; FOUCAULT, 2016).

Conforme nos lembra Angela Davis (2018), o encarceramento em uma penitenciária foi considerado algo humano ou mais humano do que as penas corporais. Sustentado pelo avanço do capitalismo e pelas violências de raça, classe e gênero, o sistema conforme conhecemos hoje carece de questionamentos sobre sua permanência - as quais Davis promove à luz do abolicionismo penal, destacando, desde logo, a dificuldade da sociedade em cogitar o fim do sistema.

Frente a isso, Davis (2018) explica que o primeiro passo para considerar uma sociedade sem prisões seria deixar de lado o desejo de encontrar um único sistema alternativo de punição que ocupasse o mesmo raio de ação do sistema prisional. Para tanto, a autora explica que se faz necessário deslocar a atenção da prisão enquanto uma instituição isolada, para o conjunto de relações que compõem o complexo industrial-prisional.

Muito embora as prisões no Brasil tenham sido elevadas a um patamar de encarceramento em massa, cuja maioria dos internos é negra (ou parda), com baixo nível de escolaridade e jovem (INFOPEN, 2020), para o

Estado Constitucional brasileiro, punir, com pena de prisão, inclusive, é democrático⁴, desde que os direitos dos internos sejam respeitados.

As reflexões em torno do abolicionismo penal, especialmente a partir dos estigmas de raça, classe e gênero, são importantes porque questionam uma estrutura quase naturalizada e, assim, influem no desenvolvimento da política criminal.

É primordial lembrar do sistema penal como algo criado em determinado momento histórico e não uma instituição permanente e inevitável da sociedade, o que permite refletir sobre a prisão enquanto resposta imediata ao crime sem que seja considerada sua efetiva contribuição para a reparação do tecido social. Ao apresentar a prisão como resposta única, são ignoradas as consequências dos delitos para a sociedade e, sobretudo, a vítima, as quais não cessam com a prisão do suposto infrator.

Considerando que o abolicionismo propõe novas práticas para a resolução de conflitos, entre elas, a descriminalização legal e judicial, a despenalização e a aplicação dos modelos conciliatórios, terapêuticos, indenizatórios e pedagógicos, se afasta do modelo punitivo e se relaciona de

⁴ O fato de a punição com pena de prisão não fugir à legalidade no Estado Constitucional brasileiro, desde que se mantenham garantidos os direitos daqueles submetidos ao monopólio jurisdicional do Estado, não impede, porém, que medidas alternativas à prisão sejam estudadas, elaboradas e implantadas para crimes em que não se verifique violência ou grave ameaça. Inclusive, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no Brasil, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.964/19, tem papel imprescindível para a redução de demandas no judiciário, bem como das prisões, uma vez que não se recorre à persecução penal como desfecho imediato a conflitos de ordem criminal não sendo caso de arquivamento, tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, desde que cumpridos os requisitos taxados na referida Lei.

perto com a essência da justiça restaurativa, que hoje se encontra em formação no Brasil (BITTENCOURT, 2017).

A prisão como resposta imediata do Estado tem se consolidado a partir do pensamento preventivo ou utilitarista. A Proteção Geral e Proteção Especial Positiva ou Negativa, indica, respectivamente, que a finalidade da punição pode consistir na inibição de ilicitudes por meio da intimidação, ter o condão de melhorar o infrator por meio de processo de “ressocialização” ou, ainda, no afastamento de uma pessoa considerada incorrigível, como se sua privação de liberdade representasse a segurança social (ZAFFARONI, 2011).

Esse formato repressivo que busca a manutenção do aprisionamento sem uma análise crítica o suficiente para reconhecer que prender não implica em redução da criminalidade violenta⁵ e que o Estado não pode ressocializar antes de ter condições de garantir direitos fundamentais aos detentos, pode ser explicado a partir do modelo de justiça retributiva.

Conforme aponta Hudson (2003) *apud* Oliveira (2018), a corrente retributivista defende a ideia de que o objetivo da punição judicial é atribuir culpa moral ao ofensor pelo delito que ele fez e que a conduta futura do infrator ou de outros membros da sociedade não é uma preocupação apropriada da punição.

Nessa perspectiva, entre as características da justiça retributiva pode ser apontada a prevalência do direito penal dogmático, com uso de procedimentos mais rígidos focados no acusado, especialmente em razão

⁵ Conforme o INFOPEN (2017), entre os anos de 2000 e 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150% em todo o Brasil. Ao mesmo tempo, o Atlas da Violência (2021) indica um aumento da taxa de homicídios entre 2009 e 2017.

de, nesse modelo, prevalecer a ideia de que a pessoa que comete um ato ilícito não o praticaria somente contra a(s) vítima(s), mas contra a sociedade e o Estado, devendo responder por tal ato com pena privativa de liberdade. Não há uma preocupação clara com a vítima ou a relação vítima-infrator (OLIVEIRA, 2018).

A busca por um infrator a punir nos permite tecer considerações sobre os conceitos de castigo e crime, bem como culpa e liberdade. Em primeiro lugar, o castigo não é uma consequência lógica simples do crime, mas um discurso vinculado historicamente a projetos políticos, desejo de lucro das corporações e às representações midiáticas do crime (DAVIS, 2018).

Ademais, a visão individualista partilhada por amplos segmentos da sociedade presume que as pessoas são livres para fazer escolhas, vislumbrando as consequências destas. Com frequência, ignora-se a natureza da ação incorreta enquanto padrão complexo de comportamento e, por fim, despreza-se também o contexto social, econômico e psicológico do indivíduo, de modo que a justiça para a ser conduzida sem referência à justiça social e sem questionar o *status quo* (TAUCHERT, 2016).

Nesse formato de justiça, a participação da vítima é mínima, existindo uma polarização entre esta e o acusado. No Processo Penal brasileiro, conforme aponta o Prof. Dr. Walter Nunes da Silva Júnior (2021), somente a partir da Constituição Federal de 1988 vítima e acusado passaram a ser vistos, de fato, como sujeitos de direitos, sendo a estes garantidos, especialmente, os direitos fundamentais que são inerentes à condição humana. Antes disso, no sistema inquisitivo, interessavam ao processo enquanto prova necessária para a punição.

Tal modelo de justiça, em que a punição do infrator é prioridade, em detrimento das condições da vítima e da comunidade, a justiça restaurativa surge enquanto movimento transformador.

Isso não se diz, por óbvio, com a intenção de que as práticas restaurativas sejam substitutivos ao sistema penal, mas um pontapé para a transformar o modo como a sociedade lida com conflitos. Visando o cuidado com a vítima e o tratamento do acusado enquanto sujeito de direitos, surge a importância de buscar, para além do desenvolvimento de política criminal lastreada na cultura de paz, o tratamento de questões fundamentais do problema criminal com olhar plural e diferenciado que não pode ser viabilizado apenas por meio do processo (SILVA JÚNIOR, 2021).

2. Justiça restaurativa: a construção de um conceito e sua implementação no campo da justiça criminal

A justiça restaurativa surge enquanto modelo democrático alternativo à justiça retributiva, cujo paradigma é o foco no acusado, sua responsabilização e punição. Conforme pontua Howard Zehr (2008), é necessário mudar a lente retributiva pela qual fomos condicionados a enxergar o crime e a justiça para observá-lo por uma nova lente, a restaurativa, construindo, assim, um novo paradigma.

A definição apontada pela Organização das Nações Unidas (ONU), na Resolução nº 26, de 1999, tem a justiça restaurativa como um processo por meio do qual todas as partes envolvidas em situação que causou ofensa reúnem-se para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações para o futuro de todos.

Apesar da importância de tomar como ponto de partida um conceito sobre a justiça restaurativa, é primordial destacar que o conceito apresentado pela ONU não é um consenso na literatura. Em verdade, seria possível indicar que a justiça restaurativa é, em essência, um conceito em construção dadas as singularidades que lhe cercam, sendo possível que represente perspectivas distintas a depender do tipo de conflito (ou da ausência de conflito) e da comunidade em que está sendo aplicada, considerando que sua origem se vincula a um processo de autonomia das próprias comunidades para lidar com conflitos.

Sobre este tema, Rayanny Nascimento (2021) discorre que, na visão de alguns autores, a justiça restaurativa desponta como movimento social globalizado, forma de gestão de conflitos ou novo paradigma. Para Marshall (1999), por exemplo, trata-se de processo por meio do qual todas as partes envolvidas a uma ofensa discutem e resolvem coletivamente as suas consequências práticas e implicações para o futuro. Já no entendimento de Mylène Jaccoud (2005), a justiça restaurativa seria uma aproximação que privilegia toda ação individual ou coletiva, visando corrigir questões vivenciadas em razão de uma infração, a resolução de situação conflitiva ou mesmo a reconciliação das partes ligadas a um conflito.

De toda sorte, para além das discussões em torno do conceito, o ponto central a ser compreendido sobre a justiça restaurativa é seu objetivo de transformação da visão de como a sociedade lida com o crime, atitudes conflitivas no convívio coletivo (JOHNSTONE e NESS, 2005 *apud* NASCIMENTO, 2021), ou mesmo para prevenção de conflitos e processos de aprendizagem sobre a cultura de paz.

Tal perspectiva se faz importante, inclusive, para traçar alternativas aos modelos de políticas de Estado sobre segurança pública. É primordial fomentar a ideia de que cabe ao Estado a criação de projetos que não perpetuem mensagens bélicas, mas de paz, com objetivo transformador, da prevenção do delito à execução da pena.

Nesse prisma, Zehr (2012) defende que a justiça restaurativa possui três pilares importantes: danos e necessidades, obrigações e engajamento.

O primeiro pilar sobre os danos e as necessidades está diretamente ligado à concepção de crime para a justiça restaurativa. Uma vez que este é visto como um dano causado às pessoas e à comunidade, à justiça restaurativa cabe o foco no dano e, por consequência, na vítima e na comunidade, que são as prioridades do processo restaurativo. Tem-se, com isso, o objetivo de reparação do dano de forma concreta ou simbólica, bem como preocupação do dano vivenciado pelo ofensor e a comunidade, de modo a investigar as causas originárias do crime (ZEHR, 2012 *apud* NASCIMENTO, 2021).

O sistema criminal tradicional, seguindo o modelo de justiça retributiva, não foi estruturado nessa perspectiva. Em verdade, no modelo brasileiro, somente com a Constituição Federal de 1988 e o sistema acusatório é que a vítima passa a ter fundamental papel no processo, para além de ser vista como mera prova que fundamenta a persecução penal e a consequente punição.

O segundo pilar, por sua vez, é formado pelas obrigações geradas pelos males ou danos causados. Nesse ponto, é destacada a relevância da responsabilização dos ofensores, partindo da noção que o crime é primordialmente um dano e, portanto, o ofensor deve ser provocado a

compreender as causas, consequências e possíveis reparações. A justiça restaurativa, nesse prisma, confronta a perspectiva retributivista que preocupa-se apenas com a punição do ofensor. É priorizada a participação de todos os envolvidos (vítima, ofensor e comunidade) por meio do diálogo com abordagem inclusiva para a administração dos conflitos (NASCIMENTO, 2021).

Quanto aos princípios da justiça restaurativa, na perspectiva de Zehr (2012), consistem em: foco nos danos e consequentes necessidades (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor); tratamento das obrigações resultantes desses danos (obrigações do ofensor, mas também da comunidade e da sociedade); utilização de processos inclusivos e cooperativos; envolvimento de todos os que têm um interesse na situação (vítimas, ofensores, a comunidade) e correção dos males.

A aplicação desses princípios na justiça criminal confronta o sistema criminal tradicional que, na visão de Rayanny Nascimento (2021), perde o objetivo na reparação do dano quando o Estado é considerado a vítima do processo. Com isso, a real vítima é limitada a um papel coadjuvante, sendo destacada a punição do ofensor. A justiça restaurativa, de modo oposto, busca a experiência reparadora para a vítima, o ofensor e a comunidade.

Diante das alternativas que a justiça restaurativa apresenta quando comparada ao modelo retributivo, surge um processo de normatização no campo da justiça criminal. A base para esse movimento deu-se com a Resolução nº 12, de 2002, da Organização das Nações Unidas (ONU), que trouxe em sua redação os Princípios Básicos para utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Ao longo deste documento,

foi estabelecida a base principiológica da justiça restaurativa direcionada ao sistema criminal, orientando programas que a utilizam com o objetivo de conduzir a sociedade a alternativas frente aos crimes.

Dentre estes, consta o Uso de termos característicos dos modelos restaurativos que nos conduzem a um melhor entendimento sobre a justiça restaurativa, sendo estes: 1. Programa de justiça restaurativa; 2. Processo restaurativo; 3. Resultado restaurativo; 4. Partes; 5. Facilitador.

Todos os programas que contenham processos restaurativos podem ser considerados programas de justiça restaurativa. Para tanto, a Resolução destaca que é processo restaurativo qualquer processo em que a vítima e o infrator e, sendo necessário, membros da comunidade afetados por um crime, participem de forma ativa com a finalidade de resolver⁶ questões decorrentes do crime.

Ademais, a Resolução indica que nos processos restaurativos podem ser adotadas técnicas da mediação e conciliação. Nesse tópico, é importante destacar que a justiça restaurativa não se confunde com a mediação, conforme Zehr (2012). Para ele, além de a mediação possuir base teórica própria sólida, a justiça restaurativa não se limita a um encontro, o que ocorre na mediação. Além disso, na mediação é comum que as responsabilidades sejam partilhadas entre os envolvidos, chegando-se, portanto, a um denominador comum, o que também não faz parte da justiça restaurativa.

⁶ Especificamente sobre a expressão “*in the resolution of matters arising from the crime*”, adotada pelo texto em epígrafe, que pode ser traduzida para “na resolução de questões decorrentes do crime”, é importante destacar que essa resolução não necessariamente implica em perdão da vítima para com o acusado.

Por conseguinte, o Resultado restaurativo é tido como o acordo alcançado como resultado de um processo restaurativo e podem incluir respostas e programas como reparação, restituição e serviço comunitário, de modo a atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes e conseguir a reintegração da vítima e do infrator. O acordo oriundo do processo restaurativo carece estar vinculado intimamente ao princípio da voluntariedade, sendo assegurada às partes a possibilidade de desistência a qualquer momento e para que o acordo seja estabelecido considerando obrigações razoáveis, sob pena de não se concretizarem os objetivos da justiça restaurativa.

Já o termo Partes refere-se à vítima, ao infrator e a quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que possam estar envolvidos em um processo restaurador.

O termo Facilitador, por conseguinte, corresponde à pessoa cujo papel é facilitar, de forma justa e imparcial, a participação das partes em um processo restaurativo. Nesse contexto, a formação do facilitador por meio de curso composto por carga horária teórica e prática é fundamental para o exercício da justiça restaurativa, sendo papel destes garantir um ambiente de segurança e proteção às partes.

Sobre o uso de programas de justiça restaurativa, a Resolução aponta que devem ser utilizados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, conforme a legislação nacional vigente. Ademais, aponta que os processos restaurativos somente devem ser adotados havendo prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor, o qual pode ser revogado a qualquer momento. Ainda, a vítima e o ofensor devem concordar sobre os fatos

essenciais do caso, sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo, de modo que a participação do ofensor não deve ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.

Já sobre a operação dos programas restaurativos, a referida Resolução aponta que cabe aos Estados membros estudar o estabelecimento de diretrizes e padrões, na legislação, quando necessário, que regulem a adoção de programas de justiça restaurativa, observando os princípios básicos estabelecidos e incluindo outros, conforme a necessidade de cada realidade.

Ademais, preconiza que as garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos. Pontua, também, que os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento judicial, precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos.

Quanto ao Desenvolvimento Contínuo de Programas de Justiça Restaurativa, o documento prevê que os Estados Membros devem buscar a formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao uso da justiça restaurativa pelas autoridades de segurança e das autoridades judiciais e sociais, bem assim em nível das comunidades locais.

Inclui, ainda, a necessidade de realizar consulta regular entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores dos programas

de justiça restaurativa para se desenvolver um entendimento comum e para ampliar a efetividade dos procedimentos e resultados restaurativos.

De igual modo, o texto explica a necessidade de os Estados Membros, em adequada cooperação com a sociedade civil, promovam a pesquisa e o monitoramento dos programas restaurativos para avaliar o alcance que eles têm em termos de resultados restaurativos, de como eles servem como um complemento ou uma alternativa ao processo criminal convencional, e se proporcionam resultados positivos para todas as partes, sendo possível modificá-los periodicamente.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 125, de 2010, cuja redação institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses e prevê que os órgãos judiciais, além de oferecer a solução por meio de sentença, devem possibilitar formas consensuais de resolução de conflitos.

Ademais, a Resolução nº 225, de 2016, também do CNJ, institui a Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, tendo por objetivo a consolidação da identidade e da qualidade da justiça restaurativa definidas na normativa, a fim de que não seja desvirtuada ou banalizada.

Apesar de não possuir aplicação obrigatória pelos juízes e Tribunais – e dos debates possíveis em torno das práticas restaurativas sob a tutela do Poder Judiciário, como será tratado à frente – é evidente sua relevância para difusão e conhecimento da prática restaurativa.

A redação da referida resolução define a justiça restaurativa um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais,

institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados.

Quanto às competências, fica o CNJ responsável por organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à Justiça Restaurativa. Já os Tribunais de Justiça implementarão programas de Justiça Restaurativa, que serão coordenados por órgão competente, estruturado e organizado para tal fim, com representação de magistrados e equipe técnico-científica.

Conforme a Resolução, para o atendimento restaurativo judicial, podem ser encaminhados procedimentos e processos judiciais, em qualquer fase de sua tramitação, pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social. A autoridade, por sua vez, pode sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento ao procedimento restaurativo.

3. A justiça restaurativa no Novo Código de Processo Penal: análise das proposições legislativas

A justiça restaurativa ocupa, conforme observado até aqui, uma posição importante no cenário democrático à medida em que propõe transformação na forma como a sociedade lida com o crime, com a vítima, com o acusado e com atitudes conflitivas no convívio coletivo, o que vai além do crime, implicando, inclusive, em medidas preventivas.

Alternativas como esta são cruciais para reverter a lógica retributiva que ainda se faz presente no Brasil. Ao longo dos índices sobre criminalidade violenta e aprisionamento, é possível perceber que seguimos

uma tendência de coerção e encarceramento em massa sem, de fato, elaborar propostas lastreadas em pesquisas profundas e críticas o suficientes para reconhecer o papel do Estado e da sociedade na mudança desse paradigma.

Nesse tópico, vale destacar que a visão policialista do processo penal que contribui, também, para que a segurança pública seja tida publicamente sob uma perspectiva beligerante, parte do próprio Código de Processo Penal vigente, datado de 1941, editado no Estado Novo, indissociavelmente ligado ao ideário fascista e que passou por alterações pontuais com as mudanças nas Constituições, na tentativa de adaptá-lo.

Com a Constituição Federal de 1988, uma série de garantias inerentes ao processo e aos direitos do acusado substituem o sistema inquisitório pelo acusatório e dá-se início, novamente, às tentativas de adaptação do CPP (SILVA JÚNIOR, 2021).

A partir da Reforma Tópica de 2008, que não foi concluída, uma Comissão de Juristas, presidida pelo ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido, enviou ao Parlamento a proposta de um Novo Código de Processo Penal, o PL nº 156, de 2009⁷.

O referido projeto tinha como intuito reformar o processo penal brasileiro, instituindo um novo Código, tornando a legislação compatível com o Estado Democrático e Social de Direito e com as mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988.

O referido texto foi aprovado em Plenário em 2010, com remessa de comunicação à Câmara dos Deputados, quando passou a tramitar sob o

⁷ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 156, de 2009. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 19 set. 2021.

PL nº 8045, de 2010⁸. Na Câmara dos Deputados, o texto substitutivo somente foi apresentado em 2021, pelo deputado João Campos, relator do projeto de lei.

Partindo para uma análise sobre a justiça restaurativa, temática do presente capítulo, frise-se que o Código vigente não contém menção expressa, de modo que sua prática junto ao direito criminal é direcionada, especialmente, pela Resolução nº 225, de 2016, do CNJ por meio dos Tribunais.

Inclusive, a redação do PL nº 156, de 2009 também não menciona a justiça restaurativa, de modo que sua inclusão ao PL nº 8.045, de 2010, deu-se a partir do PL nº 7.006, de 2006. A intenção deste último, por conseguinte, consistiu em propor alterações ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Diante disso, necessário se faz analisar criticamente as proposições legislativas em torno da matéria para que, em seguida, seja possível sugerir alterações procedimentais e processuais.

⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8045, de 2010. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>. Acesso em: 20 set. 2021.

3.1. Análise comparativa do PL 7.006/2006 e do substitutivo do art. 8.045/2010

Para melhor elucidação dos projetos, o quadro abaixo considerou as seguintes categorias de análise: abrangência do projeto; encaminhamento de casos ao núcleo de justiça restaurativa; princípios; previsão de acordo; homologação do acordo; extinção da punibilidade; causa interruptiva da prescrição; autoridade policial; propositura da ação penal; suspensão do curso da ação penal; menção à personalidade do agente e circunstâncias do crime e valoração do acordo.

Quadro 1 – Comparativo entre os projetos

Tópicos em análise	PL 7.006/2006	Substitutivo ao PL nº 8.045/2010, do Relator João Campos
Abrangência do projeto	Uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais (Art. 1º)	Política pública destinada a reintegração social, com a participação da vítima, do autor do fato e da comunidade, e tem por objetivos a redução dos índices de reincidência, a reintegração social do autor do fato e a promoção da indenização dos danos sofridos pela vítima (art. 114).

<p>Encaminham ento de casos ao núcleo de justiça restaurativa</p>	<p>Possibilidade de o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo (art. 14).</p>	<p>Nos procedimentos e processos judiciais poderá haver instauração da prática restaurativa, pelo juiz, de ofício ou a pedido das partes, do Ministério Público, da defensoria Pública e do delegado de polícia (art. 119).</p>
<p>Princípios</p>	<p>Voluntariedade, dignidade humana, imparcialidade, razoabilidade, proporcionalidade, cooperação, informalidade, confidencialidade, interdisciplinariedade, responsabilidade, mútuo respeito e boa-fé (art. 9).</p>	<p>Corresponsabilidade, reparação dos danos, atendimento das necessidades, diálogo, igualdade, a informalidade, extrajudicialidade, voluntariedade, a participação, sigilo e confidencialidade (art. 115).</p>
<p>Previsão de acordo</p>	<p>Estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção (art. 3º).</p>	<p>O acordo decorrente da prática restaurativa deve ser construído a partir da livre atuação e expressão da vontade dos participantes, respeitando a dignidade humana de todos os envolvidos (art. 115, § 5º).</p>
<p>Homologação do acordo pelo juiz</p>	<p>O acordo deve ser homologado pelo juiz (art. 12).</p>	<p>Deve ocorrer pós ouvido o Ministério Público, preenchidos os requisitos legais (art. 120).</p>

CAPÍTULO 2
A PROPOSTA DE NORMATIZAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PENAL NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Extinção da punibilidade	Extinção da punibilidade, pelo cumprimento do acordo restaurativo (art. 11).	Se cumprido o acordo restaurativo antes do recebimento da denúncia, nos casos de ação penal de iniciativa pública condicionada a representação, será declarada extinta a punibilidade (art. 121).
Causa interruptiva da prescrição	Causa interruptiva da prescrição com a homologação do acordo restaurativo, até o seu efetivo cumprimento (art. 12).	Não há correspondente.
Autoridade policial	Permissão para que a autoridade policial sugira no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo (art. 13).	Pode haver instauração da prática restaurativa a pedido do delegado de polícia (art. 119).
Propositura da ação penal	Possibilidade de que o Ministério Público deixe de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo (art. 14).	A prática restaurativa penal ocorre de forma paralela ao processo judicial (art. 118).
Suspensão do curso da ação penal	Possibilidade de suspender o curso da ação penal quando recomendável o uso de práticas restaurativas (art. 15).	A prática da justiça restaurativa não suspenderá a persecução penal (art. 118, § 1º, I).
Menção à personalidade e do agente e circunstâncias do crime	Possibilidade de que o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem,	Não há correspondente.

	voluntariamente, pelo procedimento restaurativo, quando a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas (art. 16).	
Valoração do acordo	Exigência de que o acordo sirva como base para a decisão final (art. 16)	O juiz valorará o acordo homologado, conferindo-lhe eventual abrandamento da pena (art. 122).

Fonte: elaboração própria, 2022.

Sobre a abrangência dos projetos, a proposta do PL 7.006/2006 tratou do uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Já o substitutivo ao PL 8.045/2010, institui a chamada Justiça Restaurativa Penal enquanto Política pública destinada a reintegração social, com a participação da vítima, do autor do fato e da comunidade.

Para este último, a proposta carrega o objetivo de reduzir a reincidência criminal. Embora esta seja uma necessidade urgente, a justiça restaurativa não é adequado que este seja um objetivo, mas uma consequência da prática. Da forma como consta no PL, tem-se, em verdade, um desvirtuamento da prática uma vez que retira a importância da vítima como centro da prática (NASCIMENTO, 2021), trazendo o Estado para essa posição, assim como a justiça retributiva.

No que versa sobre o encaminhamento de casos ao núcleo de justiça restaurativa, no PL nº 7.006/2006, foi apontada a possibilidade de que o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa quando a vítima e o suposto infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo.

Embora seja verificado o respeito ao princípio da voluntariedade, inerente à justiça restaurativa, o fato de as partes não poderem solicitar diretamente o encaminhamento dos casos ao núcleo de justiça restaurativa, o que contraria a autonomia das partes no sistema restaurativo e o objetivo de participação ativa. Ademais, a necessidade de anuência do juiz para envio do caso – assim como a homologação do acordo – segue os moldes da justiça criminal tradicional, com centralidade no Estado, representado pela figura do juiz (ACHUTTI e PALLAMOLLA, 2013).

Tais observações não foram reparadas no substitutivo. Em verdade, a redação se torna mais problemática – do ponto de vista da essência da justiça restaurativa – porque a instauração da prática restaurativa pode se dar de ofício, pelo juiz, conforme o redação do artigo 119 do projeto. Ou seja, fere-se, além da autonomia das partes, o próprio princípio da voluntariedade.

Quanto aos acordos, são previstos em ambos projetos, de modo semelhante, incluindo a necessidade de homologação pelo juiz. Esse tópico chama especial atenção em razão da perspectiva utilitarista que pode ser desencadeada sobre a justiça restaurativa, fazendo parecer que seu objetivo é a redução de demandas e o alívio da máquina estatal.

Ocorre que a realização de um acordo não é o objetivo da justiça restaurativa, embora possa ser obtido como consequência das práticas. Todavia, tal lógica não deve ser invertida, sob pena de, novamente, retirar a vítima do centro e colocar o próprio Estado.

Ademais, o próprio fato de a justiça restaurativa ser tutelada – e não amparada – pelo Poder Judiciário deve ser questionado, considerando que este, originalmente, é um movimento de autonomia das partes. Logo, a condição de homologação do acordo pelo juiz para que seja considerado válido merece ressalvas, vez é dada a este a faculdade de contrariar o que fora estabelecido no encontro restaurativo.

Se por um lado é interessante que o juiz possa não homologar todos os acordos, por outro, esta possibilidade deve se restringir a hipóteses previstas no texto legal de forma objetiva, para que não sejam permitidas decisões judiciais que passem a tratar o conflito como pertencente ao Estado, vez que pertence às partes (ACHUTTI e PALLAMOLLA, 2013).

Sobre a extinção da punibilidade, apesar de prevista em ambos projetos, foi tratada de modo distinto no substitutivo. Se no PL nº 7.006/2006 é acrescentado ao artigo 107, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso X, “pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo”, no substitutivo ao PL nº 8.045/2010, do Rel. João Campos, a extinção da punibilidade somente se aplica se cumprido o acordo restaurativo antes do recebimento da denúncia, nos casos de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação.

Quanto à interrupção da prescrição, no PL 7.006/2006, a redação previa a possibilidade da homologação do acordo até o efetivo

cumprimento. Já no substitutivo ao PL nº 8.045/2010, do Rel. João Campos, não há texto correspondente a essa previsão.

Inclusive, sobre a propositura da ação penal e a suspensão do curso, os projetos também apresentam perspectivas distintas. No PL nº 7.006/2006, existe a possibilidade de que o Ministério Público deixe de propor a ação penal enquanto estiver em curso o procedimento restaurativo. Já no substitutivo, a prática da justiça restaurativa ocorre de forma paralela ao processo judicial.

Em relação à suspensão do curso da ação, para a redação do primeiro, existia a possibilidade de suspender o curso da ação penal quando recomendável o uso de práticas restaurativas. No segundo, a redação é taxativa ao afirmar que a prática da justiça restaurativa não suspenderá a persecução penal.

Verifica-se, ainda, ponto problemático do PL nº 7.006/2006, que não se repete no substitutivo ao PL nº 8.045/2010. Ao condicionar o encaminhamento à prática restaurativa à personalidade do agente e circunstâncias do crime, dois conceitos abertos e subjetivos, vê-se a justiça restaurativa sendo posta ao lado de problemas estruturais típicos da justiça retributiva.

Quanto à valoração do acordo no processo penal, vê-se que a redação do PL nº 7.006/2006 apontava que esta deveria servir de base para a decisão final do magistrado, o que, isoladamente, poderia ser considerado positivo. Na redação do substitutivo, a redação indicou que servirá para abrandamento da pena, mas sem definir critério objetivos.

3.2. Os limites entre a autonomia social e função jurisdicional do Estado no tratamento de crimes à luz do texto substitutivo ao PL nº 8.045/2010, do Rel. João Campos

A justiça restaurativa e a justiça criminal tradicional carregam uma diferença marcante: enquanto a primeira busca a solução dos conflitos, ampliando o número de conflitos resolvidos e melhorando a coexistência social, a segunda busca apenas decidi-los, estendendo a margem de atos unilaterais de poder (ZAFFARONI, 2011).

O tratamento de crimes pela justiça criminal encontra barreiras nos limites entre a autonomia das partes, que é uma premissa da justiça restaurativa, e a tutela do Judiciário para tratamento a crimes diante das previsões legais.

Essa questão é marcante na redação do texto substitutivo que, diferentemente da redação do PL nº 7.006/2006, previu que a prática da justiça restaurativa deveria ocorrer de forma paralela à ação penal. Tal previsão pode ter efeitos positivos, considerando, conforme Pallamolla (2009), que a justiça restaurativa não deve substituir o processo penal e a pena, mas atuar de forma complementar, possibilitando outra resposta penal que não a punitiva.

Outro ponto importante quanto aos dilemas da justiça restaurativa junto ao processo penal é a possibilidade de extinção da punibilidade com o cumprimento do acordo, previsto tanto no PL nº 7.006/2006 quanto no substitutivo, de forma acertada.

A análise sobre tal previsão deve ocorrer na perspectiva de garantia. Isso se diz, notadamente, porque ao mesmo tempo em que não deve ser

buscada a proibição do *bis in idem*, sendo o acordo dado como coisa julgada, este não deve ser usado como pressão para obter uma confissão do suposto ofensor, pois assumir compromissos no âmbito da justiça restaurativa não equivale a assumir culpa no âmbito jurídico.

Apesar das posições consideradas acertadas, especialmente no substitutivo ao PL nº 8.045/2010, do Rel. João Campos, que deve ser encaminhado à Câmara dos Deputados para, há um desvirtuamento da essência da justiça restaurativa com adaptações com fim na diminuição das demandas da máquina estatal. Inclusive, no texto do substitutivo, consta expressamente a “diminuição da reincidência criminal” como objetivo. Conforme apontado anteriormente, essa pode ser uma consequência das práticas restaurativas, mas sua posição como objetivo desvirtua o modelo restaurativo.

Outras adaptações problemáticas são a previsão de necessidade de homologação do acordo pelo juiz e a possibilidade de processo restaurativo ser instaurado pelo próprio juiz, conforme o substitutivo. Tais condições retiram o foco do dano e, por conseguinte, da vítima quanto ao atendimento das suas necessidades, que são as prioridades do processo restaurativo.

Considerações finais

O propósito central da justiça restaurativa é transformar o modo como a sociedade lida com conflitos, resultando em oposição à visão da justiça tradicional que segue o modelo retributivista.

No campo do direito criminal, considerando que a justiça restaurativa se afasta do modelo punitivista e se relaciona com a aplicação de modelos alternativos para resolução de conflitos, foi possível tecer

comentários à luz das proposições do abolicionismo penal, sobretudo porque essa corrente propõe confrontar a postura de encarceramento em massa do Estado e a prisão como instituição naturalizada e inquestionável.

Quanto à essência da justiça restaurativa, é nítido que seu surgimento está vinculado, especialmente, à autonomia das partes, protagonismo da vítima e voluntariedade. Ademais, sua abrangência está além da tentativa de adaptação para o sistema criminal, sendo aplicada em contextos conflitivos diversos e até mesmo não conflitivos, como estratégia vinculada à comunicação não violenta e prevenção de conflitos.

Nesse passo, embora a justiça restaurativa seja um modelo de transformação social de impacto, sua implementação consoante o modelo apresentado no substitutivo ao PL nº 8.045/2010, do Rel. João Campos, pode trazer à tona os mesmos dilemas da justiça tradicional, com uma nova roupagem, caso não passe por alterações – no sentido das críticas aqui traçadas – na Câmara dos Deputados.

As críticas à “Justiça Restaurativa Penal”, portanto, partem da própria posição de controle exercido pelo Poder Judiciário. Logo, a política poderia ser redigida de modo que ao Poder Judiciário fosse delegada a posição de suporte – em termos de estrutura, capacitação aos profissionais e difusão das práticas restaurativas.

Ademais, a instauração do processo restaurativo de ofício não deveria ser possível, uma vez que fere o princípio da voluntariedade, e deveria ser permitido que as partes, sem a necessidade de passar pelo crivo do magistrado, pudessem procurar o núcleo de práticas restaurativas para instauração do procedimento, em respeito à autonomia.

O protagonismo do acordo também merece ressalvas. Embora esta seja uma possibilidade, sua posição na política é de finalidade do processo restaurativo, o que fere a essência da justiça restaurativa.

Ainda, sendo a Justiça Restaurativa Penal uma política norteadora contida no próprio Código de Processo Penal, é primordial a revisão dos objetivos dispostos, especialmente quanto à diminuição da reincidência criminal. Novamente, essa pode ser uma das consequências das práticas restaurativas, mas deveria ser o fim, sob pena de desvirtuamento.

Referências

ACHUTTI, Daniel. PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça Restaurativa no Brasil: análise crítica do Projeto de Lei nº 7.006/2006*. Anais da Mostra Científica do CESUCA, 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/eblando,+Gerente+da+revista,+lei7006.pdf>> Acesso em 23 de fevereiro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 225/2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso: 15 ago. 2021.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITTENCOURT, Ila Barbosa. *Justiça restaurativa*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>> Acesso em 12 de março de 2022.

BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, Infopen Mulheres, DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, painel interativo, dados de junho – dezembro de 2019. DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2020.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 144 p. Feminismos Plurais - Coordenação de Djamila Ribeiro. ISBN: 978-85-98349-73-2. (Kindle)

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Tradução de Marina Vargas. – 1ª ed. – (Kindle) Rio de Janeiro: Difel, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. *The meaning of restorative justice*. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (Orgs.). *andbook of restorative justice*. Cullompton e Portland: Willan Publishing, 2007.

MARSHALL, Tony F., *Restorative Justice: An Overview*. Londres: Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 1999.

NAÇÕES UNIDAS. ECOSOC. *Resolution 2002/12: Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. p. 3. Disponível em: <<https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>> Acesso em 01 de março de 2022.

NASCIMENTO, Rayanny Sillvana Silva do. *A aplicabilidade da Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Natal, RN, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/45814>> Acesso em: 02 de fevereiro de 2021.

OLIVEIRA, Samyle. SANTANA, Selma. CARDOSO NETO, Vilobaldo. *Da justiça retributiva à justiça restaurativa: caminhos e descaminhos*. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28, p. 155-181.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução n. 2002/12*. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal, 2012. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/46c455820.html>. Acesso em: 23 fev. 2022. p. 40.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *A justiça restaurativa da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa: Críticas e Contra críticas*. Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, vol. 8, n. 47, dez. 2007/jan. 2008, pp. 158- 189. Disponível em: <https://sica.adv.br/download/Justica-restaurativa_criticas-e-contracriticas.pdf> Acesso em 24 de fev. de 2022.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do direito penal*. 3. ed. Natal: OWL, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Justiça restaurativa na jurisdição criminal federal no Estado do Rio Grande do Norte. In: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da (org.). *Jurisdição Criminal: sugestões e análise dos dados do GMF/5R*. Natal: OWL, 2021. Cap. 1. p. 21-49.

TAUCHERT, Maicon Rodrigo. *Justiça retributiva e justiça restaurativa: paradoxos necessários para o direito penal brasileiro*. Revista São Luís Orione Online, Araguaína - TO, v. 10, nº10, 2016. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/data/files/18/87/A0/E4/65A9C71030F448C7860849A8/Justica%20Retributiva%20e%20Justica%20Restaurativa.pdf>> Acesso em 23 de fevereiro de 2022.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. vol. 1. - 9. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa: teoria e prática*. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

CAPÍTULO 3

Inquérito policial e sua utilidade para a persecução criminal após o pacote anticrime e suas perspectivas com o projeto do Novo Código de Processo Penal

Rodrigo Cavalcanti¹

O presente capítulo pretende analisar a utilidade e importância do inquérito policial a partir da premissa da mudança no paradigma do devido processo penal para o sistema penal constitucional acusatório.

Vivemos numa realidade de crescente aumento da violência e da criminalidade exposta através de vários meios de comunicação sociais que enchem e completam a circulação de informações diárias na sociedade, traduzindo uma sistemática busca pela pacificação social através de seu braço mais forte, o direito penal.

Partindo dessa premissa, tem-se uma demanda cada vez mais crescente por parte da população por mais mecanismos de punição e de persecução penal, desde mais efetividade por parte da polícia, assim como do próprio judiciário com investigações mais qualificadas e rápidas, assim como por mais punições e prisões, num movimento que precisa ser

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor do curso de Direito da Universidade Potiguar (UNP) e da UNIFACEX. Advogado (OAB/RN). Colaborador dos projetos de pesquisa “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte” e “Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, ambos vinculados à Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

coordenado com o embasamento dos ditames e preceitos constitucionais presentes no sistema processual penal acusatório.

Historicamente o inquérito policial fora tratado no ordenamento jurídico pátrio como um procedimento exclusivo e unilateral do Estado na persecução penal, de modo a ter sua existência embasada na cultura inquisitorial do processo investigativo, ou seja, sem a percepção da existência e do acompanhamento participativo da defesa e com uma atuação muitas vezes conjunta entre a autoridade policial, o representante do Ministério Público como legítimo autor da ação penal e o próprio Magistrado enquanto Juiz competente não só à instrução e julgamento do processo penal, mas com competência para decidir sobre a produção de indícios de provas durante o inquérito policial, tais como quebras de sigilo bancário, telefônico, interceptações telefônicas, buscas e apreensões, prisões processuais cautelares, enfim, com uma participação direta na construção da própria acusação que depois iria ser o responsável por julgar.

Como medida paliativa o ordenamento jurídico pátrio atribuía ao inquérito policial uma menor utilidade ou menor importância com relação à valoração dos indícios de prova ali produzidos, afirmando ser proibido ao magistrado a prolação de sentença condenatória embasada unicamente nos indícios produzidos no inquérito policial, mas esquecendo-se que toda a cadeia de produção desses indícios estavam, de certa maneira, contaminadas pelo procedimento inquisitivo do inquérito e o protagonismo do magistrado nas decisões que culminavam na denúncia do acusado.

Assim, é imprescindível discutir se após a afirmação de que o processo penal deve ser constitucional e dessa forma, acusatório, o inquérito policial após o pacote anticrime passou a ter novos preceitos que traduzem

uma maior participação da defesa na produção dos elementos probatórios contidos nas diligências da investigação criminal, bem como o novo papel do magistrado enquanto mediador e intérprete da norma penal constitucional e responsável pela prolação da decisão por meio de uma sentença penal em um processo em que ele não participe diretamente como órgão auxiliar ou até dirigente da persecução penal, como que fosse um aparato da segurança pública.

Para tal finalidade o primeiro capítulo trará uma análise do que vem a ser esse sistema penal constitucional acusatório e em que consiste sua legitimação na persecução penal pelo Estado, fazendo sua necessária diferenciação ao sistema inquisitorial e ao chamado sistema misto, realizando o debate sobre as funções institucionais dos órgãos e partes do poder judiciário no processo penal, tais quais a função de investigar, de denunciar, provar e de defender, além de quem tem a função de julgar.

Após, no segundo capítulo será analisado a importância do entendimento e concretização dos direitos fundamentais e das garantias processuais constitucionais a partir da premissa de que o inquérito policial passa então a fazer parte integrante do processo penal e que este, como um todo, passou a ser acusatório, tendo evidentemente suas peculiaridades nas fases de investigação e da instrução e julgamento, mas que possuem a necessidade de observância do chamado devido processo legal.

Por fim, no terceiro capítulo será discutido a utilidade atual do inquérito policial com as modificações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, denominado pacote anticrime, fazendo uma análise desde seu conceito e procedimento, passando pelas suas especificidades a partir da criação de institutos processuais como o juiz das garantias, a cadeia de custódia e a

participação mais efetiva da defesa na realização de diligências e requerimentos, até, por fim, seu novo procedimento para arquivamento.

No contexto dessa comparação, o presente trabalho, além de realizar análise teórica e bibliográfica, a partir da doutrina e de decisões judiciais, busca ainda trazer ao leitor uma provocação ao debate crítico dos papéis dos atores do processo penal, separando suas funções de modo a mostrar a necessidade de que o devido processo penal seja respeitado a partir da investigação policial, observando e concretizando direitos fundamentais a partir do paradigma do sistema processual penal constitucional acusatório que inadmite a sobreposição das funções constitucionalmente atribuídas e que possui no pacote anticrime, em que pese essa nomenclatura que traduz uma caça aos criminosos, na verdade, uma forma constitucional de promover a persecução criminal.

1. O sistema penal acusatório e a legitimação da persecução criminal

A existência de um Processo Penal acusatório² como meio para a consecução pelo Estado de aplicação de uma pena não é algo antigo, muito menos, contendo em seu bojo central a necessidade de respeito e observância a garantias e direitos fundamentais para os acusados que lhes

² Acusatório: Contraditório, público, imparcial, assegura ampla defesa; há distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos. O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º LXXIV), da garantia ao juiz natural (art. 5º, XXXVII e LII), do tratamento paritário entre as partes (art. 5º, caput, e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII) da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII). É o sistema vigente entre nós. Inquisitivo: é sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como um mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão (CAPEZ, 2019, p. 85).

possibilitem defender-se das acusações, de modo a garantir a paridade de armas e conduzir o processo à sua democratização.

De início, quando da formação dos Estados, o Direito Penal era apenas uma forma de aplicação estatal de castigos oriundos do seu direito de vingança e, acima de tudo, um pressuposto do poder do chefe do Executivo de impor-se contra quem lhe desafiasse as regras:

Na época do Estado Absoluto, a persecução penal – mero ritual – era deduzida sem conhecimento de regras ou limites, circunstâncias que conferia azo à prática de toda sorte de arbitrariedades, como julgamentos secretos, negativa do direito de defesa, aplicação da tortura e de penas cruéis e infames. Esse absolutismo estatal, na seara punitivista, se escorava nas correntes de pensamento forjadas sob a batuta do pensamento natural ou primitivo, e das concepções religiosa e política. Para todos os efeitos, o surgimento da ciência criminal somente se deu a partir da segunda metade do século XVIII, sob a orientação do pensamento filosófico-liberal plasmado na obra *Dos Delitos e Das Penas* de autoria de Cesare Beccaria (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 409).

Nesse aspecto estava incluso não só o julgamento pelo Estado do ato, mas também todo procedimento inerente à investigação, à forma de comunicar ao Estado julgador a ocorrência de um ilícito e por fim o próprio procedimento de julgar, alinhando-se historicamente em um Estado arbitrário justamente por ser inquisidor e não conter em sua atuação quaisquer tipos de limitações.

Desse modo tem-se no chamado inquérito uma óbvia origem da terminologia inquisição, na qual o Estado buscava aplicar seu direito de punir partindo justamente do pressuposto da culpa, atribuindo ao acusado a incumbência de provar sua inocência, os suplícios como meio de obtenção primária da confissão como prova cabal e irrefutável da culpa e por fim, as sentenças e penas, muitas vezes corporais e cruéis, aplicadas aos condenados.

O ritual inquisitivo perpetrou-se na cultura ocidental, seja através do Estado Absoluto ou da própria Santa Inquisição gerida pela Igreja Católica, passando por influenciar de modo direto todo o Direito, em especial, aquele cuja consequência fosse a punição, passando ao Estado a incumbência de investigar os fatos ditos criminosos e, dentro desse dever de punir, todos os mecanismos possíveis para se chegar nessa punição, sendo um procedimento inquisitivo mais “eficiente” diante de sua rapidez e procedimentos sem quaisquer limites para que o Estado obtivesse a confissão para uma pena justa e devida.

A conquista de limitações ao poder de punir do Estado é antecedida de muitas batalhas e de produção científica como com Cesare Beccaria, na obra traduzida por Oliveira, “Dos delitos e das penas”, em que se vislumbra a realidade fática da época absolutista, sendo uma obra precursora e inaugural no anseio por um Processo Penal que não configurasse apenas um rito de passagem entre o fato e a pena cruel a ser aplicada pelo Estado de forma discricionária:

Ninguém se levantou, senão frouxamente, contra a barbárie das penas em uso nos nossos tribunais. Ninguém se ocupou em reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quanto descuidada em toda a Europa. Raramente se procurou destruir, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados desde vários séculos, e muito poucas pessoas tentaram reprimir, pelas forças das verdades imutáveis, os tormentos atrozos que a barbárie inflige por crimes, exemplos bem frequentes dessa fria atrocidade que os homens poderosos encaram como um de seus direitos (OLIVEIRA, 2015, p. 20).

Beccaria transcendeu a sua doutrina ao buscar dentre as concepções de Processo Penal um procedimento que prestigiasse o ônus da prova ao Estado, a produção de provas não viciadas ou ilícitas, a oitiva de testemunhas e, enfim, a existência de uma proporcionalidade entre os bens

jurídicos atingidos pelo ato criminoso e a pena a ser aplicada, tomando por base o fato que as penas até então aplicadas era desproporcionais e não externavam um sentido na prevenção geral da pena.

Assim, vê-se claramente que os direitos basilares das garantias individuais do cidadão acusado de um crime são conquistas e não dádivas e, portanto, devem ser observadas e defendidas sob pena de retorno à barbárie, à vingança e à crueldade dos tempos absolutistas.

A persecução criminal é uma prestação de responsabilidade do Estado como um todo, que pressupõe o alinhamento da atuação dos poderes estatais de forma dividida, organizada, mas principalmente dentro dos ditames constitucionais estabelecidos, devendo observar-se as competências e obrigações de cada ente, seja do poder legislativo ao elaborar e aprovar leis, do executivo ao administrar a Polícia Judiciária e o Ministério Público e por fim o Poder Judiciário ao decidir sobre o caso concreto.

E ao fazer essa persecução o estado constitucional separa as funções também dos atores processuais, incumbindo-lhes competências previamente estabelecidas e cujas regras baseiam-se na premissa de um julgamento justo, imparcial, célere e revestido dos princípios da ampla defesa, presunção de inocência e devido processo legal:

O sistema acusatório, por sua vez, é aquele em que a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir pretensão punitiva e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinhem com a equidistância a ser tomada quanto aos interesses das partes, não lhe cabendo a gestão da prova, muito menos ainda auxiliar o Ministério Público na pretensão acusatória. Não pode complementar a obra ministerial, a pretexto de combater a criminalidade. Juiz, no modelo acusatório, não combate ou luta contra a criminalidade. Apenas julga os processos tendo em conta a pretensão acusatória exercida pelo Ministério Público, apoiada nas provas

CAPÍTULO 3
INQUÉRITO POLICIAL E SUA UTILIDADE PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL
APÓS O PACOTE ANTICRIME E SUAS PERSPECTIVAS COM O
PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

por ele produzidas, e os argumentos e provas apresentados pela defesa (SILVA JUNIOR, 2021, p. 410).

O enfrentamento à criminalidade hodierna toma uma conotação ainda mais pujante diante de sua complexidade e novos formatos de execução, necessitando de um avanço em estratégias, tecnologia e investimentos cada vez maiores e muitas vezes inexistentes dentro da escassez de recursos inerentes ao próprio Estado, em especial na seara da investigação criminal.

Passa assim o inquérito policial a ter uma função cada vez mais central e de imensa responsabilidade para a persecução criminal, uma vez que com o sistema penal acusatório a licitude de obtenção de provas e dos atos emanados desde a investigação criminal e atuação dos atores processuais passam a ter uma importância substancial para toda a validade e transcurso do devido processo legal.

Nesse contexto que não se admite mais um procedimento, mesmo que anterior ao processo judicial propriamente dito, que seja inquisitivo e que não observe, ao menos de forma conjunta e de atuação, direitos fundamentais e garantias processuais mínimas que não deixem ao acusado os malefícios dos antigos sistemas inquisitivos.

Exatamente nesse interim ingressa a importância da observância do devido processo legal, que deve tornar a persecução criminal, desde a investigação criminal, totalmente vinculada a todo o ordenamento jurídico pátrio, especialmente à Constituição Federal, seguindo pelas demais leis que devem conter em seu bojo normativo limitações significativas ao dever-poder de punir do Estado.

Então, enquanto sistema, o processo penal não mais se limita ou se

divide em fases distintas de investigação e processamento judicial, mas em uma “simbiose” constitucional que depende da observância em seu contexto e procedimento, de elementos essenciais para concretização de direitos fundamentais e garantias processuais constitucionais que podem não necessariamente estarem em sua totalidade presentes em seus atos a cada fase da persecução criminal – como ocorre com a ampla defesa e contraditório na fase de inquérito – mas que não podem ser totalmente desconsideradas a ponto de prejudicá-las no decorrer do processo.

1.1 Direitos fundamentais, categorias e concretização

A saída do Estado absoluto se dá através não só da luta, mas do movimento filosófico, em uma contribuição científica de formação alicerçada e financiada por pensamento liberal, denotando o surgimento do Estado constitucional como limitador do poder do Estado, inclusive e principalmente o poder e a forma de punir, trazendo a discussão - ou pelo menos fazendo-a surgir - acerca da existência de direitos que seriam inerentes ao ser humano e que o Estado deveria observar e concretizar, claro, ainda não de forma plena ou social, pois ainda nesse início se tratavam de direitos individuais como a liberdade.

Os direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a Política. Não se pode ignorar que foram impostos politicamente no meio de ferozes lutas, de revoluções, de guerras civis e de outros acontecimentos “de ruptura”. A lista de pessoas que lutavam reivindicando direitos é muito extensa e a historiografia de qualquer país relata inúmeras mortes em nome da liberdade e da igualdade (DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 15).

O pensamento iluminista acabou influenciando as constituições liberais, especialmente dos Estados que advogam o bem-estar social como

parâmetro, porém mais preocupado com os direitos e garantias individuais e não com uma questão finalística da sociedade ou do fim social do Estado.

Na transição dos Estados liberais para Estados sociais, em grande parte devido à revolução industrial e à nova concepção da relação do Estado com sua população, passou-se a determinar metas pré-definidas ao Estado advindas das necessidades da coletividade.

Essa evolução se dá a partir da Revolução Industrial, mas tem seu ápice com os horrores das duas grandes guerras, acúmulo de riquezas nas mãos de poucos e uma crescente miséria da maioria da população, cujos anseios sociais não mais pairam nas necessidades de garantias individuais, mas num bem-estar social coletivo, entre eles a saúde, educação, o trabalho etc.

Dimoulis e Martins (2020) asseveram de maneira precisa a evolução das categorias ou espécies dos direitos fundamentais, fazendo a cabível diferenciação entre a ocorrida no constitucionalismo continental europeu e no norte americano, os quais, apesar do avanço na caracterização dos direitos fundamentais, ainda tinham diferenças com relação ao enfoque, mas que se permitiam ter semelhanças, especialmente no poder limitador estatal junto aos poderes Executivo e Legislativo, consubstanciando o que viria a ser chamado de “supremacia” ou “prevalência dos direitos fundamentais”.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, consubstanciada no segundo pós-guerra e advinda de cicatrizes marcantes em diversos ferimentos aos direitos fundamentais, possibilitou - ou até forçou - a adesão de muitos países aos esforços para implantação de um Estado Social, os quais se comprometeram a criar e instalar meios em prol de sua concretização.

Com esta nova concepção de finalidade do Estado, a separação de poderes passa a ter nova finalidade que não mais apenas o de limitar o Estado e evitar o absolutismo ou totalitarismo, mas também, e, além disso, atingir a consolidação e concretização de direitos e garantias fundamentais, saindo de uma conduta negativa e passiva do Estado para uma proativa e positiva.

Percebe-se então que os direitos fundamentais, no âmbito constitucional, não mais existem ou aparecem como mera demonstração de um sentimento, mas sim de efetiva normatividade, passando então a ser tratados como “direito público subjetivo de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 56).

Assim advém a premissa de um controle da constitucionalidade pelo Poder Judiciário como meio de interpretação e concretização desses direitos fundamentais, caso o Estado, através de seus outros poderes, não o fizesse.

A discussão então se volta para como o Estado pode e deve observar e garantir a concretização desses direitos fundamentais a partir da investigação criminal, especialmente no inquérito policial, objeto desse estudo, uma vez que esse procedimento, historicamente inquisitorial, passa a ser contido no sistema processual penal constitucional como se viu acima.

Por óbvio que direitos como a ampla defesa, o contraditório, a produção de provas bilaterais, a participação efetiva da defesa em todas as diligências ou mesmo a presunção de inocência passam a ter uma notória flexibilidade no momento da investigação criminal.

Desta forma, vê-se que a percepção dos direitos fundamentais perpassa por uma relação entre o indivíduo e o Estado, ora limitando-o, ora autorizando-o, ora determinando que o mesmo atue, neste movimento para concretização daqueles direitos:

Normativamente falando, há de se pensar que os limites à atuação do indivíduo são, predominantemente, negativos, enquanto os limites impostos à atuação do Estado são tanto negativos como positivos (por exemplo: atividade vinculada da administração pública). Isso se torna mais claro nos diferentes significados do princípio da legalidade para o particular (art. 5º, II da CF) e para a Administração (art. 37, *caput*, CF) (DIMOULIS; MARTINS, 2020, p. 20).

Assim, resta então analisar como se dão esses direitos na fase do inquérito policial, à vista de que o Estado, dentro de sua limitação e do dever de concretizar tais direitos, não poderia se omitir ou permitir tratamento desconforme a norma constitucional, sob pena de o Poder Judiciário ter de fazê-lo enquanto órgão garantidor.

1.2 O devido processo legal e a democratização do processo penal

Assim, o devido processo legal³ é uma conquista obtida após muita luta pela sociedade, cuja comparação ao período absolutista demonstra

³ Consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (*due process of law* – art. 5º, CF – LIV). No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juiz competente, ao duplo grau de jurisdição, a revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. Deve ser obedecido não apenas em processos judiciais, civis ou criminais, mas também em procedimentos administrativos, inclusive militares (nesse sentido: STF, 2ª T., AgRg em Agl, rel. Min. Marco Aurélio, DJU, SEC. I, 5. Fev. 1993, p. 849 (CAPEZ, 2019, p. 82).

cabalmente os males de uma persecução criminal sem limites, onde a punição era uma mera discricionariedade do chefe do Poder Executivo, sem a necessária observância a um rito, muito menos um processo com garantias.

É justamente o Processo Penal através da garantia a um devido processo legal que possibilita o estabelecimento de limites à atuação discricionária e autoritária do Estado Juiz, que não pode mais julgar da maneira que lhe aprouver, nem muito menos punir ao seu bel prazer, já que agora a persecução estatal está vinculada e tem sua limitação imposta por parâmetros ético-jurídicos.

E tal importância advém não só da questão da possibilidade de aplicação de penas severas ou de procedimentos diversos para casos semelhantes, mas sim da própria repercussão dessas normas junto aos chamados direitos fundamentais.

A Carta Magna Inglesa de 1215 inovou no contexto da limitação do poder de punir estatal, estabelecendo a *Bill of Rights* como garantia contra os abusos praticados, na qual em seu art. 39 expressava que “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado dos seus bens, banido ou exilado, ou de algum modo prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”.

A Quinta Emenda da Carta Magna Norte Americana foi a primeira a prever o que chamou de *due process of law* já quando estabeleceu que o réu deveria ser julgado por um júri e que não poderia sofrer limitações em sua liberdade sem um devido processo legal.

Frise-se que esse devido processo legal fora avocado apenas para a seara criminal e o direito de punir do Estado, para que a competência de

julgar saísse das mãos do Monarca e passasse às mãos de outra pessoa, no entanto, sem estabelecer precisamente um procedimento ou regras explícitas.

A previsão constitucional, em especial na Carta Estadunidense, passou a delimitar essa necessidade de previsão legal e observância dos direitos fundamentais, saindo da esfera de uma mera limitação do poder de punir do Estado para uma efetiva garantia fundamental do cidadão cujas declarações de direitos robusteceram de princípios os ordenamentos jurídicos dos Estados Constitucionais.

Perceba-se que nesse interregno, os preceitos constitucionais que passam a se vincular à necessidade de um Processo Penal constitucional, passam a se relacionar diretamente com preceitos básicos e fundamentais do próprio ser humano, ressaltando a dignidade da pessoa humana como preceito universal, conforme leciona Artur Cortez Bonifácio:

Trata-se de princípio com um visível fundamento ético que é anterior ao direito e à sua positivação na ordem jurídica, representado no valor do homem em si e na sua existência, esta afirmada com autonomia e respeito à natureza humana, mas sobretudo, plantada na consciência do reconhecimento de que todos são iguais. É nesse sentido que o homem está acima de todas as coisas e se constitui um fim em si mesmo, no estilo do imperativo categórico kantiano. É com esse perfil que a dignidade da pessoa humana é mais do que um compromisso normatizado, é uma fonte moral onde a democracia vai ganhar substância (BONIFÁCIO, 2008, p. 175).

Não se trata, portanto, de uma discricionariedade estatal o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que todos convergem para o corolário da dignidade da pessoa humana enquanto fim em si próprio e que deve ser antevisto e servir de base para toda a atividade legiferante a partir de um Estado Democrático de Direito.

Os direitos e garantias mínimos estabelecidos em nossa Carta

Magna estão em consonância com o que o próprio Estado brasileiro se comprometeu em defender e observar enquanto direitos fundamentais junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, consubstanciados no chamado Pacto de São José da Costa Rica de 1969 e através do Decreto nº 678/92, onde expressamente, em seu Artigo 8, alínea 2, constam as garantias processuais de todo cidadão que venha a ser acusado.⁴

Tais limites ao poder de punir do Estado podem ser vistos sob duas óticas, a primeira como uma visão de normas gerais e genéricas e outra que estabelece e fixa tais limites, o que faria do princípio do Processo Penal a observância de todas as cláusulas constitucionais explícitas e implícitas que estreitam os limites do direito de punir.

O Brasil só veio prever de forma expressa o devido processo legal na CF de 1988, que passou a tratar a coação estatal através do Direito Penal

⁴ Artigo 8º (...). 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

de uma forma indireta, pois a consecução de uma punição passou a depender da reunião de provas e elementos probatórios indispensáveis para a propositura da ação e só de posse deles pedir ao Poder Judiciário o trato adequado e justo ao caso, o que perpassa por uma fase investigativa prévia.

Frise-se que no que tange a investigação criminal, o que vigia era a dicção do Código de Processo Penal de 1940, cuja promulgação se deu em época ditatorial no Brasil, em ambiente de agigantamento do Poder do Estado e em constante legitimação não só de deu direito de punir como também lhe atribuindo mais mecanismos e funções punitivistas, sem a necessidade de se preocupar com a concretização de direitos fundamentais, muito menos de promover e observar garantias processuais.

É nesse contexto que inicialmente o inquérito policial é previsto e cuja principal característica era ser essencialmente inquisitivo, justamente por ser uma atribuição exclusiva do Estado e produzido de modo unilateral com o único objetivo de incriminar, de encontrar indícios de autoria e materialidade de delitos sem a menor oportunização de participação ou mesmo de contribuição da defesa, utilizando-se ainda do aparato do poder judiciário, tanto Ministério Público quanto o próprio Magistrado para a produção unilateral de material suficiente para oferecimento de denúncia que seria realizada por este mesmo representante do Ministério Público, analisada, recebida e depois julgada pelo mesmo Magistrado que participou efetivamente de toda a investigação.

A adequada apuração do fato imputado ao cidadão, desde a investigação criminal, passa a depender de um processo de natureza penal estabelecido como garantia fundamental e previsto constitucionalmente o que, por exemplo, justifica que a confissão por si só não determine a

procedência do pedido acusatório, assim como que ao Juiz é vedado condenar com base nos elementos produzidos exclusivamente no inquérito, uma vez que se torna imprescindível a demonstração, por parte do autor da ação penal, de participação e culpa do acusado, após completo exercício da ampla defesa e do contraditório.

Importante destacar que o devido processo legal não deve ser observado apenas na fase processual ou contra o Ministério Público, mas também em relação à fase pré-processual, ocorrendo também toda vez que a atividade investigatória, feita na fase do inquérito ou de processo administrativo.

Na fase de investigação por vezes surgem percalços que exigem do Magistrado decisões que podem flexibilizar ou exigir interpretações acerca de direitos fundamentais do cidadão como no caso da necessidade de medidas cautelares, tais quais prisões processuais, produção de provas que dependam de invasão aos direitos fundamentais como a privacidade e proteção aos dados, como nos casos de prisões preventivas, quebra de sigilos, interceptações telefônicas, busca e apreensões, nas quais alguns direitos fundamentais como a ampla defesa, o contraditório e até mesmo a liberdade passam a ser postergados até momento processual ulterior.

Cumpra aqui destacar que mesmo havendo esta abreviação e antecipação de atos que por vezes flexibilizam direitos fundamentais, não se pode dizer que houve inobservância à não culpabilidade ou presunção de inocência, uma vez que o investigado ou acusado não pode, para tanto, ter seu tratamento igualado ao de um culpado, nem ter nas decisões cautelares elementos de antecipação de culpa e muito menos da própria pena, sob pena de nulidade da própria decisão.

Assim como a própria investigação criminal passa a ter uma base mais sólida e democrática a justificar a incidência de mais medidas despenalizadoras e de justiça restaurativa, uma vez que passa ao cidadão maior credibilidade constitucional de suas diligências e atuação na seara da liberdade individual, mostrando à sociedade que não só penas privativas de liberdade ou mesmo condenações processuais são provedoras do senso de justiça.

É nesse sentido que a democratização do processo penal a partir do inquérito policial passam a fundamentar, justificar e legitimar esse modelo de justiça que flexibiliza a obrigatoriedade da ação penal, tornando a possibilidade de aplicação de medidas despenalizadoras restritivas uma forma de realizar justiça sem as amarras de uma pena, como ocorre com a transação penal e agora com o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), em que não há discussão acerca da culpa do indivíduo, mas cuja investigação bem feita e respaldada constitucionalmente passam a legitimar.

Da simples leitura, resta claro que a lei deixou uma janela imensa de ajuste entre as partes, mas que não deve ser vista como ilimitada, pois os parâmetros estão justamente no respeito dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Ainda que não haja uma pena privativa de liberdade, existirão outros prejuízos a serem suportados pelo acusado, seja na restrição de direitos, seja na restrição de bens. A atenção para os termos do pacto é uma outra decorrência importante da natureza penal material do ANPP (SILVA E MARTINELLI, 2020, p. 71).

Essa nova sistemática processual tem por finalidade justamente tratar no âmbito da privação da liberdade apenas os casos cuja eficiência das medidas despenalizadoras ou desencarceradoras não forem suficientes, o que para casos de crimes econômicos pode ser muito mais eficiente para reparação de danos, recuperação de bens, adequação de atos pessoais, enfim, fatores que podem ensejar ao acusado mais eficiência para a

retribuição de uma pena e para a própria vítima uma satisfação, atribuindo à investigação e ao inquérito ainda mais importância dentro desse contexto.

2. Inquérito policial e seu novo contexto após o pacote anticrime

A investigação criminal, assim como o próprio processo penal, possui um efeito devastador na vida de qualquer cidadão, pois mesmo não necessariamente retirando de logo sua liberdade possui o condão de marginalizá-lo do ponto de vista da sociedade, além de causar-lhe aflições e diversos problemas sociais, pessoais e psicológicos, além de perpetuar-lhe a condição de investigado criminalmente.

Assim a responsabilidade do estado persecutor de privar pelo cidadão e seus direitos exsurge não só no momento da ação penal propriamente dita e dentro do âmbito do processo penal judicializado, mas desde o momento de iniciada a investigação criminal que inclui seu nome, traduzindo ao inquérito policial uma importância imensa, especialmente dentro de um processo penal constitucional e acusatório.

E tal fato é assim justamente pelo Estado não poder, dentro dessa perspectiva do sistema acusatório, fazer valer-se do direito penal e da persecução criminal para utilizar-se de mecanismos punitivistas e policiaescos de modo indiscriminado e sem o mínimo de requisitos e indícios de materialidade e autoria desses delitos.

A investigação criminal através do inquérito passa então a ter outras características e requisitos, mudando também a percepção sobre suas principais características de quando era parte de um procedimento inquisitorial para um procedimento acusatório e constitucional.

2.1. Conceitos e características do inquérito policial no sistema acusatório

Dentro da esfera conceitual doutrinária, tem-se o inquérito policial como um processo administrativo, dispensável, formal, escrito, sigiloso, presidido por uma autoridade policial e que possui como finalidade a realização de diligências para consecução de elementos e indícios de autoria e materialidade de fatos criminosos.

É processo administrativo porque não está incluso na esfera judicial, cabendo à polícia judiciária sua condução, de forma independente e sem subordinação ao Poder Judiciário, em que pese a possibilidade de receber requisição para abertura de inquéritos e ordens para realização de diligências, mas possuindo autonomia no seu trâmite, certa discricionariedade nas diligências a serem realizadas e ainda para relatar o procedimento.

A dispensabilidade do inquérito para a promoção da ação penal advém justamente de seu objetivo, ou seja, em havendo indícios suficientes e materialidade comprovada, o autor da ação penal pode de logo dispensar seu trâmite e ajuizar a ação penal pertinente, o que caracteriza um requisito essencial da ação penal que é a justa causa.

De logo cabe frisar que a característica da prescindibilidade do inquérito, em que pese parecer uma forma de negar sua importância, exsurge tão somente como forma de atribuir ao autor da ação penal uma faculdade dentro de sua discricionariedade sobre a análise da existência ou não da justa causa com os elementos que por ventura já possua, ou ainda com a possibilidade da sua própria investigação através do inquérito civil, mas que não retira da essência do processo a necessidade de produção de elementos

anteriores ao ajuizamento da ação penal, que muitas vezes, só é possível com uma investigação realizada através do inquérito policial.

A característica do sigilo não deve ser confrontada com o princípio da publicidade inerente ao processo penal enquanto pertencente ao sistema processual penal acusatório, uma vez que o sigilo no inquérito possui o condão de proteção ao investigado que ainda não se tornou acusado e evitar as “chagas” características de uma persecução criminal que ainda não possui lastro mínimo sequer para a existência de uma ação penal, mas que só pelo fato de existir causam diversos prejuízos ao investigado.

Esse sigilo recai tão somente ao público em geral, não sendo extensivo às partes e aos seus advogados constituídos, os quais possuem direito de acesso aos autos do inquérito e das informações e diligências internalizadas nos respectivos autos, ressalvadas as diligências colocadas em segredo de justiça e ainda não terminadas e inseridas no procedimento, conforme preceitua a Súmula Vinculante nº 14 do STF:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Da leitura da referida Súmula Vinculante têm-se a percepção de que o acesso aos autos do inquérito é substancial e total à parte e seu advogado, contudo vê-se também a possibilidade da autoridade policial omitir a existência de partes ou diligências ainda não documentadas, tais como pedidos sigilosos de diligências que a parte investigada não poderia tomar ciência previamente sob pena de frustrar a própria investigação, como um pedido de interceptação telefônica, de busca e apreensão ou de quebra de sigilo bancário, por exemplo.

Tal possibilidade não fere o princípio da ampla defesa não porque não existe intervenção ou participação da defesa durante o inquérito, mas justamente para preservar o interesse público de investigar com isenção e de evitar que o acusado possa frustrar deliberadamente as diligências constitucionalmente previstas, devendo, após documentadas nos autos do inquérito e especialmente na fase processual penal após a denúncia, ser dado conhecimento e oportunidade da defesa se manifestar sobre toda a produção da investigação, inclusive dessas diligências que não estavam contidas inicialmente no inquérito.

É importante frisar que a Súmula Vinculante 14, não concede à autoridade policial a discricionariedade e o poder de eleger o momento de sua conveniência para promover a inserção, nos autos, dos elementos obtidos na investigação e nas diligências realizadas, mesmo que em sigilo por sua própria natureza, uma vez que à polícia judiciária não é dado o direito e engavetar ou retardar a publicidade dos elementos de investigação já produzidos, já que a razão da Súmula está assentada em garantir à defesa o “acesso amplo” aos elementos de prova tão logo sejam obtidos – e, portanto, documentados – no âmbito da investigação criminal.

Assim, existe apenas uma justificativa plausível para que o ingresso dos elementos de prova aos autos e o acesso pela defesa não ocorra de imediato, qual seja, a diligência investigatória estar *em curso de execução* (voto do Min. Celso de Mello – PSV 1, Rel. Menezes Direito, Pleno, j. 02/02/2009) e quando concretamente demonstrado “risco de

comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências” (art. 7º, § 11º da Lei 8.906/94).⁵

Por indícios entende-se que a busca nas diligências, devem ser por elementos informativos, documentos e vestígios que tragam o mínimo de individualização da conduta humana investigada e que possa servir de cotejo para análise do requisito da justa causa pelo autor da ação penal, exigido no artigo 395, III do CPP⁶ para o recebimento da ação penal pelo magistrado.

De logo cumpre destacar que seu objetivo não é a coleta de provas nem muito menos a comprovação irrefutável de culpa, uma vez que um elemento internalizado ao inquérito só possui a característica de prova, e assim poder ser valorado pelo Magistrado, no momento em que é submetido ao contraditório, o que só ocorre durante o processo penal ou nos casos de produção antecipada de provas permitidas em lei e que se consideram “não repetíveis”, ou seja, as que pelo decurso do tempo possam perecer e não serem reproduzidas em juízo para observância da ampla defesa e contraditório.

Os indícios então contornam elementos fracos ou fortes de convicção da autoridade policial como contexto informativo e que lhe

⁵ Art. 7º São direitos do advogado: § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

⁶ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

possibilitam uma análise unilateral e não vinculada ou dependente da produção de informações e elementos pela defesa para sua posterior conclusão pelo indiciamento ou arquivamento do inquérito.

As diligências concernentes ao inquérito policial estão previstas em um rol exemplificativo no art. 6º do CPP, cuja discricionariedade da autoridade policial lhe dão a possibilidade de realizar outras diligências que a lei permita e que observe as garantias e direitos fundamentais, mesmo porque a Constituição Federal não admite no processo penal a obtenção de provas por meios ilícitos, o que, caso ocorra, termina por eivar de vícios de nulidade todas as provas e decisões judiciais decorrentes de sua obtenção:

Devemos salientar que muito embora no inquérito policial a gestão da prova e a condução da investigação estejam sob o comando do delegado de polícia, isso não inviabiliza a participação do Ministério Público (que pode requisitar diligências) ou da própria defesa (que pode requerer diligências), o que, a toda evidência, demonstra que a responsabilidade de coligar provas e elementos informativos não é exclusiva da autoridade policial (SANNINI, 2020).

Dentre as diligências estão o comparecimento ao local do crime para o devido isolamento, apreensão de objetos e instrumentos do delito, realização e oitiva de possíveis testemunhas, reconhecimento de coisas, pessoas e acareações, enfim, diligências que se realizadas de modo rápido, eficiente e preservando a incolumidade do local, podem estreitar muito a possibilidade de refazimento de todo histórico do crime com o máximo de aproximação com os fatos ocorridos, dando subsídios suficientes para uma investigação ulterior com o mínimo de percalços e atribulações.

2.2. As principais modificações do inquérito policial após o “Pacote Anticrime”

O “Pacote Anticrime”, denominação dada à Lei nº 13.964/2019, está inserido num contexto de discurso punitivista e de uma necessidade social maior da presença do Estado no controle social através da persecução penal diante da crescente escalada da violência e da criminalidade, atrelada ao fortalecimento das chamadas facções criminosas.

Com tal discurso, o recrudescimento das penas, aumento de tempo de cumprimento destas, alteração nos requisitos subjetivos e objetivos para progressão de regime e livramento condicional e outras formas de expansão punitivistas se mostraram presentes na nova Lei, que apresentou mudanças, também, no que concerne a natureza e o procedimento investigativo.

Assim, dentro de inúmeras outras modificações no sistema processual, o inquérito policial também fora alvo de modificações, não só na interpretação de suas características e aplicabilidade ao procedimento, mas também no seu procedimento em si, seja com previsão expressa da criação do juiz das garantias e da cadeia de custódia das provas, além da forma como se dará seu arquivamento, demonstrando a preocupação com a observância do sistema acusatório e falência do procedimento inquisitivo na persecução penal pátria.

No que concerne à criação do Juiz de Garantias, que se configura em uma forma de prestigiar a imparcialidade do juiz da instrução processual, separando-o do juiz que participa das decisões inerentes à produção de provas e diligências durante a investigação criminal, o inquérito policial passa a tomar uma vida própria e cuja participação e acompanhamento da

defesa passa a ser não só viável como importante para a concretização dessas garantias processuais constitucionais:

A ideia central do juiz de garantias consiste em reconhecer que há um juiz que deve atuar especificamente na fase de investigação preliminar. Esse juiz será o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja restrição demandem autorização prévia do Poder Judiciário (art. 3º-B do CPP) (DEZEM, 2020, p. 81).

A ideia então da criação do juiz de garantias foi justamente de promover ao inquérito policial a concretude do sistema penal acusatório, atribuindo a um juiz específico a análise de questões fulcrais da investigação criminal que atuem sobre direitos fundamentais e garantias processuais, tais quais questões ligadas à liberdade, como decretações de prisões, e à produção de provas que necessitem de ordem judicial, como interceptações telefônicas, mandados de busca e apreensão, quebras de sigilo bancário e telefônico, separando-o do juiz que após a denúncia passará a analisá-los de forma ainda mais isenta, já que o juiz que atuou na fase de garantia, não poderá ser o juiz da instrução criminal.

O juiz de garantias vem sofrendo diversas críticas por quem defende um processo penal mais punitivista e rápido sem maiores observâncias às garantias processuais, taxando-o de inconstitucional por supostamente ferir o juiz natural e a competência, assim como por argumentarem que tornaria o processo investigativo e conseqüentemente o judicial ainda mais lentos e produtores de impunidade, uma vez que aumentaria a burocracia, o aparato judiciário e ainda as possibilidades da defesa protelar o andamento das fases, o que são falácias, diante da assertividade de que o sistema penal acusatório exige o máximo de imparcialidade possível, assim como que se atribua à fase investigativa uma maior importância e eficiência, desde que

evada de constitucionalidade num processo penal acusatório.

E é justamente nesse diapasão que o juiz de garantia pode contribuir, aliado à cadeia de custódia que servirá para dar o tratamento fidedigno ao que foi coletado, de modo cronológico e com todas as informações condizentes à sua coleta, o que possibilitará, de sobremaneira, analisar sua licitude durante a fase de inquérito e sua validade durante o processo, resguardando a ampla defesa e a não obtenção de provas por meios ilícitos e ilegítimos.

A cadeia de custódia, conforme previsto no art. 158-A do Código de Processo Penal⁷, passa então a refletir a responsabilidade do Estado sobre sua coleta, preservação e disponibilização aos autos e ao processo, trazendo regras e procedimentos pormenorizados que denotam a importância não só da atenção aos atos procedimentais da investigação, mas também a forma como os elementos de prova serão devidamente cadastrados e preservados, estabelecendo de logo a responsabilização ao agente público de resguardar tudo aquilo que fora encontrado e que potencialmente possa servir para a investigação e posterior processamento.

Cadeia de custódia consiste no conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir

⁷ Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. § 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. § 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. § 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

CAPÍTULO 3
INQUÉRITO POLICIAL E SUA UTILIDADE PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL
APÓS O PACOTE ANTICRIME E SUAS PERSPECTIVAS COM O
PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

de seu conhecimento até o descarte. A preocupação do legislador se mostra fundada. É preciso que se guarde viva a memória do vestígio desde seu conhecimento até o final descarte, como forma de estimular a que haja investigação mais eficaz (DEZEM 2020, p. 121).

A cadeia de custódia está para o inquérito como uma garantia de autenticidade e de atenção à investigação isenta e completa promovida pelo Estado na persecução criminal na busca pela chamada “verdade real”, evitando que haja discricionariedade na obtenção, manuseio e utilização de vestígios, direcionamento de investigação e perseguição estatal a determinados investigados em detrimento de outros e de outras linhas de investigação.

Por óbvio que apenas a criação desses institutos, seja do juiz de garantias, seja da cadeia de custódia não será suficiente para a determinação de uma maior eficiência na investigação criminal que necessita de uma estruturação mínima de qualidade, avanço na tecnologia e ainda no treinamento de pessoal para se possa vislumbrar resultados com mais celeridade, menos ilicitudes na obtenção desses vestígios, menos nulidades das provas reproduzidas em juízo e ainda na própria identificação com menor margem de erro de autoria de delitos, com conseqüente menor número de arquivamentos de inquéritos policiais sob a fundamentação da inexistência de indícios mínimos de autoria delitiva, cuja justificativa, na imensa maioria das vezes, reside justamente na dificuldade da polícia efetuar as diligências necessárias e ainda de conseguir coletar, manusear e guardar os vestígios de modo a não ensejar ilegalidades.

Nesse ponto também é importante frisar que a implantação da cadeia de custódia não é um meio de perpetuação da impunidade, de burocratizar indevidamente o procedimento ou mesmo de tornar o

procedimento mais lento e dificultoso, mas sim de dar ao processo de investigação criminal a concretude do sistema penal acusatório e possibilitar que a instrução processual possua mais provas a serem analisadas, e que estas sejam lícitas e passíveis de analisadas através do contraditório para serem utilizadas na sentença penal a ser prolatada, evitando nulidades.

Ademais, outro procedimento modificado no “Pacote Anticrime” e que possui reflexo direto sobre o inquérito policial, foi o novo procedimento para seu arquivamento, previsto no art. 28 do CPP⁸, o qual evidencia o caráter acusatório do procedimento do inquérito policial, uma vez que retira da esfera da análise do magistrado a decisão que homologa o arquivamento, transferindo-o a quem de direito, o autor da ação penal, o Ministério Público.

O que agora pode parecer óbvio não o era antes dessa reforma, quando o arquivamento do inquérito policial, seja por inexistência de indícios de autoria, materialidade ou ainda por excludentes de ilicitude, culpabilidade ou de punibilidade, era precedido do parecer do autor da ação penal mas só se concretizava no caso de homologação pelo magistrado competente, como que se a opção pela denúncia partisse do detentos da jurisdição e não da legitimidade para propor a ação penal.

⁸ Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. § 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. § 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Com o sistema penal acusatório, em que o inquérito policial faz parte como dito alhures, a divisão das funções das partes envolvidas no processo da persecução penal dão ao Ministério Público, enquanto autor da ação penal a faculdade para apresentação da denúncia após análise dos indícios coletados durante a fase de investigação, não se vinculando ao relatório proferido pela autoridade policial, mas também não se submetendo ao entendimento do magistrado com relação à existência de elementos mínimos que alicerçariam a apresentação de uma denúncia.

Agora, o máximo que pode haver, com a insatisfação da vítima ou de seu representante legal com a ordem de arquivamento, seria a apresentação de um recurso inominado de natureza administrativa com prazo de 30 dias a ser direcionado ao Chefe do Órgão Ministerial de acordo com a organização da Instituição competente, de cuja decisão não cabe novo recurso.

Importante destacar que o arquivamento do inquérito policial permanece não fazendo coisa julgada material, ou seja, podendo haver sua reabertura a qualquer tempo desde que não haja extinção da punibilidade e que ocorra o surgimento de novos vestígios ou indícios que sirvam de base para a efetivação de novas diligências, ou ainda, podendo haver a própria denúncia, independentemente de reabertura do inquérito desde que o Ministério Público obtenha esses novos elementos que possam servir desde logo de justa causa para a ação penal, diante da característica da prescindibilidade do inquérito, ou ainda através de investigação própria do Ministério Público por meio de inquérito civil.

Outrossim, é importante destacar que em que pese os prazos de duração do inquérito policial serem impróprios, 10 (dez) dias para presos e

30 (trinta) dias para soltos, e ser um fato comum sua prorrogação por tempos bem superiores a estes, seja devido complexidade dos casos seja pela falta de estrutura das delegacias de polícia, é necessário que a autoridade policial responsável pela investigação sempre faça o requerimento formal e justificado de sua prorrogação, assim como seria importante existir lei no sentido de estabelecer um limite máximo de tempo.

Tal lei é imprescindível partindo-se do pressuposto de que a simples existência de um inquérito policial possui inúmeras consequências danosas à vida do investigado, seja de ordem moral como social, assim como a existência de inquéritos podem servir para justificar, por exemplo, prisões processuais cautelares sob a alegação de garantia da ordem pública, ou mesmo exacerbação de penas no momento de sua dosimetria.

Por fim, o andamento adequado do inquérito policial que recaia em um entendimento pelo arquivamento denota um senso de justiça e evita a investigação perpetuada ou mesmo uma ação penal contra um cidadão inocente, assim como um relatório pelo indiciamento embasado em indícios coletados e resguardados na cadeia de custódia, devidamente acompanhados pelo juiz de garantias e da defesa diligente terminam por justificar processos penais com amplas garantias e ainda a possibilidade de medidas despenalizadoras como o acordo de não persecução penal – ANPP muito mais calcados no senso de justiça e de oportunização para desencarceramento do que propriamente a efetivação de acordos em massa como meio arrecadatário de verbas através de aplicação de multas.

CAPÍTULO 3
INQUÉRITO POLICIAL E SUA UTILIDADE PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL
APÓS O PACOTE ANTICRIME E SUAS PERSPECTIVAS COM O
PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

2.3. As perspectivas do inquérito policial com o projeto do Novo Código de Processo Penal

Apesar de não tão novo, o Projeto para o Novo Código de Processo Penal que iniciou no Senado Federal com a PLS nº 156, de 2009, continua seu trâmite rumo à votação e aprovação, dessa vez na Câmara dos Deputados de acordo com a PL nº 8045, de 2010, contendo diversas inovações e perspectivas de atualização da investigação criminal e especificamente o inquérito policial.

No quadro abaixo vê-se um comparativo entre o texto inicial da PLS 156, de 2009 e o seu substitutivo, como meio de facilitar a análise dos tópicos adiante:

ASSUNTO	PLS 156, DE 2009	TEXTO SUBSTITUTIVO DA PL 8045, DE 2010
Objetivo da investigação	Art. 8º. A investigação criminal tem por objetivo a identificação das fontes de prova e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal.	Art. 8º. A investigação criminal tem por objetivo a identificação das fontes de prova e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal.
Autoridade competente e suas prerrogativas	Art. 9º. A autoridade competente para conduzir a investigação criminal, os procedimentos a serem observados e o seu prazo	Art. 19. O inquérito policial será presidido por delegado de polícia de carreira, que conduzirá a investigação com isenção e independência

	de encerramento serão definidos em lei.	
Sigilo da investigação e acesso à defesa	Art. 12. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento. Parágrafo único. O acesso compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material.	Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento. Parágrafo único. O acesso compreende consulta ampla, apontamentos e reprodução por fotocópia ou outros meios técnicos compatíveis com a natureza do material
Investigação defensiva	Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus	Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. § 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento

CAPÍTULO 3
 INQUÉRITO POLICIAL E SUA UTILIDADE PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL
 APÓS O PACOTE ANTICRIME E SUAS PERSPECTIVAS COM O
 PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

	<p>objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas.</p>	<p>formal das pessoas ouvidas.</p> <p>§ 2º A vítima não poderá ser interpelada para fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz de garantias, sempre resguardado o seu consentimento.</p> <p>§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo o juiz de garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.</p> <p>§ 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.</p> <p>§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.</p> <p>§ 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos</p>
<p>Poderes da autoridade policial em outras</p>	<p>Art. 19. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas</p>	<p>Art. 18 A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no</p>

<p>circunscrições</p>	<p>respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.</p> <p>Parágrafo único. Nos casos das polícias civis dos Estados e do Distrito Federal, a autoridade policial poderá, no curso da investigação, ordenar a realização de diligências em outra circunscrição policial, independentemente de requisição ou precatória, comunicando-as previamente à autoridade local.</p>	<p>território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.</p> <p>Parágrafo único. Nos casos das polícias civis dos Estados e do Distrito Federal, a autoridade policial poderá, no curso da investigação, ordenar a realização de diligências em outra circunscrição policial, independentemente de requisição ou precatória, comunicando-as previamente à autoridade local.</p>
<p>Poderes da defesa e da vítima em requerer diligências</p>	<p>Art. 27. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer à autoridade policial a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade.</p> <p>§1º Se indeferido o requerimento de que trata o caput deste artigo, o interessado poderá</p>	<p>Art. 26 A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer à autoridade policial a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade.</p> <p>§1º Se indeferido o requerimento de que trata o caput deste artigo, o interessado poderá</p>

CAPÍTULO 3
 INQUÉRITO POLICIAL E SUA UTILIDADE PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL
 APÓS O PACOTE ANTICRIME E SUAS PERSPECTIVAS COM O
 PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

	representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público	representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público
Prazo para conclusão do inquérito policial	<p>Art. 32. O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, estando o investigado solto.</p> <p>§1º Decorrido o prazo previsto no caput deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, os autos do inquérito serão encaminhados ao Ministério Público, com proposta de renovação do prazo e as razões da autoridade policial.</p> <p>§2º Se o investigado estiver preso, o inquérito policial deve ser concluído no prazo de 10 (dez) dias.</p> <p>§3º Caso a investigação não seja encerrada no prazo previsto no §2º deste artigo, a prisão será revogada, exceto na hipótese de prorrogação autorizada pelo juiz das garantias, a quem serão encaminhados os autos do inquérito e as razões da autoridade policial, para os fins</p>	<p>Art. 31 O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, estando o investigado solto.</p> <p>§1º Decorrido o prazo previsto no caput deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, o delegado de polícia comunicará as razões ao Ministério Público com o detalhamento das diligências faltantes, permanecendo os autos principais ou complementares na polícia judiciária para continuidade da investigação, salvo se houver requisição do órgão ministerial.</p> <p>§2º A comunicação de que trata o §1º deste artigo será renovada a cada 30 (trinta) dias podendo o Ministério Público requisitar os autos a qualquer tempo.</p> <p>§3º Se o investigado estiver pres, o inquérito policial</p>

	do disposto no parágrafo único do art. 15	deve ser concluído no prazo de 15 (quinze) dias
Arquivamento do inquérito	Art. 37. Compete ao Ministério Público determinar o arquivamento do inquérito policial, seja por insuficiência de elementos de convicção ou por outras razões de direito, seja, ainda, com fundamento na provável superveniência de prescrição que torne inviável a aplicação da lei penal no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que orientarão a fixação da pena.	Art. 38 O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por insuficiência de elementos de convicção, seja por outras razões de direito. Parágrafo Único. O juiz de garantias no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferece-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então restará ao juiz obrigado a atender.

Fonte: Elaboração própria, 2022.

Tanto a proposta quanto o substitutivo trazem de inovação um capítulo específico para tratamento da investigação criminal como gênero, onde estaria contido o inquérito policial assim como as demais formas investigativas que tenham por interesse apuração de crimes, como é o caso

do inquérito civil e o inquérito penal militar – IPM, ao contrário do código atual que prevê apenas a forma do inquérito policial enquanto meio investigativo preliminar à ação penal.

Nesse capítulo, o projeto reconhece na investigação criminal o objetivo de identificação das fontes de prova que deve ser iniciada sempre que houver fundado receio da ocorrência de uma infração penal, trazendo em perspectiva a figura do investigado como aquele que sofra qualquer ato de investigação contra si, independentemente de qualificação formal, o que lhe dá de logo o direito de acesso às informações e material já colhido e documentado nos autos, inclusive para cópias e fotos, com exceção das diligências ainda em andamento e que possam atrapalhar a investigação, ampliando aí a atuação da defesa, o que fora mantido em ambos os textos.

Outro ponto importante trazido nesse capítulo, que não fora previsto no texto original da PLS 156, de 2009, mas fora acrescentado no texto do substitutivo é justamente a previsão de direito subjetivo do investigado ser ouvido pela autoridade policial, não sendo mais essa uma discricionariedade dentre as diligências possíveis no inquérito policial, como previsto atualmente, salvo impossibilidade justificada de fazê-lo, ou seja, deve a autoridade policial não só disponibilizar-se para ouvir o investigado, assim como promover diligências nesse sentido, e somente deixar de fazê-lo caso justifique essa impossibilidade com comprovação dos meios que tentou conseguir tal diligência, sob pena de ilegalidade no inquérito.

Ademais, a investigação criminal, em que pese permanecer exclusiva do Estado, passa a prever diligências que podem ser realizadas diretamente pela defesa, na chamada “investigação defensiva”, que vão desde a identificação de fontes de prova próprias da defesa, até a oitiva e

entrevista de pessoas diretamente, inclusive da própria vítima, desde que esta concorde e seja comunicado o juiz de garantias, o que desde logo fora previsto no texto da PLS 156, de 2009, mas que fora emendado e melhor redigido no texto substitutivo para delimitar o procedimento das ouvidas, limites e área de atuação do juiz de garantias especialmente no que pertine à possibilidade de oitiva da vítima

Tal inovação é substancial e denota ainda mais a concretização do sistema acusatório desde a investigação criminal, preservando e concretizando direitos fundamentais e garantias que antes só eram observadas durante a fase processual.

Dar à defesa a possibilidade de contribuir materialmente na produção de elementos de prova e vestígios que possam contribuir com a investigação tais como laudos, documentos, entrevistas devidamente documentadas e, quando necessárias, autorizadas pelo juiz de garantias, resguardando sempre o direito das pessoas entrevistadas de não autorizarem a oitiva pela defesa, além de sempre serem informadas do objetivo da entrevista previamente, passam a atribuir à investigação muito mais robustez e legitimidade para relatórios e requerimentos com mais conteúdos e próximos de uma certeza dos fatos.

No capítulo específico que trata do procedimento do inquérito policial, a primeira inovação proposta, concebida no texto original e mantida posteriormente, é a que permite que os delegados de polícia civil e do Distrito Federal poderão realizar e ordenar diligências de investigações em andamento em outras circunscrições independentemente de cartas precatórias ou requisição, desde que comunique à autoridade local com antecedência, trazendo à investigação maior celeridade e unificando o

território em prol da investigação criminal que muitas vezes emperrava na burocracia e na própria falta de estrutura e pessoal suficientes nas delegacias para realizações de suas próprias diligências nas investigações de sua competência e responsabilidade.

A proposta contém em seu texto que será garantido ao delegado de polícia sua isenção e independência, deixando evidente sua não submissão ao juiz ou Ministério Público, em que pese existir também a previsão de que assim que iniciar um inquérito policial de ofício ou à requerimento da vítima, deve a autoridade policial imediatamente comunicar o Ministério Público, não por uma questão de hierarquia mas de prestígio ao sistema acusatório que conota a este Órgão a autoria da ação penal e análise da pertinência dos elementos de prova produzidos durante a investigação.

Ademais, a proposta, tanto original quanto em seu substitutivo, prevê expressamente a possibilidade da vítima e do investigado, através de seus representantes legais, requererem à autoridade policial a realização de diligências que achem pertinentes ao deslinde da investigação, cabendo à este a análise de sua realização podendo os requerentes, no case de terem seus pedidos indeferidos, apresentar requerimento aos chefe de polícia superior à autoridade policial que proferiu a decisão ou ao Ministério Público, os quais poderão determinar por requisição a realização das diligências solicitadas.

Outrossim, acerca da duração do inquérito policial, que na dicção atual da legislação em vigência deve ser, em regra, de 30 (trinta) dias para réus soltos e de 10 (dez) dias para réus presos, não prevendo um tempo limite para suas prorrogações a depender da complexidade da investigação, o projeto prevê um prazo mais elástico de 90 (noventa) dias para o réu

solto e 15 (quinze) dias para o réu preso, mas desde já determinando que não se encerrando o inquérito do réu preso no prazo fatal deve o mesmo ter a prisão revogada, assim como prevendo que, havendo necessidade devidamente justificada, a cada 30 (trinta) dias deve a autoridade policial fazer requerimento devidamente fundamentado ao juiz de garantias para prorrogação desses prazos.

O texto substitutivo aparenta ser melhor adequado ao sistema penal acusatório, pois expressamente tenta impedir a possibilidade de prorrogação *ad eternum* da investigação e busca em seu texto consolidar o limite e estabelecer regras rígidas para os pedidos sucessivos de prorrogação.

Ademais, para não haver perigo de uma investigação perpetuada no tempo e com infundáveis pedidos de prorrogação como ocorre hodiernamente, o substitutivo prevê um limite de tempo para duração do inquérito policial com suas prorrogações necessárias e justificadas, estabelecendo o prazo de 720 (setecentos e vinte) dias para sua conclusão com as diligências faltantes, devendo então o inquérito ser encaminhado ao juiz de garantias para devido arquivamento.

Entretanto, apesar dessa taxatividade no lapso temporal estabelecido para o término do inquérito com as necessárias prorrogações, o projeto ainda assim prevê a possibilidade do juiz de garantias analisar a possibilidade de nova prorrogação, acima dos 720 (setecentos e vinte dias) em casos excepcionais de casos complexos para finalização de diligências devidamente justificadas, o que deve ser interpretado como exceção para justamente concretizar o direito do indivíduo de não ter contra si uma investigação *ad eternum*.

Por fim, com relação ao procedimento de arquivamento do inquérito

policial, a PLS 156, de 2009 previa autonomia total ao Ministério Público para determiná-lo, ratificando a discricionariedade do autor da ação penal para esta decisão, não estando adstrito ao relatório exarado pela autoridade policial no relatório final do procedimento investigativo.

Contudo, o substitutivo da PL nº 8045, de 2010 apresenta aparente retrocesso ao determinar que o Ministério Público poderá requerer o arquivamento e cujo parecer ainda será analisado pelo juiz de garantias, o qual, caso não se concorde com o arquivamento por entender existirem elementos de autoria e materialidade identificados, deve remeter ao Procurador de Justiça para que este ofereça a denúncia, nomeie outro representante do Ministério Público para que o faça ou ratifique o pedido de arquivamento, quando então caberá ao Magistrado tão somente sua homologação.

Em que pese sobrepor-se à decisão do Ministério Público, no caso de parecer pelo arquivamento, o fato do juiz de garantias poder “interpor” certo tipo de recurso à Procuradoria de Justiça no afã de modificar o entendimento do autor da ação penal o que transparece um retrocesso ou estagnação na concretização do sistema penal acusatório.

Com tal procedimento o juiz volta a exercer uma função de análise quanto à esfera da acusação e da autoria da ação penal e não de órgão julgador da demanda judicializada através da denúncia, como ocorria quando das redação originária⁹ do Art. 28 do CPP que previa tal controle

⁹ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

judicial sobre o arquivamento e ainda a submissão, caso o juiz não concordasse com o arquivamento, a um superior hierárquico do Ministério Público.

A Lei nº 13.964, de 2019, denominado “Pacote Anticrime, trouxe consigo na implantação do Art. 28 do CPP atual¹⁰, suspensão por decisão do Ministro Luiz Fux do STF¹¹ em decisão liminar na ADI nº 6305, a autonomia para o ordenamento do arquivamento para o Ministério Público, como previsto na PLS, de 2009 e cujo substitutivo tenta novamente alterar como dito alhures, em evidente retrocesso à concretização do sistema acusatório, já que retira do autor da ação penal a autonomia, a faculdade e a conveniência de analisar a existência da justa causa para a ação penal.

¹⁰ Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

¹¹ "(...) Ex positis, concedo a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (CPP), na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019. Conclusão Ex positis, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); Nos termos do artigo 10, §2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data. Aguardem-se as informações já solicitadas aos requeridos, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Após, retornem os autos para a análise dos pedidos de ingresso na lide dos amici curae e a designação oportuna de audiências públicas. Publique-se. Intimem-se." Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5844852>> Acesso em: 05 de jan. de 2022.

Considerações finais

O presente capítulo tentou analisar as consequências jurídicas sofridas pelo inquérito policial após a promulgação da Lei nº 13.964/2019, denominada de “Pacote Anticrime” numa conjuntura de crescente criminalidade e anseio social pelo recrudescimento das penas e da tratativa do Direito Penal como meio de pacificação social.

Para tanto foi necessário inicialmente analisar o contexto social que vivenciado pela sociedade brasileira no tocante à escalada da criminalidade e o discurso de que o Estado deve atuar de modo mais direto e através do seu poder de punir, passando a utilizar da legislação penal como meio mais eficaz e imediato de dar respostas a estes anseios, criando novos tipos penais e aprovando, como já dito, uma legislação conhecida como “anticrime” e que possui inúmeras consequências dentro da perspectiva do processo penal sistêmico e constitucional.

Assim, constatou-se que para verificar a eficiência e validade de quaisquer leis, tratou-se de explicitar que o processo de constitucionalização dos Estados, saindo de um Estado Absoluto, no qual a autoridade estatal continha todo o poder centralizado e se utilizava do poder de punir do Estado como meio de controle social, fora de suma importância para que a partir de então as leis, especialmente de natureza penal, passassem a ser interpretadas e aplicadas de acordo com as normas constitucionais e em claro objetivo de concretizar os direitos fundamentais através do respeito e observância das garantias constitucionais conquistadas.

Dessa forma, o processo penal após a democratização e constitucionalização dos Estados passou a ser aplicado e analisado a partir

de uma visão sistêmica que observe e concretize os direitos fundamentais a partir das garantias processuais constitucionais, inadmitindo a permanência de institutos e procedimentos orientados e regidos por regras inquisitoriais.

É nesse contexto que o inquérito policial, cujo procedimento é previsto no Código de Processo Penal desde 1940, claramente de natureza inquisitiva, passe a ter a necessidade de uma nova forma de interpretação conforme a Constituição Democrática de 1988 e a ser integrado ao processo penal como um todo, em um verdadeiro sistema, dessa vez acusatório, ou seja, proveniente da democratização do processo e do respeito às garantias constitucionais em todas as suas fases, ainda que em alguns momentos direitos fundamentais possam ser privados ou relativizados visando possibilitar ao processo o seu regular curso, como no caso das prisões cautelares.

Assim tem-se que o sistema processual penal acusatório decorre justamente da necessária implementação de procedimentos, ainda que na fase de investigação criminal, que concretizem e observem os direitos fundamentais através das garantias processuais, extinguindo e expulsando de vez de nosso ordenamento procedimentos inquisitivos e que excluem tais garantias apenas como meio de possibilitar a punição pelo Estado.

O inquérito então passa a ser parte do sistema processual acusatório e precisa observar, para sua validade, tais garantias, modificando a interpretação de parte de suas características inquisitoriais anteriores, como no caso do sigilo, da ampla defesa e da titularidade para decisão de seu arquivamento.

Então a defesa passa a ter mais atuação no requerimento e acompanhamento de diligências e acesso à totalidade dos autos do inquérito,

desde que devidamente já incluídos nos autos, com exceção das diligências ainda em andamento e que não denote protelação da autoridade policial para prejudicar o acesso da defesa.

De outro ponto, o inquérito passa a ter imensa importância para a persecução penal, pois mesmo não sendo possível a condenação com embasamento exclusivo dos elementos produzidos exclusivamente no inquérito, este passa a ter mais legitimidade quando possui uma participação mais direta da defesa, seja no acompanhamento das diligências, requerendo novas diligências ou ainda promovendo juntada de documentos, questionamentos, etc.

Ademais, a criação do juiz de garantias termina por valorizar a produção de elementos probatórios durante a investigação, pois dá ao procedimento investigativo um viés de procedimento fiscalizado e evado de legalidade, no qual o juiz que promoveu as decisões em prol de coleta de provas ou mesmo de decisões que atingem diretamente direitos fundamentais como uma prisão cautelar, um mandado de busca e apreensão ou ainda uma interceptação telefônica ou quebra de sigilos, não será esse mesmo juiz a decidir sobre o recebimento da denúncia e que presidirá a instrução processual, preservando a imparcialidade do juiz.

Outrossim, a cadeia de custódia contribui ainda mais para essa sistematização do processo penal, atribuindo ainda mais importância aos elementos produzidos durante a investigação desde sua coleta até seu descarte em constante fiscalização de sua guarda, manuseio e responsabilidade dos agentes estatais em preservá-las para utilização futura no processo penal.

Por fim, outra modificação importante no procedimento do

inquérito policial diz respeito ao procedimento de seu arquivamento, que com a nova dicção da norma, sai das mãos do magistrado a faculdade de homologar o pedido de arquivamento formulado pelo autor da ação penal, e volta para este, o Ministério Público, sua discricionariedade, em evidente influência do sistema acusatório, que retira das mãos do órgão julgador a decisão sobre o arquivamento, já que tal decisão poderia influenciar, mais adiante, em uma análise de decisão absolutória por ausência de provas, por exemplo, do mesmo juiz que anteriormente disse ao autor da ação penal existirem elementos de prova de autoria e materialidade.

Na perspectiva para o futuro do processo penal com o Projeto de Lei nº 8045, de 2010 que funciona como substitutivo à PLS nº 156, de 2009 para aprovação do Novo Código de Processo Penal, percebe-se uma tentativa de concretização do sistema penal acusatório, com institutos que prestigiam os direitos fundamentais e uma maior participação da defesa na investigação criminal, prevendo a possibilidade de solicitação e produção independente de elementos de prova, tais como entrevistas com testemunhas e a própria vítima, além de produzir documentos, na chamada investigação defensiva.

A previsão de prazos fixos e exequíveis à conclusão do inquérito, devidamente fiscalizados pelo juiz de garantias e cujas prorrogações dependam de justificativas a cada período de prorrogação, com um limite global de tempo de duração do inquérito, devem promover mais segurança jurídica ao cidadão investigado, coibindo as investigações perpétuas e cobrando do Estado mais eficiência no procedimento investigativo, sob pena de revogação das prisões cautelares e arquivamento do inquérito, que passa a ser uma prerrogativa do autor da ação penal e não do juiz.

Referências

- AGRA, Wendell Beethoven Ribeiro. *O controle da eficiência da atividade policial pelo Ministério Público*. 2016. 345 f. Dissertação (Mestrado em Segurança Pública) – Instituto Universitario de La Policía Federal Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Processual Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Comentários ao Pacote anticrime: Lei 13964/2019*. 1. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.
- DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. *Cadeia de custódia: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência*. Revista dos Tribunais, v. 98, n° 883, p. 436-451. Maio 2009. Disponível em: < EDINGER, Carlos. Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/32968479/Cadeia_de_Cust%C3%B3dia_Rastreabilidade. Acesso em: 31 agos. 2021.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito processual penal esquematizado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SANNINI NETO, Francisco. *Rótulos conferidos ao inquérito policial precisam ser revistos*. 07/2020. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/83922/rotulos-conferidos-ao-inquerito-policial-precisam-ser-revistos>> Acesso em 08/02/2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal*. 3. ed. Natal: OWL, 2015.
- SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *Eficiência e Direito Penal*. Barueri: Manole, 2004.

CAPÍTULO 4

Antinomias da Investigação Defensiva no Direito Processual Penal

Leonardo Oliveira Freire¹

Marianna Rezende de Lucena Marinho²

A paridade de armas é um instrumento especial para dialética processual. O devido Processo Legal é a matriz essencial do processo penal e neste pilar estão firmados os valores da ampla defesa e do contraditório, e, em consequência disso, a paridade das ferramentas processuais, pelo que dispõe o art. 5, inciso LV da Constituição Federal. Na esfera criminal, em um processo amplo, que possui uma fase de investigação, persecução primária, e outra fase de processamento, persecução secundária, o desenvolvimento da harmonia dos direitos de participação são valiosos elementos da lógica jurídica, que consolida a validade do processo que se institui dentro da igualdade das partes.

Um tema recorrente que envolve essa dinâmica processual da paridade na processualística brasileira é a investigação defensiva, que abrange diversas questões do Direito, mas no campo criminal ganha um

¹ Professor Doutor na área de Filosofia do Direito – UFRN, UFPE e UFPB, com Estágio de Pós-doutoramento em Direito pela UFRN, Professor colaborador do PPGD e do MGPI da UFRN, Oficial da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Segurança Pública.

² Advogada Criminalista. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Pós-graduada em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direito Penal e Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

valor especial. A defesa reclama que o processo deve ser pautado no equilíbrio de ferramentas processuais, em nome do devido processo penal. Sobre isso, vários interlocutores processuais, apresentam seus argumentos favoráveis e contrários sobre o tema, o que chamamos de antinomia. O contexto do aprimoramento do processo penal, apresenta essa temática como ponto de modificação da estrutura de justiça penal, especialmente com a inserção normativa da Investigação defensiva no ordenamento jurídico pátrio.

Neste sentido, o presente texto tem como objetivo apresentar esclarecimentos sobre as antinomias da Investigação Defensiva, sendo o primeiro capítulo denominado: os pressupostos da Investigação Defensiva; o segundo, investigação defensiva como elemento da Justiça Criminal; o terceiro, Direito Comparado da Investigação da Defesa; e no último o sistema brasileiro da Investigação Defensiva, elementos antinômicos como instrumentos de aprimoramento da Justiça Criminal. Por fim, a conclusão com apontamentos na forma de síntese dialética dos pontos apresentados.

1. Pressupostos da Investigação Defensiva

A investigação defensiva possui raízes em movimentos de Justiça que remontam a origem do direito. Logicamente esse espaço de debate textual não é o ambiente para adentrar nestes milimétricos detalhes. Mas teremos que apresentar pressupostos básicos para entender o conceito científico deste tema que se entranha no sistema jurídico brasileiro. Aqui iremos, como já estabelecido, no introito apenas tratar dos pontos positivos e dos pontos negativos da investigação defensiva, estipulando as bases

antinômicas que servem como elemento de possibilidade do aprimoramento deste conteúdo teórico-normativo.

Faz-necessário detalhar alguns elementos importantes da Investigação para depois delinear as antinomias, em específico os aspectos dialéticos da persecução penal que estão em jogo.

A investigação é algo inato ao ser humano, advém da capacidade de buscar as causas, entender os motivos e apresentar soluções para problemas. O ser humano por sua condição natural possui o atributo de investigar. Todavia, a investigação como uma atividade do conhecimento é uma técnica que serve como instrumento para a vida. Ela é necessária para muitas atividades. Podemos citar a posição “pesquisador acadêmico” como um investigador, que avalia problemas e através de seus métodos busca apresentar soluções para resolvê-los, podendo então compreender o valioso atributo da *investigatio*, que vem da busca pela verdade. No plano da persecução penal os operadores do direito buscam as provas sobre os fatos relevantes em matéria penal. Neste sentido, a investigação surge como instrumento do processo para alcançar a solução jurídica em matéria criminal.

2. Investigação na persecução penal como elemento de justiça criminal

A incumbência implícita do processo desagua na difícil missão de legitimar o exercício do poder punitivo estatal (BADARÓ, 2019, p. 18), ao mesmo tempo em que busca alcançar uma justiça proba, isenta de vícios, garantista, racional, fidedigna, legítima e que sistematicamente exonere as arbitrariedades ocorridas durante e ao final da persecução penal.

É diante desse cenário que alguns doutrinadores já associam o processo penal à teoria dos jogos, já que não basta que se conheça a norma, é preciso que se conheça os jogadores (o defensor, a acusação e quem irá julgar o caso), como meio de analisar qual seria a possível decisão tomada pelos *players*³. É o que bem explana o autor Alexandre Morais da Rosa ao tratar sobre a temática:

A teoria dos Jogos servirá de metáfora do Processo Penal em que se deve inventariar as cartas probatórias (existentes e possíveis de serem produzidas), pensar estrategicamente e saber jogar, aliando aspectos cognitivos, argumentativos e técnicos. Pressupõe o conhecimento do aparato normativo e suas múltiplas possibilidades de sentido. Deve-se estudar não só os autores (doutrinadores) e/ou Tribunais que se gosta, mas principalmente os que não se gosta, porque pode ser justamente este que o julgador acolhe e ele que você precisa convencer. [...]. (ROSA, 2020, p. 84).

E mais, em opinião argumentativa afirma que as decisões proferidas no processo não são antecipadas, já que elas operam em camadas estabelecendo uma cadência pelas vias:

a) normativa: aparato normativo invocado; b) cognitiva: cérebro/mente, memória, capacidade cognitiva e mapa mental; c) contextual: como o sentido varia conforme o tempo, espaço, recompensas e ambiente em que a decisão é tomada. (ROSA, 2020, p. 82).

Neste contexto, é a produção probatória paritária entre a defesa e a acusação, como um processo dialético, que vem como a possibilidade de ser uma das chaves mestras do colóquio do limiar da busca por um julgamento assertivo e que vise – ao menos em uma porção – a preservação da paridade de armas, do contraditório e da ampla defesa. É preciso que se abandone o maniqueísmo processual e que o sistema penal seja enxergado como uma via garantidora da justiça de ambas as partes.

³ Tradução livre: jogadores.

Por este delineamento geral da persecução penal, a ideia da investigação defensiva, principalmente disseminada na Itália e nos Estados Unidos da América, abarca um dos mecanismos que se propõe salvaguardar a igualdade entre a defesa e a acusação, apesar de possuírem algumas peculiaridades específicas – que divergem de país para país – em relação as diligências realizadas no curso da persecução penal pela autoridade policial.

O conceito dessa tão cara temática vem sendo amplamente difundido ao redor do mundo. No Brasil essa prática vem sendo discutida e tentando ser implementada há alguns anos. Não diferente de outros locais, ocorreu a necessidade de ser normatizada para que, em algum aparato legal, pudesse se amparar. Tomando a frente da conjuntura, em 2018 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou o provimento 188, que conceitua a prática no seu artigo primeiro como sendo:

[...] o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado⁴, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

Em que pese a sua característica de norma administrativa, relata-se que a prática encontra respaldo também em tratados e convenções

⁴ A primeira crítica a este provimento, já aqui se estabelece, pois não menciona também a defensoria pública.

internacionais⁵ nos quais o Brasil é signatário, bem como na carta magna de 1988⁶, no projeto do novo código de processo penal⁷ e no de 1941⁸.

⁵ Dos tratados e convenções internacionais podemos citar, por exemplo: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o art. XI traz à baila a redação de que “1. Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. 2. Ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infringida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido.”; o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, no art. 14, parágrafo 3º, números 2 e 5, com as seguintes redações “§3º Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] 2. a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; 5. a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação [...]”; na Convenção Americana dos Direitos Humanos, o chamado Pacto de San José da Costa Rica (1969) no art. 8, §2º, letras c e f: “§2º Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas.

⁶ Na Constituição Federal de 1988 os elementos norteadores da investigação defensiva, pautam-se sobretudo nos artigos que se encontram os princípios basilares, quais sejam: art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”; art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.; art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

⁷ PLS n.º 156/2009, que na Câmara dos Deputados tem a nomenclatura de PL 8.045/2010, traz em seu art. 13 a seguinte redação: “art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. §1º As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. §2º A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardando o seu consentimento. §3º Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. §4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. §5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. §6º As pessoas

Todavia, como em todo novo implemento legal, há discussões e críticas acerca da regulamentação e da legalidade da investigação defensiva no sistema jurídico brasileiro (principalmente no que diz respeito aos artigos 2º e 3º descritos no provimento 188 do CFOAB).

Mas para estudar essa temática com maior profundidade, é preciso que se investigue como se estrutura essa matéria nos países “espelhos” acima citados, bem como saber como funciona o processo penal em cada um deles.

3. Direito comparado sobre a investigação por parte da defesa

Na Itália (país que em muito se assemelha a sistemática brasileira) o direito processual penal já há anos vem enfrentando alterações e aprimoramentos específicos e estratégicos devido a críticas em relação a morosidade processual, ao não encaixe na sociedade, a sua senilidade e acima de tudo o desequilíbrio entre as partes⁹. O antigo código (*Codice Rocco*) de 1930 refletia uma época extremamente tradicionalista e desta forma conservava delineamentos inquisitoriais (LIMA, 2020, p. 43)¹⁰,

mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.”

⁸ No código de processo penal de 1941, há a redação do art. 14 que dispõe sobre o direito que o ofendido ou o indiciado tem de requerer diligências: “art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

⁹ É uma mera semelhança do acaso ou seria essa a mesma situação que atualmente enfrentamos no Brasil?

¹⁰ Sobre o sistema inquisitorial acertadamente conceitua o doutrinador Renato Brasileiro de Lima que: “Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há de se falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos

principalmente em relação as funções do magistrado e a gestão das provas (ILLUMINATI, 2018, p. 537; AMODIO, 2004, p. 489) ¹¹.

Nesse período, o juiz possuía as prerrogativas de, além de julgar o caso, investigar¹². Havia, portanto, a assunção de um juiz protagonista, totalitário e que possuía amplos poderes instrutórios e dirigentes que – em tese, na época – era incumbido de buscar a verdade fática (BADARÓ, 2019, pp. 24-25).

O disfarce do rastreo pela verdade real se permeou por muitos anos, servindo, como diria Badaró, como “fim último do processo”. É o que preleciona acertadamente na seguinte passagem (BADARÓ, 2019, p. 62):

A busca por uma verdade real, uma “verdade verdadeira” como fim último do processo, sempre serviu de justificativa para que o juiz, nos processos inquisitórios, tivesse cada vez mais poderes, não estando limitado à iniciativa das partes quer quanto aos fatos alegados, quer quanto às provas requeridas e produzidas.

Além desse traço representativo do inquisitorialismo, destaca-se também a importante observação que durante a vigência desse código, a defesa não tinha sequer acesso a fase investigativa. Toda a produção probatória prévia, ocorria sem o crivo do contraditório (PIZZI & MARAFIOTI, 1992, p. 3).

Como um processo poderia ocorrer de forma paritária dessa maneira? Em sua maioria, haviam mecanismos técnicos apenas em favor da acusação: sejam eles no que diziam respeito a contaminação cognitiva do magistrado (já que o juiz tinha acesso a tudo) ou em relação ao nítido freio

poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.”

¹¹ O *Codice Rocco* foi elaborado pelo ditador Benito Mussolini, possuindo, portanto, características extremamente fascistas.

¹² É o que se encontra no art. 299 do *Codice Rocco*.

dado a defesa em relação ao contraditório, a paridade de armas e ampla defesa.

Neste cenário, a balança do direito – representante da equidade e equilíbrio entre as partes e os poderes a ela dados – estava notoriamente desequilibrada, como dito anteriormente. Foi assim, que com o passar do tempo, com a evolução social e sua reestruturação, foi se pensando um processo mais harmônico. Neste sentido, os avanços na Itália foram paulatinos, como em toda a história.

Posteriormente, adotou-se um sistema mais misto, que abraçava a ideia de uma audiência de instrução e julgamento. Ademais, o juiz tinha acesso a tudo que fora produzido durante a fase investigativa, pelo fato de que o processo era todo escrito e não se falava em oralidade. Sendo assim, tudo o que tinha sido realizado durante a persecução penal, deveria ali estar presente para que o juiz pudesse julgar o caso (BRONZO, 2017, p. 09).

A contaminação cognitiva do magistrado diante do acesso prévio a produção probatória não era nem discutida. Após um contato mais próximo com a sistemática inglesa, que possui um código altamente adversarial (JÚNIOR, 2021, p. 220)¹³ – principalmente após a análise específica do júri -, é que esse pensamento passou a ser revisto. É o que aborda o doutrinador italiano (BRONZO, 2017, p. 09) ao relatar que:

¹³ O autor bem caracteriza a forma acusatória mencionando: “a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

La preoccupazione di sottrarre agli occhi del giudicante i materiali non valutabili compare nei codici rivoluzionari, che mutuano lo schema del dibattimento 'in stile inglese', giuria compresa. Essa è bem espressa dalla regola secondo cui, per la massima tutela dell'oralità, ai giurati non vanno trasmesse le deposizioni scritte dei testimoni.¹⁴

A partir de 1947, com a nova constituição italiana, muitas ideias sobre direitos fundamentais passaram a ser discutidas (LUPÁRIA & GIALUZ, 2019, p. 33), principalmente em relação às garantias dadas ao acusado e como o processo poderia ser um instrumento democrático específico para que se abrisse um espaço para tal discussão. Afinal, forma é garantia.

É o que se pode ver no artigo dos autores Lupária e Gialuz:

The new Constitution overturned the ideological postulates typical of the fascist regime and placed the individual at the heart of the justice system. The Constitution thus expressly recognizes a series of fundamental rights to the accused person [...]¹⁵

Com o passar do tempo, novas necessidades foram surgindo e as discussões se intensificaram, até que o novo código de processo penal entrou em vigor em 1989. Caminhando para um sistema mais voltado para o modelo acusatório, com ele mudanças relevantes foram construídas. As de maiores destaques foram as seguintes: a distinção do juiz das investigações preliminares (*giudice per le indagini preliminari*), do juiz da audiência preliminar (*giudice dell'udienza preliminare*) e do juiz de julgamento

¹⁴ Em tradução livre: “A preocupação em retirar dos olhos do juiz materiais não avaliáveis aparece nos códigos revolucionários, que demonstram o padrão de julgamento ‘estilo inglês’, incluindo o júri. É bem expresso pela regra segundo a qual, para a máxima proteção da oralidade, os jurados não devem receber os depoimentos escritos das testemunhas.”

¹⁵ *Ibidem.*, p. 33. O texto, em tradução livre, relata a seguinte: “A nova constituição derrubou os postulados ideológicos típicos do regime fascista e revolucionou pondo o indivíduo no coração do sistema da justiça. A constituição reconheceu então, uma série de direitos fundamentais do arguido”.

(*giudice del dibattimento*)¹⁶ (CONCAS, 2015); a divisão de autos (doppio fascicolo), e o objeto de abordagem dessa pesquisa, a investigação defensiva (*investigazioni difensive*).

A investigação defensiva nem sempre foi bem aceita na Itália. Assim como toda mudança, ocorreram otimizações no decorrer dos anos. Mas é importante destacar que a própria sistemática e a forma de organização processual do país abrangem mecanismos específicos que coadunam com a análise mais robusta e técnica da prova, auxiliando na forma de geri-la. Neste sentido, há um delineamento próprio em relação a temática aqui abordada.

Mas para que sejam tratados os vieses específicos da investigação defensiva, a compreensão da esquematização do processo penal italiano é de suma importância principalmente no que diz respeito a divisão dos juízes acima elencada e a divisão de autos.

Com a apresentação da notícia do fato¹⁷, há a apuração do ocorrido para que se possa iniciar a primeira fase da *persecutio criminis*¹⁸: as investigações preliminares¹⁹ e início do inquérito policial²⁰, que é acompanhado, mas não gerenciado, pelo *giudice per le indagini preliminari*²¹. Durante essa fase, o juiz designado para acompanhar os atos

¹⁶ ALESSANDRA, Concas. *La distinzione tra GIP e GUP*. Diritto. it, 2015, disponível em: <<https://www.diritto.it/la-distinzione-tra-gip-e-gup/>>. Acesso em: 30, jan. de 2022.

¹⁷ Art. 330 do CPP italiano.

¹⁸ Traduz-se do latim: persecução penal.

¹⁹ Art. 326 do CPP italiano.

²⁰ É importante frisar que na Itália e na maioria da Europa continental a polícia judiciária e o ministério público compõem um único órgão. Há um chefe da polícia que conduz as investigações que são subordinadas ao MP.

²¹ Tradução elencada em um dos parágrafos acima citado: juiz das investigações preliminares.

intervém parcialmente quando há uma solicitação de uma das partes ou quando há uma previsão normativa.

Paralelamente as investigações preliminares, inicia-se a formação do fascículo do Ministério Público. Em um momento introdutório, nesse fascículo contém todo o arcabouço probatório realizado durante essa fase inicial de investigação, bem como os referentes à investigação defensiva, caso o defensor opte por juntar as diligências e provas apuradas nesse mesmo documento²².

Com a conclusão da investigação, o MP tem a obrigação de notificar as partes que são envolvidas do desfecho ocorrido. A depender o resultado do que fora examinado, a investigação se encerrará em seis meses (prorrogáveis por mais seis, caso haja a necessidade) e o MP poderá ou não apresentar pedido de acusação²³ ou de arquivamento do feito em uma divisão específica do tribunal.

O momento em que ocorre esse requerimento, é na audiência preliminar, com a figura de outro juiz: *giudice dell'udienza preliminare*²⁴. Ao analisar o que fora trazido pelo MP, o magistrado se convencerá ou não do pedido de acusação ou arquivamento. Caso decida pelo recebimento da acusação, haverá o prosseguimento do feito e a audiência preliminar continuará para a formação do fascículo que vai para julgamento.

²² Art. 421-bis, CPP italiano. Aduz-se que: é uma faculdade do defensor de juntar ou não os documentos colhidos durante a investigação defensiva no arquivo do ministério público na fase inicial de investigação.

²³ Art. 416, CPP italiano.

²⁴ A tradução já fora acima elencada: juiz da audiência preliminar.

Com o intuito de fornecer ao *giudice del dibattimento*²⁵ apenas o arcabouço probatório em que já fora exercido o contraditório prévio, o debate oral entre as partes (MP, assistente de acusação, advogado de defesa ou defensor público) das provas lícitas e ilícitas – inclusive as produzidas pela defesa – e que podem ou não estarem presentes nos autos, ou mesmo aquelas em que já houve um mútuo consentimento²⁶ de que eram cabíveis no processo, o juiz da audiência preliminar forma o fascículo que vai para julgamento²⁷. Toda a documentação remanescente, que o juiz de primeira instância não pode ter contato, fica no arquivo do ministério público.

Muitas são as especificidades do sistema italiano de processo penal. Mas mesmo diante de breves pinceladas – já que não é o objeto dessa pesquisa aprofundar os minuciosos detalhes – percebe-se o avanço e a cautela no que diz respeito a manutenção e ao equilíbrio processual entre as partes.

Há um cuidado do momento inicial da persecução penal até a fase final. A prudência é nítida a contar da separação entre os juízes (aquele que está presente na fase do inquérito, daquele que recebe a acusação e do que julga o caso concreto), até o momento da segmentação do arquivo do ministério público do arquivo que vai para julgamento.

²⁵ O juiz de julgamento é um terceiro juiz que vem apenas para julgar o processo, tendo acesso a toda a documentação probatória que já anteriormente foi discutida entre as partes.

²⁶ É o que está presente na redação do art. 431, 2 do CPP italiano: “*Le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva.*” A tradução do texto é a seguinte: “As partes podem concordar na aquisição dos documentos constantes nos autos do Ministério Público, bem como da documentação relativa à investigação defensiva, para comporem o fascículo de julgamento”.

²⁷ Neste arquivo geralmente estão presentes as provas irrepetíveis e como dito na nota de rodapé anterior, as provas que já houve o debate entre as partes e ocorreu o mútuo consentimento da sua inserção.

Essa ramificação de juízes com funções específicas, em determinadas fases processuais vem como um grande avanço, já que evita a contaminação cognitiva e consequentemente ajuda a garantir a originalidade e a imparcialidade do magistrado que irá julgar a ação. Nesse sentido, o doutrinador brasileiro Aury Lopes Júnior afirma sabiamente que (JÚNIOR, 2021, p. 256):

Não há processo sem juiz e não há juiz se não houver imparcialidade. Daí porque é a estrutura do sistema que cria ou não cria, as condições de possibilidade de um juiz imparcial, e, portanto, somente no marco do sistema acusatório é que podemos ter as condições necessárias para a imparcialidade do julgador. A essa altura, pouco importa eventuais divergências sobre o que foi ou não foi o processo penal romano... Importa, em pleno século XXI, que tenhamos uma estrutura dialética, com juiz completamente afastado da arena das partes e da iniciativa probatória, com máxima originalidade cognitiva e estrita observância do contraditório e das demais regras do devido processo.

Isso tudo reflete na investigação defensiva que não possui uma conotação diferente. Prevista nos artigos 391-bis à 391-decies²⁸, ela é facultativa, podendo o defensor exercê-la ou não. Há o fito de viabilizar a defesa do cliente, ao contrário da obrigação que tem a polícia e o ministério público de buscar a verdade real e não apenas buscar provas que visem condenar o acusado. No curso da investigação realizada pelas autoridades

²⁸ Os artigos mencionados normatizam as seguintes matérias: art. 391-bis. Interrogatório, recebimento de depoimentos e obtenção de informações pelo defensor (*colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore*); art. 391-ter. Documentação de declarações e informações (*documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni*); art. 391-quater. Solicitação de documentação pela administração pública (*richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione*); art. 391-quinquies. Poder de sigilo do Ministério Público (*potere di segretezza del pubblico ministero*); art. 391-sexies. Acesso a locais e documentação (*accesso ai luoghi e documentazione*); art. 391-septies. Acesso a lugares privados ou não abertos ao público (*accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico*); art. 391-octies. Arquivo do defensor (*fascicolo del difensore*); art. 391-nonies. Atividade investigativa preventiva (*attività investigativa preventiva*); art. 391-decies. Uso da documentação da investigação defensiva (*utilizzo della documentazione delle investigazioni difensive*).

policiais há, inclusive, a obrigatoriedade de que sejam coletadas provas também a favor do suspeito.

Com um propósito semelhante, a investigação defensiva nos Estados Unidos da América já tem suas raízes anexas a advocacia. Não há tanta dissociação entre os dois (apesar de não existir obrigatoriedade na contratação de uma investigação privada), tanto é que na maioria dos escritórios do país existem setores específicos destinados a investigação em si, com investigador profissional contratado denominado ‘*legal investigator*’. *Todavia*, o contraponto com o sistema brasileiro torna-se mais distante, já que nos EUA, o sistema processual penal é diferente, pois baseia-se no *common law*, o que não é cabível explanar nesse texto, pois não é esse o núcleo do objeto de pesquisa²⁹.

Porém, ainda que não haja um comparativo direto, é meritório destacar que no país a atividade da advocacia é regulada por diversos instrumentos normativos (ainda que não haja unificação normativa processual em todos os estados), quais sejam: a) *Criminal Justice Standards for the Defense Function* (normas para a atuação do advogado de defesa na justiça criminal) (DIAS, 2019, p. 35)³⁰; b) *Guidelines for the Appointment*

²⁹ O desenho acerca do processo penal italiano foi feito já que é um sistema que mais se aproxima do sistema brasileiro, como já mencionado nesse artigo.

³⁰ O autor Gabriel Bulhões Nóbrega Dias bem elenca a tradução de alguns dispositivos principais dessa norma, o autor em nota de rodapé nº 27 menciona: “Estabelece como um dever de investigar ao advogado (Norma 4-4.1 a), o qual deve pautar sua atuação com respeito a obrigações de sigilo (Norma 4-1.3 a), lealdade (Norma 4-1.3 b), manter o defendido informado quanto ao desenvolvimento do processo e às potências alternativas (Norma 4-1.3 d), não assumir uma carga de trabalho que lhe interfira na qualidade de seu serviço (Norma 4-1.8), dever de discutir potenciais fontes de informações úteis, evidências e investigação (Norma 4-3.3 c), não se limitando ao material produzido pela acusação (Norma 4.3-7 b) e, caso necessário, exige deste que tome medidas necessárias com o fim de garantir que as evidências físicas sejam preservadas, sugere que seja buscada a oitiva de todas as testemunhas, incluindo a(s) vítima(s), as quais devem ser conduzidas de forma a não

and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases (Diretrizes para nomeação e desempenho do advogado de defesa em casos de pena de morte)³¹. Ambas as normas elaboradas pelo *American Bar Association* (ABA), que é a Associação dos Advogados Americanos (semelhante à nossa Ordem dos Advogados do Brasil- OAB).

Sem maiores delongas a investigação defensiva, em ambos os países que são referências nesse tema, é uma atividade que o investigador (ou advogado que trabalha com esse tipo de investigação) facilita o trabalho da defesa, já que há uma variedade de serviços que podem ser feitos, tais como: localização de indivíduos, localização de coisas, revisar provas eletrônicas, investigar a parte contrária, monitorar propriedade intelectual, reconstrução de fatos, preparação para o interrogatório, realizar investigações corporativas, entre outros. Destaca-se também que, quando contratado um investigador profissional, provavelmente ele terá acesso e sabe usar a uma gama de fontes humanas e tecnológicas que os advogados não têm³².

intimidá-las ou constringê-las (Norma 4-4.3 c), não devendo ser utilizados métodos que deturpem a identidade do entrevistador ou o seu interesse no depoimento (Norma 4-4.3 d), refere ser advertir ao entrevistado quanto ao seu direito ao silêncio ou ao direito de se fazer acompanhar por um advogado (Norma 4-4.3 g) e sugere ao investigador que se faça acompanhar por uma pessoa com credibilidade caso venha a tornar o depoimento de pessoa previsivelmente hostil (Norma 4-4.3 f), dentre outros.”

³¹ *Ibidem.*, 2019, p. 35. O autor aponta as diretrizes na nota de rodapé nº 28 como sendo “Minucioso roteiro quanto à postura que deve ser adotada pelo defensor nos processos criminais que podem ensejar pena de morte, estabelecendo elementos que uma investigação defensiva apropriada deve cumprir.”

³² Informações exemplificativas retiradas de sites de divulgação da venda de investigações privadas nos EUA, quais sejam: ‘*A Lawyer’s Perspective: Best Uses of a Private Investigator*. Disponível em: <https://www.hg.org/legal-articles/a-lawyer-s-perspective-best-uses-of-a-private-investigator-42782>. Acesso em: 05, fev. de 2022’; e *How Private Investigators Help Attorneys*. Disponível em: <https://www.investigations.com/security-trends-analysis/law-firms-need-use-private-investigators/>. Acesso em: 05, fev. de 2022.

Entretanto, é visível que nesses países a investigação está bem delineada e implementada nas raízes culturais e acima de tudo adequada a sistemática processual penal e a gestão das provas. É nesse caminho que o Brasil deve se espelhar, averiguando os corolários da temática nas veias de seu sistema, não meramente transplantar a prática sem que haja o devido amoldamento.

4. No sistema brasileiro

A investigação defensiva no sistema brasileiro visa, na perspectiva da defesa, ser um instrumento especial para equacionar o desequilíbrio processual da dialética que forma a decisão jurídica. Segundo essa tese, o Estado acusador quase sempre se fortalece na fase inquisitorial, através de ferramentas criadas por leis para a investigação acusatória, não abrindo oportunidade para a defesa de forma paritária na persecução penal, e gerando óbices de mecanismos criados somente para acusação.

Aliado a isso, o grande fator é a preocupação quanto a participação interligada do juízo decisor do processo na fase de investigação dos atos da acusação retirando da defesa a possibilidade de apresentar nesta fase preliminar elementos que cadencie em equilíbrio o direito do acusado.

Muitas são as críticas realizadas ao instrumento da investigação defensiva e algumas delas pautam-se nas seguintes proposições: como a principal bandeira da ID é a paridade de armas se pode ser sigilosa? Para a melhoria do instrumento, não seria melhor criar mecanismos de arquitetura da ID no novo CPP? Como o advogado vai realizar a oitiva das testemunhas? E se essa testemunha tiver foro com prerrogativa de função, ela poderá ser ouvida e constar nos autos de uma ID? Outro ponto levantado

diz respeito a questão da melhoria da redação em relação a responsabilização criminal, administrativa e cível dos abusos cometidos na prática da ID.

Pela via acusatória, a fase de investigação possui a raiz inquisitorial, o que gera para preservação da busca da verdade, a posição objetiva do encontro das informações e elementos probatórios, que só serão considerados provas após o crivo do contraditório e da ampla defesa na fase processual. Dessa feita, segundo o viés da acusação, a defesa estaria se antecipando, quando deseja paridade de armas já que no processo penal na fase de maior relevância a defesa será priorizada sendo considerada ampla.

Em uma visão mais comedida, haveria a necessidade de amoldamento na fase de investigação para uma maior paridade de instrumentos, que visam oportunizar na persecução processual argumentos da defesa, mas considerando que essa possibilidade estaria limitada aos ditames do sigilo da atividade policial em diversos procedimentos. Não seria este o caso de verificar o sistema processual penal brasileiro para que se adequasse os instrumentos de acesso da defesa em relação a essas provas?

Nesta perspectiva, os pontos antinômicos ganham uma solução validada na prática pela diplomacia processual, que se antepara na participação, vista ao crivo da cooperação, no que for possível para alcançar soluções jurídicas reais em matéria penal, tudo isso validado pelo fator equilíbrio³³. Esse contexto, tem respaldo na ideia de que a justiça criminal

³³ É o que se percebe no processo penal italiano: a defesa e a acusação na fase investigativa produzindo provas e já anexando nos autos do MP (apesar de não haver a obrigatoriedade). Vale salientar que além desse fator, na audiência prévia – caso não haja indexação de todos os documentos da ID – há a oportunidade de se realizar o contraditório e a ampla defesa em relação as provas que irão para julgamento, das quais serão objeto de decisão do juiz das audiências preliminares.

possui uma dialética nos moldes hegelianos, considerando a ideia de síntese de opostos como fator determinante na decisão jurídica do magistrado. Dessa forma, a participação de lados opostos são necessárias em todas as fases da persecução como elementos dialéticos da visão de justiça e mesmo da compreensão do conteúdo comunicativo do processo.

Como corolário a carta magna de 1988, o projeto do novo código de processo penal – que atualmente transita rumo a votação na Câmara dos Deputados (PL nº 8.045/2010) e anteriormente fora iniciado no senado (PL nº 156/2009) – apresenta propostas de alterações legislativas (algumas já mencionadas anteriormente, à exemplo: o juiz das garantias).

A mudança da redação do projeto de lei do Senado Federal (art. 14 do PL nº 156/2009³⁴) para o PL da Câmara dos Deputados (art. 13 do PL nº 8.045/2010³⁵) passou a ser a de aprimorar mais o texto legal. A escrita do

³⁴ Art. 14, PL nº 156/09: Art. 14. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>.

³⁵ Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. § 1º As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. § 2º A vítima não poderá ser interpelada para fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz de garantias, sempre resguardado o seu consentimento. § 3º Na hipótese do § 2º deste artigo o juiz de garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. § 4º Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. § 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. § 6º As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>.

projeto anterior não fora alterada, acrescentando-se apenas os parágrafos 2º, 3º, 4º, 5º e 6º.

Os pontos elencados pela nova redação do projeto do Senado são válidos e necessários, corroborando com um sistema cooperativo, inclusive quando menciona que a oitiva da vítima só poderá ser entrevistada caso o juiz das garantias fixe parâmetros específicos para que isso ocorra (§§2º e 3º).

Entretanto, a leitura do §5º do mencionado projeto alhures há uma clara violação ao contraditório e a paridade de armas na fase pré-processual quando afirma que “o material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial”. Nesse aspecto, se o procedimento do inquérito policial é um instrumento administrativo, dispensável (em que pese esse item, sabe-se que o IP tem importante dimensão valorativa no devido processo legal), formal, escrito e sigiloso (para a população, não para as partes), no qual tem o condão de apurar os indícios delitivos da conduta realizada (ou não?), qual seria a motivação específica de não juntar os autos da produção probatória realizada pela defesa?

O princípio da presunção de inocência é o que, em tese, norteia a *persecutio criminis*, até que o acusado seja condenado ou absolvido. É por esse motivo que a ID também tem cunho sigiloso a depender da situação, de forma que em alguns momentos do inquérito não se pode publicizar determinados atos, somente quando estão concluídos³⁶. Nesse sentido, o

³⁶ É o que menciona a súmula vinculante nº 14 do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

papel das autoridades policiais e judiciárias – diante do princípio da oficialidade – não deveria vir vinculado a busca incessante pela condenação do arguido, mas sim, a de realizar procedimentos íntegros e que corroborem para a realização do devido processo legal nos ditames constitucionais, seguindo os preceitos fundamentais garantistas estabelecidos pela constituição federal. É o que se vê no processo penal italiano no qual o chefe das investigações tem o dever de juntar³⁷ (caso a defesa opte) no inquérito policial os autos de investigação defensiva produzidos pela defesa.

Dessa maneira, a investigação defensiva mesmo limitada pelo sigilo da atividade policial ou de investigação acusatória em determinados procedimentos, consolida a síntese dialética na fase preliminar dando oportunidade em matéria de defesa e de acusação do esclarecimento prévio, cuja importância já se mostra na resposta a acusação, quando da possibilidade da absolvição sumária.

A transação penal³⁸ e o acordo de não persecução penal³⁹ também foram ganhos inovadores, pois são negócios jurídicos bilaterais processuais entre o MP e o investigado que favorecem o investigado e tem o viés

³⁷ Como mencionado no capítulo alhures sobre o direito processual penal italiano.

³⁸ O art. 76 da lei nº. 9.099/95 aborda o assunto. A transação penal é considerada uma mitigação da exigência do devido processo legal e é cabível nas situações de crimes de menor potencial ofensivo, nos quais a pena máxima não pode passar de 02 (dois) anos.

³⁹ O art. 28-A da lei 13.964/19 deixa claro que o ANPP só será realizado quando: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente [...]”. Nesse sentido, sem que haja uma investigação robusta sobre o fato, não há como comprovar algumas situações e tendo a defesa participado de perto das investigações e (se for o caso) anexando documentos da investigação defensiva, as chances do acusado de conseguir o acordo aumentam.

despenalizador, corroborando desta forma com o Estado democrático de direito. Todavia, sem uma boa investigação não há como garanti-los.

Quanto à questão das testemunhas, o projeto da Câmara prevê no §1º que “as entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas”. Sendo assim, já há uma normatização nesse sentido. A problemática é de resolução acessível, basta que se grave a entrevista, da mesma forma que se realiza em uma delegacia de polícia e na situação em que haja a suspeita de depoimento falso, que sejam apurados os indícios de falso testemunho.

No que diz respeito a responsabilização administrativa, cível ou criminal, já há uma menção quanto a essa questão. Nesse sentido não há balizas legais a mais a serem feitas. Não há a necessidade de melhorias nesse trecho, pois já é bastante claro.

As tipificações de supostos delitos que podem ser cometidos por advogados ou defensores públicos já está no código penal. Quais são os crimes que um advogado ou defensor público pode cometer durante a realização de uma investigação defensiva? Um falso testemunho? Uma coação no curso do processo? Uma fraude processual? Uma interceptação ilegal? Uma quebra de sigilo de comunicação? Uma quebra de sigilo fiscal? Uma ameaça? Já há a descrição de todos esses tipos legais no código penal, além de que, há também o órgão do Tribunal de ética da OAB e a corregedoria da defensoria pública para instaurar procedimentos administrativos de responsabilização de seus componentes.

O ponto que pode gerar preocupação quanto à investigação defensiva é quando for realizada em ambiente corporativo, já que a

depende do *compliance* aplicado pela empresa, este pode esconder um viés de proteção de seus sócios majoritários, não garantindo aos empregados o contraditório e ampla defesa e a paridade de armas dentro dos próprios tribunais “internos” criados por elas. Nessa ótica, a política de governança montada – caso haja a aplicabilidade de uma investigação defensiva nesse ambiente –, deve garantir que haja a aplicabilidade dos princípios acima mencionados, criando sistemáticas interiores que garantam ao empregado acusado uma defesa, sob pena de responsabilização.

As linhas antinômicas da investigação defensiva reclamam ajustes do sistema persecutório, o que vem sendo a toada de um conjunto de reflexões diante da crise do sistema Criminal. Podemos retirar do sistema italiano a estrutura mais isonômica da jurisdição e do sistema americano a participação da defesa e da acusação como intersecção de consistência dos argumentos pela participação conglobante das partes no processo (inclusive em ambientes cooperativos). A cooperação no processo penal é uma saída auspiciosa para a investigação defensiva em seu contexto antinômico. A consolidação deste instrumento é determinante para o aprimoramento da Justiça Penal, conquanto a dialética processual reclama esse processo de equilíbrio entre acusação e defesa. Portanto, esse debate, *prima facie*, traz pressupostos de validação da estrutura processual penal firmada no devido processo legal, partindo da paridade de armas.

Considerações finais

A redação do projeto do Senado do NCPP vem corroborando, com um sistema cooperativo, amoldando a persecução penal a finalidade precípua, que é proteção dos bens jurídicos mais relevantes, em espécie ao

devido processo legal. Em destaque sobre isso, inclusive quando o novo dispositivo proposto menciona que a oitiva da vítima só poderá ser entrevistada caso o juiz das garantias fixe parâmetros específicos para que isso ocorra (§§2º e 3º), conforme especificado no capítulo anterior, demonstra a tendência de proteção especial aos direitos fundamentais no curso da persecução. Nesta ótica, a investigação defensiva faz-se no alinhamento da proteção constitucional ao devido processo legal e todos os direitos decorrentes, com suas especificações em cada fase persecutória. Neste contexto, a redação do projeto de lei do Senado Federal (art. 14 do PL nº 156/2009) friccionada ao conteúdo proposto na PL da Câmara dos Deputados (art. 13 do PL nº 8.045/2010), especificou mais a investigação defensiva e sua importância, mesmo a escrita do projeto anterior não tendo sido alterada em geral, acrescentando-se apenas os parágrafos 2º, 3º, 4º, 5º e 6º. Nesta medida, entende-se que a Proposta de alteração da Câmara consolidou a ideia principal da proposta cooperativa e fortaleceu a importância da Investigação defensiva. No entanto, o §5º do Art.13 da proposta da câmara, limitou, em uma certa medida, a utilização prévia do conteúdo da defesa, produzida em sede de investigação defensiva, na esfera inquisitorial, o que pode está alinhado ao sistema processual brasileiro, mas que conflita a visão do aprimoramento proposto no NCPP.

A dinâmica dos argumentos aqui apresentados esclarece alguns pontos de destaque sobre este tema auspicioso, da Investigação Defensiva, que está em destaque nas reflexões sobre o aprimoramento do Processo Penal. O contexto pela busca de maior paridade de armas, cria diversos vetores de reflexões para desenvolver uma maior compreensão sobre o tema. Nesta esteira, a linha de divisão entre acusação e defesa, seus

elementos antinômicos, ganham destaque para encontrar respostas satisfatórias, e, ao mesmo tempo, abrir caminho para instrumentalidade deste procedimento de investigação. O Projeto do NCPP e suas alterações na câmara são valiosas conquistas do aprimoramento da Justiça Criminal. No entanto, no tocante a investigação defensiva, apesar o conteúdo normativo apesar de parecer fortalecer a defesa de forma isolada, em um olhar mais aprofundado, a temática fortalece também o persecutório da acusação, consolidando um processo mais harmônico amoldado ao devido processo penal desde suas bases constitucionais, buscando na teoria do direito comparado fontes especiais inspiração. Diante disso, este texto que é apenas um breve epílogo, sobre o grande debate que surge na processualística criminal, servindo como ponto de partida para futuros pensamentos sobre problemas que este conteúdo jurídico apresente, levando ao leitor refletir sobre pontos que ainda estão por vir, em especial pela visão sistêmica do processo penal, apresentadas nas teorias italianas e americanas que versam sobre a investigação da defesa.

Referências

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004.

AMODIO, Ennio. The accusatorial system lost and regained: reforming criminal procedure in Italy. *The American Journal of Comparative Law*, v. 52, n. 2, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRONZO, Pasquale. *Il Fascicolo per il Dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*. Milano: Wolters Kluwer, 2017.

CONCAS, Alessandra. La distinzione tra GIP e GUP. *Diritto. it*, 2015, disponível em: <<https://www.diritto.it/la-distinzione-tra-gip-e-gup/>>. Acesso em: 30, jan. de 2022.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *Manual Prático de Investigação Defensiva*. Florianópolis: EMais, 2019.

ILLUMINATI, Giulio. Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario. Porto Alegre: *Revista brasileira de direito processual penal*, vol. 4, nº 2, 2018.

ITÁLIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_85/pdfs/27.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021.

ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma: *Senato della Repubblica*, dicembre 2012. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2021.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Fundamentos do Processo Penal*. Introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LUPÁRIA, Luca; GIALUZ, Mitja. Italian criminal procedure: thirty years after the great reform. Roma: *Roma Tre Law Review*, v. 1, 2019, p. 26-72.

OAB Nacional. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. *Provimento N° 188/2018*. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 26 jan. de 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: EMais, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS (1948). Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 30, jan. de 2022.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966). Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 30, jan. de 2022.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>. Acesso em: 30, jan. de 2022.

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 30, jan. de 2022.

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Brasil, 1940. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/554332/codigo_de_processo_penal_2ed.pdf. Acesso em: 30, jan. de 2022.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do novo Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01spb21b8uv89a17cvosa3gbu7630686558.node0?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 30, jan. de 2022.

CAPÍTULO 5

Acordo de Não Persecução Penal e seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro

Maria Beatriz Maciel de Farias¹

Não é nenhuma novidade que a taxa de encarceramento no Brasil é altíssima. Possuímos a terceira maior população carcerária do mundo², tendo 322 (trezentos e vinte e duas) pessoas presas para cada 100 (cem) mil habitantes³.

Para além disso, verifica-se que os índices oficiais de morte violenta são alarmantes no território nacional: foram 70,2 (setenta vírgula duas) mil pessoas que perderam suas vidas em 2020. Isso quer dizer que em números absolutos, o Brasil lidera o ranking de mortes violentas entre mais de 190

¹ Advogada, formada em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Integrante da base de pesquisa Colaboradora do Projeto de Pesquisa Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte.

² CONECTAS. *Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo*: dados do infopen publicados nesta sexta (14) computam 773 mil pessoas presas; 8,6% a mais que em 2018. Dados do infopen publicados nesta sexta (14) computam 773 mil pessoas presas; 8,6% a mais que em 2018. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 5 dez. 2021.

³ SILVA, Camila Rodrigues da. *Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo*. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>. Acesso em: 5 dez. 2021.

países, sendo responsável por 12% das mortes violentas que acontecem no mundo⁴.

Ainda, há um aumento preocupante nos números de cifra oculta. Isso quer dizer que a quantidade de delitos que são cometidos e não chegam jamais à persecução penal tem aumentado consideravelmente. Adicionando a esta situação, há a defasagem nas investigações: como regra geral, autoria e a participação em delitos só é sabida quando se tem prisão em flagrante.

Diante desse cenário, são apontadas três grandes causas para tão vasta violência: a falta do estado de direito para uma grande parcela (marginalizada) da população, a cultura da violência e o crime organizado.

Ademais, o sistema judiciário brasileiro é bastante moroso, punitivista e oneroso, sendo ineficiente na redução da criminalidade. Aqui deve-se frisar desde logo que por meio de outras pesquisas, entende-se que as taxas de redução da violência em território nacional só irão diminuir com ações conjuntas nas mais variadas esferas sociais. Não há como crer em soluções simplistas baseadas apenas e tão somente na Lei para que se alcance uma justiça social e igualitária.

Nesse diapasão, o estudo de mecanismos que possam vir a diminuir a quantidade de presos é necessário e urgente, contudo deve ser feito de forma interdisciplinar.

Buscando uma possível solução para a redução das taxas de encarceramento e vislumbrando ser um instrumento para desafogar o judiciário, em agosto de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público,

⁴ Estadão conteúdo. *Brasil tem maior número de mortes violentas no mundo, aponta estudo*. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/conteudo/2017/12/geral/600504-brasil-tem-maior-numero-de-mortes-violentas-no-mundo-aponta-estudo.html>. Acesso em: 5 dez. 2021.

sob forte inspiração alemã e estadunidense, publicou por meio da Resolução número 181 um novo instrumento para a investigação criminal: o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

Dois anos após, por meio da lei número 13.964/2019, vulgarmente conhecida como "Lei/Pacote Anticrime", esse instituto foi inserido no Código de Processo Penal, mais especificamente, em seu art. 28-A. Hodiernamente, esse instituto ainda encontra-se em debate no projeto de novo Código de Processo Penal, o qual tramita na Câmara de Deputados sob o nº 8.045/2010, podendo sofrer alterações e reformulações.

Assim sendo, indaga-se se o ANPP realmente é capaz de diminuir as taxas de encarceramento, se o mesmo é uma solução que está em consonância com os preceitos constitucionais e se de fato terá o impacto social que se propõe.

Para elucidar tais questões, o presente estudo irá se debruçar sobre a justiça criminal no Brasil, em seguida, passará para a análise do Acordo de Não Persecução Penal, adentrando nos pontos básicos - com conceito, natureza jurídica, hipóteses de cabimento e vedações legais, condições, direito intertemporal e prescrição -, em seguida irá estudar o ANPP no projeto de lei aprovado no Senado Federal (PL 156/2009) e suas diferenças em relação a lei nº 13.964/2019, para, enfim, chegar na análise crítica do ANPP e qual impacto esse instituto pode causar na justiça criminal brasileira.

Ainda, fundamental é esclarecer que não se pretende esgotar todas as vertentes do Acordo, o qual, diga-se de passagem, ainda tem inúmeras posições não consolidadas tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

1. Digressões sobre a justiça criminal no Brasil

Não se chegou aos parâmetros de justiça, igualdade, propostas de redução da criminalidade, e a influência da justiça negocial no ordenamento brasileiro do nada. Tais aspectos são reflexos de um longo processo de construção do pensamento jurídico que caminham ao lado da história do Brasil. Assim sendo, para que seja possível compreender sobre o Acordo de Não Persecução Penal, se faz necessário tratar, primeiramente, sobre a história da persecução penal em solo nacional.

No período colonial, é consenso no campo da história do direito, não havia uma aplicação minimamente sistemática da justiça criminal. As primeiras regras a serem instaladas, que visavam dar uma maior uniformidade aos procedimentos, foram as Ordenações Afonsinas - as quais possuíam um forte caráter medieval, com a imposição de penas cruéis e dando uma ampla discricionariedade ao Estado no que diz respeito a produção de provas e procedimento⁵.

Influenciados pelo iluminismo e por ideias liberais, em 1832, nos primeiros anos do Império, surgiu o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, o que instituiu a figura do juiz de paz - o qual era eleito pelo povo, possuía autonomia para exercer sua função e se encarregava, dentre outras coisas, de averiguar infrações.

⁵ ANTUNES, Rita de Cássia Alves; CHAZAN, Eduardo Leite; GOMES, Abel Fernandes; REGO, Roberta da Silva Dumas; VIDEIRA, Renata Gil de Alcântara. *Persecução penal e devido processo legal no Brasil e na Common Law Tradition* – análise histórica e comparativa à luz da aplicação de princípios democráticos. Revista da SJRJ nº 22 – Direito Penal e Processual Penal (2008). Disponível em: <https://www.jfj.jus.br/revista-sjrj/artigo/persecucao-penal-e-devido-processo-legal-no-brasil-e-na-common-law-tradition>. Acesso em: 5 jan. 2022.

Nove anos após esse Código, o Império esvaziou as funções dos juízes de paz, o que foi considerado uma regressão democrática, tendo em vista que voltou-se a nomear os responsáveis pela apuração e julgamento das infrações penais. A reforma acabou também por adotar outra vez um processo tipicamente inquisitorial.

Somente após a Proclamação da República, houve a sedimentação de direitos e garantias inerentes ao processo penal. Assim, a ampla defesa e o *habeas corpus* ganharam força. Também passou-se a limitar a decretação das prisões provisórias e estabeleceu-se o direito ao julgamento por um juiz competente.

Com uma maior organização do Estado, visando sistematizar o direito processual penal em único Código, o qual seria aplicável em todo o território nacional, foi editado o Decreto-Lei no 3.699 de 3 de outubro de 1941, que passou a ser o Código de Processo Penal em vigor até hoje.

Promulgado na Era Vargas e com forte influência facista, o CPP adotou o sistema inquisitório como pedra basilar. Nele se encontram vários artigos de cunho opressor, discriminatório e autoritário.

Em 1988, em decorrência da nova Carta Magna, ocorreu uma grande mudança em todo o sistema jurídico brasileiro, fazendo com que as leis anteriores a ele tivessem que se adaptar - quando não foram revogadas - a uma nova forma de reger o direito - a qual passou a privilegiar direitos e garantias individuais e coletivos.

Tal aspecto acabou por fazer com que ocorresse uma verdadeira incompatibilização constitucional com inúmeras práticas da justiça criminal. Ademais, se antes o sistema inquisitorial prevalecia, com a nova *Lex Mater*, o sistema acusatório deveria ser seguido.

Assim, a pedra basilar foi totalmente modificada. Entretanto, ao invés do CPP ter sido revogado e um novo fosse elaborado, inúmeras reformas e alterações legislativas foram feitas, deixando o CPP de 1941 bastante incongruente e incoerente.

Feitos tais - breves - apontamentos sobre a história da justiça criminal no Brasil, passa-se no momento para o estudo específico do Acordo de Não Persecução Penal.

2. O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)

Existem três principais modelos de resposta estatal: i) diassório clássico, o que trata tão somente da imposição da pena, sendo esta uma medida considerada suficiente para retribuir o mal causado e evitar a prática de novos delitos; ii) ressocializador, cuja finalidade é reintegrar quem comete crimes à sociedade; e iii) consensuado, em que usa de modelos de acordo e conciliação para obter justiça.

Ainda, o último modelo se subdivide em pacificador/restaurativo e justiça negociada. Enquanto o primeiro está voltado para a resolução do conflito entre o agente que praticou o crime e a vítima, o segundo busca fazer com que a pessoa que cometeu o crime admita a culpa e negocie com o órgão acusador sobre a sua pena - tempo, forma de cumprimento, perda de bens e até reparação de danos.

O Acordo de Não Persecução Penal encontra-se dentro da justiça negociada, desta feita, se faz necessário entender um pouco sobre esse modelo, a sua origem, para tão somente entrar no instituto objeto deste estudo.

Isto posto, com o advento e expansão da globalização, ocorreu uma alteração da função do Estado Nacional (BIZZOTTO, DA SILVA, 2020), o qual passou a responder às expectativas de um mercado mundial voltado para o consumo. Diante dessa concepção neoliberal, o Estado tem o seu papel diminuído, devendo garantir o livre mercado e a liberdade individual.

Nota-se que não somente esse modelo de Estado como, mais especificamente, o *plea bargaining*, expandiu-se de uma forma muito rápida nos ordenamentos ocidentais. Atribui-se a esse fenômeno a necessidade de aceleração das respostas penais⁶ frente a crimes de baixa e média gravidade.

Tendo tais aspectos iniciais em mente, tem-se que a origem do ANPP no Brasil se vincula a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual, dentre outras coisas, criou o Juizado Especial Criminal - art. 98, I, CF -, cuja competência foi estabelecida para as infrações de menor potencial lesivo. Na normativa exposta anteriormente, foi possível verificar a possibilidade da barganha penal, a qual se apresentou como o início da justiça criminal negocial.

Com o advento da lei nº 9.099/1995, privilegiou-se os princípios da economia processual, simplicidade, oralidade, informalidade e celeridade. Consequentemente, puderam ser estabelecidas modalidades de acordos criminais. São exemplos disso a composição por danos cíveis com efeitos penais (art. 74, parágrafo único, lei nº 9.099/1995), a suspensão condicional do processo (art. 89, da mesma lei) e transação penal (art. 76, da lei supramencionada).

⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240.

Vale destacar aqui o fato de ter sido defendido por alguns estudiosos que com essas medidas haveria uma redução da atuação do direito penal. Contudo, observou-se que foi exatamente o oposto que ocorreu: questões que antes eram abarcadas pela esfera cível, passaram a ser processadas em âmbito penal.

Nada obstante, após a lei 9.099/1995, outras normativas legais passaram a prever acordos penais. Exemplos disso são as leis nº 10.409/2002, 9.807/1999, 11.343/2006.

Para além dessas leis e adentrando, no momento, de maneira mais específica no objeto de estudo deste trabalho, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) surgiu no Brasil por meio da Resolução nº 181/2017, emitida pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Entende-se, neste trabalho, que até a entrada no ANPP no art. 28-A do Código de Processo Penal por meio da lei nº 13.964/2019 - conhecida vulgarmente como Pacote Anti-Crime -, a resolução do CNMP apenas possuía caráter recomendativo, isso porque havia a necessidade de existência de lei que regulasse o instituto com a finalidade do mesmo poder verdadeiramente existir no campo jurídico.

Válido se faz destacar que aqui não se pretende debater de forma profunda sobre a constitucionalidade do instituto quando o mesmo apenas fazia parte de uma Resolução. Isso porque, como exposto no parágrafo anterior, e mesmo tendo sofrido alterações, esse instituto já passou pelo trâmite legislativo.

Assim, o presente estudo irá se concentrar sobre o conceito, natureza jurídica, princípios que fundamentam o ANPP, hipóteses de

cabimento, vedações legais, direito intertemporal e prescrição desse instituto. Passa-se, dessa maneira, para os pontos elencados anteriormente.

2.1 Conceito

O ANPP, no Brasil, consiste em um negócio jurídico, antes do processo - ou melhor, na fase de investigação-, entre o Ministério Público (MP) e o investigado - assistido pelo seu defensor/ advogado (§3º) - em que este assume a responsabilidade do fato penal que lhe é imputado. Além disso, deve cumprir determinadas obrigações - não privativas de liberdade - e, em troca, o Ministério Público não deflagra a ação penal, por efeito, não há que se falar em reincidência - conforme enunciado nº 25 do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, doravante CNPG). Outrossim, o mesmo deve ser homologado judicialmente.

Nesse mesmo sentido, encontra-se o conceito formulado por Alves, Araújo e Arruda (2020, p.111), segundo os quais o acordo é

definido como o ajuste passível de ser celebrado antes do início da ação penal (ou seja, da persecução penal em juízo), no âmbito da investigação criminal, entre o Ministério Público e o investigado (acompanhado de defensor) que, uma vez homologado judicialmente e cumprido, enseja a extinção da punibilidade.

Frisa-se que, de acordo com esse instituto, não há imposição de sanção penal. Sendo tão somente ajustadas condições a serem cumpridas pelo investigado. Até porque uma sanção penal só pode ser imposta em obediência ao contraditório e ampla defesa.

Nota-se, portanto, que acerca da conceituação desse instituto, não recaem maiores embates, seja na área doutrinária ou no campo

jurisprudencial⁷. Por isso, passa-se, no momento, para o estudo da natureza jurídica do ANPP.

2.2 Natureza jurídica

Conforme já foi disposto no item anterior, o ANPP é um negócio jurídico pré-processual e deve ser homologado judicialmente. Tendo tal conceito em mente, doutrinadores divergem se o instituto teria natureza híbrida ou não.

Os que defendem essa dualidade argumentam que a mesma se dá por tanto o Acordo ser um negócio jurídico formulado antes do início do processo quanto ser uma causa de extinção de punibilidade⁸. Assim sendo, ele representaria - também - um direito subjetivo do investigado quando o mesmo cumprisse os requisitos legais.

Enquanto que para outros, seria apenas um negócio jurídico que consubstancia o Ministério Público na persecução dos delitos, cabendo a esse órgão optar ou não pelo oferecimento do ANPP. Para estes, o ANPP seria um verdadeiro poder-dever ministerial, cabendo a ele analisar fundamentadamente e com exclusividade, a sua possibilidade de aplicação.

Antes de se chegar a uma conclusão sobre o tema, alguns pontos devem ser melhor analisado. A começar por i) o ANPP representar uma

⁷ Fortalecendo este fundamento, encontra-se a conceituação feita pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Reynaldo Soares da Fonseca, o qual, em sede de AgRg no Recurso em Habeas Corpus no 128.660/SP, discorreu que o acordo "consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos".

⁸ SOUZA, Renee do Ó (org.). *Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p.123.

nítida mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. ii) Em que pese o mesmo deve ser homologado judicialmente, o magistrado irá averiguar tão somente a voluntariedade do investigado e a legalidade do acordo. iii) A sua previsão legal, conforme está no ordenamento hoje, encontra-se mais relacionada a uma oportunidade legalmente regulada, tendo em vista que é o MP que formula se a resposta penal está adequada, suficiente e necessária para a reprovação do ilícito investigado, e não do magistrado. iv) Uma de suas grandes características é o consenso. Dessa maneira, o Acordo apenas será formulado com convergência das partes⁹. v) Se fosse um direito subjetivo do acusado, o juiz poderia determinar a sua realização de ofício, o que não é possível.

Por isso tudo que fora exposto, o entendimento seguido é do Acordo de Não Persecução não possuir natureza híbrida. Isso porque é um negócio jurídico bilateral, que ao mesmo tempo em que evita a ação penal e, por ser sinalagmático, também evita a reincidência e extingue a punibilidade. Entender de outra forma sobre esse instituto seria deturpar os conceitos que lhe sustentam.

2.3 Hipóteses de cabimento e vedações legais

Ao tratar-se do ANPP, deve-se ter em mente que o mesmo possui pressupostos legais cumulativos que devem ser cumpridos para que só então se verifique as hipóteses de cabimento.

Assim, sendo, antes de adentrar nessas hipóteses, é fundamental esclarecer que deve haver um procedimento investigatório instaurado, bem

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.276-277.

como não ser o caso de arquivamento dos autos, ser uma infração penal - crime ou contravenção - cuja pena seja inferior a 4 (quatro) anos - consideradas as causas de aumento e diminuição da pena, concurso de crimes, concurso de pessoas, continuidade delitiva e tentativa - e a confissão do investigado ser formal e circunstanciada. Tais requisitos estão expostos no *caput* do art. 28-A, CPP.

Outrossim, não cabe ANPP no caso de ilícito penal praticado com violência ou grave ameaça a pessoa¹⁰. Isso se deve ao fato do legislador ter considerado que esse tipo de infração é mais reprovável socialmente, devendo sofrer uma maior reprimenda estatal. Aqui deve-se entender pelo conceito amplo de violência, segundo o qual inclui-se violência física, psicológica e presumida.

Importante destacar que é totalmente possível o ANPP nos casos de crime culposos com resultado violento. Isso porque nesse tipo de crime há uma violação de um dever de cuidado objetivo - seja por negligência, imprudência ou imperícia - em que o resultado é involuntário e a violência que impede o ANPP deve ser na conduta e não no resultado¹¹.

Em que pese tal posicionamento, há quem entenda que não seja possível em caso de crime culposos¹², isso porque enxerga que o legislador não teria delimitado a restrição a uma imputação subjetiva. Entretanto, justamente por não ter sido expresso em lei a proibição do cabimento em

¹⁰ Nesse sentido encontra-se o Enunciado nº 23 PGJ-CGMP, do Ministério Público de São Paulo.

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 129.

¹² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.91.

casos de crimes culposos com resultado violento, entende-se que deve ser seguida uma interpretação capaz de beneficiar o investigado.

Acerca das hipóteses de vedação legal, tem-se que por mais que caiba contra todo ilícito penal - crime ou contravenção, é certo, dependendo da pena -, o art. 28-A, § 2º, do CPP, expõe que não cabe acordo de não persecução "se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais".

Ocorre que todas as contravenções penais (Decreto-Lei no 3.688/41) são da competência do Juizado Especial Criminal e cabem transação penal (art. 61, da Lei no 9.099/95). Dessa maneira, em tese, não caberia ANPP devido à norma do citado art. 28-A, §2º, do CPP.

Outro ponto a ser destacado é que em caso de dúvida sobre a integridade mental do investigado, como regra, o ANPP não pode ser oferecido. Isso porque em sede de audiência extrajudicial para o oferecimento do Acordo, o Ministério Público tem o dever de explicar de forma detalhada as condições e consequências do ANPP e a necessidade de voluntariamente o investigado confessar detalhadamente a infração penal. Desta feita, há a obrigatoriedade do investigado ser capaz de expressar validamente sua vontade¹³.

Se a dúvida sobre a sanidade mental do investigado ocorrer, deve ser feito exame de insanidade mental do mesmo, sendo imprescindível que o Ministério Público requeira a sua instauração - conforme comando do art. 149, CPP.

¹³ SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 161.

Tão somente após a conclusão do exame, caso seja verificado que o investigado pode confessar e entender completamente as consequências do Acordo é que o mesmo pode ser realizado.

Há quem entenda em sentido contrário, expondo que o ANPP pode ser realizado por meio de decisão apoiada (art. 1.783-A, CC) apenas nas hipóteses em que for extremamente vantajoso ao investigado¹⁴.

No presente trabalho, filia-se ao segundo posicionamento por entender que nesses moldes, não há nenhum impedimento ou qualquer razão que impossibilite o investigado - estando amparado por duas pessoas de sua confiança optar por regime que lhe seja mais favorável. Entender que o mesmo deve ser protegido mas ao mesmo tempo pregar que não pode optar por instituto que lhe beneficie é uma incoerência jurídica.

Mais uma situação em que o Acordo não é possível se dá no caso em que o investigado for reincidente, se houver elementos probatórios que indiquem uma conduta criminal habitual, reiterada ou profissional; tiver usufruído desse instituto nos últimos 5 (cinco) anos, ou de transação penal ou suspensão condicional do processo; e em casos de cometimento de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Outro ponto bastante interessante sobre o ANPP diz respeito a possibilidade de proposta do ANPP mesmo quando o investigado não confessa em sede de inquérito policial. Sabe-se que há a necessidade de confissão formal, a qual deve ocorrer na presença do Ministério Público e

¹⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020, p.120-121.

do advogado/defensor. Dessa forma, mesmo se o agente tiver negado a prática do ato, caso o órgão Ministerial entenda que os demais pressupostos e requisitos do ANPP estão preenchidos, deve designar audiência extrajudicial para explicar o Acordo.

Após isso, pode o investigado ou até mesmo réu, manter o que afirmou em sede policial ou confessar e efetuar o ANPP. Nota-se, assim, que não há preclusão de oferta do Acordo, podendo o mesmo ser oferecido ainda após a denúncia¹⁵.

Assim sendo, havendo ou não a confissão em sede de investigação, o procedimento a ser seguido - caso os requisitos sejam preenchidos - deve ser o mesmo: o Ministério Público deve intimar o investigado para audiência em que explique o ANPP para só então o mesmo escolher se deseja ou não anuir ao Acordo.

Outrossim, a confissão deve apenas reforçar a justa causa, jamais ser utilizada como único ponto para formar a *opinio delicti* ministerial, isso porque devem estar preenchidos todas as condições da ação penal. Tampouco tem relação com o reconhecimento da culpa, tendo em vista que sequer existe processo nesse momento.

Por oportuno, a confissão pode ser usada em processo criminal caso o Acordo não seja cumprido. Mas é certo que a mesma não deve ser utilizada de forma isolada, devendo estar em consonância com as demais provas presentes no processo.

¹⁵ Esse entendimento está disposto, inclusive, em decisão da 16ª Câmara de Direito Criminal do TJSP, ao julgar, no dia 17/06/2020, o Recurso em Sentido Estrito no 1507691-40.2020.8.26.0050.

Contudo, de outro modo, caso o ANPP não seja homologado, a confissão não poderá ser utilizada. Isso porque a mesma deve ser desentranhada do processo - princípios da boa-fé e lealdade processual.

Após o estudo das hipóteses e vedações legais, passa-se para o estudo das condições deste instituto.

2.4 Condições do ANPP

Com a celebração do acordo e se tratando de negócio bilateral, o investigado tem o dever de cumprir com algumas obrigações. Elas estão previstas no art. 28-A, incisos I a V, do Código de Processo Penal, veja-se: i) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; ii) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; iii) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); iv) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; v) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Vale destacar que não será o Ministério Público o responsável pela indicação do local da prestação do serviço à comunidade ou a entidades

públicas, mas sim o Juízo da Execução, segundo exposto no art. 28-A, III, CPP. O máximo que o órgão Ministerial pode fazer é, juntamente com o investigado, sugerir um local.

Ademais, pode ainda o MP ajustar condição não prevista no art. 28-A, isso porque essas hipóteses não são taxativas, mas sim alternativas ou cumulativas. Contudo, tal condição deve ser proporcional e compatível com a infração.

Também entende-se que é possível que o ANPP sofra novação, ou seja, que possa ser objeto de alteração, desde que tenham ocorridos motivos justificáveis para isso.

Passa-se, no momento, para o estudo do direito intertemporal e o Acordo de Não Persecução Penal.

2.5 Direito intertemporal e o ANPP

Um debate interessante sobre o ANPP diz respeito à possibilidade de o ANPP ser oferecido nos processos com denúncia recebida antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019. Ainda não há entendimento consolidado sobre o tema, contudo isso não impede o debate.

Para discutir esse tema, deve-se entender, primeiramente, se essa norma tem caráter processual, material ou misto. Tendo em vista que a partir dessa classificação, será possível estabelecer o limite temporal de incidência da mesma.

Neste trabalho defende-se que o ANPP possui caráter misto, tendo em vista criar uma hipótese de não aplicação da pena. Em decorrência disso, a norma deve retroagir para os casos ocorridos antes de sua vigência.

Isto posto, mesmo tendo esses aspectos em mente, a 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim como a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e alguns ministros do STF (Ministra Cármen Lúcia no HC 186.289/RS e Ministro Luís Roberto Barro no HC 191.464/SC), entendem que somente cabe ANPP antes de recebida a denúncia. Em sentido contrário encontra-se o entendimento da 6ª Turma do STJ.

Nota-se, portanto, que a questão ainda é bastante controversa e necessita urgentemente ser consolidada com a finalidade de que pessoas em uma mesma situação não tenham decisões opostas dependendo da turma em que seu processo cair.

Não à toa o Ministro Gilmar Mendes, nos autos do HC 185.913-DF, manifestou-se pela repercussão geral da questão, tendo, inclusive, exposto a divergência entre a 5ª e a 6ª Turma do STJ. Decidiu, assim, remeter o caso para que o plenário do STF deliberasse sobre a possibilidade ou não de retroatividade do ANPP.

Ainda, em outubro de 2020, a 1ª Turma do STF fixou a tese de que o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei no 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Dessa forma, percebe-se a tendência de que o plenário do STF não admita o ANPP após o recebimento da denúncia.

Aqui defende-se que seria cabível o ANPP mesmo após o recebimento da denúncia em processos anteriores a essa lei por se tratar de norma mista, desde que seja feito antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Justifica-se esse posicionamento pelo Acordo possibilitar a não aplicação da pena, assim, é uma possibilidade benéfica para o réu e a

ele deve ser ofertada. Posto de outra forma e de maneira simplificada, essa lei deve retroagir.

Seguindo esse mesmo entendimento o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Criminal no 1500626-69.2018.8.26.0080, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos Embargos Infringentes e de Nulidade no 5001103-25.2017.4.04.7109, e a 6ª turma do STJ, decidiram pela conversão em diligência e remetidos os autos ao primeiro grau de jurisdição para que o Ministério Público avaliasse a possibilidade do ANPP. Possibilitando, assim, que o Acordo fosse proposto mesmo quando já havia sentença em primeiro grau.

Faz-se o adendo de que para seguir a celeridade, a melhor solução vislumbrada é que para os processos que estão em grau de recurso, o membro do Ministério Público atuante no Tribunal deve avaliar a possibilidade do ANPP. Em caso positivo, deve oferecer o Acordo e o relator do processo no Tribunal competente para homologar¹⁶.

2.6 Prescrição e ANPP

Conforme exposto no art. 116, IV, CP, o prazo prescricional não corre enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal. Em decorrência disso, o prazo prescricional é suspenso. Entretanto, essa disposição somente é aplicável para aqueles crimes perpetrados após a entrada em vigor da Lei no 13.964/2019, ou seja, dia 23/01/2020.

¹⁶ CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (org.). *Inovações da Lei no 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 11 jan. 2022, p.362.

Entretanto, em sendo o crime praticado antes dessa data, firmado acordo de não persecução penal, a prescrição correrá normalmente durante o ANPP.

Ademais, sanadas as questões iniciais sobre o ANPP, passa-se para a análise desse instituto antes do mesmo se tornar lei.

3. Análise crítica do ANPP

Sendo um instituto novo e por propor o avanço de uma nova mentalidade jurídica, o ANPP ainda causa bastante desconfiança, sobretudo entre aqueles que possuem uma visão mais tradicional do processo criminal.

É certo que o modelo punitivista adotado pelo Brasil não tem dado resultados positivos. Há décadas enfrentamos grandes problemáticas na segurança pública do país, seja em relação ao aumento da criminalidade violenta ou pela grande quantidade de pessoas que têm sido presas. O que ocorre é que o Brasil não só prende muito como prende mal.

Várias situações jurídicas que podiam ser decididas de forma rápida - quando não deviam ser apuradas em outro campo do direito - acabam sendo encaminhadas para a última esfera de julgamento, fazendo com que o judiciário fique ainda mais abarrotado de processos.

De todo modo, a justiça negocial já faz parte da realidade jurídica no Brasil. Isso é fato. Nada obstante, é necessário fazer um estudo crítico sobre essa forma de conduzir o direito, mas especificamente sobre a implementação do ANPP.

Isto posto, para alguns doutrinadores, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública seria um verdadeiro empecilho para a utilização do Acordo. Contudo, aqui defende-se que nenhum princípio no ordenamento é

absoluto, assim sendo, de forma justificada, legal e ponderada, qualquer um deles pode sofrer mitigação. É o caso desse princípio ora em estudo em sede de ANPP. Assim sendo, entende-se que quando houver prevalência do interesse público em uma resolução negociada, a mesma deve ser implementada.

Outro ponto controverso diz respeito ao princípio da ampla defesa. Para alguns, ao concordar com o ANPP, o investigado estaria abrindo mão do seu direito de defesa na ação penal. Entretanto, entende-se que essa argumentação não deve prevalecer. Isso porque o investigado tem que estar assistido por uma defesa técnica para formular o Acordo. Ademais, por não se tratar de um direito seu propriamente, mas sim de um acordo bilateral, homologado por um magistrado, ele pode decidir, a qualquer momento, pelo fim do ANPP, dando, possivelmente, seguimento das investigações e, conseqüentemente, da ação penal.

Caso opte por isso, defende-se que o Acordo, assim como a confissão, não pode ser utilizado como única prova ou formulação de culpa capaz de gerar uma sentença penal condenatória.

Um terceiro aspecto a ser considerado é uma supervalorização da investigação preliminar, do ainda sem forma definida, inquérito policial, pois o acordo é feito exclusivamente com base nele, tendo em vista que nenhuma prova é produzida. Por isso aqui defende-se que o ANPP pode ser formulado em qualquer período até a sentença, caso seja um processo que começou após a promulgação do pacote anti-crime. Se não o for, em processos que já estavam ocorrendo após o surgimento dessa lei, entende-se pela possibilidade de proposição até o trânsito em julgado.

Desta feita, poderia o réu avaliar quais provas foram produzidas em sede de juízo, bem como o Ministério Público verificar se seria o caso de formulação do ANPP ou não.

O quarto aspecto emblemático sobre o tema diz respeito a uma possível coação do acusador frente o investigado, em decorrência da disparidade de armas que possuem. Isso porque o Estado possui um aparato e poderio muito superior à defesa, assim, caberia à acusação atuar de forma positiva e fornecer todas as provas obtidas, colocando todos os pontos em discussão de maneira clara e precisa ao investigado e seu defensor.

Em uma primeira análise, tal aspecto pode parecer utópico. Como poderia o órgão Ministerial apresentar "de bandeja" as provas que possui contra o investigado? Contudo, deve-se ter em mente que o ANPP se trata, reitera-se, de um negócio jurídico bilateral. Ademais, a transparência na descoberta de informação já é realidade em alguns países mais maduros na justiça negocial. Nos Estados Unidos, inúmeros acordos que não utilizam da transparência das informações são desfeitos nas Cortes Superiores, tendo em vista que o compartilhamento é requisito obrigatório. Entende-se, pois, que tal aspecto deveria estar previsto expressamente na proposta do novo Código de Processo Penal.

Outro ponto a ser ajustado, defendido nesta pesquisa, diz respeito sobre o momento da obtenção da confissão, a qual, pela legislação vigente, se dá na fase pré-processual. Esse ponto já foi debatido em inúmeros momentos desta pesquisa, de toda sorte, achou-se importante retirá-lo, também, neste momento.

Após o estudo sobre os aspectos críticos que envolvem o Acordo de Não Persecução Penal, passa-se, no momento, as reflexões finais desta pesquisa.

4. O ANPP no projeto de lei aprovado no Senado Federal (PL 156/2009), em discussão na Câmara de Deputados (PL 8.045/2010) e suas diferenças em relação a lei nº 13.964/2019

De 22 de abril de 2009 a 23 de março de 2011, tramitou no Senado Federal o projeto de Lei nº 156 que versava sobre a reforma do Código de Processo Penal (CPP). Esse projeto tinha como principal objetivo compatibilizar o CPP de 1941 com os valores democráticos expostos na Constituição Federal de 1988.

Após sua tramitação no Senado, e feitas várias alterações, o projeto foi encaminhado à Câmara de Deputados, ganhando a roupagem de projeto de lei nº 8.045/2010 - compreendido como um novo Código de Processo Penal.

Feito tais apontamentos, é necessário reiterar alguns pontos já expostos neste trabalho. Assim sendo, o CPP - uma lei de 1941-, instituído por Getúlio Vargas, teve grande influência do Código Rocco italiano. Isso refletiu na promoção de um código com forte influência em ideias fascistas e baseado em um sistema inquisitorial.

Acontece que a Carta Magna promulgada no fim da década de 1980 reformulou o sistema jurídico brasileiro, fazendo com que as leis anteriores a ele tivessem que se adaptar a uma nova forma de reger o direito.

Tratando especificamente do processo penal, ocorreu uma grande mudança de paradigma: se antes o sistema inquisitorial prevalecia, com a

nova *Lex Mater*, o sistema acusatório deveria ser seguido. Em verdade, uma grande revolução aconteceu. A CF efetuou uma grande ruptura com o CPP e sob o ponto de vista jurídico, o ideal seria escrever um novo código.

Contudo, isso não foi o que aconteceu. Acabou-se optando pela manutenção de um código que não estava em consonância com os parâmetros constitucionais. Assim, o CPP se transformou em uma verdadeira colcha de retalhos, um monstro de sete cabeças, com dispositivos totalmente contraditórios entre si.

Tendo tais aspectos em mente, deve-se entender que a Lei Maior de 1988, ao optar por um regime acusatório, retirou da função do magistrado a produção de provas. Assim, o juiz não é mais senhor absoluto do processo e não há qualquer confusão entre as funções de julgar e acusar, como outrora existia.

Passando, no momento, para o estudo do ANPP, o que foi previsto na lei nº 13.964/2019 e no PL, tem-se que foram vários pontos de divergência que se percebem entre o art. 28-A - instituído com o Pacote Anticrime - e o projeto de lei em trâmite na Câmara de Deputados e seu texto inicial como PL no Senado. Essas diferenças, pois, serão analisadas uma a uma no decorrer deste tópico. A seguir, será exposto um quadro comparativo entre as redações do CPP vigente e das suas propostas de alteração.

Código de Processo Penal atualmente (alteração incluída pela Lei nº 13.964/2019)	PL 8045/2010 (Câmara de Deputados)	PL 156/2009 (Senado)
Art. 28-A. Não sendo caso de	Art. 39. Não sendo caso de	Art. 283. Até o início da

<p>arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:</p> <p>I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;</p> <p>II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;</p> <p>III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);</p> <p>IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo</p>	<p>arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos de privação de liberdade, o suposto autor do fato, assistido por advogado ou defensor público, poderá propor, ao Ministério Público, a celebração de acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.</p> <p>§ 1º Havendo consenso entre o suposto autor do fato e o Ministério Público quanto à viabilidade de celebração do acordo, será realizada audiência de composição de danos com a vítima, na sede do Ministério Público. Em caso de infração penal que afete interesse transindividual, como o meio ambiente, o Ministério Público proporá a composição civil.</p> <p>§ 2º São pressupostos para a celebração do acordo de não persecução penal a assinatura de termo de confissão de dívida em favor da vítima, que constituirá título executivo extrajudicial, e de termo de renúncia de bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.</p> <p>§ 3º A insuficiência de recursos não inviabiliza a assinatura do termo de confissão de dívida, cuja exequibilidade civil ulterior poderá ocorrer.</p> <p>§ 4º São condições do acordo</p>	<p>instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.</p> <p>§ 1º São requisitos do acordo de que trata o <i>caput</i> deste artigo:</p> <p>I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;</p> <p>II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2o e 3o deste artigo;</p> <p>III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.</p> <p>§ 2o Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.</p> <p>§ 3o Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e</p>
--	--	---

CAPÍTULO 5
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SEUS DESDOBRAMENTOS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

<p>delito; ou</p> <p>V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.</p> <p>§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.</p> <p>§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:</p> <p>I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;</p> <p>II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;</p> <p>III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e</p> <p>IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.</p>	<p>de não persecução penal:</p> <p>I - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um sexto a um terço, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do disposto na legislação penal.</p> <p>II - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos da legislação penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e, se for o caso,</p> <p>V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.</p> <p>§ 5º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento (em seu patamar mínimo) e diminuição (em seu patamar máximo) aplicáveis ao caso concreto.</p> <p>§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:</p> <p>I - se for cabível transação penal, conforme o procedimento sumariíssimo;</p> <p>II - se o investigado for reincidente ou possuir maus</p>	<p>a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.</p> <p>56</p> <p>§ 4o Não se aplica o disposto no § 3o deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.</p> <p>§ 5o Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.</p> <p>§ 6o O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.</p> <p>§ 7o Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.</p> <p>§ 8o Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.</p> <p>§ 9o Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.</p> <p>Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma</p>
--	--	---

<p>§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.</p> <p>§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. <u>(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</u> <u>(Vigência)</u></p> <p>§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. <u>(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)</u> <u>(Vigência)</u></p> <p>§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.</p> <p>§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.</p> <p>§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das</p>	<p>anteriores;</p> <p>III - ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo;</p> <p>IV - quando se tratar de infrações penais praticadas no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticadas contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;</p> <p>V - nas hipóteses de crimes hediondos e assemelhados, ressalvada a hipótese do § 4º do art. 33 da Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006;</p> <p>VI - quando se tratar de delito de lavagem de dinheiro, de organização criminosa, e de crimes que afetem os interesses patrimoniais da Administração Pública, direta ou indireta, ressalvada a hipótese do art. 20 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002.</p> <p>§ 7º O Delegado de Polícia, observando o preenchimento dos requisitos legais, sugerirá ao suposto autor do fato e seu defensor a possibilidade de formulação do acordo. Em caso positivo, relatará o inquérito, encaminhando-o, com a proposta de acordo ao Ministério Público.</p> <p>§ 8º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo</p>	<p>do rito ordinário.</p>
--	--	---------------------------

CAPÍTULO 5
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SEUS DESDOBRAMENTOS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

<p>investigações ou o oferecimento da denúncia.</p> <p>§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.</p> <p>§ 10º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.</p> <p>§ 11º O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.</p> <p>§ 12º A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.</p> <p>§ 13º Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.</p> <p>§ 14º No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.</p>	<p>investigado e por seu defensor.</p> <p>§ 9º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.</p> <p>§ 10º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.</p> <p>§ 11º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.</p> <p>§ 12º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a sua adequação.</p> <p>§ 13º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.</p> <p>§ 14º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu eventual descumprimento.</p> <p>§ 15º Descumpridas quaisquer</p>	
---	--	--

	<p>das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. A rescisão não afeta o termo de confissão de dívida.</p> <p>§ 16º O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.</p> <p>§ 17º A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para o controle temporal de eventual nova celebração.</p> <p>§ 18º Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.</p> <p>§ 19º No caso de recusa indevida, por parte do Ministério Público, em celebrar o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, para eventual revisão.</p>	
--	---	--

A primeira diferença trata da cominação do limite máximo da sanção penal que permitiria ou não o ANPP, prevista no *caput* de todas as normativas em análise. No caso do art. 28-A e da PPL 8.045/2010, tem-se

que não se pode ultrapassar os 4 anos. Enquanto que na proposta do Senado, esse limite é de até 8 anos. Defende-se nesse ponto que sendo preenchidos outros requisitos, o melhor seria a proposta do PL 156/2009.

Já a segunda, se refere à condição cumulativa exposta no inciso III do art. 28-A, segundo o qual, deverá ser prestado "serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução". Enquanto que na previsão do PL 8.045 expressa que a pena mínima cominada ao delito diminuída de um sexto a um terço. Já no PL do Senado, a pena poderá ser diminuída em até $\frac{1}{3}$. Entende-se aqui que não deve haver retrocesso nos direitos do investigado, sendo assim, deve prevalecer a proposta que mais o proteja.

A terceira, por sua vez, diz respeito à previsão do PL 8.045/2010 no seu §5º - correspondente ao §1º do art. 28-A - que serão consideradas as causas de aumento em seu patamar máximo e de diminuição no seu patamar mínimo. No artigo vigente, não há nenhuma menção expressa ao patamar que deve ser considerado. No §1º, inciso II, do art. 283 do PL 156, por sua vez, há a expressa menção de que independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento de penal, deve haver um requerimento de que a pena seja aplicada no mínimo previsto da sua cominação legal.

Há ainda uma previsão no art. 283, §1º, inciso III do PL 156/2009 de que as partes expressem a dispensa de produção de provas por elas indicadas, o que não possui nenhuma correspondência com as demais normas estudadas. Outros dois pontos que não constam em nenhuma outra normativa são: i) a cominação de multa, se houver, será em seu patamar

mínimo; ii) a homologação do acordo é considerada como sentença homologatória. Percebe-se que esse último ponto é o que mais diferencia o ANPP previsto no PL 156 dos demais. Os efeitos de uma sentença condenatória são inúmeros e tal aspecto acabaria por enfraquecer a aplicação desse instituto no dia a dia.

A quinta revela-se no inciso II do §2º do art. 28-A, em que não se permite o ANPP caso o "investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas". No PL 8.045/2010 foi retirada a vedação - aqui entende-se, de forma correta - para os supostos criminosos habituais, reiterados ou profissionais - conceitos estes bastante abertos e que permitem fortemente a incidência do direito penal do autor.

Já a quinta diz respeito a nova previsão - exposta no PL 8.045/2010 - de proibição da aplicação do Acordo em casos de crimes hediondos. Vale destacar que esta previsão encontrava-se na Resolução nº 181/17 do CNMP, contudo, foi retirada na lei 13.964/2019. Dito isto, entende-se que muito embora o agente que cometa um crime desta espécie não seja beneficiado por não satisfazer os requisitos subjetivos, a menção expressa no dispositivo faz com que seja *contra legem* entendimento diverso - considerando, é certo, a futura constitucionalidade do mesmo.

Outra vedação inovadora trazida no PL 8.045/2010 versa sobre as hipóteses de delito de lavagem de dinheiro, de organização criminosa, e de crimes que afetem os interesses patrimoniais da Administração Pública, direta ou indireta - ressalvada a hipótese do art. 20 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002. Essa hipótese acabaria por esvaziar a aplicação desse

instituto em sede federal. Outrossim, não se vê uma justificativa plausível para a não aplicação do mesmo nesses delitos.

Ademais, nota-se que no PL que está em trâmite na Câmara, tanto o Ministério Público quanto o acusado podem requerer a aplicação do ANPP. Dessa forma, há um verdadeiro caráter de bilateralidade do acordo, conforme a sua própria natureza jurídica, vez que sua proposta pode ser apresentada por qualquer uma das partes. Reforçando esse caráter, o texto assegura em um primeiro momento ao investigado e ao Delegado de Polícia, encaminharem proposta de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) diretamente ao Ministério Público, em vez do acordo ficar, primeiramente, a cargo do titular da ação penal pública.

Aqui, há de se mencionar que alguns ferrenhos defensores do MP acreditam que, nesse caso, haveria uma usurpação da função ministerial em decorrência do princípio da obrigatoriedade. Contudo, no presente trabalho, não se concorda com este posicionamento em razão da própria natureza jurídica do ANPP - qual seja a de um negócio jurídico bilateral -, o que permite que ambas as partes possam encaminhar uma proposta e estipular suas premissas. De toda sorte, nenhum dos lados é obrigado a aceitar o ANPP.

Outrossim, o acordo de não persecução, segundo o PL 8.045/2010, poderia ocorrer até a audiência de instrução e julgamento, enquanto que segundo a lei nº 13.964/2019, o mesmo pode ocorrer até o recebimento da denúncia. Para alguns doutrinadores, tal ampliação deixaria o processo penal com um forte caráter utilitário, sendo o "combate ao crime" um fim em si mesmo.

Como último ponto, tem-se que o PL 8.045/2010 colocou no juízo da execução a responsabilidade de indicação do local de cumprimento da prestação do serviço à comunidade, e não no Ministério Público. Entende-se aqui ser coerente a indicação pelo juízo da execução, tendo em vista ser este o órgão responsável pelo processamento da execução. Entender o contrário seria dar um poder que sequer está previsto constitucionalmente ao órgão ministerial.

Esses são os principais pontos que diferenciam o tratamento dado ao ANPP em sede de Pacote Anticrime no projeto de Novo Código de Processo Penal. Tendo esses apontamentos em mente, passa-se para a análise crítica desse instituto - em que pese já terem sido feitas observações nesse sentido ao longo de todo o trabalho.

Considerações finais

Este capítulo não analisou todas as questões que rodeiam este instituto, mas tão somente averiguou as nuances do ANPP como instrumento hábil para apresentar alternativas ao sentido punitivista da redação originária do Código de Processo Penal.

Observa-se que a justiça negocial no Brasil representa uma tendência que veio para permanecer. Conseqüentemente, o ANPP, como fruto dessa nova forma de pensar o direito, ainda é um instituto tratado de forma tímida.

Percebe-se que, por mais que se tenha avançado em alguns aspectos, no ponto em que como ampliou os agentes que podem promover o ANPP, por exemplo, o PL nº 8.045, de 2010, regrediu, chegando até a esvaziar esse

instituto, ao vedar expressamente a sua aplicação em casos de crime contra a administração pública.

Já o que se notou sobre o PLS nº 156, de 2009, é que a proposta caracteriza inescindível retrocesso, em razão da previsão de que a homologação do acordo teria os mesmos efeitos de uma sentença condenatória, desconstruindo o aspecto significativamente positivo do instituto tal como ele previsto em nosso ordenamento, que é solucionar o processo sem a condenação do investigado.

Por fim, o ANPP é um instrumento que deve ser utilizado com responsabilidade e voltado à proteção da sociedade. Ademais, caso isso não ocorra, o ANPP pode romper com garantias definidas no CPP. Isso porque uma demasiada desburocratização do processo pode se contrapor com direitos e garantias fundamentais. Outrossim, utilizado como único caminho para o desencarceramento, o ANPP não fará muito pela nossa coletividade. Tem-se que desenvolver políticas públicas integradas e interligadas com várias esferas do poder e da sociedade. Apenas assim se conseguirá reduzir não só com as taxas de criminalidade bem como com a atuação do estado na esfera criminal.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque; ARRUDA, Karol. *Pacote anticrime comentado*. Salvador: JusPodivm, 2020.

ANTUNES, Rita de Cássia Alves; CHAZAN, Eduardo Leite; GOMES, Abel Fernandes; REGO, Roberta da Silva Dumas; VIDEIRA, Renata Gil de Alcântara. *Persecução penal e devido processo legal no Brasil e na Common Law Tradition* – análise histórica e comparativa à luz da aplicação de princípios democráticos. Revista da SJRJ nº 22 – Direito Penal e Processual Penal (2008). Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/persecucao-penal-e->

devido-processo-legal-no-brasil-e-na-common-law-tradition. Acesso em: 5 jan. 2022.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BARROS, Francisco Dirceu e Jefson ROMANIUC. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. Belo Horizonte: JH Mizuno, 2019.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BIZZOTTO, Alexandre, DA SILVA, Denival Francisco. *Acordo de não persecução Penal*. São Paulo: Dialética, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (org.). *Inovações da Lei no 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 11 jan. 2022.

CONNECTAS. *Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo*: dados do infopen publicados nesta sexta (14) computam 773 mil pessoas presas; 8,6% a mais que em 2018. Dados do infopen publicados nesta sexta (14) computam 773 mil pessoas presas; 8,6% a mais que em 2018. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 5 dez. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* 3 ed. Tradução: Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2019.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, PAULO Henrique; PARDAL, Rodrigo (org.). *Lei Anticrime comentada*. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 15^o edição, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RIBEIRO, Djamila. *Pequeno manual antirracista*. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Camila Rodrigues da. *Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26^a posição em ranking dos países que mais prendem no mundo*. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>. Acesso em: 5 dez. 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes; HAMILTON, Olavo; et al. *Pacote anticrime*: temas relevantes. 1 ed. Natal: OWL, 2021.

SOUZA, Renee do Ó (org.). *Lei Anticrime*: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. *Críticas à barganha no processo penal*: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (PLS 156/2009). *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 03, 2016.

CAPÍTULO 6

Cadeia de custódia: a busca pela concretização da inviolabilidade da prova

Sophia Fátima Morquecho Nôga¹

No âmbito constitucional, partindo-se da teoria estruturante do Direito consagrada por Friedrich Müller, para a Constituição ser eficaz há de se ter compatibilidade entre o programa normativo – normas postas – com o âmbito normativo – a realidade social. Considerando o paradigma neoconstitucionalista que se insere o Brasil, em que se destaca a constitucionalização do Direito, não há como se desvencilhar da relação de concordância que as normas processuais penais devem ter com as necessidades práticas dos agentes que o realizam.

É dizer que já havia uma necessidade concreta da fixação de um procedimento padrão para a cadeia de custódia da prova. O que faltava até 2019 era uma regulamentação legal. Até então, esse tratamento era dado tão somente pela Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública.

¹ Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogada OAB/RN. Integrante do grupo de pesquisa Direitos fundamentais e linguagem no Direito Criminal e O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva. E-mail: <sophia_mnoga@hotmail.com>.

Com a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, nota-se um detalhamento da trajetória do vestígio, visando, em última análise, assegurar a inviolabilidade da prova desde o seu colhimento para eventual análise pelo magistrado, até o seu descarte. Há uma tentativa de compatibilizar a demanda dos agentes responsáveis pelo acautelamento desses dados com um regramento que evite possíveis dúvidas, com vistas a inalterabilidade da prova.

Apesar dos avanços, esse regramento não se debruçou acerca da prova digital, em específico. Essa espécie probatória requer um olhar específico diante das peculiaridades do mundo digital, onde deve-se proteger o direito aos dados pessoais, de um lado, e evitar adulterações e violações de direito alheio, de outro.

Dessa forma, com o Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, estando sob a análise da Câmara dos Deputados com o nº 8.045 de 2010 tem-se a oportunidade para a complementação do tema pelo legislador com a reforma do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, importante mencionar o texto proposto pelo deputado João Campos enquanto substitutivo ao referido projeto de lei, que amalgama diversas questões, inclusive, a prova digital. Apesar da timidez na abordagem desta última, vê-se um espaço aberto para complementações com o propósito de regular com a maior efetividade a cadeia de custódia.

Sendo assim, devem ser objetos de análise o Projeto de Lei nº 8.045 de 2010 e seu possível substitutivo apresentado pelo deputado João Campos. Mais especificamente, deve-se perceber se a finalidade da cadeia de custódia está sendo cumprida com a normatização que está sendo-lhe dada.

Isso porque, não é tão somente a inalterabilidade da prova em si que se está protegendo, mas também a própria idoneidade do sistema processual penal como um todo. Dá-se a concretude de direitos fundamentais como a ampla defesa, contraditório e a segurança jurídica.

Há de se destacar, ademais, que o arcabouço referencial do presente trabalho é fomentado, especialmente, pelas informações coletadas e pesquisadas ao longo do engajamento com os grupos de pesquisa “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte” e “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, ambos sob a coordenação do Professor Walter Nunes.

Para desenvolver esses intentos, serão utilizados como método a pesquisa bibliográfica e descritiva acerca do tema. Em se tratando de pesquisa jurídica, serão ainda usadas como fonte a legislação brasileira vigente sobre a matéria e os julgados considerados relevantes para a temática ora abordada.

Dessa maneira, é através dessa metodologia que se irá estruturar o eixo para a construção teórica, de base científica, relativamente à uma conclusão sobre a importância da normatização da cadeia de custódia para preservação do vestígio e legitimação do devido processo legal.

1. A proteção dada à prova pela Lei Anticrime

A Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 (Lei Anticrime) inovou o ordenamento jurídico-processual penal ao estabelecer um procedimento específico a ser observado por todo agente que estiver responsável ou tiver

algum contato com a prova criminal. Esse cuidado deve ser observado desde o colhimento da prova até o seu descarte.

Antes da Lei Anticrime, a regulamentação da cadeia de custódia se restringia à Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública (IBCCRIM, 2020). Todavia, já era possível se questionar a necessidade de uma normatização mais robusta da cadeia de custódia, partindo-se de uma interpretação sistemática do art. 6º, inc. I e III do Código de Processo Penal, que já se preocupava com a inalterabilidade do estado da prova.

Ocorre que, nada obstante a carência de lei sobre o assunto, os problemas envolvendo o acautelamento da prova não deixaram de bater à porta dos tribunais. E, em virtude da inafastabilidade de jurisdição, a partir de uma interpretação sistemática, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já primava a necessidade da preservação da integralidade do material colhido na investigação para poder ser usado efetivamente como prova no processo penal.

Tal decisão foi proferida pela sexta turma, nos autos do Habeas Corpus nº 160.662/RJ, sob a relatoria da Ministra Assusete Magalhães, julgado em 18 de fevereiro de 2014, publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 de março de 2014. Esse processo tem origem nas investigações da Polícia Federal na operação “Negócio da China”, em que parcela das provas obtidas em interceptação telefônica foi extraviada (BRASIL, 2014).

Dessa forma, o STJ concluiu que a ausência de integralidade das provas violava o direito ao contraditório e ampla defesa, já que não havia como se refutar a tese acusatória em sua completude, razão pela qual anulou

as provas produzidas, inclusive as provas ilícitas por derivação, devendo ser desentranhadas² (BRASIL, 2014).

Outro julgado semelhante data de pouco antes da entrada em vigor da Lei Anticrime, também envolvendo a ausência de integralidade dos áudios obtidos por meio de interceptação telefônica. A sexta turma do STJ, no Recurso Especial nº 1.795.341-RS, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, em julgado de 07 de maio de 2019, divulgado no informativo 648, STJ, considerou que a defesa deveria ter acesso à integralidade das conversas interceptadas, sob pena de violação ao princípio da paridade de armas. Nesse sentido, qualquer interferência indevida durante o trâmite

² PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. [...] XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados. XV. Habeas corpus não conhecido, quanto à paciente REBECA DAYLAC, por não integrar o writ originário. XVI. Habeas corpus não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário. XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9. (STJ, 6ª Turma, HC 160.662/RJ, Rei. Min. Assusete Magalhães, j. 18/02/2014, DJe 17/03/2014)

processual da cadeia de custódia, pode gerar, por conseguinte, a sua imprestabilidade³ (BRASIL, 2019).

Há de se notar que a ausência de balizas legais estipulando objetivamente o passo a passo da obtenção e guarda da prova culmina com a produção de prejuízos na esfera processual penal. Esses prejuízos são revelados tanto pela ótica subjetiva, em que há um desgaste psicológico do réu na insegurança da análise da prova ou, até mesmo, uma possível impunidade pela ausência de apreciação de um dado que se fosse corretamente acautelado serviria para fundamentar de modo idôneo uma

³ Situação concreta: durante uma investigação para apurar tráfico de drogas, o juiz da vara criminal decretou a interceptação telefônica dos suspeitos. Durante os diálogos, constatou-se a participação de um militar. O militar foi, então, denunciado na Justiça Militar. Os diálogos interceptados foram juntados aos autos do processo penal militar como prova emprestada, oriundos da vara criminal. Ocorre que o juiz da vara criminal não remeteu à Justiça Militar a integralidade dos áudios, mas apenas os trechos em que se entendia que havia a participação do militar. O STJ entendeu que esse procedimento não foi correto. Isso porque houve “quebra da cadeia de custódia da prova”. A cadeia de custódia da prova consiste no caminho que deve ser percorrido pela prova até a sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência indevida durante esse trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade (RHC 77.836/PA, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 05/02/2019). **A defesa deve ter acesso à integralidade das conversas advindas nos autos de forma emprestada, sendo inadmissível que as autoridades de persecução façam a seleção dos trechos que ficarão no processo e daqueles que serão extraídos.** A apresentação de somente parcela dos áudios, cuja filtragem foi feita sem a presença do defensor, acarreta ofensa ao princípio da paridade de armas e ao direito à prova, porquanto a pertinência do acervo probatório não pode ser realizada apenas pela acusação, na medida em que gera vantagem desarrazoada em detrimento da defesa. STJ. 6ª Turma. REsp 1.795.341-RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 07/05/2019 (Info 648)

condenação. Sob o viés objetivo, pressupõe os danos ao processo em si, onde há um dispêndio financeiro e orgânico da própria função jurisdicional na persecução penal, que ao fim, se vê frustrada.

Com a Lei Anticrime, o Código de Processo Penal passou a incluir o art. 158-A, o qual define, desde logo, o que seria cadeia de custódia. De maneira concisa, pode-se considerar cadeia de custódia o conjunto de procedimentos voltados a documentar e preservar a história cronológica do vestígio desde sua coleta até o seu descarte, através do rastreamento de sua posse e manuseio.

É o caminho que a prova percorre da coleta até o exame pelo magistrado, visando que ela se mantenha intacta e inalterada. Visa-se, em último grau, a segurança jurídica, já que se está protegendo os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Esse vestígio tratado pelo art. 158-A seria qualquer material, constatado ou recolhido que, de alguma maneira, se relaciona com a infração penal, devendo ser preservado. Levando isso em consideração, em sendo o vestígio objeto de proteção, o início da cadeia de custódia se dá com a *“preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.”* (BRASIL, 2019)

Com isso, o agente público que considerar determinado elemento como relevante para a produção de prova pericial, ficará responsável pelo seu acautelamento.

Dessa forma, se houver a quebra da cadeia de custódia desses vestígios, emerge a inexorável dúvida sobre o grau de confiabilidade das provas. Essa dúvida deve ser interpretada em consonância com o princípio

do *in dubio pro reo*, o que pode culminar com o eventual descarte da prova, que, aliás, independe da análise se a cadeia de custódia foi maculada por ato de boa ou má-fé.

1.1 A cadeia de custódia como consectário da segurança jurídica e ampla defesa

Não há como se deixar de notar que o rito da cadeia de custódia cumpre com uma finalidade maior que a mera procedimental. Esse novel instituto viabiliza a concretização de diversos direitos materiais encartados na Constituição da República de 1988 e nos diplomas infraconstitucionais. Dentre estes, a segurança jurídica se revela com destaque. Apesar deste princípio não vir expresso no Código Processual Penal, não há dúvidas que ele a sua aplicação é de extrema importância neste ramo do Direito.

Durante muitos anos se vem buscando – tanto o legislador, através de inovações jurídicas, como o próprio operador do direito, ao aplicar a norma *in concreto* – a garantia de direitos fundamentais ao acusado. Notadamente, aqueles condizentes com o sistema mais avançado de processo penal, qual seja o sistema acusatório.

Através da aplicação desse sistema no Brasil, há um afastamento do arcaico sistema inquisitivo, para se privilegiar, agora, um processo imparcial, previsível, onde o acusado tem plena ciência que ainda é tão somente acusado e não culpado⁴, que há um órgão acusador próprio para

⁴ Daí o consectário da presunção de inocência e tantos outros princípios que dela advém, como o *favor rei* e o *in dubio pro reu*.

acusar o réu e que ele é parte e não julgador e, finalmente, existe um juiz natural⁵ equidistante em relação às partes com a função de julgar a causa.

Além disso, a ampla defesa e o contraditório alçam um novo patamar com o sistema acusatório. A ampla defesa vem exatamente para evitar a “decisão surpresa”, já que antes de qualquer pronunciamento judicial que possa, porventura, lhe prejudicar, deve ser dada à parte a possibilidade de se manifestar ativamente, salvo raras exceções em que este contraditório é diferido, mas jamais esquecido.

Esse novo viés processual que repele “decisões surpresa” e tenta se aproximar da verdade real, em última análise, protege a segurança jurídica. E a cadeia de custódia é mais um mecanismo nesse sentido. Ao passo em que se acautela com a máxima proteção de dados a prova, a intenção é, exatamente, afastar esse material de qualquer contaminação, para que se possa alcançar a verdade real ao fim do processo.

Isso porque, se uma prova foi colhida indevidamente⁶ ou, antes de ter sido analisada por perito oficial ter entrado em contato com pessoa estranha à cadeia regular de custódia, por exemplo, há uma contaminação da prova e esta deve ser desconsiderada perante o processo em questão. Com a cadeia de custódia evita-se a contaminação direta da prova e, inclusive, das derivadas daquela, que também seriam descartadas em caso de eventual contaminação.

Trata-se da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Por esta linha intelectual, as provas ilícitas por derivação deveriam ser, igualmente, desconsideradas, muito embora lícitas em sua

⁵ Que não pode ser um juiz de exceção.

⁶ Diga-se: contrariando as regras processuais penais para obtenção de prova.

essência, já que decorre, exclusivamente, de outra prova ilícita. Em outros termos, sem a prova ilícita não haveria como ter obtido o resultado da prova posterior de outro modo, por isso esta última eivada de vício está (MENDONÇA, 2008).

Situação distinta é a que a prova tiver sido obtida por fonte independente. Considera-se tal, a prova: “*que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*” (art. 157, § 2.º, do Código de Processo Penal). Não há que se falar, portanto, em contaminação nessa hipótese.

Nessa senda, também é digno de nota a existência de mais duas exceções à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, além da teoria da fonte independente supracitada. Tratam-se da teoria da limitação da contaminação expurgada (*purged taint limitation*), também conhecida como teoria da limitação da conexão atenuada (*attenuated connection limitation*) e da teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) (MELO, 2010).

Pela teoria da contaminação expurgada o meio que gerou a prova posterior já estava contaminado ou era ilegal, entretanto, um acontecimento posterior surge e afasta essa contaminação, de modo que torna possível o aproveitamento desta prova. Muito embora haja nexo de causalidade entre o meio ilegal e a prova obtida, este é atenuado por um acontecimento posterior, viabilizando a utilização da prova.

Já na teoria da descoberta inevitável, a prova que se pretende fazer uso advém de um meio ilegal ou é derivada de prova ilícita, mas ela será admissível se evidenciado que ela seria, inevitavelmente, descoberta de qualquer forma pelos meios legais.

Essas teorias servem para afastar a depreciação da prova que é passível de ser utilizada e fundamental para o bom andamento do processo penal. Todavia, com a chegada da normatização da cadeia de custódia através da Lei Anticrime, essa intenção de garantir a segurança jurídica a um devido processo legal se perfectibiliza.

Em uma análise acurada, Geraldo Prado relaciona a cadeia de custódia com dois princípios, por ele denominados de “mesmidade” e “desconfiança”. A “mesmidade” consistiria no princípio que aquilo que se achou e colheu no local do crime deve ser o mesmo utilizado na tomada da decisão judicial (PRADO, 2019).

Pelo princípio da “desconfiança” parte-se do pressuposto que não há prévia relação de confiança entre as partes diametralmente opostas no processo penal. Ao contrário disso, pressupõe-se que objeto em si ou documento não são, por si sós, que a outra parte simplesmente alega que é. Por esta razão, a prática dos procedimentos estabelecidos na cadeia de custódia, com uma base cronológica, robustece a credibilidade nas provas produzidas (PRADO, 2019).

Fato é que, com a implementação pela legislação de um percurso da prova penal, há um rito a ser seguido e observado pelas autoridades. O que importa, por conseguinte, numa uniformização procedimental nesse tratamento da prova. Ademais, não há dúvidas de que o resguardo de direitos – o que inclui a certeza de que a mesma prova colhida será a considerada ao fim e ao cabo da decisão – se torna muito mais concreto partindo-se de uma estrutura organizada.

1.2 A Constitucionalização do processo penal: o devido processo legal no âmbito da produção da prova

A incorporação de preceitos encartados na Constituição da República de 1988 pelo Código de Processo Penal, como a ampla defesa e a garantia de um devido processo legal que trate o acusado como inocente até eventual condenação irrecorrível, ressalta o fenômeno da constitucionalização do processo penal.

Nesse sentido, a incorporação pela Lei Anticrime de um devido processo legal, em específico, para a prova criminal é um exemplo de como a legislação infraconstitucional tem sido impactada pelo sistema jurídico constitucional como um todo.

Há, agora, a exigência legal de um ciclo de eventos que devem ser seguidos com vistas a manter a idoneidade do vestígio que será, posteriormente, apreciado como prova em uma ação penal. Esse roteiro predeterminado deve ser seguido, sob pena de a prova ser declarada nula.

O artigo 158-B, do Código de Processo Penal, se dedica a descrever as etapas desse rastreamento, que são divididas em dez, quais sejam: o reconhecimento, o isolamento, a fixação, a coleta, o acondicionamento, o transporte, o recebimento, o processamento, o armazenamento e, por fim, o descarte.

A coleta desses vestígios deve ser realizada, preferencialmente, por perito oficial, responsável por lhes dar adequado tratamento, como, por exemplo, se atentar para a compatibilidade do objeto colhido com o recipiente em que será guardado, lacrado e, devidamente, enumerado. Esse

simples procedimento visa impedir a contaminação externa desses possíveis elementos de prova.

Ademais, os arts. 158-C e 158-D estipulam regras a serem observadas nesse ínterim da coleta da prova. Especial atenção deve ser dada à vedação contida no § 2º, do art. 158-C aos locais isolados para a coleta de vestígios. O dispositivo pontua que a entrada nesses ambientes onde se está providenciando a coleta da prova, bem como a remoção de quaisquer vestígios antes da liberação pelo agente responsável, configura fraude processual.

No que concerne à trajetória da prova, há, em um primeiro momento, que se fazer o reconhecimento, que nada mais é do que distinguir se determinado objeto pode ser importante enquanto prova pericial ou não. Constatando que determinado elemento possui potencial valor probatório, deve-se prosseguir com o seu isolamento tanto desse ambiente imediato como o mediato, com o intuito de garantir a inalterabilidade desse vestígio.

Na etapa da fixação, procede-se com a descrição pormenorizada de como foi achado determinado elemento, tendo por base o local que foi encontrado. Para tanto, o uso de fotos, croquis e filmagens colaboram nessa descrição.

Após a fixação, permite-se coletar os vestígios para uma posterior análise pericial. E, para que, de fato, haja uma preservação da prova, é fundamental o cuidado no seu acondicionamento – outra etapa da cadeia de custódia. Nessa fase, o objetivo maior é manter intacta as características físicas, químicas e biológicas, inclusive, com referência à data, hora e nome do profissional responsável pela coleta.

O cuidado com a preservação da prova se mantém durante o transporte, que deve ser adequado, e ao chegar no local de destino, o recebimento deve ser documentado. Essa formalidade para a transferência da posse do vestígio facilita a identificação de todos os dados relevantes sobre quem já teve contato com esses elementos,

A etapa dita processamento consiste no exame pericial em si, com as suas respectivas conclusões externadas por meio de um laudo pericial. Posteriormente, o material em questão deve ser armazenado para eventual realização de contraperícia ou outra diligência. Dessa forma, o armazenamento deve se dar com vinculação à numeração do laudo pericial deste vestígio. Por fim, o descarte ocorre quando há a liberação do vestígio. Diga-se, quando não mais importar para a persecução penal.

2. A inovação da cadeia de custódia no projeto de lei do Senado nº 156, de 2009

O Projeto de Lei do Senado nº 156 foi apresentado em 30 de abril de 2009 pelo então senador José Sarney (MDB/AP), com vistas a implementar uma reforma no Código de Processo Penal, que data de 03 de outubro de 1941. Desde a promulgação do referido diploma, o ordenamento jurídico brasileiro passou por profundas transformações.

É indubitável que a maior delas foi a Constituição da República de 1988, que enfatizou esse novo paradigma neoconstitucional, através de uma ordem democrática de direito. Nota-se, então, a primazia de direitos fundamentais outrora relegados e que, agora, estão sendo tratados em larga escala pela Constituição.

Nada obstante essa ductibilidade constitucional – que amalgamou os mais variados grupos e interesses, garantindo direitos para todos os brasileiros – há uma dificuldade em o Código de Processo Penal acompanhar essa evolução.

As alterações legislativas no respectivo diploma foram bastante pontuais e, não raras vezes, desconformes com o restante do seu texto, que entra em embate com o espírito constitucional democrático e com o modelo acusatório de processo penal em vigor. Esse descompasso gera um ambiente de insegurança jurídica e uma sobrecarga aos tribunais pátrios, que são chamados a resolver esses embates no caso concreto.

Tendo isso em conta, o texto inicial do Projeto de Lei nº 156/2009 fixou breves delineamentos que com a incorporação das emendas foram se tornando mais completos. De início, não tratou especificamente de uma cadeia de custódia das provas (BRASIL, 2009).

No texto inicial, a matéria da prova constituía título próprio, sem, contudo, adentrar nos aspectos procedimentais da coleta do vestígio até o seu descarte ou como essa prova deveria ser preservada. O texto aprovado pelo Senado iniciou a demonstrar preocupação com o acondicionamento da prova, *in verbis*:

Art. 214. Para efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

§ 1º Quando for o caso, o perito diligenciará para que todos os vestígios recolhidos no local sejam acondicionados em embalagens individualizadas e devidamente lacradas, etiquetadas e rubricadas, com vistas à preservação da cadeia de custódia da prova durante o curso do processo.

§ 2º O perito registrará, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirá, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos. (IBRASPP, 2010).

Todavia, com a aprovação desse Projeto de Lei nº 156/2009 pelo Senado, passando a ser objeto de deliberação na Câmara dos Deputados sob o número 8.045 de 2010, a temática cadeia de custódia ganhou ainda mais espaço.

2.1 A cadeia de custódia no substitutivo ao Projeto de Lei nº 8045, de 2010, do relator João Campos, apresentado em 26 de abril de 2021

O Projeto de Lei nº 8045 chegou à Câmara dos Deputados em 2010, mas somente em 26 de março de 2015 foi criada uma comissão especial para sua discussão. A constituição dessa comissão se deu de maneira efetiva em 26 de fevereiro de 2016.

Até 2021 foram propostas 226 emendas e promovidas alterações no texto originário do referido projeto com vistas a coadunar com as alterações legislativas ao longo do tempo. Com isso, é pertinente lançar o olhar ao substitutivo ao Projeto de Lei nº 8045/2010, sob a relatoria do deputado João Campos, apresentado em 26 de abril de 2021.

No presente substitutivo, há tópico específico tratando da cadeia de custódia e, inclusive, da cadeia de custódia no que tange à prova digital. No substitutivo apresentado por João Campos, é perceptível uma evolução textual que se faz necessária, em virtude do trato que é dado à cadeia de custódia com a entrada em vigor da Lei nº 13.964 de 2021.

Nota-se, nesse íterim, uma complementação normativa da maneira que a cadeia de custódia já é tratada para atender os anseios dos setores técnicos envolvidos. É dizer, daqueles que lidam diretamente com a cadeia de custódia. Ressalte-se, inclusive, para o destaque que é dado ao perito, em especial, à garantia de sua independência técnico-científica.

É mister perceber, que o substitutivo proposto inova ao tratar da cadeia de custódia voltada a elementos digitais de prova. Com o avanço das tecnologias, há uma crescente demanda que envolve as provas advindas de relações jurídicas dispostas nesse meio. Sendo assim, é imprescindível uma normatização específica que abarque as particularidades que envolvem o mundo digital para a utilização de dados enquanto prova num eventual processo penal, sem olvidar do direito à segurança cibernética (PRADO, 2021).

A prova digital, também denominada de *e-evidence* consiste em “qualquer classe de informação (dados) que tenha sido produzida, armazenada ou transmitida por meios eletrônicos” (DELGADO, 2020).

Relativamente a isso, o substitutivo ora proposto traz a possibilidade – no seu art. 201, § 1º - de os órgãos de polícia judiciária e periciais regulamentarem a cadeia de custódia para adaptá-la, inclusive, aos avanços técnico-científicos, senão vejamos:

Art. 201. Todos os agentes públicos envolvidos na persecução penal deverão observar a cadeia de custódia na aquisição e preservação das fontes e meios de prova.

§ 1º Os órgãos de polícia judiciária e periciais poderão regulamentar a cadeia de custódia, inclusive adaptá-la aos avanços técnicocientíficos.

Não há dúvidas de que esse dispositivo pretende superar o desafio que é manter atualizada a legislação processual penal, face as novas tecnologias que estão por vir. Apesar disso, a amplitude como é posta essa solução pode dar margem a dúvidas e eventuais conflitos nessa regulamentação.

Ora, sabe-se que grande parte dos crimes envolvendo a rede mundial de computadores não contam com uma delimitação específica

territorial, já que o seu conteúdo, à exemplo das redes sociais, podem ser acessados em diferentes cantos do mundo, que dirá do Brasil. De pronto, já é possível emergir a dúvida com relação à qual regulamentação e de que órgão deve prevalecer em se tratando de alcance em vários estados da federação.

Há de se notar, ainda, que para prevenir indagações acerca do alcance desse dispositivo legal, é válido fixar, desde logo, qual órgão competente para dirimir eventual dúvida, cabendo-lhe sistematizar e uniformizar, no que for necessário, os atos regulamentares à nível interestadual.

Ademais, o procedimento da cadeia de custódia como é tratado pelo Código de Processo Penal em vigor, no art. 158-B não encontra artigo correspondente no substitutivo proposto. O art. 202 deste descreve o que deve ser digno de registro ao longo da cadeia de custódia, sem, contudo, se imiscuir no passo-a-passo de como isso deve ser feito.

Dessa maneira, à luz do princípio da vedação ao retrocesso, uma combinação entre ambos os dispositivos se ajusta às necessidades de normatização da cadeia de custódia, principalmente, levando em consideração que o tema era carente de respaldo legal até pouco tempo.

2.2 Os impactos da aplicação deste novo modelo procedimental na valoração das provas

O tratamento legal dado à cadeia de custódia veio para concretizar os direitos fundamentais basilares do processo penal e seus efeitos irradiam tanto para a vítima como para o acusado. Há uma nova perspectiva da ampla defesa, do contraditório e, por conseguinte, da segurança jurídica.

Com essa proteção maior à integridade do vestígio, facilita a defesa do réu, que tem o direito de explorar todos os pontos pelos quais ele está sendo acusado e contraditá-los. Para isso, ele precisa ter acesso a integralidade da prova descrita. Trata-se, pois, do contraditório e da ampla defesa em seu aspecto material.

Não basta que seja dado o direito à participação no processo. Para além disso, é imprescindível que seja oportunizado um efetivo poder de influência sobre a decisão judicial que, ao fim, vai ser proferida (STF, 2004).

A outro giro, sob a perspectiva da acusação, o acautelamento do vestígio colhido é de extrema importância para provar a correspondência da conduta imputada com as provas aduzidas, já que o ônus da prova cabe à acusação. Qualquer mácula no acondicionamento desse vestígio, seja ocasionado de boa ou má-fé, vai, salvo estritas exceções, comprometer a idoneidade da prova, com a consequente declaração de nulidade.

Ademais, a definição de um tratamento único dado à prova pelo Código de Processo Penal uniformiza esse procedimento à nível nacional, com vistas a expurgar maiores dúvidas sobre esse *modus operandi*.

Relativamente à cadeia de custódia de prova digital, apesar da carência legislativa em normatizar o tema, o substitutivo ao Projeto de Lei 8045/2010 lançou-lhe um breve olhar. Ainda assim, é imperiosa uma normatização mais robusta acerca dos limites e procedimentos que podem e devem ser usados na colheita do vestígio digital.

Novos desafios merecem o devido enfrentamento pelo legislador, tais como a estipulação de como deverá ocorrer a autenticação dos dados coletados, bem como a demonstração da sua fonte (HEILIK, 2019). Isso porque, no meio digital, não é raro o induzimento a erros e adulteração de dados (TARUFFO, 2004).

A informação digital assume uma posição de proteção pela interpretação da Constituição da República de 1988. Isso porque o direito à intimidade e à vida privada são invioláveis enquanto direitos fundamentais. Essa feição protetiva ganha ainda mais atenção com a nova Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD).

A LGPD proíbe o tratamento de dados relativos à segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação e repressão por pessoa jurídica de direito privado. Excetua-se os procedimentos realizados sob a tutela de pessoa jurídica de direito público (PRADO, 2021).

Sendo assim, o procedimento para o colhimento e uso da prova digital deve ser correspondente às características peculiares que lhes toca. Notadamente, deve ser resguardado o direito à transparência e controle do que foi colhido. E, ainda, observar a proporcionalidade, para que se viabilize o contraditório digital (PRADO, 2021).

Considerações finais

Considerando o grau de relevância da matéria que é o procedimento da cadeia de custódia, o modo como ela está disciplinada – com a sua introdução no Código de Processo Penal pela Lei Anticrime – contribuiu para sistematizar essa trajetória da prova, todavia, ainda não é suficiente para dirimir os desafios da prova digital.

A cadeia de custódia delineada pela legislação vigente é específica com relação à cada uma de suas fases e visa identificar cada agente envolvido no contato com o vestígio. Há um zelo com a documentação e inalterabilidade da prova, evitando a sua contaminação.

O texto que se propõe a ser substitutivo ao Projeto de Lei 8045/2010 trata da cadeia de custódia sem, contudo, dedicar dispositivo que discrimine cada etapa dessa trajetória. Uma combinação do art. 158-B, do Código de Processo Penal em vigor com o art. 202, do referido texto substitutivo cessaria essa lacuna e evitaria o retorno de eventuais divagações já superadas.

No que pertine à prova digital, ainda há espaço para uma normatização mais completa. O procedimento a ser seguido na coleta e tratamento da prova digital ainda é nebuloso, considerando a volatilidade com que essas informações são modificadas e a necessária proteção aos dados pessoais.

O texto substitutivo de autoria de João Campos em questão incumbe aos órgãos de polícia judiciária e periciais a faculdade de regulamentar a cadeia de custódia, podendo adaptá-la aos avanços tecnicocientíficos, o que culmina no problema original da cadeia de custódia em si. Antes da Lei Anticrime, a cadeia de custódia era tratada apenas no âmbito infralegal e não foi o suficiente. Há uma forte tendência de também relegar o tratamento da cadeia de custódia referente à prova digital, padecendo da mesma crítica.

Por esta razão, o substitutivo ao Projeto de Lei 8045/2010 proposto avança ao constatar a necessidade de um tratamento especial para a prova digital, mas não explicita qual seria este, o que seria bastante oportuno.

Referências

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica do Direito do Estado (REDE)*,

Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, jan./fev./mar., 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: 11ª Edição, Hemus, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2021*. Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 160.662/RJ*. Relator: Min. Assusete Magalhães. Brasília, 17 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.795.341-RS*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, , n. Info 648.

CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (coord.). *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: RT, 2020.

DAMASCENO, Alisson Magela Moreira; SILVA, Gilson Fernando da. O impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 na ordem jurídica nacional e os tratados internacionais de direitos humanos à luz da Constituição brasileira. In: *Congresso Nacional do CONPEDI*, 25, 2016, Curitiba. Anais. Curitiba: CONPEDI, 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/04122af6/Ev385709pT84IHf5.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia: Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020. P. 55.

DEPUTADOS, Câmara dos. *Projeto de Lei nº 8.045 de 2010*. Brasília.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo Y Constitucion*, Cap. II. Requisitos, Condiciones, etc. , Madri, Tecnos, 2013.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre factividade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEILIK, Jacob. *Chain of Custody for Digital Data: A Practitioner's Guide*. Canadá: Independently published, 2019.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

IBCCRIM. *A CADEIA DE CUSTÓDIA NO PACOTE ANTICRIME*. 2020. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1011#_edn3. Acesso em: 01 dez. 2021.

IBRASPP. *PARECER N° 1.636, DE 2010*. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

LEITE, Marcelo Santos. *A influência dos grupos de pressão na interpretação constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Brasília, v. 48, n. 12, p.187-211, jul. 2004.

MELO, Fernanda Cristina Ferreira de. *O Instituto da Prova Ilícita no Processo Brasileiro*. 2010. 32 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/fernandamelo.pdf. Acesso em: 02 dez. 2021.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MORAES, Alexandre. *Curso de Direito constitucional*. 30. ed. - São Paulo: Atlas, 2014

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PRADO, Geraldo. *A Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. *Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital*. 2021. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>. Acesso em: 02 dez. 2021.

SENADO. *Projeto de Lei nº 156 de 2019*. Brasília.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal*. 2. ed. atual., rev., ampl. OWL: Natal, 2015.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Execução Penal no Sistema Penitenciário Federal*. Natal: Owl, 2020. 400 p.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinários e sumário, como o novo regimento das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e diversas da prisão)*. 3. ed. Natal: OWL, 2019.

STF, Pleno, *MS no 24.268/MG*, Rel. p/ac. Min. Gilmar Mendes, ac. 05.02.2004, DJU 17.09.2004, p. 53.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TORRES, Claudia Vechi; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. *Estudo da concretização da norma jurídica de direito social no estado brasileiro, sob a ótica de Müller e Alexy*. Revista Cej, Brasília, v. 64, p.13-19, set. 2014. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1877/1853>. Acesso em: 20 de setembro 2021.

CAPÍTULO 7

A busca pela aprimoração do procedimento do reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro

Nathália Leite de Medeiros¹

Nos últimos anos a comunidade jurídica tem observado e a mídia tem noticiado o elevado número de condenações criminais cujo apoio central ou único foi o reconhecimento pessoal feito pela vítima. A esse respeito, há de se destacar, inclusive, a existência de pesquisas nacionais e internacionais que evidenciam o grande número de prisões injustas baseadas nesse meio de prova.

Tais estudos apontam a existência de um procedimento marcado por significativas contradições, como pessoas apresentadas à vítima com características físicas diversas das inicialmente narradas.

Como se não fosse o bastante, muitas vezes os acusados, mesmo posteriormente absolvidos, tem suas fotos inseridas e mantidas em um álbum de suspeitos, dando azo a sucessivas acusações, o que afeta a sua vida, sua imagem e sua honra.

¹ Advogada e residente da Defensoria Pública da União (DPU). Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-graduanda em Penal e Processo Penal pela Associação Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisadora nos grupos “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte” e “Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, ambos vinculados à UFRN.

A relevância do tema é tanta que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Portaria nº 209, de 31 de agosto de 2021², instituiu um grupo de trabalho destinado à realização de estudos sobre o reconhecimento de pessoas em processos criminais e sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, o que demonstra não só a necessidade de se estabelecer diretrizes e procedimentos adequados para o uso do referido meio de prova, mas também a preocupação com a condenação de pessoas inocentes.

Nota-se, assim, que o reconhecimento pessoal, como as demais provas, deve ser cuidadosamente analisado e avaliado diante das limitações que lhe são intrínsecas e, no caso, são muitas.

Trata-se de tema extremamente pertinente, dado o elevado número de casos em que o reconhecimento de pessoas tem sido utilizado como ponto principal para fundamentar condenações criminais, desconsiderando que este se trata de um meio de prova dependente da memória e, como tal, sujeito à equívocos que, em diversos casos, vem conduzindo inocentes para a prisão.

Neste capítulo, buscar-se-á mapear a forma com que o reconhecimento pessoal tem sido utilizado no Brasil, com o intuito de analisar criticamente as proposições legislativas existentes em torno da matéria e de propor mudanças, visando a concretização das garantias penais e processuais esculpidas no art. 5º da Constituição³, tais como a presunção de inocência, o contraditório e o devido processo legal.

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 209, de 31 de agosto de 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4090>. Acesso em: 18 set. 2021.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

Para isso, a pesquisa terá natureza aplicada, na medida em que possui interesse na aplicação, utilização e nas consequências práticas dos conhecimentos analisados, estando a preocupação mais voltada à aplicação imediata numa realidade circunstancial.

No tocante à abordagem metodológica, o trabalho se caracteriza como quantitativo e qualitativo, pois tem, dentre seus objetivos, a análise de informações com pormenores descritivos, objetivando estimar o fenômeno em toda sua complexidade, inclusive no âmbito estrangeiro, diante da deficitária produção de dados no Brasil.

Quanto aos procedimentos, será realizada pesquisa bibliográfica, uma vez que haverá contato direto com materiais já produzidos sobre o assunto da pesquisa⁴. Será utilizada, também, a pesquisa documental, pois serão analisados relatórios elaborados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e pelo Ministério da Justiça que versam sobre o uso do reconhecimento pessoal como meio de prova, levando-se em conta os fatores que são capazes de influenciá-lo.

Por fim, haverá uma análise tipológica, no afã de examinar as propostas legislativas em torno do reconhecimento de pessoas, a exemplo do Projeto do Novo Código de Processo Penal⁵ e do Projeto de Lei (PL) n°

⁴ PRODANOV, Cleber Cristiano; DE FREITAS, Ernani Cesar. *Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2 ed. Rio Grande do Sul: Editora Feevale, 2013, p. 55.

⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n° 8045, de 2010*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>. Acesso em: 20 set. 2021.

676⁶, de 2021⁷, com o intuito de verificar se as soluções apresentadas são suficientes e plausíveis à realidade.

Para tanto, esse capítulo foi dividido em três seções, organizadas da forma a seguir descrita.

A primeira seção tratará sobre os aspectos gerais do reconhecimento de pessoas, tais como o conceito, natureza jurídica e os resultados possíveis. Abordar-se-á também o tratamento dado pelo Código de Processo Penal vigente ao reconhecimento pessoal e os avanços jurisprudenciais obtidos em torno da temática.

Na segunda seção, por sua vez, serão abordadas a interferência dos achados interdisciplinares frente ao reconhecimento de pessoas e as variáveis que afetam a memória humana.

Por fim, na terceira seção, analisar-se-á criticamente as propostas legislativas existentes no Brasil em torno do reconhecimento pessoal, considerando que esta se trata de uma prova dependente da memória e, por fim, serão formuladas sugestões procedimentais e processuais para o uso do referido meio de prova, considerando as contribuições advindas da epistemologia jurídica, da psicologia do testemunho e do *neurolaw*.

⁶ Disciplina o reconhecimento de pessoas no âmbito do processo penal; permite o reconhecimento a partir de fotografia; torna obrigatórias a presença, ao lado da pessoa que se pretende reconhecer, de ao menos duas pessoas que com ela guardem semelhança e a advertência à pessoa que faz o reconhecimento de que o autor do crime pode não estar presente. Já foi aprovado no Senado Federal.

⁷ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 676, de 3 de março de 2021*. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para disciplinar o reconhecimento fotográfico de pessoa. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8935888&ts=1632255588901&disposition=inline>. Acesso em: 20 set. 2021.

1. O uso do reconhecimento pessoal como meio de prova no direito brasileiro

Como bem aponta Gustavo Badaró⁸, as provas são o meio pelo qual o juiz chega à verdade, uma vez que buscam convencer o magistrado da ocorrência ou não de fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo.

É necessário considerar, no entanto, que a reconstrução dos fatos é uma tarefa árdua, uma vez que o julgador não experimenta propriamente a ocorrência das situações submetidas a sua análise. O que há, na verdade, é a reconstrução do fato supostamente criminoso, de forma minimalista e, em geral, imperfeita.

Assim, a verdade apresentada ao longo do processo nada mais é do que uma verdade formal, que parte da compreensão de que a reprodução jurídica do fato se exaure nas provas e manifestações trazidas aos autos pelas partes.

Nessa linha, urge mencionar os ensinamentos de Ferrajoli⁹, que menciona a ideia de que a verdade processual é aproximativa, ou seja, que permanece somente como ideal, na medida em que além de ser extraída mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal, é condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa.

Tem-se, portanto, que a verdade exposta no processo não equivale a uma reprodução fiel dos fatos, pois a sua formação, além de estar

⁸ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2. ed. rev. e ampl. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 48.

condicionada a uma série de procedimentos por expressa previsão legal, encontra limitações inerentes à existência humana. Não há como, com grau absoluto de certeza, reproduzir os acontecimentos tal qual eles aconteceram no pretérito.

A reconstrução dos fatos representa, desse modo, um grande desafio para o magistrado, que encontra dois entraves: a impossibilidade de investigar os fatos para além do que lhe foi apresentado e as limitações de fonte, como a impossibilidade do uso de provas ilícitas e ilegítimas.

No âmbito do processo penal, tem-se que, segundo Walter Nunes¹⁰, é em razão do princípio do devido processo penal, no exercício do dever-poder de punir, que o Estado precisa se utilizar das normas, sendo estas uma garantia do cidadão que se opõe ao *jus puniendi*, buscando a conservação do seu *jus libertatis*. Isto é, o processo penal, ainda que seja utilizado para realizar reprimendas estatais é, também, uma garantia do acusado, já que disciplina formas de resistência à pretensão punitiva.

Por isso, ao versar sobre provas, é necessário dizer o modo da sua obtenção, incluindo meios e fontes, para que a atividade probatória ocorra com transparência, diante do exercício do contraditório e da ampla defesa, sempre às margens do devido processo penal.

Dentre as provas existentes no processo penal brasileiro, possui especial relevância o reconhecimento de pessoas, que, segundo Mariângela Tomé Lopes¹¹, é um ato por meio do qual se busca obter de alguém, seja da

¹⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Natal: Editora Jurídica OWL, 2021, p. 283.

¹¹ LOPES, Mariângela Tomé. *O Reconhecimento como Meio de Prova: Necessidade de reformulação do direito brasileiro*. São Paulo: 2011. Tese de Doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. P. 41.

testesmunha, da vítima ou de um co-imputado, a declaração da identificação positiva de uma pessoa como sendo aquela envolvida no fato criminoso.

De início, importa dizer que embora as legislações que preveem o reconhecimento pessoal sempre disponham sobre a sua modalidade visual e presencial, estabelecendo o procedimento para a sua realização, há, ainda, a utilização do reconhecimento não presencial.

A modalidade presencial ocorre quando o reconhecimento é feito na presença do investigado, que é colocado ao lado de pessoas semelhantes a ele. A não presencial, diferentemente, acontece quando há a ausência da pessoa a ser reconhecida, de modo que a prova é construída a partir da exibição de uma imagem, seja ela fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de reprodução, sendo este, ao menos teoricamente, um meio de prova de caráter subsidiário.

O reconhecimento não presencial, no entanto, vem sendo amplamente aceito pela justiça brasileira como prova definidora da culpabilidade do agente, e em que pese este seja um instrumento extremamente relevante para o início de uma investigação, carece de maiores elementos para a profunda busca da verdade. A ausência de regulamentação, por si, faz com que a produção desse meio de prova ocorra de forma questionável.

Ademais, há de se dizer que o reconhecimento de pessoas possui a natureza jurídica de meio de prova, embora, no passado, tenha sido entendido como elemento da prova testemunhal.

Desde o advento do Código de Processo Penal de 1941 (CPP), o reconhecimento passou a ser entendido como um meio de prova independente, na medida em que é uma espécie de prova nominada e típica,

uma vez que ganhou expressa previsão em lei e que possui procedimento descrito no CPP.

Como bem aponta Walter Nunes¹², o CPP vigente, editado sob a égide da Constituição de 1937, em meio a ditadura militar, foi introduzido no sistema jurídico por meio de decreto-lei, em um momento histórico em que o Congresso Nacional estava fechado, de modo que não foi nem mesmo submetido ao crivo do Parlamento.

Além de possuir erros técnicos, o CPP vigente é um diploma legal assistemático e, apesar das muitas modificações que recebeu, o referido autor ressalta que permanecem alguns vícios estruturais, tais como o seu perfil antidemocrático e policialesco, a forte influência do sistema inquisitivo, o perfil burocrático e moroso, o sistema presidencial das audiências e a necessidade de adaptação a um modelo democrático e pautado pelo respeito aos direitos fundamentais¹³.

No Código de Processo Penal brasileiro, verifica-se que o reconhecimento previsto é o visual, não havendo menção ao reconhecimento dependente de outros sentidos, como o acústico.

Ademais, a disciplina legal se resume a sua modalidade presencial, de modo que o álbum de suspeitos, utilizado em casos emblemáticos, como o de Tiago Vianna¹⁴, que foi reconhecido e denunciado por 9 (nove) vezes,

¹² SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Natal: Editora Jurídica OWL, 2021, p. 114.

¹³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Natal: Editora Jurídica OWL, 2021, p. 115.

¹⁴ JOVEM é preso duas vezes por crimes que não cometeu por causa de reconhecimento fotográfico. *G1*, São Paulo, 22 fev. 2021. Disponível em:

após sua foto ter sido inserida em um catálogo de pessoas categorizadas pelo Estado como passíveis de desconfiança, não está regulado pela lei, pairando sobre ele um limbo normativo que abre as portas para arbitrariedades.

No referido caso, tem-se que o acusado foi, ao fim, absolvido de todas as acusações, o que, como bem apontam Janaina Matida e Marcella Mascarenhas Nardelli¹⁵, diz mais sobre o risco de falsos reconhecimentos que ronda a população sobretudo preta e pobre brasileira e muito menos sobre a confiabilidade da informação gerada.

A legislação vigente, além de somente regular o reconhecimento pessoal presencial, mais especificamente no capítulo VII do Código de Processo Penal, no artigo 226¹⁶, traz uma redação simplista.

Segundo o art. 226 do CPP, a pessoa que irá realizar o reconhecimento deve descrever o agente que cometeu o crime. Tal providência faria com que, a partir do que ficou armazenado na memória da

<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/02/22/jovem-e-presos-duas-vezes-por-crimes-que-nao-cometeu-por-cao-de-reconhecimento-fotografico.ghtml>. Acesso em: 20 set. 2021.

¹⁵ MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Álbum de suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito? *Consultor Jurídico*, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/limite-penal-album-suspeitos-vez-suspeito-sempre-suspeito>. Acesso em: 5 nov. 2021.

¹⁶ “Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.”

vítima ou testemunha, um suspeito fosse identificado. Em seguida, o acusado, quando possível, deve ser exposto ao lado de outras pessoas que com ele guardem semelhança, o que denota a preocupação com um alinhamento justo. Após, caberia ao reconhecedor apontar o autor do crime.

No entanto, embora o CPP estabeleça que o reconhecimento pessoal deve ser feito alinhando pessoas que tenham características semelhantes às dos suspeitos, após a vítima ou testemunha tê-las descrito, nem mesmo essa diretriz mínima tem sido respeitada.

Além disso, no inciso III do referido dispositivo, o CPP prevê que a autoridade providenciará que o suspeito não veja o reconhecedor somente quando houver fundada razão, por meio de intimação ou outra influência, para que este não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida. Acrescente-se que, nos moldes do art. 226, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não se aplica o inciso III em se tratando de reconhecimento realizado durante o processo, o que, segundo Walter Nunes¹⁷, ocorreria em homenagem à ampla defesa.

Ocorre que apesar do reconhecimento de pessoas possuir forma estritamente definida, há um grave nível de inobservância por parte dos juízes e delegados. Na prática, os reconhecimentos informais são admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado.

Na praxe forense, se verifica que o procedimento elencado na norma é negligenciado, originando uma espécie de legitimidade velada a um grande número de prisões realizadas em desacordo com os mandamentos

¹⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. 3 ed. rev., ampl., atual. Natal: Editora Jurídica OWL, 2019, p. 182-183.

legais. Filipe Góis destaca¹⁸, inclusive, que combater tais sistematicidades não significa somente buscar o cumprimento da lei, mas também aplicar os reflexos do sistema acusatório na seara criminal, sobretudo quanto à obtenção de provas.

A simplificação comumente utilizada, para além de ser um desprezo à formalidade do ato probatório, atropela o devido processo legal e pode ensejar a nulidade, na medida em que, como bem aponta Aury Lopes Júnior¹⁹, viola o sistema acusatório (que apregoa que a gestão da prova está nas mãos das partes); quebra a igualdade de tratamento, oportunidades e fulmina a imparcialidade; constitui flagrante nulidade do ato, na medida em que praticado em desconformidade com o modelo legal previsto; e, por fim, nega eficácia ao direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo.

No mais, há de se ressaltar que, diante do reconhecimento, somente pode haver dois resultados. O positivo, quando o reconhecedor diz, com convicção, que reconhece determinada pessoa como sendo, de fato, a responsável pelo delito; ou o negativo, quando diz que não reconhece nenhuma das pessoas apresentadas ou tem alguma dúvida a respeito da sua identidade.

Ocorre que, muitas vezes, em sede de inquérito, o reconhecimento é documentado de forma diversa, tendo um resultado duvidoso.

Não raro, além de haver irregularidades nas etapas iniciais, sobretudo no que diz respeito ao alinhamento, o delegado questiona ao

¹⁸ GOIS, F. D. *Forma é garantia: a superação da inquisitorialidade no reconhecimento de pessoas e coisas à luz do habeas corpus 598.886/SC (STJ)*. Revista FIDES, v. 12, p. 779-797, 2021. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/594/601>. Acesso em: 7 jan. 2022.

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 215.

reconhecedor sobre o percentual de certeza que ele possui sobre a identidade do acusado, resultando em um dado esdrúxulo, como por exemplo, que “a vítima tem 70% de certeza de que a pessoa apresentada foi a autora do delito”.

Essa é uma evidência assustadora e, infelizmente, muito comum. Tal dado, além de ignorar a necessidade de certeza para um resultado positivo do reconhecimento pessoal, acaba por direcionar as investigações a uma certa pessoa que, muitas vezes, acaba, ao final, absolvida.

Se nem em fase pré-processual, com o reconhecimento sendo feito em um lapso temporal relativamente curto da data do fato criminoso, a pessoa foi capaz de reconhecer, com convicção, a pessoa apresentada, como se pode esperar que, meses ou anos depois, na seara processual, vá fazê-lo? As chances são extremamente remotas.

Além disso, quanto ao art. 228 do CPP²⁰, que estabelece que, havendo pluralidade de pessoas chamadas a fazer o reconhecimento pessoal, devem fazer em separado, evitando comunicação entre elas, sabe-se que na realidade isso nem sempre acontece, embora a observância do que preceitua a lei fosse fundamental para afastar contaminações externas e sugestionamentos.

Em regra, delegacias e fóruns sequer possuem separação entre vítimas e testemunhas, colocando-as, normalmente, no mesmo ambiente. Quando há, inexistente controle efetivo para a incomunicabilidade.

²⁰ “Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.”

Vê-se, portanto, que a prática muitas vezes desmente o mandamento legal, o que traz riscos e compromete a produção e a confiabilidade da prova.

Diante desse cenário, os Tribunais, sobretudo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), vêm, paulatinamente, demonstrando preocupação com a confiabilidade das provas dependentes da memória, estando dentre elas o reconhecimento pessoal.

No passado, a jurisprudência do STJ entendia que o reconhecimento do acusado por fotografia em sede policial poderia constituir um meio idôneo de prova, apto a fundamentar até mesmo uma condenação, desde que fosse ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa²¹.

A partir do *habeas corpus* 598.886/SC, o STJ passou a entender que o reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografias ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, precisa ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não poderia servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

De igual modo, a disciplina do art. 226 do CPP, que antes era tida como mera recomendação, passou a ter observância obrigatória.

Resta evidente que se está diante de um grande avanço da jurisprudência, pois ao contrário do que o senso comum parece crer, a

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 111.676/PB*. Recorrente: André Luna Nascimento. Recorrido: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 13 de agosto de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1849322&num_registro=201901134534&data=20190830&formato=PDF. Acesso em: 22 nov. 2021.

memória é falível, não sendo capaz de registrar os fatos e mantê-los em ordem até que, um dia, ainda que anos depois, a justiça busque resgatá-los.

Ocorre que, embora o avanço da jurisprudência mereça ser comemorado, na medida em que sem a observância das formalidades não há sequer como confiar no resultado obtido, isso, por si só, não é suficiente, sendo imprescindível considerar e analisar de forma cuidadosa aspectos atinentes à memória, dada a sua importância quando se está diante de um reconhecimento de pessoas.

2. O reconhecimento de pessoas à luz da epistemologia jurídica, da psicologia do testemunho e do *neurolaw* e as variáveis capazes de interferir na memória humana

É fato que se deve analisar o reconhecimento de pessoas por meio da perspectiva jurídica, mas ela, sozinha, não é suficiente. É preciso entender que se está diante de uma prova que faz uso de um material muito sensível e que merece atenção redobrada: a memória humana.

Quando se fala sobre o reconhecimento de pessoas, se está tratando sobre uma ferramenta jurídica que visa reconstruir fatos pretéritos que não podem ser acessados diretamente, mas sim por meio de um relato. Trata-se, portanto, de um meio de prova que deve ser analisado com extrema sensibilidade, pois, do contrário, a produção probatória será pouco precisa e até mesmo falsa, apta a produzir erros judiciais.

É preciso partir de um primado básico: o de que se a reconstrução dos fatos é falsa, é entregue, por consequência, uma prestação jurisdicional injusta, insuficiente e equivocada.

Diante desse tema, tão complexo, surge a necessidade de invocar uma análise interdisciplinar. É preciso considerar outros conhecimentos, como os advindos da epistemologia jurídica²², que se preocupa com regras e práticas probatórias capazes de atribuir à determinação dos fatos a maior ligação com a verdade.

Ademais, cabe estudar sobre a psicologia do testemunho, pois essa é a área da ciência que visa compreender processos cognitivos de testemunhas, como, por exemplo, estudar de que modo um inocente pode ser reconhecido como sendo um criminoso. Vale ressaltar, nesse ponto, que é a partir das pesquisas realizadas pela psicologia do testemunho que se chega a dados que demonstram as potencialidades e limitações da memória humana e, portanto, que sinalizam o caminho que deve ser seguido para reduzir o risco de condenação de inocentes.

Também não se pode esquecer de invocar conhecimentos ligados à *neurolaw*, na medida em que esta é uma área que versa sobre o estudo dos processos mentais cognitivos associados à atividade comportamental humana, podendo, portanto, auxiliar os juristas na melhor compreensão da cognição e sua influência no ato do testemunho, assim como em sua posterior valoração sobre ele.

É necessário, desde logo, substituir a premissa segundo a qual a memória humana tem um funcionamento regular infalível e passar a compreendê-la com as limitações que lhe são próprias, interpretando-a à luz de conhecimentos que ultrapassam o Direito.

²² A epistemologia jurídica é um tipo de epistemologia aplicada, sendo um estudo sobre o sistema jurídico como uma prática institucional que tem como um de seus objetivos a busca pela verdade.

Afinal, ao contrário do que o senso comum parece crer, a memória não é capaz de cristalizar os fatos e os sedimentar, pois o registro, o armazenamento e a recuperação do seu conteúdo não são assim tão simples.

É preciso ter em mente que a memória humana é falível, podendo distorcer fatos, o que tem como consequência não somente a possibilidade de absolvição de culpados, mas também o risco de condenação de inocentes.

Além disso, a ciência aponta que o reconhecimento pode ser equivocado por dois fatores: pela incidência de variáveis de estimação, que, nas palavras de William Ceconello e Lilian Stein²³, são os fatores que fogem do controle do sistema de justiça, como os aspectos intrínsecos ao crime e as limitações da memória; e pela presença de variáveis do sistema, que decorrem, dos procedimentos utilizados pelo nosso sistema de justiça criminal, isto é, pelas práticas adotadas pelos profissionais que participam do ato do reconhecimento.

No Brasil, apesar de não existirem dados estatísticos capazes de fornecer um panorama preciso em relação ao grande número de erros judiciais fundados no reconhecimento pessoal, basta uma breve pesquisa no *google* para que se observe que os jornais estão repletos de notícias nesse sentido, sendo representativo destes o caso de Tiago Vianna, já mencionado neste capítulo.

No caso de Tiago Vianna, por exemplo, as vítimas dos 9 (nove) reconhecimentos a que ele foi exposto, todos derivados de acusações de

²³ CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, Bogotá, v. 38, n. 1, p. 172–188, 2020. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/apl/article/view/6471/7904>. Acesso em 25 nov. 2021.

roubo, certamente tiveram sua excitabilidade aumentada, o que, inevitavelmente, alterou o estado emocional e a atenção delas, afetando, por conseguinte, o que codificaram do evento.

O aspecto relativo às perguntas sugestivas e ao *feedback positivo*, por sua vez, muitas vezes não pode ser analisado, pois os reconhecimentos realizados em sede de inquérito na maioria das vezes não são documentados por meio audiovisual, tendo em vista que o ordenamento jurídico vigente não obriga o seu registro.

Esse, inclusive, é um ponto que merece crítica. O registro do reconhecimento seria muito importante para a obtenção de uma prova com menor risco de vícios, possibilitando, sobretudo à defesa do reconhecido, questionar a sua produção.

Nota-se, dessa forma, que das três etapas que atingem a memória, quais seja, a de registro, a de armazenamento e de recuperação, o sistema de justiça nada pode fazer com relação à fase de registro. Não há como mudar as circunstâncias do crime e as condições de luminosidade, por exemplo, pois esse é um fenômeno absolutamente natural e incontrolável.

Com relação ao armazenamento, por sua vez, há muito a ser feito, uma vez que é possível, por exemplo, agir para que o momento do reconhecimento seja mais próximo do momento do fato, no afã de que haja a menor degradação possível da memória.

A última etapa, a de recuperação, é a que o sistema penal tem total responsabilidade. O sistema de justiça pode e detém o dever de eliminar as variáveis sistêmicas, excluindo por completo o erro na forma com que as perguntas são feitas, em como o reconhecimento é produzido, em se a vítima tem um *feedback* por parte da autoridade policial ou do juiz ou não.

Sobre isso, urge tratar, ainda, sobre o efeito da raça diferente, que ocorre quando aquele que reconhece tem uma raça diferente daquele que está sendo reconhecido.

Sobre essa variável, importante contribuição foi dada por Brandon Garrett, da Universidade da Virgínia, que analisou 250 (duzentos e cinquenta) casos de revisão criminal bem-sucedida realizada pelo *Innocence Project* dos Estados Unidos a partir do teste de DNA, e percebeu que, destas, 190 (cento e noventa) ocorreram em razão de um reconhecimento pessoal falso.

Ademais, desses 190 (cento e noventa) casos, 93 (noventa e três), o que representa 49% (quarenta e nove por cento), deveram-se a um reconhecimento de pessoas de raça diferente, sendo que 71 (setenta e um), ou seja, 38% (trinta e oito por cento), foram de mulheres brancas reconhecendo homens negros²⁴.

Junto com o estudo do Garret, a pesquisa conduzida por Christian Meissner, que contou com 4.996 (quatro mil, novecentos e noventa e seis) participantes, constatou que quando pessoas são da mesma raça e precisam ser reconhecidas uma pela outra, isso incrementa a possibilidade de acerto no reconhecimento em 40% (quarenta por cento). Quando são de raças diferentes, a taxa de erro é de incríveis 56% (cinquenta e seis por cento)²⁵.

Estes dados científicos tornam nítido e cristalino que a análise das variáveis capazes de interferir na memória humana não pode ser desprezada,

²⁴ GARRET, Brandon L. *Convicting the innocent. Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge-London: Harvard University Press, 2011, p. 72-73.

²⁵ MEISSNER, Christian A.; BRIGHAM, John C. *Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: a metaanalytic review*. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 7, n. 1, 2001, 3-17.

sendo elas de suma importância para a correta valoração do reconhecimento pessoal como meio de prova.

Tais números mostram, desde logo, a importância de que o reconhecimento seja um ato filmado, e que aspectos fenotípicos, raciais, dentre outros, estejam registrados no processo, já que sem isso é muito difícil ou até impossível questionar a atribuição do valor probatório dado ao reconhecimento.

Apesar disso, embora não se duvide da importância e da veracidade dos dados já mencionados, que apontam para a existência do *cross-race effect*, é possível dizer que esse fenômeno é, também, uma manifestação do racismo estrutural.

Segundo levantamento realizado pelo Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE), em parceria com a Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPE/RJ), de 2012 a 2020 foram realizadas ao menos 90 (noventa) prisões injustas baseadas no reconhecimento fotográfico, das quais 79 (setenta e nove) contam com informações conclusivas sobre a raça dos acusados, sendo 81% (oitenta e um por cento) deles pessoas negras, o que evidencia uma manifestação do racismo estrutural, dada a criminalização dessa raça no Brasil²⁶.

Normalmente as vítimas e testemunhas que realizam o reconhecimento pessoal já estão com suas memórias debilitadas pelo trauma advindo do ato criminoso, de modo que não raro realizam um

²⁶ RELATÓRIOS apontam falhas em prisões após reconhecimento fotográfico. *Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11088-Relatorios-apontam-falhas-em-priso-es-apos-reconhecimento-fotografico>. Acesso em: 27 nov. 2021.

reconhecimento equivocado, o que pode não só conduzir inocentes para a prisão, mas também abrir as portas para a seletividade penal.

No ano de 2015, o Ministério da Justiça, por meio da série Pensando Direito, edição nº 59, em conjunto com o IPEA, se debruçou sobre os estudos dos avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e depoimentos forenses, sob a coordenação geral de Lilian Milnitsky Stein e do pesquisador Gustavo Noronha Ávila²⁷.

Os entrevistados, ao serem indagados sobre a importância do reconhecimento na atividade probatória, foram unânimes em dizer que o reconhecimento é fundamental e decisivo para a conclusão do processo, tendo 77% (setenta e sete por cento) indicado que ele, muitas vezes, basta para que haja condenação.

Tal dado é alarmante, na medida em que o reconhecimento pessoal é uma prova dependente da memória e, portanto, sujeita às limitações que lhe são próprias. O procedimento adotado, as circunstâncias do crime, o lapso temporal decorrido e até mesmo a forma com que a autoridade que conduz a formação da prova se porta e fala são fatores que podem interferir no reconhecimento realizado, como já mencionado.

O resultado da pesquisa evidenciou, ainda, que o avanço obtido na jurisprudência do STJ a partir do *habeas corpus* nº 598.886, que sinalizou a necessidade de o reconhecimento pessoal seguir as formalidades do art. 226 do Código de Processo Penal, bem como que estivesse atrelado a outras

²⁷ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 28 nov. 2021.

provas colhidas na fase judicial, teve profunda importância, na medida em que, antes, o reconhecimento pessoal, meio de prova falível e vulnerável, era usado até mesmo como prova única e passível a gerar uma condenação.

A pesquisa demonstrou que o reconhecimento de pessoas tem alta relevância para o resultado do processo, bem como tornou nítida a precariedade da formação dos atores acerca das práticas para o reconhecimento, informadas pelos avanços científicos de áreas interdisciplinares, como a psicologia do testemunho, além da desobediência ao previsto na legislação brasileira atual.

Quanto aos resultados quantitativos, 69,2% (sessenta e nove inteiros e vinte décimos por cento) dos participantes indicaram que o reconhecimento de pessoas tinha “muita importância”, o que significa que ele é entendido como a prova de maior valor no conjunto probatório.

Nota-se, portanto, que as práticas para o reconhecimento de pessoas não eram padronizadas, e que a coleta sequer seguia, em muitas situações, os dispositivos da norma vigente.

Tais conclusões corroboram com a ideia de que as provas dependentes da memória, no âmbito do processo penal, vêm sendo utilizadas em prejuízo aos princípios da legalidade e do contraditório, e com a incorreta utilização desse sensível meio de prova, já sujeito às mais diversas induções, se abre um grande espaço para a seletividade.

3. O reconhecimento de pessoas enquanto prova dependente da memória: análise das proposições legislativas em torno da matéria

Como visto, o reconhecimento pessoal ocupa uma importante posição no jogo processual, na medida em que, não raro, é peça fundamental para a busca pelo verdadeiro autor do crime.

Por outro lado, a experiência estrangeira mostra, conforme já abordado na seção anterior, que o reconhecimento pessoal é um meio de prova passível de erros, tanto pelo mau emprego dos seus procedimentos quanto por envolver a memória humana.

Tais equívocos, por vezes, provocam erros judiciais, que, para além de trazerem insegurança jurídica, medo e revolta na população, passam a dissuadir a obediência ao Direito.

Isso decorre da complexidade desse meio de prova e evidencia o que há muitos anos a Psicologia estuda: a falibilidade da memória humana.

É preciso partir do pressuposto de que a memória pode, com o passar do tempo, se deteriorar.

Muito se estuda sobre a influência de variáveis inerentemente humanas, tais como o estresse e o esquecimento, e o modo com o qual esses fatores afetam a documentação dos fatos e, conseqüentemente, o teor do que será apresentado à autoridade policial ou em Juízo.

Para além da memória humana, o procedimento adotado para o reconhecimento pessoal gera muitos questionamentos, na medida em que a existência de perguntas sugestivas, as diferenças gritantes entre as pessoas apresentadas para o reconhecimento e o grande lapso temporal entre a data

do crime e o efetivo reconhecimento, por exemplo, podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade da produção da prova.

Este é, sem dúvida, um calo no processo penal, na medida em que a atipicidade procedimental do reconhecimento acaba por provocar erros judiciários e condenações injustas.

Injustiças, essas, que se para alguns representam meras falhas inerentes ao sistema de justiça, para outros, notadamente para as vítimas do reconhecimento sem critérios e suas famílias, são o retrato do desassossego, do medo e da dúvida.

Tal temática, por demais sensível, tem especial relevância, uma vez que o estudo da memória humana no testemunho é, naturalmente, temática interdisciplinar.

A título exemplificativo, tem-se que o Ministério da Justiça divulgou pesquisa²⁸, coordenada pela psicóloga Lilian Stein, tratando dos avanços científicos em psicologia do testemunho, aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses.

A partir da análise dos dados apresentados pela mencionada pesquisa, observou-se que para 90,3% (noventa inteiros e trinta centésimos por cento) dos participantes da pesquisa, a prova testemunhal assumiu protagonismo no desfecho do caso processual. Quanto ao reconhecimento pessoal, 69,2% (sessenta e nove inteiros e vinte centésimos por cento) dos participantes indicaram “muita importância”.

²⁸ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 28 nov. 2021.

Agravando este quadro, notou-se que as práticas de obtenção destes elementos não eram padronizadas, e que a coleta de testemunhos e reconhecimentos sequer seguia, em muitas situações, os dispositivos do Código de Processo Penal.

Tal pesquisa deixa claro que as provas dependentes da memória, no âmbito do processo penal, vêm sendo utilizadas em prejuízo aos princípios da legalidade e do contraditório, mas, ainda assim, figuram como fator determinante na maior parte das condenações criminais.

Em síntese, é preciso ter cuidado com todo e qualquer elemento que possa servir de prova no processo penal, pois não há processo criminal confiável se a investigação não for tratada com zelo.

Não há como se descuidar do que é feito na fase pré-processual e esperar que, em um passe de mágica, a partir da aplicação de um *standart* de provas e além de toda a dúvida razoável, se tenha um processo penal racional ou a partir do qual se possa confiar naquela decisão judicial.

Diante disso, necessário se faz analisar criticamente as proposições legislativas em torno da matéria para que, em seguida, seja possível sugerir alterações procedimentais e processuais à luz de conhecimentos interdisciplinares.

3.1 A proposta do Novo Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal vigente é do ano de 1941, tendo sido editado no período ditatorial, de modo que seu teor está indissociavelmente ligado ao ideário fascista.

Desde então, ocorreram diversas reformas pontuais, pois a cada nova Constituição editada no Brasil, um conjunto de leis eram promulgadas

com o objetivo de tentar adaptar o sistema processual penal à nova moldura jurídica, como aponta Walter Nunes²⁹.

Apesar de a Reforma Tópica não ter sido concluída, uma Comissão de Juristas, presidida pelo ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido, enviou ao Parlamento a proposta de um Novo Código de Processo Penal, o PL n° 156, de 2009³⁰.

Esse projeto de lei visava reformar o processo penal brasileiro, instituindo um novo Código. O objetivo era o de modernizar a legislação, tornando-a mais harmônica com os tempos atuais e compatível com o Estado Democrático e Social de Direito e com as mudanças introduzidas pela Constituição de 1988.

Tecidas essas considerações, passa-se à análise das alterações legislativas propostas quanto ao reconhecimento de pessoas, buscando compreender a visão do legislador e seu interesse na matéria.

Quanto à disciplina sobre o reconhecimento pessoal, verifica-se a preocupação do legislador de tornar obrigatória a presença, ao lado do suspeito, de pessoas que guardem semelhança com ele.

Enquanto no CPP vigente fala-se em colocar a pessoa, cujo reconhecimento se pretende realizar, quando possível, ao lado de outras, o PL n° 156, de 2009, busca tornar essa medida obrigatória, definindo, ainda, uma quantidade mínima de agentes que deveriam ser colocados no

²⁹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Natal: Editora Jurídica OWL, 2021, p. 114.

³⁰ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n° 156, de 2009*. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 19 set. 2021.

alinhamento. Tal medida seria de grande valia, já que quanto mais pessoas presentes, menor a probabilidade de um falso reconhecimento.

O número mínimo fixado, de 5 (cinco) pessoas, no entanto, é questionável, na medida em que certamente haveria dificuldade para encontrar, numa dada localidade, sobretudo nas cidades interioranas, tantas pessoas com características físicas similares às do investigado.

Assim, definir uma quantidade mínima e tão elevada de pessoas para que o reconhecimento pudesse acontecer, se por um lado seria uma medida de segurança objetivando diminuir a chance de um reconhecimento equivocado, por outro, poderia dificultar a produção desse importante meio de prova e, conseqüentemente, o regular andamento da persecução penal.

Ademais, o projeto do Novo Código de Processo Penal, desde a sua redação originária, datada de mais de 12 (doze) anos atrás, prevê o dever da autoridade de providenciar que a pessoa a ser reconhecida não veja aquela chamada para fazer o reconhecimento. Isso, no entanto, não teria aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

No CPP vigente, por sua vez, essa medida somente é obrigatória caso haja algum motivo para recear que o reconhecedor, por intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida.

Vê-se, desde logo, que a mudança sugerida seria benéfica, por ser capaz de proteger a vítima e a testemunha e de reduzir o risco de que o reconhecimento de pessoas ocorra de forma viciada. Não à toa, dentre os maiores problemas relatados em sede processual quanto ao reconhecimento de pessoas está a dificuldade de sua realização devido à negativa por parte das vítimas ou testemunhas em razão de medo, insegurança ou temor à

represália. Na fase judicial, igualmente, há o medo de realizar o reconhecimento.

A redação do PL nº 156, de 2009, define que quando houver necessidade de realizar o reconhecimento de pessoas, o reconhecedor deve ser convidado a descrever a pessoa a ser reconhecida. Após, a pessoa, cujo reconhecimento se busca obter, seria colocada ao lado de outras, no mínimo de 5 (cinco), que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la.

Em seguida, caberia à autoridade providenciar que a pessoa a ser reconhecida não veja aquela chamada para fazer o reconhecimento, salvo quando se estivesse diante da fase de instrução criminal ou em plenário de julgamento. Por fim, o ato de reconhecimento seria lavrado por auto pormenorizado, subscrito pelo delegado de polícia, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por 2 (duas) testemunhas presenciais.

Ademais, se várias fossem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoas, cada uma faria a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Esse texto foi aprovado em Plenário no dia 7 de dezembro de 2010, com remessa de comunicação à Câmara dos Deputados, quando passou a tramitar sob o PL nº 8045, de 2010³¹.

³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8045, de 2010*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>. Acesso em: 20 set. 2021.

Na Câmara dos Deputados, o texto substitutivo somente foi apresentado em 26 de abril de 2021, pelo deputado João Campos, relator do projeto de lei.

No texto aprovado na Câmara dos Deputados, verifica-se, assim como na redação do PL nº 156, de 2009, a preocupação do legislador de garantir que o reconhecedor seja apresentado, de forma sequencial, com outras pessoas parecidas com o suspeito.

No PL nº 8045, de 2010, no entanto, reduziu-se o número mínimo de pessoas que deveriam ser expostas com o suspeito de 5 (cinco) para 4 (quatro).

Ademais, em consonância com o PL nº 156, de 2009, o PL nº 8045, que tramita na Câmara dos Deputados, dispõe que a autoridade deve providenciar que a pessoa a ser reconhecida não veja aquela chamada para fazer o reconhecimento. Mais a mais, aquele PL vedava a sua aplicação na fase de instrução criminal ou em plenário de julgamento, e este também, exceto na hipótese de a presença do réu ser passível de provocar humilhação, temor ou sério constrangimento.

Desse modo, verifica-se que o projeto do Novo Código de Processo Penal, embora seja inovador em outras temáticas, mostra mudanças tímidas no que se refere ao reconhecimento de pessoas, não trazendo sequer uma regulamentação acerca do reconhecimento fotográfico.

Frise-se, no ponto, que é de certo modo compreensível que muitos achados interdisciplinares não tenham sido considerados, na medida que o trâmite legislativo já dura pelo menos uma década. Por outro lado, isso, inevitavelmente, ocasiona o sério risco de que a nova legislação, ao entrar em

vigor, já seja “velha”, e, portanto, insuficiente para regular a temática tal qual a realidade exige.

3.2 O Projeto de Lei nº 676, de 2021.

Após uma reportagem levada ao ar pela Rede Globo no dia 21 de fevereiro de 2021, na qual foi divulgado um levantamento, elaborado pelo CONDEGE e pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, que mostrou que os negros eram as maiores vítimas de prisões injustas em razão do reconhecimento fotográfico, o Senador Marcos do Val, filiado ao partido Podemos, apresentou, em 3 de março de 2021, o Projeto de Lei nº 676, de 2021.

O objetivo deste projeto de lei é o de modificar as regras sobre o reconhecimento de pessoas, bem como disciplinar o reconhecimento fotográfico³².

A proposta ressaltou o uso de catálogos de suspeitos e de fotos obtidas por meio das redes sociais em delegacias pelo Brasil, bem como a prática corriqueira do reconhecimento por fotografia ser utilizado como a única prova na hora de apontar um possível criminoso.

O referido Senador destacou, ainda, que os estudos da psicologia moderna demonstram as deficiências da memória humana, de modo que o

³² BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 676, de 3 de março de 2021*. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para disciplinar o reconhecimento fotográfico de pessoa. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8935888&ts=1632255588901&disposition=inline>. Acesso em: 20 set. 2021.

reconhecimento fotográfico é um meio de prova sujeito a equívocos e falhas que, em alguns casos, está levando inocentes para a cadeia.

A redação originária do PL nº 676, de 2021, buscou acrescentar algumas cautelas ao teor do art. 226 do Código de Processo Penal. A proposta prevê que, além de a pessoa a ser reconhecida ter que ser colocada ao lado de pelo menos outras 2 (duas) pessoas, deveriam ser consideradas as dificuldades já conhecidas pela ciência para o reconhecimento de pessoas entre raças diferentes, de forma que tal fato deveria ficar consignado no auto.

Somado a isso, visando diminuir na pessoa que tiver que fazer o reconhecimento o natural sentimento de querer colaborar com as investigações, ela deveria ser expressamente advertida do fato de que o autor do crime poderia não estar presente ao ato.

A redação originária do PL aponta também que no reconhecimento de pessoas feito a partir de fotografia haveria a necessidade de juntar ao inquérito policial e à ação penal as fotos utilizadas para o reconhecimento, e que, tão logo fosse possível, deveria haver o reconhecimento presencial do suspeito.

Partiu-se da compreensão de que embora o reconhecimento pessoal, seja ele presencial ou não, seja um meio de obtenção de prova útil e que, em conjunto com outras provas, se configura como um importante meio para a descoberta da verdade dos fatos, pode conduzir a resultados falhos, já que depende da memória da vítima ou da testemunha³³.

³³ BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 229, de 2021 – PLEN/SF*. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9026799&ts=1636473520520&disposition=inline>. Acesso em: 3 nov. 2021.

Da sua análise é nítida uma preocupação central: a de fixar um procedimento para o reconhecimento pessoal e torná-lo obrigatório, bem como prever um trâmite para o reconhecimento fotográfico que, até então, não possui expressa previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Tal ideia, além de legítima, deve ser incentivada, pois a obediência a um procedimento específico é imprescindível para garantir a liberdade do reconhecimento e para evitar o risco de indução daquele que reconhece pelos agentes públicos que conduzem a formação do meio de prova. Do contrário, ele poderia se tornar um instrumento de elaboração de provas forjadas, comprometendo a investigação e, conseqüentemente, conduzindo ao cometimento de injustiças.

Repise-se, ainda, que o procedimento atualmente previsto na legislação, além de extremamente simplificado, remonta ao ano de 1941, tendo sido criado sob os olhos de um sistema inquisitivo, sendo incompatível, portanto, com o que existe hoje.

O PL, que está em tramitação na Câmara dos Deputados e foi apensado ao Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL nº 8045, de 2010), irá, se aprovado, trazer um enorme avanço para o direito probatório brasileiro, na medida em que estabelece inúmeros cuidados para que o reconhecimento seja utilizado como meio de prova, partindo-se da compreensão de que se está diante de uma prova dependente da memória e que deve ser sempre somada a outras.

3.3 A necessidade de alternativas procedimentais e processuais para a realização do reconhecimento de pessoas diante dos conhecimentos interdisciplinares.

Conforme já abordado, é necessário buscar a aprimoração do procedimento do reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro diante dos conhecimentos advindos da epistemologia jurídica, da psicologia do testemunho e do *neurolaw*.

De início, importa considerar que o fato de o reconhecimento de pessoas ser utilizado como o cerne da configuração da autoria de um crime de roubo, por exemplo, gera um certo comodismo.

Parte-se do pensamento de que, se a própria vítima reconheceu o agente, nada mais precisa ser feito, sobretudo se com ele for encontrado algum objeto do crime. Esse pensamento, no entanto, é incabível, sendo essa uma prática totalmente equivocada.

Não raro, a vítima está assustada e a autoridade policial chama pessoas aleatórias, nem tão parecidas, para compor o cenário do reconhecimento.

Além disso, é necessário considerar que o reconhecimento pessoal se trata de uma prova que traz uma enorme carga emotiva, o que, como já destacado, interfere diretamente na memória.

Para uma vítima fazer um reconhecimento, há de se dizer, primeiro, que em algumas situações já se passaram dias, semanas ou meses do crime. Já há, naturalmente, uma perda.

Segundo, há de se considerar que, no momento do crime, a vítima encontra-se em uma situação de profunda vulnerabilidade, muitas vezes

com uma arma apontada para a sua cabeça, e irá revivê-la em um ato formal, em uma delegacia de polícia, que não é um dos ambientes mais agradáveis.

Todos esses aspectos, juntos e somados a diversas injunções, tornam este ato, por si só, muito difícil de ter idoneidade suficiente para gerar a condenação de alguém, de modo que o mínimo que se pode fazer é respeitar o disposto no art. 226 do CPP, que parece estar sendo basicamente repetido no projeto do Novo Código de Processo Penal, com uma ou outra modificação.

Na prática, se verifica que não há sequer esse cuidado. Muitas vezes até consta formalmente no auto a indicação do alinhamento de pessoas, mas em Juízo, quando se começa a fazer perguntas, se observa que sequer foram colocadas 2 (duas) pessoas ao lado do acusado.

Com o passar dos anos, construiu-se uma jurisprudência de aceitação e de tolerância com relação a isso e o resultado tem sido catastrófico. Embora não se possa estimar, hoje, o número de pessoas condenadas injustamente em razão do reconhecimento pessoal, a mídia tem noticiado inúmeros casos em que pessoas cumpriram pena com base em uma condenação feita tão somente tendo como lastro probatório um reconhecimento nessas condições.

Nos Estados Unidos da América, diversamente, existem estatísticas mais confiáveis sobre isso e que apontam o grande número de erros judiciais provocados pelo elevado valor probatório concedido ao reconhecimento de pessoas³⁴. Consoante dados do *Innocence Project*, as identificações pessoais

³⁴ INNOCENCE PROJECT. *DNA exonerations in the United States*. Disponível em: <https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>. Acesso em: 21 set. 2021.

equivocadas são a principal causa de erros judiciais, presentes em 69% (sessenta e nove por cento) dos casos em que, mediante prova de DNA, se obteve a revisão de condenações indevidas com posterior declaração de inocência do condenado.

A rigor, portanto, o reconhecimento não poderia ter o valor que tem hoje, mas sim o valor de uma prova auxiliar, desde que feita de acordo com o que é previsto em lei. O que se observa, no entanto, é o seu uso como uma prova muitas vezes determinante para a condenação.

Nessa perspectiva, tem-se que o reconhecimento normalmente é feito na fase policial, pois a autoridade está, naturalmente, tentando buscar a autoria do delito, e, diante da ausência de testemunhas, obtém da vítima o reconhecimento, em um contexto em que, não raro, não há nenhuma prova além dessa a ser produzida. Se houver indícios que confirmam o grau de verossimilhança ao reconhecimento, é com essa prova que o réu será condenado.

Criou-se, portanto, um grande risco de cometimento de erros judiciários e não há nada pior para o Judiciário e para uma nação do que ver inocentes sendo jogados numa penitenciária por crimes que não cometeram.

Ainda que se possa correr o risco de ter alguns acusados soltos ou inocentados por causa da inobservância dessa regra, este é o preço que se deve pagar por um processo penal que não admite de forma alguma a condenação de inocentes.

Partindo dessa compreensão, é preciso se ater a forma com que os conhecimentos interdisciplinares são capazes de influenciar na utilização do reconhecimento de pessoas no direito brasileiro.

Importa destacar que as pesquisas realizadas no Brasil mostram que inexistem, em muitas delegacias, qualquer estrutura para a realização dos reconhecimentos, de modo que a técnica comumente utilizada é a do *show-up*, que ocorre quando a autoridade policial apresenta somente um rosto e pergunta à vítima ou à testemunha se aquele é o autor do crime.

Essa técnica equivale, nas palavras de William Cecconello³⁵, a um teste de verdadeiro ou falso, de modo que, quando não sabe a resposta, o reconhecedor possui a chance de chutar. Trata-se, portanto, de um procedimento muito sugestivo, pois a autoridade se orienta, para mostrar o suspeito ou a foto dele, a partir de características genéricas, como sexo, idade e raça de quem cometeu o crime.

Outro procedimento problemático é a exibição de catálogo de suspeitos, em que são apresentados vários suspeitos ao mesmo tempo. Há, com isso, uma sobrecarga cognitiva, na medida em que o reconhecedor precisa olhar por repetidas vezes para diversos rostos.

Frise-se, no ponto, que muitas vezes se está diante de fotos desatualizadas, tiradas há anos, com qualidade duvidosa, pouca iluminação e angulações diferentes entre si. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, tal qual está formatado, sequer disciplina essa modalidade de reconhecimento, o que a torna suscetível a abusos, dificultando, inclusive, a impugnação ao procedimento adotado, na medida em que não existe, até então, qualquer aparato normativo que regule a matéria.

³⁵ SEMINÁRIO técnico sobre reconhecimento pessoal em processos criminais - Manhã. [S.l.: s.n.], 2021. Publicado pelo canal Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 1 vídeo (1h30-1h50). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0qvWceMuOZk>. Acesso em: 25 nov. 2021.

Há, ainda, o eminente risco de que a autoridade policial parta do reconhecimento de pessoas para a investigação, quando o correto seria exatamente o contrário. Ora, como colher elementos de convicção suficientes e para além de toda a dúvida razoável se a prova encontrada foi a primeira e única a ser produzida, e ainda é proveniente da memória humana, que, como visto, é passível de erros?

Não há como e é por isso que os entendimentos jurisprudenciais vêm sendo alterados.

Além de poucas vezes existir uma estrutura adequada para realizar os reconhecimentos, há também dificuldade para encontrar pessoas com características físicas semelhantes, de modo que, muitas vezes, na hipótese de reconhecimento presencial, são chamados para participar outros presos, em um contexto em que a autoridade policial sabe quem é considerado suspeito, o que aumenta consideravelmente o risco de que ele dê *feedbacks* ao reconhecedor, ainda que de maneira não proposital.

Essa é, na verdade, apenas uma das dificuldades causadas pela falta de treinamento dos atores para a realização do reconhecimento pessoal. Os profissionais, não raro, internalizam práticas historicamente aceitas no seu local de trabalho, não se preocupando em obter conhecimentos específicos capazes de minorar os problemas advindos de uma legislação defasada.

Estudos sobre a memória humana, por exemplo, seriam imprescindíveis tanto para as autoridades policiais quanto para os profissionais que atuam na fase judicial, no afã de que entendam as limitações da lembrança e sejam capazes de dar ao reconhecimento pessoal o valor probatório que ele merece, tomando por base as limitações que lhe são próprias.

Resta evidente, portanto, que se está diante da necessidade de alterações legislativas capazes de reduzir os erros de identificação, pois, ainda que não haja, no Brasil, o número de condenações equivocadas em razão do reconhecimento pessoal, é cabível se valer da experiência estrangeira para estabelecer diretrizes que tragam mais segurança e gerem uma aproximação com a verdade.

Desse modo, o reconhecimento de pessoas, qualquer que seja a sua modalidade, deve ser precedido de descrição livre da pessoa suspeita, bem como das condições de observação. É imprescindível que a vítima ou a testemunha esclareça onde o delito ocorreu, qual a distância que estava do agente que praticou a conduta criminosa, se teve uma arma apontada para ela, dentre outros aspectos.

Feito isso, além de a autoridade, seja ela judicial ou policial, ter meios confiáveis de realizar o alinhamento justo, poderá refletir sobre o valor cabível ao meio de prova, a depender da incidência das variáveis de estimação.

Ademais, o suspeito deve ser colocado ao lado de outras pessoas que com ela guardem semelhança. Com isso ocorrerá o alinhamento justo, que resta caracterizado quando se está em condições em que nenhuma das pessoas suspeitas se sobressai em relação às demais. Somente assim o reconhecimento trará, de fato, dúvida, o que tende a reduzir o risco de que ele seja equivocado.

No caso de ser impossível ou extremamente difícil o alinhamento justo presencial, o reconhecimento fotográfico merece ser considerado, já que a partir de fotos é possível obter um alinhamento justo com maior facilidade. Essas fotos, para além de recentes, devem ser juntadas aos autos,

com o intuito de que seja possível a análise da legalidade do procedimento, inclusive se realizado em sede pré-processual, precisando constar a indicação do local em que fora extraída, tendo em vista que este se trata de um dado pessoal.

Frise-se, quanto a isso, que um dos maiores problemas no que se refere ao reconhecimento fotográfico está na incerteza do período em que as fotos ficarão disponibilizadas.

Diante disso e dada a possibilidade de mudanças físicas com o passar dos anos, parece razoável o proposto no PL nº 676, de 2021, que prevê que no caso de superveniência de sentença absolutória transitada em julgado, a fotografia do acusado deve ser excluída imediatamente de eventuais registros de identificação de suspeitos.

Tal medida inclusive serviria como uma barreira ao oferecimento de ações penais sucessivas tendo por base apenas o reconhecimento fotográfico.

Além disso, no caso de reconhecimento fotográfico, deve haver informações sobre a data específica em que as fotos do suspeito foram tiradas e o porquê das suas imagens constarem no arquivo da delegacia, de modo que ele fique ciente do local em que ela se encontra e possa requerer a retirada.

Destaque-se, também, que para que o reconhecimento fotográfico tenha validade jurídica e efetivamente se preste a delinear a autoria de suspeitos, o reconhecimento deve ser feito com o uso de ferramentas que, propositadamente, gerem algum grau de confusão na vítima.

É necessário que uma vez exibida a pessoa suspeita, caso não reconhecido, o ato seja encerrado, não podendo o suspeito ser inserido em

qualquer outro alinhamento. Se assim não for, o reconhecedor terá, naturalmente, a sensação de que conhece aquela pessoa, pois já foi exposto a ela, correndo o risco de reconhecê-la equivocadamente como a autora do delito.

A autoridade deve providenciar, ainda, que a pessoa a ser reconhecida não veja a pessoa chamada para fazer o reconhecimento. Isso, no entanto, não deve ter aplicação na fase de instrução criminal ou em plenário de julgamento, salvo se a presença do réu causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou à vítima. O adendo serve justamente para reduzir o risco de que a vítima ou testemunha deixem de reconhecer o acusado por medo de alguma reprimenda, bem como para que o estresse derivado do medo não a atinja e, conseqüentemente, não as leve a uma reconstrução equivocada do fato criminoso.

A propósito, o reconhecimento de pessoas, em sede investigatória, deve servir para orientar a autoridade policial, mas, isoladamente, não deve ser utilizado para a definição de autoria, tampouco como fundamento idôneo para pedido de prisão, uma vez que, como abordado, trata-se de meio de prova passível de erros e que depende da memória humana.

Somado a isso, é necessário que o procedimento de reconhecimento de pessoas, em qualquer fase, seja gravado em meio audiovisual, não podendo ser considerado qualquer elemento que não tenha sido documentado. Sem essa providência, além de não haver certeza sobre a obediência ao procedimento previsto em lei, não existiria qualquer controle sobre a incidência de variáveis do sistema, como o *feedback* positivo. É importante, ainda, que a gravação compreenda todo o ambiente em que ocorreu a oitiva, incluindo-se todos os presentes e suas fisionomias.

Adicionalmente, a autoridade responsável pelo reconhecimento deveria avisar para a vítima ou testemunha sobre a possibilidade de o autor do crime estar ou não dentre as fotos ou pessoas apresentadas, bem como que a ausência de reconhecimento não implicaria, necessariamente, no encerramento das investigações. Essa medida evitaria reconhecimentos equivocados por receio de que a ausência da formação da prova provocasse a impunidade e o fim da busca pelo autor do fato criminoso.

Tais instruções deveriam ser dadas antes do reconhecimento de pessoas, objetivando diminuir o viés ou pressão do procedimento, de modo que a vítima ou testemunha saiba que tão importante quanto reconhecer os culpados é liberar pessoas inocentes de qualquer suspeita.

Seria vantajoso, inclusive, que o reconhecedor fosse perguntado se algum suspeito lhe foi anteriormente exibido ou se, de alguma forma, teve acesso ou visualizou previamente alguma imagem deste. De igual modo, deveria haver a proibição de que, após o reconhecimento, fosse dado *feedback* à vítima ou testemunha, para evitar a contaminação da sua resposta em ocasiões futuras.

É importante, também, que seja estabelecido o direito do acusado de estar acompanhado de um advogado para a sua assistência jurídica durante todo o processo de reconhecimento pessoal e fotográfico, bem como nos procedimentos seguintes, com o intuito de impedir abusos e zelar pela regularidade do procedimento.

Quando os delitos forem cometidos por mais de um agente, por sua vez, seriam necessários múltiplos alinhamentos, com apenas um suspeito em cada e sem repetir os não suspeitos. Assim, o reconhecedor estaria livre

para apontar quem acredita ter sido o autor do fato criminoso, longe de um procedimento sugestivo e diante de um alinhamento justo.

No mais, deveria ser proibida a realização do procedimento de reconhecimento, qualquer que seja sua modalidade, com a exibição apenas do suspeito (*show-up*) ou mediante álbum de suspeitos, de forma que, se descumprido, seria proibido realizar outro procedimento de reconhecimento com o mesmo suspeito. Essa providência evitaria que o reconhecimento fosse “viciado”.

O ideal seria que, sempre que possível, fosse adotado o procedimento do duplo-cego na fase investigatória, de maneira que a autoridade policial que conduz o procedimento não soubesse quem é, dentre os selecionados para a realização do reconhecimento, o suspeito.

Seria prudente, contudo, que essa disposição contivesse um adendo: o de que isso só poderia ser descumprido em caso de efetiva impossibilidade, devidamente justificada por escrito, em cidades de menor porte, por exemplo, em que há um contingente reduzido de profissionais. O procedimento do duplo-cego impediria, em certo grau, a existência de *feedback* positivo, aumentando significativamente a confiabilidade do reconhecimento de pessoas.

Há se de pontuar ainda que, diante da sua falibilidade, o reconhecimento deveria ser entendido como sendo insuficiente para, por si, originar a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, para o recebimento de denúncia ou queixa, para a decisão de pronúncia no procedimento do Júri e para a prolação de sentença condenatória.

Além disso, sendo o caso de várias pessoas serem chamadas para efetuar o reconhecimento pessoal, seria primordial evitar qualquer

comunicação entre elas, no afã de que as impressões pessoais de uma não interfiram na lembrança e no reconhecimento das demais.

São indispensáveis, portanto, uma estrutura física adequada, profissionais qualificados e investimentos em equipamentos audiovisuais, além de mudanças legislativas que partam da compreensão de que o reconhecimento pessoal, seja ele presencial ou não, é um meio de prova repleto de limitações que podem levar à condenação de inocentes.

O PL nº 676, de 2021, mais do que o projeto do Novo Código de Processo Penal, estabelece diretrizes satisfatórias para a realidade que nos circunda e merece ser implementado, ainda que sua redação possa ser, em alguns pontos, aperfeiçoada.

Considerações finais

O fato de a regulamentação do reconhecimento de pessoas somente ter ocorrido a partir do Código de Processo Penal, datado de 1941, cuja redação se mantém até os dias atuais, desconsiderando os avanços e conhecimentos interdisciplinares sobre a matéria produzidos ao longo dos anos, faz com que haja uma maior predisposição a equívocos, sendo urgente a implementação de um aparato normativo que tome por base os achados de áreas afins.

Frise-se, no ponto, que o reconhecimento de pessoas está previsto nos art. 226 do Código de Processo Penal, e pode ocorrer tanto na fase pré-processual quanto na processual, mas que se verifica a constante inobservância da forma prevista por parte dos juízes e delegados.

A simplificação, além de ser um desprezo à formalidade do ato probatório, mostra que se ignora o primado básico de que forma significa

garantia no processo penal, podendo ocasionar nulidade e, pior do que isso, condenações injustas, gerando enorme insegurança jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro.

É comum a realização de “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado, de maneira que a prática desmente o mandamento legal, o que compromete a produção e confiabilidade da prova e pode levar à condenação de inocentes.

Somado a isso, ainda que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tenha avançado, de modo que se passou a entender que o procedimento do art. 226 do Código de Processo Penal tem observância obrigatória, não se tratando mais de mera recomendação, a temática deve ser analisada com cautela, pois o reconhecimento pessoal, qualquer que seja sua modalidade, mesmo feito dentro dos ditames legais, possui limitações e não pode ser visto como elemento para, sozinho, embasar condenações.

É necessário partir do pressuposto de que o reconhecimento de pessoas, que é um meio de prova por meio do qual alguém busca identificar outrem como sendo o autor do fato criminoso, se trata de uma prova dependente da memória, e, portanto, está sujeita às limitações que lhe são próprias.

Tais limitações precisam ser consideradas, pois estudos advindos da psicologia do testemunho e do *neurolaw* demonstram que a memória sofre a influência de variáveis de estimacão, a exemplo da luminosidade, e de variáveis de sistema, como a existência de *feedback* positivo.

Além de as práticas para o reconhecimento de pessoas não serem padronizadas, muitas vezes sequer seguem o regramento estabelecido no Código de Processo Penal, que, apesar de insuficiente, representa o mínimo

necessário em um processo criminal, tendo em vista que, como já dito, forma é garantia, sendo um meio para efetivar direitos fundamentais e garantir a regularidade da persecução penal.

O projeto do Novo Código de Processo Penal, apesar de ser inovador em relação a alguns temas, propõe mudanças pontuais quanto ao reconhecimento de pessoas, não trazendo sequer uma regulamentação acerca do reconhecimento fotográfico, uma vez que seu trâmite já dura pelo menos uma década. A realidade no momento da sua redação não era a mesma de hoje, de modo que há um risco de que esta legislação, caso entre em vigor, já seja “velha”, isto é, insuficiente para regular a temática a contento.

No entanto, está em tramitação o PL nº 676, de 2021, que traz propostas extremamente significativas, considerando os achados da epistemologia jurídica, da psicologia do testemunho e do *neurolaw*, e tendo como preocupação central fixar um procedimento para o reconhecimento de pessoas e torná-lo obrigatório, bem como disciplinar o reconhecimento fotográfico.

Independentemente das propostas normativas existentes em torno do tema, urge considerar que os conhecimentos interdisciplinares são imprescindíveis, não implicando no abandono do Direito, mas no seu incremento, na medida em que o diálogo com outras áreas do conhecimento traz uma sintonia maior entre o aparato legislativo, a conduta e a condição humana.

Verifica-se que é preciso racionalizar e reduzir a diversidade das práticas que giram em torno do reconhecimento de pessoas, com o intuito de obter procedimentos e resultados verdadeiramente confiáveis.

É indispensável que o sistema de justiça brasileira passe a lidar com o reconhecimento de pessoas como prova derivada da memória que é, objetivando torná-lo condizente com o Estado Democrático e com as garantias esculpidas na Constituição, sobretudo a da presunção de inocência.

Referências

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8045, de 2010*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/490263>. Acesso em: 20 set. 2021

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 209, de 31 de agosto de 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4090>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 229, de 2021 – PLEN/SF*. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9026799&ts=1636473520520&disposition=inline>. Acesso em: 3 nov. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 156, de 2009*. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 676, de 3 de março de 2021*. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo

Penal), para disciplinar o reconhecimento fotográfico de pessoa. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8935888&ts=1632255588901&disposition=inline>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 111.676/PB*. Recorrente: André Luna Nascimento. Recorrido: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 13 de agosto de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1849322&num_registro=201901134534&data=20190830&formato=PDF. Acesso em: 22 nov. 2021.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, Bogotá, v. 38, n. 1, p. 172–188, 2020. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/apl/article/view/6471/7904>. Acesso em 25 nov. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2. ed. rev. e ampl. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 48.

GARRET, Brandon L. *Convicting the innocent. Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge-London: Harvard University Press, 2011, p. 72-73.

GOIS, F. D. *Forma é garantia: a superação da inquisitorialidade no reconhecimento de pessoas e coisas à luz do habeas corpus 598.886/SC (STJ)*. Revista FIDES, v. 12, p. 779-797, 2021. Disponível em: <http://www.revistafides.ufm.br/index.php/br/article/view/594/601>. Acesso em: 7 jan. 2022.

INNOCENCE PROJECT. *DNA exonerations in the United States*. Disponível em: <https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>. Acesso em: 21 set. 2021.

JOVEM é preso duas vezes por crimes que não cometeu por causa de reconhecimento fotográfico. *GI*, São Paulo, 22 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/02/22/jovem-e-preso-duas-vezes-por-crimes-que-nao-cometeu-por-caoa-de-reconhecimento-fotografico.ghtml>. Acesso em: 20 set. 2021.

LOPES, Mariângela Tomé. *O Reconhecimento como Meio de Prova: Necessidade de reformulação do direito brasileiro*. São Paulo: 2011. Tese de Doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. P. 41.

MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Álbum de suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito? *Consultor Jurídico*, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/limite-penal-album-suspeitos-vez-suspeito-sempre-suspeito>. Acesso em: 5 nov. 2021

MEISSNER, Christian A.; BRIGHAM, John C. *Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: a metaanalytic review*. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 7, n. 1, 2001, 3-17.

PRODANOV, Cleber Cristiano; DE FREITAS, Ernani Cesar. *Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico*. 2 ed. Rio Grande do Sul: Editora Feevale, 2013, p. 55.

RELATÓRIOS apontam falhas em prisões após reconhecimento fotográfico. *Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11088-Relatorios-apontam-falhas-em-prisoos-apos-reconhecimento-fotografico>. Acesso em: 27 nov. 2021.

SEMINÁRIO técnico sobre reconhecimento pessoal em processos criminais - Manhã. [S.l: s.n], 2021. Publicado pelo canal Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 1 vídeo (1h30-1h50). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0qvWceMuOZk>. Acesso em: 25 nov. 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Natal: Editora Jurídica OWL, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. 3 ed. rev., ampl., atual. Natal: Editora Jurídica OWL, 2019, p. 182-183.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 28 nov. 2021.

CAPÍTULO 8

Nulidades processuais: perspectiva crítica sobre o Projeto do Código de Processo Penal

Gabriel Lucas Moura de Souza¹

Natália Galvão da Cunha Lima Freire e Souza²

O descompasso entre uma legislação processual penal orientada constitucionalmente e os paradigmas teóricos que ditam, ainda, a sistemática processual brasileira, se revela em muitas frentes. A influência de uma teoria geral do processo, insistentemente transplantada do processo civil ao processo penal, acrescida da influência da mitologia “eficientista”, revela um terreno tormentoso, que desconsidera as especificidades e a principiologia que rege – ou assim deveria – um processo constitucionalmente orientado, unificado pelo princípio acusatório.

Compreender o atual panorama do processo penal, notadamente, os paradigmas teóricos que o fundam, e que se revelam, por fim, em suas

¹ Professor Universitário na graduação e pós-graduação em Direito (UnP). Pós-graduado em Direito Processual Penal. Pesquisador do grupo de pesquisa “Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Defensor Público do Estado da Bahia.

² Mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogada criminalista.

balizas interpretativas, exige reflexão acerca do devido processo legal, seu núcleo legitimador e os influxos que o circundam. Apenas a partir destas considerações, será possível apreender o conflito que permeia o objeto central deste trabalho: a orientação teórica e a *práxis* das nulidades processuais.

A forma processual surge como ponto nevrálgico nessa discussão, à medida que sua carga informacional, advinda do processo civil, desnatura e destoa de sua perspectiva constitucional enquanto garantia e limitação do exercício de poder estatal – este que, por sua própria natureza, como se demonstrará neste estudo, tende à matriz autoritária.

O presente capítulo busca percorrer, assim, o estado da arte das invalidades processuais, a estrutura inquisitória que se revela nesse sistema, conduzindo a relativizações de toda sorte, a discricionariedade fomentada pelo próprio legislador – expressa na exposição de motivos, na legislação processual penal originária -, e refletir possíveis caminhos de superação.

Para analisar os caminhos e descaminhos tomados pela proposta legislativa analisada (PL nº 8.045/2010), pretende-se situar o regime de nulidade no contexto de limitação do poder punitivo e, mais ainda, de pós-democracia, ou seja, em momento histórico caracterizado pela radical diminuição dos espaços de controle do poder estatal em contraste à mercantilização dos direitos do cidadão.

Além de revisitar tradicionais dogmas da teoria das nulidades (a análise da finalidade do ato, do denominado princípio do interesse e do prejuízo e a condição da nulidade como matéria preliminar ao mérito), o escrito aponta sucessos e insucessos no projeto do NCPP, de forma a contribuir para que esse instante de reflexão legislativa não seja mais um

exemplo de chance perdida no eterno desejo de concretização de um processo penal constitucional.

1. Morfologia processual e o (des)regramento das nulidades no Código de Processo Penal.

A forma de cultura processual é refletida, não raro, à luz dos sistemas processuais. Se a análise dos modelos acusatório e inquisitório serve, ao menos, como fio norteador para verificar a evolução – ou involução – do Processo Penal, historicamente contextualizado, tal nominação só adquire sentido no confronto conceitual desses modelos, delineadas as características que os compõem.

Reduzi-las, no entanto, à já conhecida separação de funções, sem percorrer as razões políticas que trouxeram esses sistemas a lume e os ressignificam, a mitologia que os circunda e a mentalidade que os orienta, não explica o modo com que, a despeito das legislações incorporadas no curso da história, as práticas autoritárias se perpetuam nessa dinâmica.

Mais do que isso, tal redução, no Brasil, permitiu que emergisse uma “fábula bastante confortável: a de que o processo penal brasileiro jamais se afastou de um sistema acusatório”³ e democrático. E, assim, reproduzido o conformador discurso oficial, isolando cientificamente o saber processual e, sobretudo, rejeitando inter-relações com a ciência

³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. v. 1. p. 626.

política e a psicologia social⁴, a tradição de uma mentalidade autoritária encontrou terreno fértil para consolidação.

Os referidos influxos implicam em uma análise teleológica do processo que não pode ser estática, posto que varia, conforme graus de autoritarismo, na sociedade em que se insere – perspectiva contrária à literatura tradicional, que situava o Processo Penal como secundário, útil aos ditos fins do Direito Penal⁵.

Em que pese a atual quadra histórica tenha inaugurado um afastamento de tal atribuição, exclusivamente instrumentalista, tampouco se logrou adesão a um modelo processual penal constitucionalmente alinhado. Contrariamente, não se mostra incomum a tentativa de inscrevê-lo no paradigma da teoria geral do processo, violando o postulado do processo penal enquanto limitação de poder estatal⁶.

É que o paralelismo traçado entre o processo civil e o processo penal, na dita conjuntura, favoreceu o transporte acrítico de categorias e conceituações, de todo incompatíveis com as peculiaridades de um processo em que autonomia e abstração – características inerentes às condições da ação em perspectiva civilista – são inservíveis.

Importante rememorar, como adverte Geraldo Prado, que a operação de um sistema processual penal ao arripio da Constituição não é

⁴ FRAGOSO, Cristiano. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 13-14.

⁵ A esse respeito, exemplifica-se: “O interesse fundamental que determina o Processo Penal é o de aplicar a pena ao delinquente”. ROSA, Inocêncio Borges da. *Nulidades do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935, p. 54.

⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 40.

“acaso”: insere-se, efetivamente, em uma política criminal articulada, motivada por inspirações de eficiência e repressão.

É o *locus* das práticas, as consequências que advêm do (mau) funcionamento desse conjunto que se deve ter em conta, uma vez que o sistema que se impõe é uma realidade, sem correspondência, não raro, com a “*abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam*”⁷.

A crença ingênua na racionalidade e neutralidade do Magistrado, a perpetuação do dogma do “livre convencimento motivado”, a inserção de conceitos abstratos; inatingíveis – embora estrategicamente posicionados –, como a “verdade real”, advindos da aludida e indevida imbricação com o processo civil, delineiam a morfologia processual penal e suas fraturas.

Nessa estrutura, a questão das invalidades processuais se torna especialmente tormentosa. No que toca à atual disposição das nulidades, reminescente da redação originária do Código de Processo Penal, tensionamentos são, de pronto, identificados: de maneira disforme à perspectiva constitucional, a forma processual, aqui, é esvaziada, ao passo que o Art. 566, CPP, prevê, expressamente, que “*não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa*”.

A previsão retoma a perquirição da abstrata verdade real, alçando-a à função inibitória ao reconhecimento de nulidades; é que, deste modo, transforma conceito abstrato em elemento justificador de ato irregular, cabendo ao julgador, inserido em sua subjetividade e crenças,

⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 25.

A relativização do regime de nulidades ganha contornos ainda mais gravosos com a distinção – não expressa – entre categorias como “nulidades relativas” e “nulidades absolutas”; com a necessidade de demonstração de prejuízo, dentre outras compreensões advindas, novamente, da teoria geral do processo (civil) – que em nada dialogam com a conformação constitucional de que a forma é limitação de poder.

Supervalorizando o mítico “livre convencimento motivado”, as formas processuais são reafirmadas como mero acessório, móveis, em qualquer caso, pelo juízo de oportunidade do Magistrado.

Retira-se, deste modo, a filtragem constitucional; a instrumentalidade constitucional do processo penal é vulnerada, abrindo espaço, na discricionariedade judicial, para as expressões do autoritarismo e a marca inquisitorial – consciente ou inconsciente – reafirmada para o próprio julgador.

Este estudo busca, portanto, analisar, ainda que panoramicamente, a força motora do desarranjo das nulidades processuais, o ranço inquisitório que permeia tais discurso e, por fim, as perspectivas de evolução dogmática que se apresentam.

1.1 A desvalorização da forma processual como experiência inquisitória

O que se põe em relevo neste estudo são os discursos e relações autoritárias que permeiam o processo penal brasileiro e desembocam nas significantes que formaram e formam a mentalidade inquisitória, e se expressam, por fim, nas decisões processuais.

Trata-se de problema que encontra na descrita concentração de poderes – ou, melhor definido, na *aglomeração quântica de poder* – espaço determinante para seu desdobramento⁸.

Ao visualizar como operam tais poderes no Brasil, a conhecida e repetida inspiração do Código de Processo Penal brasileiro no fascista Código Rocco deve implicar, na esteira da crítica formulada por Ricardo Gloeckner, compreender que a noção de *pretensão punitiva* e de *relação jurídica processual*, dogmaticamente amparadas nas autoritárias categorias italianas, dão permanência à “*subordinação funcional do processo à consecução de objetivos extrapenais*”⁹.

O acusado, sujeito ao Estado, para Arturo Rocco – primeiro expoente da escola técnico-jurídica italiana, materializada no Código que inspirou o pensamento processual brasileiro –. muito além de um objeto de investigação, seria, propriamente, o objeto do *direito de punir*¹⁰. A pretensão jurídica constituiria, por decorrência, precisamente o exercício desse direito

⁸ Expressão inicialmente utilizada por Bernd Schunemann em: SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 30 -31, mas desenvolvida no contexto brasileiro por Geraldo Prado, dentre outros momentos, em: PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos*: a cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018. v. 1. p. 234.

¹⁰ “El derecho subjetivo de punir (ius puniendi) es la facultad del Estado de accionar en conformidad con las normas de derecho (derecho penal, en sentido objetivo) que garantizan el alcance de su objeto punitivo y de pretender para otros (reo) esto a que está obligado por fuerza de las mismas normas”, ROCCO, Arturo. Sobre el Concepto del Derecho Subjetivo de Punir. In: ROCCO, Arturo (Org.). *Cinco Estudios sobre Derecho Penal*. Traducción de Bernardo Nespral et al. Montevideo: Buenos Aires: B de f-Euros, 2003. p. 17. Prossegue: “el derecho de punir es, pues, un derecho sobre otra persona”. p. 19.

sobre o sujeito, de caráter obrigatório, isto é, uma relação jurídica punitiva obrigatória¹¹.

Tal inspiração, abraçada por Francisco Campos no Brasil, em 1941, correspondia aos ideais do regime político vigente¹², ao Estado forte, repressivo, soberano, que se demarcava pela Ditadura do Estado Novo.

No campo cultural, expressavam-se os aparatos criados pelo regime, com o fim de disseminar e consolidar seu discurso de autolegitimação perante a opinião pública, gestando o cenário ideal para que se instaurasse o discurso autoritário de controle permanente das massas, por um fabricado ideário de ordem e segurança nacional¹³.

Não restou dificultoso preconizar uma construção simbólica e mítica de “inimigo”, situando a autoridade como via única de contenção das ameaças imaginárias, acompanhada do movimento reformista que sustentava uma suposta *racionalidade técnica* em detrimento da política na busca por soluções político-administrativas. Nessa ambiência, Francisco Campos formulou sua defesa à concepção autoritária de processo penal, em lugar da concepção duelista vigente¹⁴.

¹¹ No mesmo sentido, AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 173-174.

¹² Em verdade, para alguns autores – a saber, SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. Francisco Campos: Um ideólogo para o Estado Novo. *Locus: Revista de História*, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, p. 31- 48, 2007 – Francisco Campos não pode ser compreendido como ideólogo circunstancial do Estado Novo, mas orientador direto, por seu pensamento político, do alinhamento desse regime.

¹³ MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MELCHIOR, Antônio Pedro *et al* (Orgs.). *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 1-86. p. 17.

¹⁴ MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MELCHIOR, Antônio Pedro *et al* (Orgs.). *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 1-86. p. 42-43.

O próprio conceito de autoritarismo, continuamente trabalhado pela Ciência Política, pelo Direito e pela Psicologia, não será preciso¹⁵, por ser categoria política transversal, cuja complexidade não pode ser resumida. Opta-se por falar, aqui, de autoritarismo: i) enquanto abuso na constituição e no exercício do poder¹⁶ e ii) expresso na mentalidade autoritária, no que toca a “*decorrente do processo de socialização a adotar e aceitar atitudes autoritárias no exercício do poder*”¹⁷.

As constituintes da desordem são, dessa maneira, ao mesmo tempo plurais e entrelaçadas: de uma parte, um sistema que se forjou pela desigualdade de poderes, concentrado em um julgador com iniciativa probatória, em uma dinâmica desenhada para que opere enquanto juiz-ator ou juiz-gestor, desde a origem de sua estrutura contemporânea; de outro, as decorrências da lógica autoritária em que se insere esse julgador, ao levar a

¹⁵ Em verdade, a superação do que se tem identificado como autoritarismo sequer é factível na sociedade em que se presentifica, mantendo-se sua estrutura, conforme já demonstrara Florestan Fernandes, uma vez que a democracia da sociedade capitalista é democracia burguesa, e, dentre outros aspectos, “*a ela é inerente forte desigualdade econômica, social e cultural com uma alta monopolização do poder pelas classes possuidoras-dominantes e por suas elites. A liberdade e a igualdade são meramente formais, o que exige, na teoria e na prática, que o elemento autoritário seja intrinsecamente um componente estrutural e dinâmico da preservação, do fortalecimento e da expansão do “sistema democrático capitalista”*”. FERNANDES, Florestan. *Apontamentos sobre a “Teoria do Autoritarismo”*. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019. p. 45.

¹⁶ “*Nas tramas do autoritarismo como abuso de autoridade, os fios do modo de constituição da autoridade e do seu exercício estão inextricavelmente enredados. Para que não haja autoritarismo no sentido desse primeiro contexto, a autoridade tem de ter sido constituída e tem que exercer-se legitimamente*”. FRAGOSO, Cristiano. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 67.

¹⁷ SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento*. Orientador: Maurício Stegemann Dieter. 2019. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/publico/1346596_Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 8 jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.2.2019.tde-21082020-032044>. p. 212.

cabo um crido direito de punir, como “presentante”¹⁸ do Estado no exercício do *direito subjetivo de castigar*, em conceituação autoritária.

Por esse sucedido, o *inquisitorialismo*¹⁹, como regra do poder penal, far-se-á presente em graus em toda a cadeia coercitiva, mas ganhará potência, à medida que se defronte com espaços de arbítrio, terrenos em que possa refletir, sem maiores dificuldades, os significantes políticos e históricos que o constituíram.

É possível notar, assim, que não bastará que a balança penda formalmente para um sistema de bases acusatórias, sabendo-se que o distanciamento da forma processual, ocasionando espaços de arbítrio, é terreno fértil para o autoritarismo gestado na estrutura inquisitorial. Tal perspectiva, não raro, perpassa, também, o próprio campo cultural e ideológico do Magistrado, o que se agrava em um contexto político de pensamento neoliberal²⁰:

Sem se pensar o julgador, que se encontra inserido em uma tradição e no qual o inconsciente se manifesta nas discontinuidades (na fratura do sujeito), é impossível entender o que levou à formação do seu convencimento: o julgado está condicionado pelo julgador, igualmente condicionado pela tradição e

¹⁸ Presentante, e não representante, uma vez que a estrutura do sistema o incita a operar, no ato de instruir e sentenciar, verdadeiramente como o próprio Estado materializado.

¹⁹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁰ Que forma, por sua vez, o imaginário neoliberal. Assim, “essa imagem, adequada à racionalidade hegemônica que se tem das coisas e das pessoas é o que se entende por “imaginário neoliberal”. Essas imagens neoliberais, ao serem introjetadas pelos indivíduos, reforçam um modo de pensar e atuar no mundo a partir de categorias como “interesse”, “lucro”, concorrência”, etc. Assim, por exemplo, a imagem que o homem neoliberal tem dos outros indivíduos é a de um objeto que pode ser danoso ou, mais precisamente, a imagem de uma empresa concorrente que precisa ser derrotada”. CASARA, Rubens. *Contra a miséria neoliberal: racionalidade, normatividade e imaginário*. São Paulo: Autonomia Literária, 2021. p. 281.

pelo inconsciente. Há, escamoteado pela consciência, um sujeito do inconsciente, “tão inapreensível por esse eu, quanto o desejo”²¹.

Circunstância inegável é a de que o julgador, como sujeito cognoscente, não é anulado nas relações de conhecimento – o que deveria bastar para o início de uma crítica quanto aos mitos de neutralidade e imparcialidade do julgador. Mas, para além disso, urge a compreensão de que o próprio Direito Processual é ideológico, abarcando em seu regramento os interesses de cada modelo social.

Tanto mais espaço em branco para expressão desses desejos, legitimado, em tese, por um poder legalmente conferido, acrítico e distanciado do enfrentamento da questão econômica e social, ampliado nos espaços de livre decisão, maior será a importância do Estado Penal na manutenção de uma estrutura que atenda o *status quo*.

Muito embora a neutralidade dos sujeitos, ideologicamente orientados, seja inatingível, impõe-se a tomada de consciência acerca das armadilhas da estrutura inquisitorial e do autoritarismo, marcados no processo penal, o que não se encerra na manutenção da forma processual, mas que nesta encontra a garantia mínima do acusado em face do abuso do poder de punir.

2. Problematizações do regime de nulidades a partir da complexidade do conhecimento

O pensamento jurídico há muito rompeu com o paradigma científico positivista, segundo o qual a ciência do Direito deveria encontrar métodos

²¹ CASARA, RUBENS R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 181-182.

próprios para sua interpretação e, a partir disso, destilar uma teoria pura, impassível de influências de outras áreas.

Substituiu-se a busca da pureza pelo reconhecimento da complexidade, admitindo-se que explicações objetivas podem não dar conta das inúmeras variáveis que influenciam o Direito e o seu pensador.

Esse pensamento complexo, que se abre para diversas áreas do saber - saber interdisciplinar – se distancia o purismo positivista, que arrisca se apossar da realidade, ser reducionista e, por isso mesmo, parcial. Edgard Morin, destacado nome da chamada “teoria da complexidade”, aponta que essa forma de enxergar o mundo se aproxima da realidade ao articular a ordem e a desordem, a autonomia e a dependência, incorporando a incerteza à sua epistemologia.

Simplificações conduziram o pensamento jurídico, não raras vezes, à chamada inteligência cega, conceituada por Morin²² como aquela que isola a partir da hiperespecialização: o processo penal é tradicionalmente estudado a partir das categorias científicas da teoria do processo. Silenciou-se, por tempos, o entorno; esterilizou-se o discurso dogmático, retirando-lhe as intersecções com outros fatores de complexidade.

Nesse jaez, destaca Morin²³:

Infelizmente, pela visão mutiladora e unidimensional, pagase bem caro nos fenômenos humanos: a mutilação corta na carne, verte o sangue, expande o sofrimento. A incapacidade de conceber a complexidade da realidade antropossocial, em sua microdimensão (o ser individual) e em sua macrodimensão (o conjunto da humanidade planetária), conduz a infinitas tragédias e nos conduz à tragédia suprema.

²² Morin, E. (2005). *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução por Eliane Lisboa. Porto Alegre: Ed. Sulina. P. 12

²³ Morin, E. (2005). *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução por Eliane Lisboa. Porto Alegre: Ed. Sulina. P. 13

Daí que entender o projeto de Código de Processo Penal, aqui especialmente no campo das nulidades processuais, não pode descurar do caminho complexo que é a reflexão acerca do meio de cultura. O estudo das nulidades se entrelaça com a forma de Estado e, mais diretamente, com a existência ou não de rígidos limites ao poder estatal.

2.1 O esvaziamento da distinção entre nulidade absolutas e relativas como manifestação da pós-democracia.

O conceito de pós-democracia, originalmente trabalhado por Colin Crouch, foi importado para o cenário brasileiro, com novos contornos e adaptações necessárias à realidade pátria, por Rubens Casara.

A referida construção teórica encontra no cenário criminal, máxime na teoria das nulidades, campo fértil de aplicação, servindo de lupa apta a evidenciar a racionalidade perversa que permeia a construção do processo penal em tempos atuais.

Rubens Casara leciona que:

[...] o Estado Pós-Democrático revela-se um Estado forte e com tendência arbitrárias, possivelmente o Estado menos sujeito a controle desde a criação do Estado Moderno. A pós-democracia é um modelo estatal aberto a novos despotismos, no qual se permite tanto a concentração de poderes quanto a existência daquilo que Luigi Ferrajoli chamou de “poderes selvagens”, poderes sem limites²⁴.

Para o referido autor, o Estado Democrático de Direito seria um tipo ideal compromissado com a realização de direitos e, principalmente, com a limitação do exercício do poder. Mesmo nesse contexto de tipo ideal, há

²⁴ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017

situações que escapam da legalidade, o que, contudo, tende a ser uma excepcionalidade.

Esse arquétipo de modelo político, denuncia Casara, foi substituído por um Estado sem limites rígidos ao exercício do poder, em que sequer há a pretensão de ver o poder limitado. Esse novo modelo de Estado, chamado de pós-democrático, é fruto da despudorada aproximação do poder econômico e do poder político, funcionando como uma estrutura de controle ao serviço do neoliberalismo.

Aproximando-se, poder político e poder econômico transformam direitos em mercadorias, afinal o mercado passa a ser o fiel regulador da vida. Sendo mercadoria, direitos são negociáveis e, mais ainda, destinam-se com certa exclusividade à parcela de cidadãos que podem consumir tal produto. Alguns consumidores – a categoria de cidadão perde força, sendo o sujeito avaliado a partir da ótica do mercado, do consumo – não são autorizados a usufruir de direitos, e restam relegados à categoria de subcidadania.

O Poder Judiciário abandona as vestes de garantidor de direitos e passa a ter função política de regulador das expectativas do mercado, legitimando o braço forte do Estado responsável pelo controle dos “não-consumidores”, corroborando com a gestão dos indesejáveis. Julgamentos criminais são vendidos como espetáculos, valiosa mercadoria.

O menoscabo aos direitos de determinadas pessoas vira regra. O Estado de exceção em que se vive vira a regra e essa é a toada da Pós-Democracia com a ampliação da incidência do autoritarismo. Os motivos vão desde a tradição autoritária, o enfraquecimento dos limites ao poder, e o esfacelamento do processo penal como garantidor de direitos.

A multicitada ausência de limites rígidos ao poder estatal reverbera com ênfase no cenário criminal, ontologicamente construído para impor racionalidade mínima ao processo punitivo. O que era absoluto em garantias, torna-se fluido e relativo; tudo poder ser afastado ou relativizado, notadamente em nome da entoada eficiência punitiva.

O conceito de prejuízo adotado para fins de averiguação da nulidade processuais ser apta a gerar a invalidação do ato é exemplo significativo da erosão garantista sofrida pelo processo penal.

Tradicionalmente, doutrina e jurisprudência falam numa só voz que a necessidade de demonstração do prejuízo se referiria tão somente às ditas nulidades relativas. As nulidades absolutas, por se turno, dispensariam tal prova pois a presunção de prejuízo era ínsita à sua categoria²⁵. Entretanto, ventos recrudescentes sopraram na jurisprudência, e em um passado recente se passou a exigir a demonstração do prejuízo também nos casos em que a nulidade se configuraria absoluta. Nesse sentido, saliente-se, está a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal.

É nesse contexto que se insere o fenômeno da relativização das nulidades, denunciado por parcela da literatura jurídica, notadamente aquela mais alinhada com o pensamento crítico do processo penal²⁶. O que antes era absoluto, pode até ser mantido como absoluto em nomenclatura, mas os

²⁵Observa-se: “As nulidades absolutas não exigem demonstração de prejuízo, porque nelas o mesmo é evidente” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 33); “enquanto o prejuízo é presumido na nulidade absoluta, deve ser comprovado na nulidade relativa (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 1513).

²⁶ SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. P. 372.

efeitos de tal conceituação agora inexistem: a demonstração do prejuízo é essencial para o reconhecimento de toda e qualquer nulidade, e as absolutas findam se igualando às relativas. É um fenômeno típico de uma postura mais alinhada com a instrumentalidade utilitarista do processo penal, que tende a exercer uma força centrípeta sobre as formas processuais, diminuindo sua importância, relativizando-a, portanto.

Como afirmado por Casara, no Estado Pós-Democrático, a democracia permanece como um simulacro, um elemento apaziguador. Há um funcionamento formal das instituições, mas com desaparecimento da dinâmica democrática. Aplicando-se essa ideia às nulidades, a função de garantia ínsita ao regime que invalida os atos praticados irregularmente também permanece no campo do simbólico, perdendo a substância de garantia e funcionando apenas como simulacro utilizável em situações excepcionais, desprovida de segurança jurídica e de proteção efetiva contra o abuso punitivo.

2.2 O prejuízo no regime de nulidades e a presunção pós-democrática dos Tribunais

Se o regime de nulidades é de todo caótico, indubitavelmente a força motora desse desarranjo está no já mencionado princípio do prejuízo²⁷, que condiciona a declaração de nulidade à demonstração, pelas partes, que o ato irregularmente praticado lhe trouxe algum gravame processual, isto é, acarretou tal prejuízo, como antecipado no item supra.

²⁷ O arcabouço normativo é encontrado no artigo 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Na atual quadra histórica, com o marco constitucional de 1988, reproduzir um dogma entoado por um Código de inspiração Fascista é, no mínimo, comodismo científico que finda legitimando o ranço polícialesco presente no modelo de justiça criminal aplicado no Brasil. Não se está a sustentar que todos os postulados utilizados no código de processo penal brasileiro, de 1941, se considerem superados, mas que todos precisam de uma mínima filtragem constitucional e de calibragem histórica para que o código serviente ao Governo Vargas consiga satisfazer os mandamentos democráticos da Carta Constitucional de 1988.

A exigência de demonstração do prejuízo pode ser confrontada com a própria noção de devido processo legal, a partir da revalorização do procedimento enquanto garantia. Levada às últimas consequências, a ideia de prejuízo finda atribuindo ao modelo de ato previsto pelo legislador um caráter de mero aconselhamento, quando na verdade a forma se presta à garantia do acusado. Dinamarco, discorrendo sobre a instrumentalidade do processo, chegar a afirmar que a ideia de prejuízo serve para que o juiz possa adequar o processo para cada realidade, como se as normas processuais estivessem à disposição do magistrado²⁸.

As formas dos atos processuais se inserem dentro do sistema criminal, conversando de perto com o poder punitivo. Sua existência, portanto, se legitima enquanto escudo protetor do acusado, o que confronta

²⁸ Essa ampliação dos espaços impróprios de discricionariedade é, inclusive, reconhecido por parte da doutrina como algo benéfico. Observa-se: “O prejuízo, sem o qual nulidade alguma se pronuncia, é apenas o dano causado aos objetivos da participação contraditória; onde o procedimento ficar maculado mas ileso saia a garantia de participação, cerceamento algum houve à defesa da parte. Cabe ao juiz até, ao contrário, amoldar os procedimentos segundo as conveniências do caso”. (DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 165).

sobremaneira a necessidade deste sujeito protegido provar ter sofrido o prejuízo²⁹. O descumprimento do ato, por si só, é prejudicial ao acusado, pois representa que o Estado desrespeitou uma garantia.

Exigir a demonstração do prejuízo é ato de descompromisso do Estado-juiz com o vetor do devido processo legal, que na lição de Walter Nunes, regula a jurisdição no âmbito criminal e torna a *persecutio criminis* juridicamente vinculada a padrões normativos, extraíveis da Constituição e das leis, que ao fim e ao cabo traduzem limitações ao dever-poder de punir.³⁰

De tal modo, o devido processo legal, donde se extrai o respeito às formas processuais (devido procedimento penal), é direito fundamental que limita a atuação estatal. Por isso mesmo, quando se rompe a tipicidade de determinado ato não é o denunciado que deverá alegar que inexistiu prejuízo, mas sim o Estado-juiz, que se via limitado por essa garantia e a violou. O ônus recai sobre quem tinha a obrigação de zelar pela forma do ato, ou seja, o magistrado.

Essa tarefa hercúlea de provar o prejuízo se mostra ainda mais perversa quando se raciocina o procedimento do Tribunal do Júri. Dentre outros aspectos, o ritual do júri se caracteriza pelo julgamento levado a

²⁹ A angústia de Daniel Zaclis resume bem o caos que envolve o modelo de nulidades: “Como, então, diante dessa esteira de pensamento, admitir que às partes seja atribuído o ônus de demonstrar o prejuízo decorrente do vício? Ou seja, o Estado cria leis; o Estado processa o cidadão; o Estado comete um erro na aplicação dessas leis durante o processo; e é o cidadão que deve comprovar o prejuízo? Não faz nenhum sentido! Trata-se de um ônus despropositado e irracional que apenas encontra campo fértil em um modelo de processo penal inquisitório, em que as formas se amoldam – tudo a depender do caso – ao alvedrio do magistrado, sendo o acusado mero objeto desprovido de direitos. (ZACLIS, Daniel. *As nulidades no processo penal*: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo. Rio de Janeiro: GZ, 2016. P. 171).

³⁰ SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal*: Teoria (constitucional) do Processo Penal. 2ª ed. Natal: Owl, 2015. P. 284.

efeito por sujeitos do povo que não precisam sequer fundamentar suas decisões. Decidem, pois, conforme sua íntima convicção e suas razões, das mais técnicas às mais espúrias, não estão submetidas a qualquer controle externo³¹.

No júri o terreno do inconsciente aflora e demonstra o quão difícil será delimitar o que foi determinante para o julgamento da causa. Demonstrar o prejuízo como sendo algo que afetou a decisão da causa é o mesmo que perquirir os motivos pelos quais ao menos quatro cidadãos, por qualquer rasgo voluntarista, escolheram votar sim pela condenação. É o puro terreno da indeterminação.

Com felicidade, Fauzi Choukr desenha que a noção de prejuízo é obviamente delineada a partir de determinado processo interpretativo, que, por sua vez, está condicionado aos fatores culturais que norteiam o interprete. Em nosso caso, repise-se, a cultura inquisitiva ainda permeia, com pujança, o imaginário do ator jurídico, o que faz do prejuízo algo que não se mostra largamente sensível aos valores da Constituição e da jurisprudência internacional de direitos humanos³².

No atual estado da arte da teoria das nulidades, ao consignar que “não se declara nulidade de ato processual que não resultar em prejuízo para a acusação ou para a defesa, sobretudo se não houver obstado a apuração da

³¹ Como salienta Lênio Streck, o fato de o jurado decidir por íntima convicção, sem a necessidade de justificar seu voto, poder ser tido como o calcanhar de Aquiles do Tribunal do Júri, isto é, por onde tal instituto mais sofra críticas densas (STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos & rituais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 173).

³² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 1036.

verdade substancial dos fatos”³³, a jurisprudência inverte a lógica do devido processo legal: não é mais a fiel observância dos atos processuais que legitimam a decisão da causa (ou verdade substancial, para os que acreditam), mas sim a decisão da causa que legitimará o caminhar processual, ainda que tortuoso. A conta é de custo benefício³⁴, o que se justifica por uma ambiência de pós-democracia, em que direitos são mercadorias e os limites ao Estado são fluidos e rarefeitos. Qualquer tentativa de controle do poder, e o regime de nulidades é, por excelência, limite ao poder de punir, é enxergada como entrevero ao projeto, empecilho ao desejo punitivo.

Mas a irracionalidade jurisprudencial não para por aí. Admita-se, por hipótese, como válida a argumentação acerca da “decisão da causa” e da “verdade substancial” como elementos comprobatórios do prejuízo, como quer o Superior Tribunal de Justiça. A consequência é uma só: a parte que visa o reconhecimento da nulidade deverá demonstrar de que forma aquele ato influiu no alcance da verdade.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. *AgRg no AG 899.778/SC*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia, Data de Julgamento: 28/02/2008, Data de Publicação: DJe 17/03/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3689243&num_registro=200701234580&data=20080317&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29/02/2022.

³⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 302. O autor complementa, precisamente: “Em suma, não parece distante demais do pensamento utilitarista e economicista que imagina um processo penal no qual as formas, que representam um enorme obstáculo ao eficientismo persecutório, possam ser tratadas como meras sugestões endereçadas pelo legislador ao juiz.”.

Ocorre que a própria Corte em comento dá a seguinte resposta àquele que busca discutir a influência de determinado ato na verdade substancial³⁵:

A incursão no terreno da apuração da verdade *substancial* demanda análise do conjunto fático-probatório, pois não há como saber se houve influência na apuração da verdade *substancial* sem avaliar, por exemplo, o conteúdo das perguntas feitas pelo magistrado às testemunhas. Tal análise não pode ser realizada em sede de habeas corpus (grifo no original).

Eis então que o círculo inquisitorial se fecha: empurra-se a conceituação do que é prejuízo para algo que não pode ser discutido no Tribunal. O destino da nulidade se bifurca: ou não há prova de prejuízo, pois não se mostrou influência na verdade substancial; ou não há como mostrar influência na verdade substancial, pois isso demanda reanálise fático-probatória. Essa é a gestão de ilegalidades típica do modelo inquisitório³⁶.

O que se tem, em parcial conclusão, é que o princípio *pas de nullité sans grief* deve sofrer uma filtragem constitucional. Para tanto é essencial extirpar as vinculações entre prejuízo e os conceitos de “verdade substancial e decisão da causa”, bem como se realinhar o ônus probatório, para que a demonstração do prejuízo não seja uma exigência simbólica apta a oferecer ao Poder Judiciário um espaço de discricionariedade para escolher o que

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. *HABEAS CORPUS N° 166.172 – SP*. Relator: Ministro Gilson Dipp, Data de Julgamento: 26/06/2012, Data de Publicação: DJe 01/08/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17715594&num_registro=201000500133&data=20120801&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 29/02/2022.

³⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 235

quer e o que não quer declarar nulo. Esse rearranjo será melhor tratado em tópico a seguir.

3. Avanços e retrocessos no projeto de NCPP

Diante do cenário problemático entorno das nulidades processuais, a construção de uma nova codificação traz também renovações de esperança e preocupação. De um lado, espera-se que a insegurança jurídica do cotidiano forense aliada à crítica tenaz da doutrina seja suficiente para a construção de uma nova teoria constitucionalmente mais afinada; por outro, uma sociedade mais imediatista, punitiva embebida no contexto pós-democrático mantém a mencionada esperança acompanhada de uma responsável preocupação.

Nessa dualidade, entre esperança e preocupação, também permeia o projeto analisado. Entre avanços e retrocessos propostos, cumpre aqui apontar os problemas do cenário atual e analisar como o projeto de código se posiciona diante deles.

3.1 O dever de máximo aproveitamento dos atos processuais e o alcance de sua finalidade

Reminiscência da redação originária o Código de Processo Penal, o artigo 566 do atual código aglutina um arsenal de significantes que justificam, em boa parte, a (dis) funcionalidade do regime das nulidades processuais. É nesse dispositivo que dois dogmas processuais penais sofrem uma aproximação com a temática das nulidades: a instrumentalidade das

formas e a busca da verdade real exsurtem como valores norteadores das nulidades.

Ao afirmar que “*não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa*” o mencionado texto normativo surge como “ponto de ajustamento”³⁷ entre a instrumentalidade das formas e o modelo inquisitivo de processo, a partir da concepção de verdade substancial – nada mais que um codinome dado à verdade real.

Retomando o que já fora explorado, no atual estágio de evolução da processualística penal não há mais espaço para perquirir a verdade real, e muito menos para se creditar ao dito embuste teórico a função de inibir nulidades. Da forma como engendrado, o texto legal alça a verdade real à condição de elemento justificador do ato irregularmente praticado, realçando o caráter ditatorial e policialesco do diploma processual.

Novamente a ideia de verdade real aparece como um conceito abstrato estrategicamente posicionado. Desponta, por isso mesmo, como um elemento de importância prática e não mais como elucubração – aparentemente – distante sobre a finalidade do processo penal. O dogma da verdade recebe, através do artigo 566 do CPP, aplicabilidade direta no cotidiano forense, o que potencializa os danos gerados por essa herança inquisitorial. Tal

Ao acreditar que a verdade real é um dado alcançável, o aplicador da norma em apreço finda desconsiderando a construção plural das várias versões processuais e, finalmente, criando uma resistência ao

³⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

reconhecimento das nulidades. O discurso dado pela norma é que declarar-se-á nulidade apenas quando o ato irregular tiver influenciado o alcance da verdade real. O resultado, por sua vez, é que a inalcançabilidade da verdade gera, não raro, a resistência à declaração de nulidades. A matemática é direta: só se anula o que influenciou na verdade real; ocorre que a verdade real não existe e por isso não haverá como se demonstrar a influência de algo (ato irregular) em um não-algo (verdade real).

A ideia de verdade veiculada na norma se liga umbilicalmente à filosofia da consciência³⁸ e o julgador que dela se vale só declarará nulidade quando relacionar o ato defeituoso à verdade real alcançada. A partir da filosofia da consciência, acredita-se que há como alcançar a verdade real, o que é de todo impossível.

Como avalia Lênio Streck, na modernidade, com a superação do objetivismo, ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem. Exsurge o iluminismo e o homem deixa de ser sujeito às estruturas, passando, em verdade, “a ‘assujeitar as coisas’. É o que se pode chamar de esquema sujeito-objeto”³⁹. O homem, através da sua consciência, obterá a verdade das coisas⁴⁰. Esse julgador inserido no paradigma da subjetividade

³⁸ Esmiuchando essa relação, por todos, apregoa Lênio Streck: “Sabemos muito bem – por tudo que já foi dito – que o sistema inquisitório é um corolário da filosofia da consciência (não vejo a doutrina processual penal reconhecer isso): representa uma profissão de fé na ideia de que o sujeito é senhor dos sentidos, de modo que é esse sujeito – e não a sociedade – que deve se convencer, ter certeza de seu julgamento, etc. (lembro aqui, já de pronto, do vetusto “princípio” do livre convencimento, agora repstinado no projeto do novo CPP).”(STRECK, Lênio Luiz. *A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual*. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set. 2011 – dez. 2011. P. 220)

³⁹ STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 13

⁴⁰ SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. *Controle Remoto e Decisão Judicial*: quando se decide sem decidir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 36

acredita poder alcançar a verdade real, superestimando sua racionalidade e subestimando aspectos linguísticos e psicanalíticos do direito.

Esse cenário pantanoso recebe tons ainda mais dramáticos, uma vez que na atual conformação da disciplina de nulidades cabe àquele que alega (geralmente a defesa) demonstrar que o ato praticado de forma irregular deve ser anulado. Isso significa, por tudo, que caberá à parte que alega a nulidade demonstrar que ela influenciou na obtenção da tal verdade real, algo que só encontrará referencial semântico naquilo que o julgador quiser⁴¹.

Além da verdade substancial, o artigo menciona *decisão da causa* como outro elemento a ser aferido quando do juízo de nulidade de determinado ato. O que se depreende dessa assertiva legal é que o magistrado, ao final, fará uma avaliação de utilidade do ato, e aferirá se esse ato praticado irregularmente influenciou ou não na sua decisão.

Tal permissibilidade (não se anular atos que não teriam concorrido para a decisão da causa) parte de uma premissa superada, qual seja, a de um juiz psicanaliticamente inatingível, desconsiderando a queda do paradigma cartesiano e toda a influência interdisciplinar que norteia atual análise do fenômeno jurídico. Não se sabe se por apego ingênuo à crença de racionalidade total do magistrado ou por reafirmação de poder, o que se tem

⁴¹ Demonstrando a subjetividade ínsita à filosofia da consciência e seu resultado no processo, leciona Alexandre da Rosa “Ao se *desvelar* o *sentido* e a *verdade* do *ser-aí*, toda a pretensão da hermenêutica informada pela *Filosofia da Consciência* de chegar ao *significado primeiro* dos *entes* somente pode ser feita *singularmente* e não mais de maneira universal: a *verdade* é relativa ao *ser-aí*”, ou seja, essa singularidade impede que a “verdade real” seja um critério aceitável para a disciplina das nulidades, justamente por vagar conforme a consciência de cada “ser-aí”, ou seja, cada julgador. (ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão No Processo Penal Como Bricolage De Significantes*. 2004. Tese [Doutorado] – Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004. P. 198, grifo no original).

é a artificial construção de que, ao final, na decisão da causa, o juiz poderá se despir das influências de determinados atos irregulares.

A partir dessa forma de gestão do ato irregular, é suficiente que o juiz, ao sentenciar, decidindo a causa, afirme que aquele vício não refletiu em sua decisão, deixando de mencioná-lo ao longo da fundamentação. Há um golpe de cena processual, bastando que inexista menção expressa ao ato irregular nas razões da decisão para que se tenha como certa a sua não influência no julgamento. A questão, contudo, não é tão simples e esse tratamento é por demais rasteiro.

Como adverte Pacelli, em comentário ao referido artigo:

Embora se saiba que o juiz deverá sempre motivar o seu convencimento (livre convencimento motivado ou persuasão racional), a prova resultante de ato processual nulo poderá influir na subjetividade do ânimo do julgador, com conseqüências danosas aos interesses do prejudicado e também da jurisdição penal. Deve-se atentar para a circunstância (mais freqüente que pode parecer) de pretender o juiz demonstrar o seu convencimento a partir de outras provas, possivelmente ou evidentemente insuficientes, quando na verdade teria sido convencido, efetivamente, por ocasião do ato processual cuja nulidade veio a ser reconhecida⁴²

Um dos equívocos do artigo 566 do atual CPP, portanto, é supervalorizar o mito do livre convencimento motivado⁴³, acreditando que todas as razões de decidir que nortearam o julgador estão expressas na motivação de sua sentença, e conseqüentemente poder-se-á fazer o controle de sua racionalidade e confrontar o que foi e o que não foi influente no julgamento da causa.

⁴² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 675.

⁴³ Utiliza-se a mito no sentido dado por Rubens Casara, para quem “o princípio do livre convencimento motivado é um mito, que ocupa espaço teórico destinado a colocar um véu na tradição e no inconsciente na valoração judicial das provas no processo penal”. (CASARA, Rubens R. R.. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 180).

Essa brecha no regime das nulidades faz escoar a compreensão da instrumentalidade constitucional do processo, uma vez que tanto pode legitimar a tomada de posição voluntária do Estado-Juiz no sentido de usar um ato praticado irregularmente; como, mesmo em um juiz com uma perspectiva acusatória, pode influir no subconsciente e fulminá-lo da imparcialidade exigida. Enfim, o artigo 566 do CP dá margem para que o juiz inquisidor (que se arvora de um compromisso pessoal com a verdade real) utilize de atos praticados fora do parâmetro legal, bastando que não os mencione na decisão final; de igual forma, desprotege-se o juiz desejável no modelo acusatório, pois possibilita que elementos colhidos irregularmente influenciem no subconsciente desse magistrado, limitando a sua imparcialidade.

O Projeto de Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010), na versão do substitutivo preliminar apresentado na Comissão Especial formada na Câmara dos Deputados, em 13/04/2021 aparentemente busca resolver tal grave problema, rompendo os grilhões da menção à verdade real.

Ao invés de mencionar que não será declarada a nulidade sem que haja influência na apuração da verdade ou decisão da causa, a proposta em trâmite aduz que “não se invalidará o ato quando, realizado de outro modo, alcance a mesma finalidade da lei, observado o princípio da ampla defesa.”.

Percebe-se um ganho significativo consistente no abandono da busca da verdade como referencial de validade do ato, bem como com o acréscimo do referencial da observância da ampla defesa para aferição da finalidade. Parece o projeto reconhecer que a concretização da ampla defesa

é uma finalidade transversal do Código, que deve ser respeitada no processo como um todo e em cada ato individualmente considerado.

A solução, portanto, perpassa pela valorização do ato processual e de sua forma como garantias em si mesmo, independente do vínculo distante com a decisão da causa ou com a verdade real. O ato irregular deve ser declarado nulo a partir da compreensão de suas funcionalidades de garantia, e não em subordinação à decisão da causa.

Esse aparente avanço, todavia, tem efeitos limitados em razão da manutenção do ônus da prova do prejuízo expressamente imposto àquela parte que alega a nulidade. Essa opção mantém um pilar do atual regime de nulidades, responsável pela desvalorização da forma dos atos processuais e, à reboque, do próprio devido processo legal.

3.2 A não presunção do prejuízo como regra: os riscos de um legislador conselheiro

Uma possível solução para contribuir com um caminhar garantista da teoria das nulidades seria rever a distribuição do ônus da prova do multicitado prejuízo, necessário ao reconhecimento da invalidade do ato. Da forma como tradicionalmente construído, o vetor interpretativo das nulidades indica que caberá às partes o ônus de provar o prejuízo advindo da prática irregular do ato. Essa compreensão coloca em artificial igualdade as partes no processo penal, desconsiderando o desequilíbrio ínsito à relação travada entre Estado e acusado no processo criminal.

A noção de igualdade entre as partes que lastreia todo pensamento privatista não se sustenta no âmbito penal, logo a distribuição de cargas probatórias não pode ser aceita sob pena de impor ao réu mais um gravame,

ao invés de protegê-lo, como pretende fazer o processo penal moderno, garantista.

O realinhamento deve ser no sentido de admitir que o desrespeito aos guias normativos do processo penal consubstancia-se numa presunção de lesão, que poderá ser rompida caso o magistrado desincumba-se do ônus argumentativo para manter a eficácia do ato, eventualmente ouvindo a parte contrária.

O caminho para a adequação constitucional do princípio do prejuízo é categorizá-lo não mais como elemento necessário para declaração da nulidade, mas sim como elemento cuja ausência indica a inexistência de nulidade. Inverte-se os sinais, rumo à presunção de lesão às partes pela inobservância do ordenamento processual. Retoma-se, com isso, o caráter garantístico da forma.

Decorrendo a violação de uma norma, em regra, haverá nulidade do ato. É que se assim não for, se estará dizendo que algumas formas processuais penais são inúteis e o legislador um mero conselheiro.

Como ensina Jorge Paschoal, presume-se o que ordinariamente acontece, logo a presunção deverá ser de prejuízo⁴⁴. Se há um modelo previsto em lei, o normal é que o processo penal dele necessite para dar corpo à sua função garantista. O normal, portanto, é que a atipicidade gere prejuízo⁴⁵.

⁴⁴ PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais penais*: Um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. P. 343

⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 578.

O NCPP, da forma como se encontra no PL nº 8.045/2010, perde significativa oportunidade de realinhar, vez por todas, o regime de nulidade, minorando os efeitos autoritários e solipsistas que recaem exclusivamente sobre o acusado. Esse rearranjo, que ocorreria através tão somente da atribuição do ônus argumentativo da prova do (não)prejuízo, daria substancial contribuição à valorização da forma sem que fosse necessário enfrentar o abandono do conceito de prejuízo, absolutamente arraigado no pensamento jurídico processual.

O artigo 187, III, do aludido projeto de lei assim dispõe: “III - o prejuízo não se presume, devendo a parte indicar, precisa e especificadamente, o impacto que o defeito do ato processual gerou no exercício do contraditório ou da ampla defesa;”. Percebe-se a manutenção da atribuição do ônus argumentativo de demonstrar o prejuízo àquele que teve a forma processual descumprida em seu desfavor. Esse caminho reafirma um estado de coisas que vem se mostrando perverso com as garantias do acusado.

Sugere-se, dentro do realinhamento aqui defendido, a substituição da redação para assim passar a constar: “O não reconhecimento da nulidade dependerá de decisão específica, em que deverá o juiz fundamentar a inexistência de prejuízo”.

3.3 A nulidade como pedido subsidiário: o reconhecimento normativo do caráter pro reo das formas jurídicas

Diante de eventual desfecho absolutório, a nulidade, se declarada, despontaria como verdadeira contra-garantia, sendo prejudicial ao acusado. Não raras vezes, o reconhecimento da nulidade representava uma solução

“confortável” diante da opção pela absolvição do acusado, que, em determinados casos, acarreta significativo ônus político para o julgador, cercado das recorrentes pressões sociais e midiáticas ansiosas pela condenação.

A utilização do reconhecimento da nulidade como fuga da absolvição, configura uma interpretação perversa, *pro societate*, da disciplina das nulidades, dando-lhe tons punitivos ou revés de tons garantidores.

A liberdade do acusado é a significante que deve guiar o processo penal, muito em virtude da inocência presumida. Assim, a regra basilar para o deslinde do caso penal é a da absolvição, sendo a condenação um revés, pois contrária a uma presunção constitucionalmente estabelecida. A absolvição do acusado, portanto, é preferível frente, inclusive, às hipóteses de nulidade. Entre a absolvição e a nulidade de atos processuais, a instrumentalidade constitucional impõe a adoção da primeira solução.

Essa construção revela postura equivocada que permeia o modelo de nulidades conforme compreendido atualmente: a nulidade não é, necessariamente, uma matéria preliminar ao mérito. Justamente por ser sempre preferível a absolvição, a nulidade não pode servir de impedimento para tal resolução do caso penal. É preciso dar conta que a nulidade do processo não pode ser entendida como uma saída tecnicista que supre o possível ônus político de uma sentença absolutória, afinal o caráter contramajoritário é fundante para atuação constitucional do poder judiciário.

Nesse sentido, caminha bem o projeto de novo código, ao dispor em seu artigo 188, §3º que: “O juiz não declarará a nulidade quando puder julgar o mérito em favor da defesa”.

3.4 Afinal, o que é o Ministério Público no processo penal? Os riscos de uma parte imparcial no tratamento normativo das nulidades.

Outro pilar da disciplina de nulidades que merece uma revisitação crítica consiste no denominado princípio do interesse, hoje normatizado que está no artigo 565 do CPP, *in verbis*: “Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.”.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, a decretação da invalidade do ato praticado de forma irregular deve estar sujeita a uma apreciação sobre as vantagens que tal providencia representará para quem invoca a irregularidade⁴⁶. Tal construção padece, contudo, de uma maior reflexão sobre as partes no direito processual penal, notadamente acerca do papel que o ministério público desempenha quando inserido no paradigma de processo penal democrático.

Historicamente discutiu-se sobre a condição do Ministério Público, ora dando-lhe tons mais próximos ao de parte, ora mais próximos ao da jurisdição. Longe de encerrar tal celeuma, parece que há, hodiernamente, um mínimo consenso quanto à necessidade de o processo penal moderno

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 36.

despontar como um processo de partes, conceito no qual se incluiria o Ministério Público.

Não se nega, portanto, que o Ministério Público no processo penal atue como parte. Entretanto, e parece que aí reside o ponto nevrálgico, não se satisfaz na conceituação de parte própria do direito civil e processual civil. O Ministério público ao mesmo tempo em que é parte na persecução penal, caracteriza-se também por não apresentar interesse pessoal na causa, sendo por isso mesmo uma parte desapaixonada.

Deve-se ressaltar que a instituição Ministério Público surge no cenário das ciências criminais como verdadeiro “salto qualitativo”⁴⁷, com vistas a romper de vez com o fenômeno aglutinador gerado pelo processo inquisitivo, que atribuía ao julgador as funções de acusar e decidir⁴⁸.

Se o princípio inquisitivo convida o juiz a sentar em outro local que não o de julgador, o Ministério Público surge justamente para tomar de volta o assento da acusação, pondo o magistrado no seu lugar de equidistância, de imparcialidade. O *Parquet* é, portanto, elemento essencial para a reafirmação do modelo acusatório de processo penal. Há um nítido caráter de resposta e limite aos abusos inquisitoriais⁴⁹.

⁴⁷ Expressão utilizada por Rubens Casara e Antônio Pedro em CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 374.

⁴⁸ A evolução publicista da estrutura do sistema acusatório somente foi possível com a criação da instituição Ministério Público, que permitiu a acusação pública (processo de partes), resguardando a imparcialidade do juiz, comprometida no sistema inquisitório (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 124)

⁴⁹ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 374.

No contexto democrático, o processo penal brasileiro se estrutura em partes e com base em um Ministério Público que propicia o duelo intelectual entre sua pretensão e a resistência defensiva, de maneira desapassionada. Portanto, o Ministério Público substitui a vingança privada⁵⁰; submete a pretensão acusatória ao princípio da legalidade e da impessoalidade (pois é um acusador público⁵¹) e afasta o magistrado dos impulsos inquisitoriais. A parcialidade do Ministério Público garante, em suma, a imparcialidade do juiz, de modo que podemos considera-lo, ao fim e ao cabo, uma garantia do sujeito que figura no poli passivo do caso penal.

Se não se nega que o Ministério Público seja parte; não há que se negar que seja também uma parte qualificada; uma parte especial⁵².

Essa condição especial, todavia, não confere ao *parquet* uma condição dúplice no processo penal. Reforce-se: o Ministério Público é parte, e isso não pode ser entendido como diminuição de sua importância. Ao contrário. E por ser parte acusadora, legitimada, via de regra, por mover

⁵⁰ A valorização do Ministério Público tanto se relaciona com a substituição da vingança privada que, na atual quadra histórica, respeitadas vozes doutrinárias já se manifestam pela inconstitucionalidade da ação penal de iniciativa privada. Como leciona Walter Nunes, a acusação privada retira do réu o direito de ser acusado por um sujeito que não tem interesse pessoal na causa (SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal*. 2ª ed. Natal: Owl, 2015. P. 424.). Recobre-se de razão o mencionado professor. A ação penal de iniciativa privada está sujeita aos influxos emocionais que rememoram a vingança privada; destituem, outrossim, a garantia de uma acusação estatal, fazendo ruir uma fulcral garantia do acusado.

⁵¹ “Mesmo na qualidade de parte, a justificativa para a titularidade da ação recair em órgão estatal dotado de independência funcional é para que os interesses legítimos da sociedade sejam defendidos, o que compreende o pedido de absolvição ou outros pronunciamentos em favor do acusado” (SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal*. 2ª ed. Natal: Owl, 2015. P. 391).

⁵² FELDENS, Luciano. Ministério Público, Processo Penal e Democracia: identidade e desafios. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 331.

a engendro punitivo do processo penal, o *interesse* do Ministério Público não pode ser entendido de maneira ampla. É dizer, sem rodeios: o Ministério Público deve ter um espaço de legitimidade para arguição de nulidades menor quando comparado ao da defesa. E o fundamento dessa constrição das possibilidades de nulidades levantadas pelo *parquet* se encontra justamente na ontologia das nulidades, isto é, na sua caracterização como escudo protetivo do sujeito estruturalmente vulnerável: o acusado.

Esclarecedor é o ensinamento de Ricardo Gloeckner⁵³:

No que guarda íntima relação com o objeto de estudo, a teoria da invalidade processual, assim como em múltiplos aspectos do processo penal, não pode ser trabalhada a partir de um conceito isonômico formal, como plena igualdade de faculdades processuais. Pelo que até então foi exposto as nulidades processuais podem ser entendidas como verdadeiras garantias. No entanto, de acordo com a distribuição de chances processuais (Goldschmidt), uma aceção igualitária da teoria das nulidades pode redundar no tratamento da invalidade processual como uma contra-garantia, no exato desenvolvimento que lhe outorgou o regime inquisitorial. Como premissa que inspira o presente tópico, a faculdade processual de argüição da nulidade e mais bem o seu reconhecimento não devem ser orientados pela finalidade de oferecer tratamento igualitário às partes, desiguais pela própria natureza do processo penal.

Não é viável que se dê tratamento igual a sujeitos ontologicamente desiguais. É justamente em virtude de tal desigualdade entre o Ministério Público e a defesa que o ordenamento prevê, por exemplo, a possibilidade de revisão criminal e habeas corpus como instrumentos destinados exclusivamente a tutelar os direitos e garantias fundamentais do acusado⁵⁴.

⁵³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 662.

⁵⁴ Com maestria afirmou Hélio Tornaghi: “*Levando em conta que o acusado é parte no processo e exatamente a parte fraca, contra a qual se pede a aplicação da lei, as ordenações amantes da justiça procuram cercá-lo de todas as garantias. Não se trata apenas de liberalismo e muito menos de liberalidades; por isso não falei em ordenações liberais e sim*”

Sustentar que as hipóteses de nulidades arguidas pelo Ministério Público em desfavor do denunciado só devem ser assim reconhecidas em casos extremos é trazer para o campo da disciplina do ato irregular essa ideia de desigualdade que limita o exercício do poder punitivo e garante a defesa de forma ampla.

Acusação e defesa não estão em pé de igualdade no processo penal, por conseguinte a ambos não pode ser dispensado o mesmo tratamento em matéria de nulidades. A instrumentalidade constitucional do processo penal guia-se pela hipossuficiência do acusado ante o poderio estatal, sendo imperioso conceder determinadas vantagens processuais que deem ao processo penal uma conotação protetiva.

Não pode ser dada ao *parquet* a mesma possibilidade de se valer do formalismo para arguir nulidades que é dada à defesa, afinal o valor da forma é exatamente conter o aparato estatal usado na justiça criminal e não o armar ainda mais, sujeitando o acusado às armadilhas de um culto à forma de condão não protetivo.

É bem por isso que para se reconhecer a nulidade em desfavor do acusado não basta que o interesse do Ministério Público esteja claro, isto é, não basta que tenha havido prejuízo para a acusação. É preciso que o dano causado ao *parquet* seja de tal monta que inviabilize a conformação acusatória do processo penal. Não serão, pois, irregularidades pontuais que

em ordenações que prezam a justiça, porque o Estado não poderá estar certo de haver feito justiça e, por isso mesmo, não tranquilizara o homem de bem, se não der ao acusado a maior e mais ampla, a mais ilimitada possibilidade de defender-se. Entre as grandes conquistas da humanidade, inscritas nas Constituições modernas figura essa". (TORNAGHI, Hélio. A relação processual penal. São Paulo: Saraiva, 1987. P. 47)

possibilitarão o reconhecimento de nulidades *pro accusationis*, sob pena de colocar o cidadão em um processo kafkiano, inseguro e imprevisível.

O busílis de tal diferenciação consiste justamente na instrumentalidade constitucional do processo, que se alinha a uma postura de redução de danos naturalmente causados pelo poder punitivo. Assim, caso violado o modelo acusatório, o Ministério Público deverá arguir e ter reconhecida a nulidade, pois um vício de tal jaez rompe a instrumentalidade constitucional do processo, revivendo o modelo inquisitório, conforme discutido mais acima.

Essa, contudo, não é a única limitação. É, em verdade, tão somente a primeira a ser avaliada. Se o vetor interpretativo que deve guiar a disciplina de nulidades é a ideia de redução de danos no processo penal, somente será possível declarar nulidade em desfavor do acusado em casos extremos (afronta ao princípio acusatório) e desde que inexistam elementos hábeis para uma sentença absolutória. É o que Ricardo Gloeckner nomeia de princípio da escusa absolutória⁵⁵, tema já tratado em neste capítulo.

Por tudo quanto o exposto, o princípio do interesse merece revisão crítica, não sendo mais cabível o viés civilista que informa as nulidades processuais. A defesa tem interesse para arguir nulidades mesmo que aparentemente só prejudiquem ao Ministério Público, ao contrário do que vem decidindo os Tribunais Superiores. Por seu turno, o Ministério Público tem um âmbito de legitimidade para nulidades bem mais restrito, justamente pela concepção das nulidades como limite ao poder punitivo.

⁵⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 664.

Nesse ponto, o artigo 189 do NCPP (PL nº 8.045/2010) perdeu significativa oportunidade de revisitar o princípio do interesse conforme a crítica exposta. Mais que isso: o projeto de lei em questão vai mal ao fazer expressa ressalva à função de fiscal da ordem jurídica do Ministério Público, aparentando permitir que ao *parquet*, nessa condição descompassada com o processo penal moderno, seja permitida a alegação de nulidades livremente, pois teria um interesse fiscalizador. Tal construção reforça um dogma que merece ser superado: a imparcialidade da parte público-ministerial.

Considerações finais

O surgimento e a ressignificação dos mitos que envolvem o Processo Penal brasileiro indicam uma cultura que, conduzida pela concepção instrumentalista de processo, instala o julgador em uma dimensão de *aglomeração quântica de poder*, adesivamente posto no “*plató de puro poder absoluto*”⁵⁶.

O lugar demarcado para o julgador, a adoção acrítica de conceituações e categorias pertencentes a uma teoria geral do processo civil, e, especialmente, a busca de uma dita verdade, crendo na “real possibilidade de se obter a Verdade pelo conhecimento do objeto”⁵⁷, indicam que o fim do sistema processual brasileiro permanece regido pelo

⁵⁶ AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 502.

⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Fancesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. In: RUBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Curitiba: Lumen Juris, 2002. p. 173-197. p. 185.

princípio unificador inquisitivo, ainda que tenha, eventualmente, agregado elementos provenientes de um sistema acusatório.

Observa-se, com isso, que as reformas do sistema processual penal permanecerão estéreis no que toca às práticas autoritárias – para este trabalho, em particular, quanto ao reconhecimento das nulidades processuais –, se dissociadas de uma crítica sobre os elementos que reforçam a performance do discurso punitivo.

A discussão acerca das nulidades do processo, conforme exposto, exige, primordialmente, o abandono do paradigma da instrumentalidade das formas, ferramental de uma busca da verdade. De maneira contrária, deve voltar-se à instrumentalidade constitucional do processo penal, ambiência em que a forma se desvela como garantia, traçando posições subjetivas e oferecendo limites funcionais ao poder de punir.

O projeto que sinaliza o NCPP permanece, todavia, com os dois pés fincados no passado, ainda que brilhe nele um verniz de modernidade. O abandono da busca da verdade como elemento legitimador dos atos processuais irregulares é esse brilho que dá tons de novo ao projeto. Todavia, ao manter o ônus argumentativo da prova do prejuízo atribuído aquele sujeito que se encontrar vilipendiado em seu direito ao devido processo legal, o projeto reafirma seu compromisso com o regime de nulidade processuais de pouca eficácia garantista. Ademais, a não revisitação do denominado princípio do interesse, reforçando o Ministério Público como “fiscal da ordem jurídica”, é o segundo pé do projeto sedimentado em concepções antidemocráticas de processo penal.

Merece destaque positivo, porém, o reconhecimento da nulidade como tese subsidiária ao mérito favorável à defesa, e não como matéria

necessariamente preliminar. Esse avanço, todavia, perde sua eficácia se o reconhecimento de tal nulidade permanecer possível apenas nos exemplos de manuais ou aleatoriamente selecionados no mar de insegurança jurídica dos Tribunais pátrios.

Referências

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma . *AgRg no AG 899.778/SC*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia, Data de Julgamento: 28/02/2008, Data de Publicação: DJe 17/03/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3689243&num_registro=200701234580&data=20080317&tipo=5&formato=PDF>.

CASARA, Rubens. *Contra a miséria neoliberal: racionalidade, normatividade e imaginário*. São Paulo: Autonomia Literária, 2021.

CASARA, Rubens R R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Fancesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. In: RUBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Coords.). *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Curitiba: Lumen Juris, 2002. p. 173-197.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FELDENS, Luciano. Ministério Público, Processo Penal e Democracia: identidade e desafios. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Florestan. *Apontamentos sobre a “Teoria do Autoritarismo”*. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

FRAGOSO, Cristiano. *Autoritarismo e Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MELCHIOR, Antônio Pedro *et al* (Orgs.). *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 1-86.

MORIN, Edgar. (2005). *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução por Eliane Lisboa. Porto Alegre: Ed. Sulina.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PASCHOAL, Jorge Coutinho. *O prejuízo e as nulidades processuais penais: Um estudo à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROCCO, Arturo. Sobre el Concepto del Derecho Subjetivo de Punir. In: ROCCO, Arturo (Org.). *Cinco Estudios sobre Derecho Penal*. Traducción de Bernardo Nespral *et al*. Montevideo: Buenos Aires: B de f-Euros, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão No Processo Penal Como Bricolage De Significantes*. 2004. Tese [Doutorado] – Universidade Federal do Paraná, Paraná. 2004.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Nulidades do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1935.

SANTOS, Marco Antônio Cabral dos. Francisco Campos: Um ideólogo para o Estado Novo. *Locus: Revista de História, Juiz de Fora*, v. 13, n. 2, p. 31- 48, 2007.

SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. *A guerra ao crime e os crimes da guerra: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SANTOS JR., Rosivaldo Toscano dos. *Controle Remoto e Decisão Judicial*: quando se decide sem decidir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juizes no grande encarceramento*. Orientador: Maurício Stegemann Dieter. 2019. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/publico/1346596_Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 8 jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.2.2019.tde-21082020-032044>.

SILVA JR., Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do Processo Penal*. 2ª ed. Natal: Owl, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual*. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set. 2011 – dez. 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos & rituais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

ZACLIS, Daniel. *As nulidades no processo penal: estudo crítico sobre a aplicação da regra do prejuízo*. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

CAPÍTULO 9

O novo procedimento do Tribunal do Júri e o embate entre a duração razoável do processo e a manutenção do sistema bifásico

Filipe Dantas de Gois¹

Apesar de seu caráter milenar, o instituto do Tribunal do Júri levantou, sobretudo em tempos mais recentes, severas críticas ao seu funcionamento, oriundas dos mais variados setores da comunidade jurídica. Sem dúvidas, as suas peculiaridades, destoantes de todos os demais procedimentos elencados no direito processual brasileiro, ensejam debates constantes, principalmente em períodos de reinvenção da estrutura judiciária, como aquele vivido durante a pandemia do Covid-19. Contudo, para a sua correta idealização, se faz imprescindível a lembrança de seu viés democrático e plural, o qual remonta à própria origem da função jurisdicional contemporânea.

Para muito além de um discurso simplista, que põe o Tribunal do Júri como uma das razões da morosidade judiciária propagada pelo discurso punitivista, é de primordial importância a análise conjugada da sua função enquanto procedimento e instituto democrático. É certo que outras garantias

¹ Graduando do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro e cofundador do “Núcleo de Direito Criminal da Universidade Federal do Rio Grande do Norte”. Pesquisador nos grupos “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte” e “Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, ambos vinculados à Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

fundamentais do processo não podem ser deixadas de lado, sobretudo a duração razoável do processo, alçada à condição de direito fundamental. Para isso, urge o debate plural sobre o desenvolvimento do instituto, com vistas ao preenchimento de suas lacunas sem o comprometimento de suas principais características e, principalmente, sem o desrespeito ao novo contexto acusatório do processo penal brasileiro.

Assim, a análise da proposta apresentada pelo projeto do novo Código de Processo Penal impõe um estudo dos impactos de uma eventual alteração no sistema bifásico do Júri, mormente quanto à manutenção das garantias fundamentais do acusado e à função do magistrado no controle prévio ao plenário. Com base nessa ideia, e com o fito de aprofundar a análise crítica das propostas de alterações procedimentais do Tribunal do Júri, que nasce o presente estudo.

A metodologia empregada foi, em suma, a pesquisa exploratória, com a importação de contribuições bibliográficas diversas, aptas a diversificarem as fontes de conhecimentos apresentadas. Destaca-se, ainda, a pesquisa historiográfica, visando a aprofundar a análise histórica da instituição do Júri, o qual as origens remontam ao desenvolvimento dos primeiros conceitos do Direito enquanto ciência.

O presente capítulo se divide em três seções: a primeira se destina ao estudo das origens do Tribunal do Júri, com o objetivo de explorar a secularidade da participação democrática no poder judiciário. A segunda, por sua vez, visa a analisar a tratativa do instituto dentro do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal, mormente sob a perspectiva da garantia constitucional da duração razoável do processo e dos princípios da presunção de inocência e de não culpabilidade. Já a terceira seção busca

discutir criticamente as alterações propostas, principalmente sob o viés do processo penal constitucional e acusatório.

1. A origem do Tribunal do Júri e o seu papel de representação democrática no judiciário

É de grande divergência doutrinária o apontamento de quando seria a origem exata do Tribunal do Júri dentro da ciência jurídica. Para os principais historiadores do processo penal, os seus primeiros registros seriam datados ainda da Roma Antiga, berço das ideias basilares do sistema acusatório (TUCCI, 2009). Foi com a edição das Leis Valerianas, voltadas ao fortalecimento da plebe romana no período pós-monárquico, que o povo passou a servir de espécie de apelo aos julgamentos realizados pelos cônsules. Tal ideia é reforçada pelo surgimento da *comitia centuriata*, órgão surgido a partir das Leis das XII Tábuas, com a competência de decidir sobre as demandas relativas à vida, liberdade, cidadania e família do cidadão.

Outra corrente doutrinária se filia à ideia de que a origem de conferir jurisdição ao povo se deu já nos tempos remotos da Palestina, a partir da análise, inclusive, de provérbios bíblicos que permitem tal suposição. Nesse sentido, João Mendes de Almeida Júnior (1959, p. 20) argumenta que a Bíblia, no versículo 16 do livro de Reis, aponta que o profeta Samuel, no século XI a.C., ao percorrer as localidades hebraicas em busca de promover a justiça, sorteava sete homens, dentre os mais velhos do povoado, para lhe auxiliar a tomar as decisões que envolvessem os litígios locais.

Contudo, aparenta ter sido a Inglaterra o berço da ideia moderna do Júri, adotada pelas demais sociedades ocidentais após alguns séculos. Após

o abandono da concepção medieval das ordálias² pelo Concílio de Latrão, o próprio povo passou a assumir a responsabilidade dos julgamentos criminais dos casos presenciados pela sociedade, daí se originando o termo *trial by jury* (GAZOTO, 1999, p. 53). Alguns historiadores, inclusive, acreditam ter sido o Júri um dos principais responsáveis pela derrubada gradativa do regime absolutista, pois delegou uma importante tarefa estatal às camadas sociais que se encontravam abaixo da nobreza.

Percebe-se, portanto, que em todos os cenários apontados pelos historiadores, o instituto teria surgido com o fundamento de fortalecer a atuação da sociedade diante de contextos marcados por regimes centralizadores. Daí a coerência em atribuir ao Júri o papel de representação maior da democracia no estudo da história do Direito.

Foi nesse mesmo cenário que o período contemporâneo registrou os primeiros – e mais importantes – episódios de julgamentos populares já como expressões do processo. Nesse sentido, a Revolução Francesa teve como um de seus símbolos de insatisfação social o descontentamento da burguesia com a venalidade dos cargos da magistratura, então entregues à nobreza.

Não por acaso, um dos resultados percebidos no contexto pós-Revolução do século XVIII foi a temporariedade e a renovação impostas aos integrantes do poder judiciário francês. Tal preceito foi, inclusive, incorporado pela Constituição que viria a ser elaborada em 1791, a qual, em

² Também chamadas de “juízo de Deus”. Consistiam em um ritual cujo o réu deveria se submeter para provar a sua inocência. Assim, o acusado era obrigado a protagonizar desafios irracionais, tais quais andar sobre o fogo, pegar em uma barra de ferro incandescente, dentre outras. Consideraria-se inocente aquele que não demonstrasse nenhuma marca física após a submissão a tais práticas, já que se acreditava na intervenção divina para a proteção dos inocentes.

seu artigo 4º, título III, expressamente previu que “o poder judiciário é delegado a *juizes eleitos pelo povo*” (GILISEN, 1995, p. 494).

O movimento ganhou força entre os demais ordenamentos jurídicos que começavam a ser remodelados no começo do século XIX. No Brasil, recém-independente, o cenário não seria, portanto, diferente. Em verdade, os registros históricos apontam que o primeiro Júri realizado no país teria ocorrido, inclusive, antes da proclamação da independência, em junho de 1822. Sobre esse episódio, cabe uma pequena análise:

Em nosso primeiro Júri popular, os jurados eram escolhidos “*entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas, os quaes serão os Juizes de Facto, para conhecerem da criminalidade dos escriptos abusivos*”, nomeados pelo Corregedor do crime na Corte; pelo Ouvidor do crime nas províncias que fossem sede de Tribunal de Relação e pelo Ouvidor da Comarca, nos demais lugares (GAZOTO, 1999, p. 59).

Após a independência brasileira, a primeira Constituição nacional, de 1824, mencionou expressamente a instituição do Júri enquanto órgão do poder judiciário. De acordo com os artigos 151 e 152 da referida Constituição, o poder judiciário seria composto por juizes e jurados, os quais seriam competentes para se pronunciar sobre os fatos, enquanto aqueles seriam responsáveis pela aplicação da lei.

Após a edição do Código de Processo Criminal do Império, notadamente marcado pelos ideais beccarianos, a praxe jurídica brasileira passou a testemunhar um maior desenvolvimento do Júri, dada a importância que havia ganhado nos primeiros anos do país. Nascia, assim, a passos lentos, o sistema bifásico. Nesse cenário, a formação da culpa seria atribuída aos Juizes de Paz, que seria referendado posteriormente pelo Júri de Acusação, composto por 23 jurados. Após essa fase, o processo iria ao

Júri de Sentença, formado por doze jurados, dentre os cidadãos aptos a votarem, ao qual seria incumbido o julgamento (ALMEIDA JÚNIOR, 1938).

Nesse sentido, Walter Nunes da Silva Júnior (2021, p. 106) aborda a roupagem inicial dada pela primeira legislação processual penal brasileira no que tange ao Júri, destacando a forte influência dada pelo Direito francês:

Alinhado com o pensamento clássico, o legislador brasileiro alargou, sobremaneira, a competência do Tribunal do Júri, que, até então, era restrita para o julgamento dos crimes de imprensa (Lei 18 de junho de 1822). (...) Arraigado ao sistema misto francês, o Código de Processo Criminal, além de admitir o procedimento de ofício em todos os casos em que era cabível o ajuizamento da denúncia, previa uma fase preliminar investigatória, desenvolvida perante o juiz de paz, ao qual competia conhecer da queixa ou denúncia, proceder à formação de culpa (diligências, inquirições, interrogatórios) e, por fim, pronunciar, ou não, o acusado. Pronunciado o réu, aí, sim, o processo era remetido para o Júri de acusação – o grande Júri do sistema inglês –, composto de 23 jurados, sorteados em sessão presidida pelo juiz de Direito. Esse grande Júri, sem se recolher à sala secreta, decidia se achou matéria para a acusação. Nesse caso, o processo ia à decisão do Júri de sentença – o pequeno Júri –, formado por doze membros, sorteados no dia da sessão de julgamento, sendo a decisão tomada com a resposta dada a um questionário, em sala secreta. Na verdade, o Código de Processo Criminal foi uma adaptação do Código de Napoleão, editado em 1808, mas que somente começou a vigorar em janeiro de 1811. Para tanto, basta observar que o processo penal francês, elaborado segundo a ideologia reformista da Revolução Francesa, igualmente continha três fases bem distintas.

Os anos que se seguiram foram de turbulência ao regime político brasileiro, marcado pela abdicação de Dom Pedro I ao trono e pelo instável Período Regencial. Os primeiros anos do segundo reinado, contudo, apresentaram severas alterações legislativas, dentre as quais se destaca a Lei nº 261, de 1841, que, entre outras reformas ao procedimento do Júri, afinou a sua competência e atribuiu às autoridades policiais a condução

do processo de formação de culpa e a sentença de pronúncia (MARQUES, 1963, p. 19 apud GAZOTO, 1999, p. 65).

O processo penal brasileiro ainda se encontrava, àquele tempo, em formação e desenvolvimento, culminando em diversas reformas legislativas atinentes aos procedimentos processuais. Destaca-se, entre elas, a de 1871³, a qual traduziu bem a postura do Estado à época do império de Dom Pedro II: centralizador e austero, mas com “fachada” liberal. Nesse sentido, apesar de buscar conciliar o interesse das classes oligárquicas então dominantes, o processo penal foi submetido a um processo de centralização do poder jurisdicional no Estado, sob a égide de um sistema altamente inquisitivo, com o enfraquecimento da participação popular na jurisdição.

Com a queda do império e a proclamação da república, novos ideais positivistas foram incorporados à política estatal, ao passo em que se mantiveram algumas disposições imperiais. A Constituição de 1891, nesse sentido, foi ineficaz quanto à oportunidade de remodelar o Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro, apenas mantendo a sua previsão, sem maiores aprofundamentos⁴.

Apesar de tal lacuna, juristas da época passaram a travar fortes embates sobre a nova configuração que deveria ter o instituto. Assim, após alguns anos do estabelecimento da república, em meio à confusão federativa

³ Dentre as alterações promovidas pela reforma de 1871, há de se destacar a atribuição da competência da pronúncia e do processo de formação de culpa ao juízo de direito e a designação dos juizes de paz, então eleitos pelo povo, às questões meramente burocráticas dos municípios.

⁴ Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos: (...) § 3º. É mantida a instituição do Júri.

em que ainda se encontrava o país⁵, muitos estados declinaram competência de julgamento à Justiça Federal, criando um imbróglio na atuação jurisdicional penal (GAZOTO, 1999, p. 73). Contudo, sucessivas normas diminuíram gradativamente a competência do Júri, culminando, em 1921, por força da Lei nº 4.247, à sua restrição somente ao julgamento do crime de reingresso de estrangeiro expulso do Brasil.

Adiante, a Constituição de 1934, notadamente marcada pelos seus avanços progressistas, restabeleceu a unidade processual, conferindo à União a competência de legislar em matéria processual⁶. À época, uma comissão de juristas – formada pelos ministros Bento de Faria e Plínio Casado e pelo professor Gama Cerqueira – ficou responsável pela elaboração do Projeto de Lei originário do que seria o primeiro Código de Processo Criminal republicano. Entre as ideias propostas, fortemente inspiradas pelo discurso positivista – contrastante, portanto, com a exegese constitucional –, destaca-se a tentativa de supressão do Tribunal do Júri, sendo uma das proposições apresentadas a restrição progressiva de sua competência (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 109).

Contudo, por força da instituição do Estado Novo⁷, a referida proposição não obteve prosseguimento. De igual modo, com a outorga da Constituição de 1937, a qual teve por característica a instituição de um

⁵ À época, não havia a unidade processual hoje observada, hipótese em que era possível o estabelecimento de legislações processuais esparsas e diversificadas em cada estado. Apesar disso, foram poucos os estados – como Bahia, São Paulo e Minas Gerais – que chegaram a codificar uma normativa processual penal própria, tendo a maioria das outras unidades federativas optado por permanecer regido pelo Código de Processo Criminal do Império, complementado por leis estaduais esparsas (CÂMARA LEAL, 1942, p. 34 apud SILVA JÚNIOR, 2021, p. 109).

⁶ Premissa mantida pela Constituição Federal de 1988 (art. 22, I), sendo delegado aos estados tão somente a competência para legislar em matéria procedimental (art. 24, XI).

⁷ Regime político ditatorial liderado por Getúlio Vargas entre 1937 e 1946.

Estado centralizado e autoritário, a pauta legislativa passou a ter como prioridade a elaboração dos códigos penal e processual penal, promulgados, respectivamente, em 1940 e 1941, sob a autoritária forma de Decreto-Lei⁸.

Tem-se, então, que a nossa legislação processual penal – ainda vigente – foi elaborada sob um contexto polêmico da história brasileira, de alinhamento ideológico estatal com o pensamento fascista. Em razão disso, o Código de Processo Penal (CPP) foi fortemente inspirado pelo *Codice Rocco* italiano, marcado, por sua vez, pela supremacia do interesse social sob os direitos e garantias sociais do acusado. É inegável, portanto, a influência da Escola Positiva na codificação da matéria⁹ (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 113).

Em suma, o Código de Processo Penal de 1941 atribuiu ao Júri a competência para o julgamento dos crimes de homicídio (privilegiado, simples e qualificado); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; e infanticídio. Além disso, aprimorou o sistema bifásico já observado nos primórdios do império, atribuindo ao juízo de direito a condução do processo até a pronúncia, sendo o julgamento realizado pelo Conselho de Sentença, em sessão do Júri especialmente marcada para tal.

Desde então, o processo penal brasileiro passou por movimentos reformistas, seja pelo processo de alteração legislativa infraconstitucional

⁸ Então espécie normativa hoje equiparada à medida provisória, elaborada unilateralmente pelo poder executivo, sem a discussão e deliberação do parlamento.

⁹ Sobre isso, Juarez Cirino dos Santos (2021, p. 31) aponta que “o sistema de justiça criminal interessa ao positivista apenas do ponto de vista da (in)eficiência da Polícia ou da Justiça criminal na execução da tarefa de controle social”. Prova da veracidade de tal afirmação foram as próprias posições adotadas por Francisco Campos, então Ministro da Justiça à época da promulgação do CPP de 1941, o qual pontuava ser necessário a abolição da “injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum” (CAMPOS, 2001, p. 06 apud SILVA JÚNIOR, 2021, p. 112).

ou pelo advento de novas constituições. O texto constitucional de 1946 inovou ao inserir o Tribunal do Júri dentre as garantias individuais¹⁰, atribuindo-lhe características garantistas, como a plenitude de defesa, e ampliando o seu rol de competência para o julgamento de todos os crimes dolosos contra a vida (GAZOTO, 1999, p. 90).

A Constituição de 1967 e a emenda constitucional nº 01 de 1969, por sua vez, notadamente marcadas pelo alinhamento ideológico ao regime ditatorial militar então vigente, apesar de subtraírem características do Júri previstas na Carta de 1946¹¹, não alteraram, na prática, o seu funcionamento. Por fim, a Constituição Federal de 1988 manteve os termos do texto constitucional de 1946, alçando o Júri ao patamar de garantia fundamental, e não só de mera regra de competência¹² (FORTI, 2009, p. 180).

Assim, não obstante as reformas ocorridas desde então, o sistema bifásico se manteve desde a sua codificação em 1941, com vistas a filtrar e controlar os julgamentos encaminhados ao Júri. Por óbvio, tal modelo processual carrega alguns ônus naturais do controle jurisdicional imposto. Em razão disso, uma forte corrente doutrinária passou a criticar a instituição,

¹⁰ Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

¹¹ A Constituição de 1967 omitiu o sigilo das votações e a emenda de 1969 não se referiu à soberania do Júri.

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

sugerindo, desde então, a reforma do procedimento. Sobre isso, aprofundaremos as discussões nos próximos capítulos.

2. A duração razoável do processo como fundamento de reforma: análise da proposta sugerida pelo projeto do Novo Código de Processo Penal

A divisão do procedimento do Júri em duas fases distintas teve como fundamento a necessidade de se impor um maior controle jurisdicional à competência popular, uma vez que se trata de órgão composto por juízes leigos, sem o conhecimento necessário ao desenvolvimento da atividade plena da magistratura. Assim, o sistema bifásico, em seu molde atual, privilegia a atividade do Júri somente em sua fase final, na decretação da culpa.

Ao juiz togado cabe a condução da primeira fase, constituída nos moldes do procedimento ordinário, com a ação sendo iniciada pelo Ministério Público e com a instrução probatória desenvolvida em audiência. A diferença é que, ao final, em vez de prolatar sentença terminativa do processo, o juiz se limita a: a) pronunciar o réu, quando presentes os requisitos da autoria e da materialidade, enviando o julgamento ao Júri¹³; b) impronunciá-lo, encerrando-se o juízo da formação da culpa e a instância do processo penal condenatório, porque não há lastro para a acusação¹⁴; desclassificar o fato investigado para outro delito, remetendo os autos ao

¹³ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

¹⁴ Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

juízo competente¹⁵; ou c) absolvê-lo sumariamente, encerrando-se o processo e a ação penal, porque a pretensão punitiva deduzida na acusação é improcedente¹⁶ (MARQUES, 1963, p. 242-243).

Percebe-se, portanto, que o procedimento, por si só, exige uma mora diferenciada em relação aos demais sistemas processuais ora vigentes. A observância da praxe processual levou ao desenvolvimento de severas críticas ao instituto do Júri principalmente pelo prazo excessivo tomado para o seu julgamento.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça elaborou, em 2019, um diagnóstico das ações de competência do Tribunal do Júri, apontando, dentre outros aspectos, o tempo médio de tramitação dos processos que estavam em curso. A estatística média nacional atestou o transcurso do lapso temporal médio de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses entre os processos do acervo dos tribunais de justiça. Há no dado, ainda, uma enorme discrepância entre os números de cada estado: O Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, apresentou um tempo médio de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses, ao passo em que o Tribunal de Justiça de São Paulo apresentou a estatística de 10 (dez) anos e 1 (um) mês (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 19).

Por óbvio, a mora jurisdicional no julgamento da ação penal submete os sujeitos do processo a determinados riscos, dentre os quais se

¹⁵ Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art. 74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

¹⁶ Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: I – provada a inexistência do fato; II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o fato não constituir infração penal; IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

destacam a morte do acusado e a prescrição, ambas causas de extinção da punibilidade. Sobre esses dois cenários, a estatística obtida aponta que 42% dos processos sob o procedimento do Júri que tiveram extinta a punibilidade apresentaram, como causa ensejadora, a prescrição. Por outro lado, a morte do agente foi responsável por mais de 50% das causas extintivas da punibilidade em tal procedimento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 35 apud LIMA; OLIVEIRA, 2020, p. 369).

Daí surge a necessidade de se estudar tais dados com uma análise crítica, sobretudo levando em consideração o patamar de garantia fundamental alcançado pelo princípio da duração razoável do processo¹⁷. Sobre isso, inclusive, Sêmely Lira (2021, p. 147) defende que:

A leitura do devido processo legal no modelo de Estado Democrático Constitucional não compreende simplesmente o direito de participar de um processo e exercer a ampla defesa, mas também de que esse processo tenha uma razoável duração. Ou seja, o devido processo constitucional é uma garantia não só do direito à ampla defesa, como também à vedação ao uso abusivo do dever-poder de punir do Estado, que pode ser materializado pela perpetuação desnecessária de um processo criminal no tempo.

Percebe-se, assim, que o estabelecimento de uma duração razoável se apresenta muito além de uma mera garantia à manutenção da pretensão punitiva. Do contrário, constitui um direito fundamental ao acusado,

¹⁷ Sobre esse preceito, tem-se que seu fortalecimento se deu após a Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento da ideia do processo humanitário, presente no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 111). Assim, o princípio foi formalmente incluído na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, a qual estabeleceu em seus artigos 7.5 e 8.1 o julgamento dentro de um “prazo razoável”. Após serem recebidos pela Constituição de 1988, o legislador reformista, através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, incluiu o inciso LXXVIII ao art. 5º, no rol dos direitos e garantias fundamentais, assentando que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

buscando evitar que este seja submetido, em prazo excessivo, às *torturas do processo penal*¹⁸.

Por outro lado, não se pode encarar o processo em uma versão simplista e reificada, isto é, *coisificada*, exigindo-lhe a mera celeridade, a qual, por sua vez, não se confunde com a duração razoável. Tal confusão ocorre sobretudo em razão da influência midiática aos processos do Tribunal do Júri, marcados pela sua característica impactante no seio social. Assim, na ânsia de obter uma resposta aos crimes bárbaros veiculados na imprensa, o processo acaba por ser contaminado pelas exigências da velocidade da notícia, a qual atropela direitos e garantias fundamentais inerentes ao acusado (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 37).

A exemplo de reforma processual que buscava uma maior celeridade ao Tribunal do Júri mas acabou por violar algumas garantias do processo, tem-se aquela proposta pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, a qual reformulou praticamente toda a estrutura do procedimento no Código de Processo Penal. Entre as iniciativas da reforma tópica voltadas ao combate à mora jurisdicional no procedimento do Júri, é possível mencionar a tentativa de restringir a produção probatória a um único momento processual¹⁹, cerceando a instrução defensiva obtida em momento diverso.

¹⁸ Termo cunhado por Francesco Carnelutti, em sua obra “As misérias do processo penal” (2009, p. 27), ao abordar que “Santo Agostinho escreveu a este propósito uma de suas páginas imortais; a tortura, nas formas mais cruéis, está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo por si mesmo é uma tortura. (...) O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. (...) Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, relembremo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido”.

¹⁹ Art. 411. (...) § 2º. As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Há de se apontar, também, o estabelecimento do prazo de tramitação de 90 dias²⁰, o qual, além de parecer incompatível com o rito do Júri, não aponta nenhuma sanção ao seu descumprimento, tornando-se, pois, inútil (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1247-1248).

É notável que, em virtude da extemporaneidade do CPP de 1941, o Brasil passou a se socorrer de “reformas tópicas”²¹ e pontuais com o intuito de corrigir algumas máculas do processo penal. Contudo, em prol da uniformização do texto legal, além do objetivo de se impor uma norma inteiramente submissa aos preceitos democráticos e acusatórios, urge a necessidade de uma nova codificação processual penal, a qual possa refletir os novos rumos da matéria.

Assim, passa-se, agora, à análise da tratativa dada ao Tribunal do Júri – especialmente no que tange ao sistema bifásico – pelo Projeto de Lei (PL) nº 156 (novo Código de Processo Penal) e pelo posterior substitutivo ao Projeto de Lei nº 8045, recentemente apresentado perante a Câmara dos Deputados.

2.1 O marco inicial da proposição reformadora: o PL nº 156 e o fim do sistema bifásico

Após o fortalecimento da ideia de que o Código de Processo Penal não mais admitia meras reformas tópicas, foi apresentado no Senado Federal o PL nº 156, de autoria do então Senador José Sarney. À época, a iniciativa

²⁰ Art. 412. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

²¹ Termo cunhado e defendido por Walter Nunes da Silva Júnior em sua obra “Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do Júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)” (2019).

foi precedida de um amplo debate doutrinário, resultando na redação do Projeto de Lei²² por uma comissão de juristas, presidida pelo ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Hamilton Carvalhido (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 63).

Entre as inovações trazidas, destacam-se, principalmente, a menção expressa do caráter acusatório do processo penal brasileiro, sedimentando a nova hermenêutica trazida pela Constituição de 1988, notadamente democrática e cidadã. É certo que atualmente, após as alterações promovidas pela Lei “Anticrime” (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019), tal reforma não seria mais considerada inovadora. Contudo, não há de se descartar as contribuições trazidas pelo referido Projeto de Lei, responsável por ter fortalecido os debates temáticos sobre o novo sistema processual brasileiro.

Em relação ao procedimento do Tribunal do Júri, a principal intenção do legislador já fica clara pela leitura da exposição de motivos do anteprojeto de lei:

A se destacar, em matéria de procedimentos, a introdução no processo penal brasileiro de novas regras para o Tribunal do Júri, com o objetivo de permitir um processo muito mais ágil, sem qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Confirma-se, assim, que a tendência da reforma seria a simplificação do processo, com vistas a inibir o agravamento dos casos de extinção de punibilidade em decorrência da mora jurisdicional. Nesse ponto,

²² A redação final do referido Projeto de Lei, após todos os trâmites perante a Casa iniciadora, se encontra disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575260&ts=1630439509060&disposition=inline>.

contudo, há de se fazer uma breve crítica: a – falsa²³ – ideia de impunidade que vigora no Brasil não pode servir de lastro para o encurtamento do processo, sobretudo porque, em sua visão democrática, o processo é concebido justamente com o fito de se tornar uma limitação ao poder de punir do Estado, e não mais, servir de instrumento de força estatal (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 190). Porém, tomados os dados alarmantes de acusados mortos durante o curso processual, assim como de crimes prescritos nos procedimentos relativos ao Tribunal do Júri, é certo que a sua estrutura necessita de reformulação.

Contudo, apesar de corajosamente abordado na exposição de motivos, a redação final atribuída pelo Senado ao Projeto de Lei pouco se propôs a alterar a sistemática ora vigente do procedimento do Tribunal do Júri. Em verdade, apenas manteve a estrutura prevista no CPP de 1941, com pequenas alterações específicas.

A exemplo, tem-se a exclusão do atual artigo 409²⁴, deixando de prever a hipótese de o Ministério Público apresentar a sua “réplica à resposta”. Assim, entende-se que a intenção do legislador foi deixar eventuais manifestações sobre preliminares e/ou documentos trazidos pela defesa para o momento de prestação de diligências, atualmente previsto no

²³ Diferentemente do que prega a doutrina punitivista e o sensacionalismo midiático, a estereotipização do processo penal brasileiro como berço de “impunidades” só fortalece a restrição de direitos e garantias fundamentais do acusado. Ora, sendo o Direito Criminal brasileiro tão impune, o que justificaria a infame terceira maior população carcerária do mundo? Em verdade, o que ocorre é um desvirtuamento da carga investigatória no país. Os crimes praticados por indivíduos da classe socioeconômica dominante em 2015, por exemplo, representavam somente 0,5% dos presos brasileiros (LANDIN, 2015, p. 78).

²⁴ Art. 409. Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias.

artigo 410²⁵, mantido, no que tange a esse aspecto, no artigo 324²⁶ do projeto legislativo em comento.

Ademais, não se percebe nenhuma alteração significativa atinente ao objeto deste trabalho, qual seja, a da duração razoável do processo do Tribunal do Júri²⁷. Assim, tem-se que, com tais proposições, a dita tentativa de tornar o processo “muito mais ágil” não passaria de uma falácia anunciada.

Talvez por essa razão, a Câmara dos Deputados, em seu papel de Casa revisora, tenha ousado a modificar, quase que por completo, o procedimento apresentado, sabendo que os esforços depreendidos pelo Senado pouco – quiçá sequer – alterariam a praxe forense observada.

2.2 Substitutivo ao PL 8045: implicações trazidas pela nova guinada doutrinária-legislativa do Processo Penal brasileiro

Recebido do Senado em 2010, o projeto do novo Código de Processo Penal foi incorporado pela Câmara dos Deputados como Projeto de Lei (PL) nº 8.045/2010. Dada a importância da matéria, após severos requerimentos parlamentares, foi criada a Comissão Especial destinada à discussão da proposição. Desde então, a Casa legislativa vem promovendo inúmeros debates e audiências públicas sobre a redação apresentada.

²⁵ Art. 410. O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

²⁶ Art. 324. O juiz designará data para a audiência de instrução e julgamento e determinará a realização, no prazo máximo de 10 (dez) dias, das diligências requeridas pelas partes.

²⁷ Percebe-se, entretanto, algumas breves alterações, como a modificação das hipóteses de desaforamento, atualmente permitido em prol do “interesse da ordem pública”, da “imparcialidade do Júri” ou da “segurança do acusado” (art. 427 do CPP de 1941). Nos termos do PL nº 156/2009, a única possibilidade de desaforamento seria quando evidenciado risco à imparcialidade do tribunal (art. 340).

Destaque-se, contudo, que somente em 2021 foi apresentado o substitutivo²⁸ do Deputado Federal João Campos, objeto do presente estudo. Nele, além de ter sido compilado todo o resultado do trabalho desenvolvido pela Câmara durante os mais de 10 anos em que o Projeto esteve sob sua responsabilidade, houve a concretização daquele que viria a ser a possível versão final do Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal.

Já no início do capítulo VI, do título II, do texto legal é possível perceber a entonação dada pela reforma. Enquanto o atual CPP e o PL oriundo do Senado iniciam tal trecho com a seção intitulada “Da acusação e da instrução preliminar”, o PL nº 8.045 tem, na seção I desse trecho, o título “Da desclassificação, da absolvição sumária, da rejeição e do recebimento da inicial acusatória”. Nota-se, de antemão, que a disposição legal ao que se corresponde atualmente à “primeira fase” do Tribunal do Júri fica mitigada, em prol de uma simplificação procedimental.

Dito isto, o artigo 384, que inicia as disposições sobre o instituto, já entona a preocupação do legislador com a preservação das garantias constitucionais do acusado, vinculando as partes à observância dos princípios da “lealdade, boa-fé e operabilidade”. Sobre esse último, considera-se uma inovação a sua inclusão em norma processual penal, uma vez que se encontra muito presente na legislação civilista. De toda sorte, o seu conceito, conforme explicita o § 3º do mesmo artigo²⁹, traduz a

²⁸ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1998273.

²⁹ Art. 384. Sem prejuízo das garantias constitucionais sobre o Tribunal do Júri, as manifestações da acusação e da defesa atenderão aos princípios da lealdade, da boa-fé e da operabilidade. (...) § 3º. A operabilidade é indispensável para a efetiva compreensão dos jurados sobre o objeto da ação penal. Portanto, a acusação deve ser direta, vedadas estratégias de alternatividade ou eventualidade.

necessidade de se efetivar a norma jurídica em uma linguagem de fácil acesso aos seus operadores – mormente quando se está diante de juízes leigos, sem o devido conhecimento dos ditames legais (GONÇALVES, 2008).

No que tange à tratativa dada pelo legislador à duração do procedimento, percebe-se, por sua vez, uma reformulação, por completo, do que se encontra positivado na norma vigente, abordagem essa diferente da que foi dada pelo Senado. Assim, após oferecida a denúncia, não sendo hipótese de rejeição desta, o juiz citará o acusado para o oferecimento de sua resposta, pelo prazo de 45 dias, em contrapasso aos 10 dias previstos pelo CPP atual e pelo PL inicial.

Contudo, embora o prazo de resposta da defesa tenha sido intensamente alargado, há uma razão que justifique tal medida: em primeiro lugar, observa-se que tal extensão do prazo foi motivada pelo fortalecimento do instituto da investigação defensiva³⁰, previsto entre os artigos 44 a 49 do substitutivo. Por outro lado, a maior permissão dada à instrução defensiva nesse momento se dá principalmente em virtude da extinção da primeira fase do Tribunal do Júri, compreendida pela audiência de instrução e prolação da sentença de pronúncia.

³⁰ Sobre o tema, a própria exposição de motivos do substitutivo importa a conceituação doutrinária dada por André Azevedo e Édson Baldan (2004, p. 06-08): “entende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficiais”.

A tradução dessa reforma se encontra disposta no artigo 387³¹ do PL, o qual aponta a imediata conclusão processual para desfecho do magistrado, já após a resposta escrita, devendo o juiz proferir decisão de desclassificação, absolvição sumária, rejeição ou recebimento da inicial acusatória. A absolvição sumária somente será decretada caso se observe alguma hipótese de extinção de punibilidade, reconhecimento de atipicidade ou causa de exclusão de antijuridicidade ou culpabilidade. Por sua vez, a rejeição da inicial ocorrerá em se observando a ausência de prova da materialidade do fato e/ou insuficiência de indícios de autoria ou de participação ou a inépcia formal.

Há, portanto, a substituição da decisão de pronúncia pela mera decisão de recebimento da denúncia, conforme expõe o artigo 391³². Corolário lógico, subtrai-se a existência da audiência de instrução. Eis, assim, a principal proposta de alteração legislativa ao procedimento do Júri desde a sua codificação pelo legislador de 1941.

De fato, trata-se de proposta radical, haja vista que o sistema bifásico sempre esteve presente no rito do Júri brasileiro. Desse modo, a fim de suprir a ausência do controle realizado pela audiência una, o legislador previu a possibilidade de alteração extemporânea da decisão de encaminhamento ao Júri. Desse modo, o artigo 397³³, caput, e § 1º permitem

³¹ Art. 387. Após a apresentação da resposta escrita, o juiz proferirá decisão de desclassificação, absolvição sumária, rejeição ou recebimento da inicial acusatória.

³² Art. 391. O recebimento da inicial acusatória é decisão que, reconhecendo a adequada descrição fática da imputação e indicando a materialidade do fato e indícios suficientes de autoria ou de participação, autoriza o exame da ação penal pelo Tribunal do Júri.

³³ Art. 397. Havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público, por quinze dias, e, na sequência, à defesa, por igual prazo. § 1º Se a defesa trouxer elementos de prova que possam justificar a desclassificação ou o reconhecimento de causa excludente de antijuridicidade ou de

a apresentação, pelo órgão acusatório e pela defesa, de circunstância superveniente que altere a classificação do crime ou de elemento de prova apto a justificar desclassificação ou reconhecimento de causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade. Em ambas as situações, destaca-se a abertura de réplica, em 15 dias, à parte contrária, e de tréplica, por igual prazo, à parte suscitante.

Por óbvio, se a função primordial da audiência era o desenvolvimento da instrução probatória, há de se reconhecer uma maior permissibilidade à atuação extemporânea das partes, sob risco de, entre outras implicações, cercear o direito à defesa ampla e plena, tal qual permite – e ordena – a Constituição Federal. Assim, não pode mais o juiz estar arraigado aos formalismos excessivos do processo, limitando a atuação dos litigantes aos termos temporais de cada etapa do procedimento. Simplificasse o rito em troca da flexibilização da movimentação dos atores processuais.

Em contrapartida, questiona-se se o novo procedimento comportaria a valoração da prova testemunhal antes da submissão do julgamento ao plenário, uma vez que toda a atuação das partes deveria ser resumida às peças iniciais do processo. Contudo, tal análise, junto com os comentários críticos da reforma estão reservados ao próximo tópico.

Por fim, quanto às demais alterações apresentadas no substitutivo ao PL nº 8.045, destaca-se a louvável valorização à justiça restaurativa, prevista no § 2º do artigo 385³⁴, a qual entendemos merecer estudo próprio para a sua análise, em virtude de suas complexidades; e a correção à

culpabilidade, será aberta vista à acusação, por quinze dias, abrindo-se nova vista para a defesa, em igual prazo.

³⁴ Art. 385. (...) § 2º Poderá ser juntado aos autos, até dez dias antes do julgamento em plenário, termo de acordo restaurativo celebrado entre as partes.

equivocada alteração promovida pelo Senado no que tange ao desaforamento, restabelecendo o interesse da ordem pública e a segurança do acusado como possibilidades de aplicação de tal instituto.

3. Análise crítica e constitucional da reforma: há espaço para o “encurtamento” procedimental proposto?

A análise crítica das proposições acima enumeradas será restrita ao texto do substitutivo apresentado ao PL nº 8.045 da Câmara dos Deputados, pois o texto inicial aprovado pelo Senado pouco propôs reformar o procedimento ora vigente.

Assim, percebe-se que a principal alteração foi, sem dúvidas, a extinção do sistema bifásico, com a supressão da audiência de instrução e com a inclusão da decisão de encaminhamento à plenário já na decisão de recebimento da denúncia. Em linhas gerais, apesar de não haver, ainda, um estudo aprofundado sobre as implicações temporais de tal reforma, percebe-se que, de fato, a nova sistemática contribuirá para a redução da mora jurisdicional nos processos relativos ao Tribunal do Júri.

Contudo, é cediço que nenhuma reforma processual, ao menos sob a égide da Constituição Federal de 1988, poderá ser tomada sem o devido resguardo dos direitos e garantias fundamentais inerentes ao acusado. Dentre tais preceitos constitucionais, destacam-se, para o presente estudo, o direito à razoável duração do processo, já abordado como causa da alteração

proposta; a presunção de inocência³⁵; e o direito de ser ouvido por um juiz competente, independente e imparcial³⁶.

Dessa forma, com o fito de melhor organizar as ideias ora expostas, o presente tópico será dividido em dois, sendo cada um destinado à explicação das implicações da presente reforma sob o olhar dos princípios acima mencionados.

3.1 O direito de ser ouvido por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial

Conforme abordado anteriormente, uma característica marcante da presente reforma foi a supressão da audiência de instrução e julgamento nos procedimentos de Tribunal do Júri. Atualmente, essa fase processual tem por objeto a detalhada instrução probatória, com o fim de se verificar a presença dos requisitos da autoria e da materialidade, indispensáveis à pronúncia do acusado (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1249).

³⁵ Previsto expressamente no art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, alçada à hierarquia de emenda constitucional, que prevê: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas”. Já a Constituição Federal, a despeito de seu caráter progressista e democrático, pecou na redação destinada ao referido preceito, apenas mencionando, em seu art. 5º, inciso LVII, o seguinte: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Percebe-se, portanto que não houve menção expressa ao termo “presunção de inocência”, mas sim de “presunção de não culpabilidade”. Embora similares, os termos são diferentes e receberão análise aprofundada no curso do presente tópico.

³⁶ Também previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8.1, o qual manifesta: “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

A atuação do órgão acusatório na primeira fase do atual Tribunal do Júri difere da atuação da autoridade policial responsável pelo inquérito porque o primeiro dispõe, assim, de um maior espaço para a produção probatória, sobretudo diretamente perante o juízo. A função da audiência no procedimento dos crimes dolosos contra a vida seria, portanto, a de conferir lastro à submissão da pretensão punitiva à análise pelo povo.

Durante a referida audiência é possibilitada a tomada de declarações do ofendido, a inquirição das testemunhas arroladas, os esclarecimentos dos peritos, a acareação, o reconhecimento de pessoas e coisas e o interrogatório do réu. Observa-se uma grande possibilidade de instrução probatória em tal ato, percebendo-se o cuidado tomado pelo legislador na filtragem das demandas encaminhadas ao julgamento popular.

Assim, diante da supressão da audiência no Projeto de Lei ora debatido, questiona-se, primeiramente: qual seria a margem de atuação do Ministério Público antes do julgamento em plenário? Em que se diferenciaria a litigância inicial do *parquet* das conclusões obtidas pela autoridade policial em sede de inquérito?

Nota-se, pois, uma primeira incoerência, concluindo-se que sem a audiência de instrução, o Ministério Público se encontraria restrito aos elementos de prova pré-processuais, os quais por sua vez, não se destinam à formação de um juízo de culpabilidade complexo, mas sim de uma mera satisfação da justa causa, pressuposto da ação penal (GOIS, 2021, p. 787-788). É certo, ainda, que nada impediria a atuação ativa do Ministério Público na coleta de provas a serem anexadas à denúncia. Contudo, sabendo-se da exacerbada demanda criminal submetida à referida instituição, conclui-se ser muito improvável a realização de tal expectativa.

Já no que tange às implicações trazidas ao acusado, verifica-se uma problemática mais sensível. É que, sob o prisma do garantismo³⁷ processual, percebe-se uma falha na interpretação do legislador da norma internacional veiculada pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Diz o texto da Convenção que o acusado deve ser *ouvido*, no curso do processo criminal, por um juiz ou Tribunal *competente, independente e imparcial*.

Diante da supressão da audiência de instrução – que tem por objetivo, entre outros, o interrogatório do acusado – no procedimento do Júri, como, então, o réu poderia ser ouvido pelo juízo? Não obstante a justa dilação imposta ao prazo de apresentação da resposta escrita, parece-nos completamente inconcebível e incoerente excluir da apreciação do judiciário o interrogatório do denunciado justamente na investigação do crime lesivo ao bem jurídico mais importante do ordenamento jurídico pátrio.

De tal perspectiva surge outra contradição: nessa sistemática, até a autoridade policial, responsável pela redação de um documento de natureza inquisitiva, procederia ao interrogatório do réu, mas o juiz, subordinado ao princípio acusatório, não teria tal obrigação.

Não obstante seja louvável a iniciativa de combater a morosidade processual, há de se convir que o interrogatório perante o juízo constitui instrumento de materialização do princípio da ampla defesa. Sobre isso, cabe a importação da ideia proposta por Walter Nunes da Silva Júnior (2021, p. 555):

³⁷ Corrente doutrinária do processo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli, a qual privilegia o desenvolvimento do processo em observância, primeiramente, às garantias individuais do acusado.

O processo criminal, diferentemente do civil, está calcado na apreciação de fatos, os quais devem ser investigados e interpretados não apenas para o fim de determinar quem é o responsável pela autoria e identificar as circunstâncias mediante as quais eles foram perpetrados, como ainda se impõe ao julgador analisar os elementos subjetivos da conduta, o que não se circunscreve à constatação da culpabilidade, a título de dolo ou culpa. (...) A essência do que foi dito pelo acusado somente pode ser extraída pelo juiz que presidiu o ato, fez as perguntas e apreendeu, diante da forma verbal e corporal como elas foram respondidas, o verdadeiro sentido das afirmações.

Expõe, ainda, o autor (2021, p. 554) que o interrogatório se distingue dos demais atos processuais por possibilitar, também, a observação de movimentos expressivos de linguagem corporal, aptos a auxiliar ao convencimento do magistrado.

Percebe-se, assim, que a retirada da audiência prévia ao encaminhamento do feito ao plenário do Júri viola uma série de garantias constitucionais previstas ao acusado, além de cercear a atuação defensiva e restringir o desempenho acusatório. Dessa forma, com as devidas vênias aos posicionamentos contrários, passa-se, agora, à discussão do último ponto destacado na proposta de reforma legislativa.

3.2 Implicações relacionadas ao princípio da presunção de inocência e ao brocardo do *in dubio pro societate*

Conforme dito alhures (vide nota de rodapé 35), as terminações principiológicas apresentadas pela Constituição Federal e por tratados e convenções internacionais³⁸ podem causar certa confusão entre os

³⁸ Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, destacam-se: a) art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789): “todo acusado é considerado

princípios da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade. Dito isto, cabe fazer uma exploração detalhada da diferenciação de tais preceitos, visto que esses, para os fins do presente estudo, não se correlacionam.

Para isso, é cediço mencionar que partiremos da tese proposta por Walter Nunes da Silva Júnior (2021, p. 388), o qual menciona que a presunção de inocência se torna em uma espécie de garantia ao cidadão “no sentido de que ele não poderá ser perturbado em sua paz nem arranhado em sua dignidade como pessoa com imputações levianas, invocadas sem a menor plausibilidade, com o propósito apenas de deixá-lo em situação constrangedora”. Nesse sentido, a sua invocação se dá muito mais na fase pré-processual para servir de lastro à imposição da *justa causa* para o início de investigações criminais. Por óbvio, em sede de inquérito policial, não se busca a formação de culpa – papel reservado ao judiciário –, mas tão somente a deflagração de indícios de autoria e materialidade do cometimento de uma infração penal.

Por outro lado, a presunção da não culpabilidade partiria de uma proteção ao acusado, já perante o juízo, de uma condenação criminal sem o lastro probatório robusto exigido para tal. Assim, protege-se a formação de um juízo de culpa – que vai muito além de meros indícios de materialidade e autoria – em situações descompassadas, não corroboradas por elementos

inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”; b) art. XI.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”; c) art. 6.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950): “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”; dentre outros.

de prova convincentes (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 382). Inclusive, por tal razão que é vedada a condenação criminal baseada, tão somente, em elementos colhidos sob o inquérito policial³⁹, visto que esse não se voltava à formação de culpa do acusado.

De tal princípio se origina, por conseguinte, um dos brocardos mais significativos ao processo penal contemporâneo: o *in dubio pro reo*. Ora, se se exige uma justificação probatória adequada – para além da *dúvida razoável* – para a condenação, a sua falta implica na absolvição do acusado. Em síntese: havendo dúvida, privilegia-se a liberdade do réu (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 576).

Ocorre que, de fato, em decisões condenatórias, que versam sobre a formulação da culpa do agente perante o fato investigado, o referido princípio reina absoluto. Contudo, as decisões de pronúncia, voltadas à verificação da presença da autoria e da materialidade para o encaminhamento dos crimes dolosos contra a vida ao plenário, não possuem o mesmo fito das sentenças penais condenatórias, uma vez que para a absolvição sumária do acusado nessa fase processual não se exige mera dúvida, mas comprovação inequívoca das causas impeditivas do prosseguimento do feito, com a mesma exigência probatória imposta à acusação, enquanto responsável pela comprovação da presença dos requisitos da autoria e materialidade (BARROS, 1990, p. 254 apud SILVA JÚNIOR, 2021, p. 392).

³⁹ Nesse sentido, destaque-se o art. 155 do CPP, o qual estabelece: “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” (grifos nossos).

Por tal razão, o *in dubio pro reo* passou a ser mitigado na primeira fase do Tribunal do Júri. Em seu lugar, a construção processual histórica passou a admitir o uso de outro brocardo, atualmente muito mais influente nas decisões de pronúncia no processo penal brasileiro: o *in dubio pro societate*, isto é: em dúvida, privilegia-se o suposto *interesse* da sociedade.

Tal preceito, entretanto, apresenta uma série de controvérsias, sobretudo ao ser posto em face da hermenêutica constitucional proposta pela Constituição de 1988. Tem-se que seu desenvolvimento remonta à época das ideias pomovidas pela Escola da Nova Defesa Social, em que direitos humanos fundamentais eram desconsiderados em prol da preservação do “interesse comum”. Assim, a presunção de inocência, diante de tal ideologia, era substituída pela presunção de risco, de modo que a regra era a prisão, não a liberdade (SANTOS, 2021, p. 320).

Quando invocado ao Direito Criminal, o interesse social, em verdade, constitui um princípio de raiz punitivista, sendo utilizado de base fundante, por exemplo, para o desenvolvimento das legislações penais nazifascistas. Nesse sentido, Rubens Casara (2016) aponta que o poder judiciário nazista dispunha de legitimidade para afastar quaisquer direitos ou garantias fundamentais ao argumento de que estava agindo em prol da “vontade do povo”, ou contra a impunidade. Já Christiano Fragoso (2014, p. 217) atesta que a legislação penal alemã da época permitia a analogia *in malam partem* com base no “são sentimento do povo”, visando à libertação do juiz às amarras legais⁴⁰.

⁴⁰ A reforma ao Código Penal alemão promovida em 1935 eliminou o princípio da legalidade e estabeleceu que: “será punido todo aquele que cometa um fato que a lei declare punível ou que mereça uma pena segundo a ideia básica de uma lei penal ou segundo o são sentimento do povo”.

Contudo, apesar de suas origens infames, o *in dubio pro societate* ainda se mantém como um dos principais fundamentos evocados em decisões de pronúncia, causando enorme divergência, inclusive, nos tribunais superiores brasileiros⁴¹. Assim, mesmo sem fundamento normativo e sem base constitucional que permita a sua aplicação, o referido preceito ainda permanece vigente quando do encaminhamento dos processos relativos à competência do Júri ao plenário (SANTIAGO et al., 2019, p. 55).

Há de se frisar, uma vez mais, que o brocardo em discussão surgiu a partir de uma invenção hermenêutica, completamente descompassada da ordem constitucional ora vigente. Sobre isso, supomos ser justamente a confusão entre os princípios da presunção de inocência e de não culpabilidade a causa ensejadora para tal. Nesse sentido, cabe importar o seguinte pensamento de Walter Nunes da Silva Júnior (2021, p. 391):

Ademais, a doutrina e a jurisprudência defendem que, na dúvida, entre pronunciar ou impronunciar, o juiz deve inclinar-se para a primeira, pois, nesse caso, não se aplica o princípio da presunção de não culpabilidade. Alguns doutrinadores sustentam que na hipótese aqui em foco o princípio aplicável é o do *in dubio pro societate*. Já defendemos essa posição. No entanto, no nosso sentir, esse entendimento emerge do erro em não se fazer a distinção entre os princípios da presunção de inocência e o da presunção de

⁴¹ Apenas a fim de exemplificação, destacam-se duas decisões, ambas oriundas da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) e da relatoria do Ministro Gilmar Mendes: a primeira, datada de 2019 estabeleceu que: “(...) a decisão de pronúncia requer uma preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória, nos termos do art. 414 do CPP. Inadmissibilidade do *in dubio pro societate*: além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o *standard* probatório necessário para a pronúncia” (STF, 2ª Turma, ARE 1.067.392/CE, Min. Gilmar Mendes, J. 26.03.2019). Por outro lado, em decisão mais recente, datada de 2021, a Turma assentou que: “O princípio *in dubio pro societate* deve prevalecer na sentença de pronúncia, de modo que não existe, neste ato, ofensa ao princípio da presunção de inocência, uma vez que objetiva-se garantir a competência constitucional do Tribunal do Júri” (STF, 2ª Turma, AgRg no RHC 192.846/SC, Min. Gilmar Mendes, J. 24.05.2021).

não culpabilidade. O princípio que rege o momento referente ao pronunciamento judicial na primeira fase do procedimento relativo ao tribunal do júri é o da presunção de inocência no sentido estrito, o qual significa apenas que, como o juiz nessa oportunidade não faz juízo de culpabilidade, para que a decisão seja desfavorável ao acusado se mostra bastante que haja prova da materialidade do crime e de indícios suficientes de autoria.

Contudo, diante da proposta legislativa ora em comento, que suprimiu a audiência de instrução da primeira fase e incorporou a decisão de pronúncia à decisão de recebimento, teme-se por um fortalecimento do *in dubio pro societate* na praxe forense. Ora, se com a instrução probatória fundamentada a dúvida constituía causa de prosseguimento do feito, em um processo marcado pela redução dos atos processuais às meras peças introdutórias, a tendência é que o baixo acervo probatório fomente ainda menos juízos de certeza ao magistrado.

Em razão disso, o legislador buscou instituir meios de prevenção ao sacrifício de garantias constitucionais em prol de um alegado benefício da “vontade popular”. Isto posto, o § 1º do artigo 390 apresentado pelo substitutivo ao PL nº 8.045, da Câmara dos Deputados, estabelece, mais que acertadamente, que: “havendo dúvida, deverá o juiz rejeitar a denúncia, em respeito ao disposto no art. 5º, incisos XXXVIII, alínea “a”, e LVII, da Constituição”. Assentou-se, portanto, que a dúvida não constitui fundamento para encaminhamento ao Júri popular, com vistas à proteção dos princípios da plenitude de defesa e da presunção da não culpabilidade.

Louvável a iniciativa do legislador em estabelecer a referida proibição, haja vista que as presunções de inocência e de não culpabilidade devem reinar absolutas face ao interesse social, visto que a sociedade não deve ter interesse em julgar um indivíduo – caso contrário, a própria

existência do Júri seria questionável, pois nenhum julgador pode manifestar interesse em causa alguma.

Todavia, parece-nos ter sido o Ministério Público o maior prejudicado em tal reforma, visto que, conjugando a extinção da audiência de instrução prévia ao encaminhamento do feito ao plenário com a supressão do *in dubio pro societate*, conclui-se que o órgão ministerial deverá superar as limitações impostas pela alta demanda submetida à instituição para conseguir produzir um acervo probatório para a denúncia que vá além dos meros elementos de prova colhidos no inquérito.

Resta saber qual será a posição tomada pelos magistrados e tribunais brasileiros frente a tal mudança, pois uma reforma legislativa sem a adesão prática dos operadores do Direito resultaria na perpetuação do *status quo* punitivista, à exemplo da suspensão, pelo Supremo Tribunal Federal, da louvável iniciativa parlamentar de incluir o instituto do juiz das garantias na legislação processual penal pátria (GOIS, 2021, p. 782).

Por fim, tem-se que a presunção de não culpabilidade se sobressaiu na reforma ora em comento. O legislador agiu bem ao buscar meios de prevenir a perpetuação do *in dubio pro societate*, o qual se manifesta ilegal e sem base constitucional para sua aplicação. Em verdade, em um processo penal democrático e garantista, o povo pode ter o seu papel em determinados julgamentos, mas desde que haja um filtro jurisdicional adequado e firme, pois mais vale “ter vários culpados livres do que um inocente condenado” (VILE, 2001, p. 157 apud SILVA JÚNIOR, 2021, p. 383).

Considerações finais

Após 80 anos da vigência da atual legislação processual penal, as várias reformas tópicas empreendidas, apesar de sua manifesta necessidade, começaram a se apresentar insuficientes para corrigir a desarmonia do texto legal e as máculas processuais atualmente observadas. Isto posto, independente do teor da proposição legislativa, a iniciativa, por si só, já merece destaque, uma vez que buscou romper com a mora do legislador em atualizar o processo penal brasileiro.

Com o Tribunal do Júri, portanto, não poderia ser diferente. Apesar de presente no ordenamento jurídico brasileiro desde os primórdios da legislação processual penal pátria, as mudanças do contexto social brasileiro começaram a questionar a legitimidade e adequação do instituto à realidade contemporânea, marcada, infelizmente, por índices de violência e criminalidade alarmantes e por uma atividade processual lenta, degradante e retrógrada.

Assim, muito se questionou sobre a possibilidade de alteração do atual sistema bifásico do Júri, em que o feito é submetido a uma primeira fase, nos moldes dos demais procedimentos, sendo submetido, posteriormente, ao rito final, perante o julgamento popular. As principais críticas residiam, portanto, na existência de um “duplo processo” em um só.

A despeito da manutenção do procedimento, quase que em seu atual panorama, pelo Projeto de Lei inicial, apresentado no Senado Federal, foi na Câmara dos Deputados que a proposição testemunhou uma revolução no sistema do Tribunal do Júri, extinguindo a divisão bifásica a partir da supressão da audiência de instrução realizada perante júízo.

De fato, em uma ordem constitucional a qual a duração razoável do processo é alçada à condição de garantia fundamental, a manutenção do *status quo* observado anteriormente violava o inciso LXXVIII da Carta Magna. Contudo, não nos pareceu adequado a extinção da audiência de instrução prévia ao encaminhamento ao plenário, pois acabou, assim, por cercear o direito do acusado de ser ouvido pelo juiz.

Enxergamos existirem outras formas de se promover a redução do prazo de tramitação atualmente observado sem a violação dos preceitos constitucionais atacados pela referida medida. Outrossim, a audiência de instrução realizada em juízo constitui medida imprescindível à produção probatória além dos meros elementos colhidos pelo inquérito policial. Contudo, é certo que a nova sistemática apresentada fomenta um processo mais ágil, a despeito das críticas trazidas.

A grande inovação, ao nosso ver, está presente, em verdade, na abolição tácita do brocardo – sem alicerce constitucional – *in dubio pro societate*, invocado, muitas vezes, para submeter o rito ao plenário em caso de dúvidas do magistrado quanto à presença dos indícios de autoria e materialidade. Dessa forma, a nova redação, a qual estabeleceu que a dúvida, em sede de decisão de recebimento da inicial acusatória, deve beneficiar o réu, propicia um processo penal muito mais atinente aos princípios fundantes da presunção de inocência e de não culpabilidade, que orientam em sentido diverso ao propagado pelo preceito atacado pela reforma.

Para a observância do que será imposto pela prática forense, caberá, entretanto, uma maior atenção à orientação jurisprudencial que será produzida nos anos subsequentes à promulgação do novo Código de

Processo Penal, sobretudo quanto às decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. É sabido que, em uma sociedade marcada pela sede punitivista, a qual a origem de seu acervo legal remonta a regimes ditatoriais, a quebra da barreira construída pelas doutrinas das Escolas Positiva e da Nova Defesa Social levará certo tempo.

Assim, tem-se que, em geral, a mudança chega em bom tom, apta a revolucionar o sistema processual ora vigente e aproximar o Tribunal do Júri aos preceitos constitucionais tão caros ao ordenamento pátrio. Uma vez posto em prática tal modelo, vislumbra-se a mitigação de um procedimento que, em sua essência, é autoritário, sistemático e descompassado à orientação normativa imposta pela Constituição “Cidadã” de 1988.

Referências

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Ação penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: 1959.

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 11, n. 137, p. 6-8, abr. 2004.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Comentários ao código de processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1942.

CAMPOS, Francisco. *Código de processo penal*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

CASARA, Rubens. Vamos comemorar um tribunal que julga de acordo com a

opinião pública? *Sul 21*, Porto Alegre, ano 7, 13 mar. 2016. Disponível em: <https://sul21.com.br/opinioao/2016/03/vamos-comemorar-um-tribunal-que-julga-de-acordo-com-a-opinioao-publica-por-rubens-casara/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Diagnóstico das ações penais de competência do Tribunal do Júri*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/553b50f521d5d129f155d820729b8464_4bde6f567b21f4790c5b11e4aedf1d92.pdf. Acesso em: 17 nov. 2021.

FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 3, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/22172/16021>. Acesso em: 16 nov. 2021.

FRAGOSO, Christiano. Código criminal e código criminoso: subsídios e notas ao Código Penal nazista de 1936. In: FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc (org.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 211-231.

GAZOTO, Luís Wanderley. Evolução político-legislativa do júri popular no Brasil. *Revista de doutrina e jurisprudência/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*, n. 59, p. 52-84, jan./abr. 1999.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Guibenkian: 1995.

GOIS, Filipe Dantas de. Forma é garantia: a superação da inquisitorialidade no reconhecimento de pessoas e coisas à luz do habeas corpus 598.886/SC (STJ). *Revista Fides*, Natal, v. 12, n. 1, p. 779-797, set. 2021. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/594/601>. Acesso em: 18 nov. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LANDIN, Lanker Vinícius Borges Silva. *A impunidade e a seletividade dos crimes de colarinho branco*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, p. 136. 2015.

LIMA, Bárbara Rhaíssa Pinheiro de; OLIVEIRA, Gustavo Henrique de Araújo. O processamento e julgamento dos crimes violentos e seus reflexos na segurança pública: uma análise do cenário do Nordeste. In: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (org.). *Crime, violência e segurança pública*: apontamentos para uma política de estado. Natal: OWL, 2020, p. 353-381.

LIRA, Sêmely Clície Rodrigues Batista. *A razoável duração do processo no âmbito da justiça criminal*. Natal: OWL, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. v. 1. São Paulo: Saraiva: 1963.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna *et al.* Dúvida e processo penal: procedimento do tribunal do júri, decisão de pronúncia e o “in dubio pro societate”. *Católica Law Review*, Lisboa, v. III, n. 3, nov. 2019. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/9125>. Acesso em: 19 nov. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia*: contribuição para crítica da economia da punição. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal*: teoria constitucional do processo penal. 3. ed. Natal: OWL, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 3. ed. Natal: OWL, 2019.

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

VILE, John R. *A companion to the United States Constitution and its amendments*. 3. ed. Washington: Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2001.

CAPÍTULO 10

O novo procedimento de quesitação na proposta do novo Código de Processo Penal e a garantia da motivação das decisões judiciais

Caio Vanuti Marinho de Melo¹

O tribunal do júri propriamente dito possui como antecedente histórico mais recente a Revolução Francesa de 1789, mas é possível identificar embriões do instituto tanto na Grécia como Roma Antigas. Nessas duas sociedades já existia a noção de julgamento pelos pares, cerne do que se conhece hoje por tribunal do júri.

Desde então ele sofreu diversas modificações, evoluindo para o que se identifica hoje como o tribunal do júri contemporâneo. Obviamente, não há um regramento único sobre a matéria, sendo que cada estado dá ao instituto a conformação que entender mais adequada.

Nesse sentido, tribunal do júri sempre foi consagrado como uma cláusula constitucional no Brasil, desde a Constituição Imperial até a Constituição Cidadã de 1988. Pelos termos do art. 5º, XXXVIII, o tribunal do júri deve obedecer aos princípios da soberania dos veredictos, sigilo das

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogado criminalista. Coordenador do Grupos de Estudos Avançados do IBCCRIM/RN. Assistente da Coordenação Regional do IBCCRim (2018). Integrante do projeto de pesquisa “O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva” e, atualmente, do projeto “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte, ambos da UFRN.

votações, plenitude de defesa e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra vida, além de ser uma cláusula pétreia.

Já no âmbito da legislação ordinária, o instituto está previsto no Capítulo II do Código de Processo Penal cujo procedimento de votação, apesar de ter sido alvo de reforma em 2008 e substancialmente simplificado, ainda gera fortes debates na doutrina e na jurisprudência.

Vê-se assim que apesar da grande evolução que ocorrera em 2008, quando da *reforma tópica*, ainda há muito espaço para melhora no procedimento de quesitação, de modo que ele está sendo alvo de grandes alterações no projeto do novo CPP.

Pelo exposto, fica patente a necessidade de revisitar o estudo sobre a quesitação, a fim de fornecer subsídios de investigação e crítica dos modelos atual e o contido no texto do novo código.

Sendo assim, o principal propósito deste capítulo é investigar o novo procedimento de votação em face da garantia da motivação das decisões judiciais. Para isso, primeiro será feito um resgate histórico do tribunal do júri, com o fim de aferir se este é realmente uma instituição democrática. Depois, será feita uma análise da conformação constitucional do instituto e as principais críticas feitas a ele, sobretudo quanto a questão da motivação das decisões. Já num segundo momento se investigará o estado da arte quanto a quesitação, avaliando eventuais debates doutrinários ou jurisprudenciais que possam ser alvo de reforma legislativa. Por fim, será analisado o texto do projeto do novo Código de Processo Penal, averiguando se ele consegue responder às principais questões encontradas na seção anterior, bem como se ele é capaz de resolver a questão sobre a falta de motivação das decisões dos jurados.

1. O júri enquanto instituição democrática e o problema da motivação de suas decisões

Basicamente, o júri nasce da ideia de que determinadas questões, pela sua natureza ou importância, deveriam ser levadas ao julgamento da sociedade, que estaria pautada pela ideia de justiça, ou de equidade.

Isso faz, particularmente, sentido quando se pensa na pólis de Atenas, em que vigorava uma democracia direta – embora escravagista e sectária – na qual as decisões políticas eram tomadas em conjunto pelos considerados cidadãos. Como se percebe a esfera pública é dominada diretamente pela população, fazendo sentido relegar a ela o papel de julgar determinados casos.

Outro antecedente histórico importante é a Magna Carta, de 1215, na Inglaterra, primeiro documento a buscar a limitação do poder na Europa medieval. Inclusive, não é incomum identificá-lo como um antecedente do próprio constitucionalismo, tanto por apresentar um documento escrito, como por instituir garantias e direitos, limitando o poder do monarca.

Nela encontra-se o artigo 39 em que se diz “Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.”

Como pode-se perceber, o tribunal do júri, ou o julgamento por pares, é colocado como um componente do devido processo legal. Dando a entender, desde já, a existência de um sistema dual de julgamento, o feito pelos populares e outro por magistrados.

O júri na Inglaterra já existia desde o IV Concílio de Latrão, quando foram abolidas as ordálias (também chamadas de “juízos de Deus”), sendo uma forma de substituir aquela forma de julgamento cruel. No entanto, é somente com a Magna Carta que esse passa a ser um direito do cidadão, reconhecido pelo monarca, daí a importância desse documento.

Essa experiência inglesa ecoou especialmente nos adeptos do iluminismo, com destaque para Cesare Beccaria, o pai da Escola Clássica do Direito Criminal². Isso porque, o espírito dessa corrente de pensamento era de sobretudo desconfiança em relação aos juízes, vistos como uma extensão do soberano (SILVA JÚNIOR, p. 58, 2021). A primeira consequência disso foi tentar subordinar o juiz aos estritos ditames da lei, no que ficou conhecido como “juiz boca da lei”. Já num segundo plano, Montesquieu também defendia que o julgamento devia ser feito por um conjunto de cidadãos, que se renovaria a cada julgamento, à semelhança do que ocorre no tribunal de júri atualmente (SILVA JÚNIOR, p. 58, 2021). Nesse sentido, a Escola clássica considerava o julgamento por populares como uma garantia do cidadão, pois garantiria a independência dos magistrados, uma vez que eles não seriam funcionários a serviço do monarca.

Pode-se dizer, inclusive, que o tribunal do júri foi a ideia central da processualização do direito de punir (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 223). Nesse sentido, Luigi Ferrajoli, no seu festejado *Direito e Razão*, apresenta o modelo de juízes-cidadãos, em contraponto aos juízes-magistrados,

² Neste trabalho o termo “direito criminal” será utilizado como gênero dos quais o direito penal e o direito processual penal são espécies. Logo, quando a intenção for fazer referência a somente um desses ramos das ciências criminais será utilizada a nomenclatura mais específica.

identificando que historicamente cada um desses modelos estava diretamente relacionado à adoção dos métodos acusatório ou inquisitório, respectivamente (2010, p. 530). Ele enumera que em Atenas, Roma republicana, Inglaterra e Alemanha da Alta Idade Média e na Revolução Francesa preferiam o tribunal do júri e o sistema acusatório (FERRAJOLI, 2010, p. 2010). Por outro lado, na Roma imperial, Inquisição, no absolutismo da Idade Moderna e na restauração (e adoção dos Códigos Napoleônicos), o processo adotava formas inquisitoriais e preferia o magistrado togado.

Dessa relação histórica, feita pelo jurista italiano, nota-se o paralelismo que existiam entre os modelos de juízes e de processo, bem como o fato do movimento pendular na adoção deles.

Para entender esse fenômeno é preciso rememorar a explicação feita alhures sobre a desconfiança existente sobre o juiz-magistrado, uma vez que ele era um funcionário do poder instituído, sendo sua função assegurar os interesses do soberano. Além disso, o pensamento liberal clássico era via um forte valor democrático na escolha por juízes cidadão. Kant, um dos expoentes dos maiores expoentes filosóficos do pensamento liberal, defendeu que “o povo julga a si mesmo através daqueles seus cidadãos que, mediante livre escolha, são nomeados como seus representantes e, na verdade, para cada ato em particular.” (KANT, 2013, p. 317) e acrescenta

Dado que cada um, no povo, é meramente passivo segundo essa relação (com a autoridade), qualquer daqueles dois poderes, ao decidir em caso de conflito sobre o seu de cada qual, poderia agir injustamente com o súdito, pois não seria o povo mesmo a fazê-lo ou a pronunciar-se sobre se seus concidadãos são culpados ou inocentes (KANT, 2013, p. 317).

Entretanto, esses argumentos não fazem mais sentido na atualidade, o juiz-magistrado contemporâneo em muito difere do que era criticado no séc. XVIII e XIX, sobretudo após a consagração de garantias orgânicas correlatas aos princípios da imparcialidade e da independência.

Ademais, “não existe, particularmente, umnexo teórico – além do histórico – entre método acusatório baseado no livre convencimento de um juiz espectador e juiz popular que decide sem motivação” (FERRAJOLI, 2010, p. 532). Nesse sentido, mais importante do que a adoção do que a escolha por um juiz popular ou magistrado, é saber se ele está cercado das garantias orgânicas necessárias para que se afira a democraticidade de determinado sistema penal.

Dessa forma, não se vê incompatibilidade *a priori* de nenhum dos dois modelos de julgamento com o devido processo legal. Sendo assim, já se afasta qualquer posicionamento que pugne pela extinção do tribunal do júri, além disso, qualquer discussão nesse sentido seria infrutífera no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a instituição foi elevada à condição de cláusula pétrea ao ser previsto como direito fundamental no art. 5º, XXXVIII.

Por outro lado, a doutrina sobre o tribunal do júri não pode estar *deitada em berço esplêndido*, como se o instituto fosse imune a críticas e fosse composto por verdades absolutas. Neste tópico serão abordadas algumas questões doutrinárias sobre ele e nos próximos outras questões mais práticas que envolveram reformas legislativas recentes.

Dito isso, o ponto de partida deve ser o próprio texto constitucional que cuidou de determinar alguns parâmetros para o instituto. Diz o art. 5º, XXXVIII:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Primeiro se destaca a questão da *plenitude de defesa*, em que o constituinte teve o cuidado de fazer uma diferenciação com a já consagrada *ampla defesa*. Daí surgiram duas correntes, uma primeira que pugnava que a plenitude de defesa é sinônimo de ampla defesa e uma segunda que sustentava ser a plenitude de defesa um plus em relação à ampla de defesa (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 224). Entende-se que a segunda merece maior crédito, pois não faria sentido essa inovação semântica se não fosse para designar níveis de proteção distintos. Ademais, o julgamento por juízes leigos justifica um aumento da potencialidade defensiva³.

Quanto a competência restrita aos crimes dolosos contra a vida não há muito que comentar, sendo que para os fins desse trabalho é preferível centra-se nos outros dois princípios do júri: a soberania dos veredictos e o sigilo das votações.

³ “A exigência da plenitude defensiva irradia vários efeitos: (a) somente as provas ilícitas incriminatórias poderão ser retiradas dos autos; (b) o que produzido sem o crivo do contraditório defensivo, salvo as provas técnicas, não poderá integrar os autos; (c) a ausência e a deficiência de defesa no plenário implicam a desconstituição do Conselho de Sentença cientificando-se o réu de prazo à indicação de advogado, nomeando-se defensor dativo ou público, na inércia ou impossibilidade o imputado indicar; (d) garantia da palavra ao defensor em seu horário de exposição perante os jurados; (e) consideração da tese própria do imputado, independentemente de o defensor técnico sustenta-la em plenário; (f) alerta aos jurados quando houver possibilidade de respostas contraditórias aos quesitos; (g) recurso por decisão manifestamente contrária à prova dos autos somente *pro reo*; (h) necessidade urgente de ser alterada a composição ímpar dos julgadores leigos de ser exigida a fundamentação dos votos; (i) deslocamento dos jurados ao local do fato, a requerimento da acusação, defesa ou dos próprios julgadores; (j) interpretação restritiva do limite temporal dos debates da acusação.” (GIACOMOLLI, 2015, p. 414).

O sigilo das votações é uma garantia de segundo grau, que visa resguardar a imparcialidade dos jurados (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 228). O jurado tem que ter, por um lado, a tranquilidade de espírito de que não vai sofrer represálias pelos votos que deu no julgamento, e por outro, não pode ir para a votação do conselho de sentença buscando responder anseios da sociedade. Em suma, o jurado deve entrar na sala especial de julgamento somente com os autos e as provas produzidas em plenário, produzindo um julgamento objetivo.

Para isso, o Código de Processo Penal prevê que a votação se dará em sala especial, além da não proclamação de todos os votos, parando a contagem quando se apura a contagem mínima de votos (BADARÓ, 2016, p. 653-655). A sala secreta não é decorrência necessária da regra do sigilo das votações, como bem leciona Lênio Streck, sigilo das votações é sinônimo de voto secreto, se o constituinte quisesse relacionar com o sigilo com sessão secreta ele teria usado a fórmula “sigilo na votação” e não “sigilo das votações” (STRECK, 1998, p. 145). De qualquer forma, não faria sentido que uma votação sigilosa acontecesse na presença do público em geral (TOURINHO FILHO, 2011 p. 226). Em verdade, apesar de compreender a boa intenção da crítica feita por Streck, a verdade é que a votação em plenário poderia comprometer o sigilo das votações, ainda mais com os julgamentos sendo transmitidos ao vivo para a internet, o que implicaria num risco muito maior de vazamentos sobre o conteúdo dos votos dos jurados.

Ademais, salienta-se que o sigilo das votações não viola o princípio da publicidade, pois a sentença é lida em plenário e depois publicada nos órgãos oficiais de divulgação, logo mesmo não existindo publicidade quanto

ao julgamento há quanto ao resultado (SILVA JÚNIOR, 2019 p. 228). Além disso, há de se diferenciar a publicidade ampla, da publicidade restrita⁴. A primeira é a regra geral, pela qual todo cidadão tem acesso aos atos do processo, já a segunda ocorre quando o conhecimento dos atos somente às partes e seus advogados, ou somente a estes últimos e depende de lei específica (BADARÓ, 2016, p. 69-70). Nesse sentido, a sala especial é prevista no art. 482, do CPP, e nela devem estar presentes além do juiz e jurados, o representante do Ministério Público e o defensor.

Por fim, a soberania dos veredictos é a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir os jurados na decisão da causa, o que não deve ser confundido com um poder absoluto, uma vez que isso implicaria na aceitação de resultados ilegais ou arbitrários do Conselho de Sentença (BADARÓ, 2016, p. 655). A principal decorrência desse princípio é a impossibilidade de reforma da decisão dada pelo Conselho de Sentença. Nesse sentido, o art. 593, do CPP, elenca as hipóteses em que é cabível a apelação da sentença do tribunal do júri, quais sejam, i) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; ii) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; iii) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; iv) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos e para elas ele só permite a reforma dos capítulos da sentença que são definidos pelo juiz-presidente, ou seja, as hipóteses ii) e iii). Nas hipóteses i) e iv), o júri é anulado ou cassado, respectivamente, e se determina a realização de uma nova sessão. Isso porque, vigora o princípio supracitado, se fosse permitido que o juízo *ad*

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

quem desse nova decisão sobre o mérito, ela substituiria a dada pelos jurados, fulminando a soberania dos seus veredictos.

Salienta-se que vigora o entendimento de que a alteração de sentença do tribunal do júri pelo provimento de uma revisão criminal não infringe o princípio da soberania dos veredictos, pois estar-se-ia diante de duas garantias da liberdade, de modo que a soberania dos veredictos não poderia ser utilizada em desfavor do acusado (BADARÓ, 2016, p. 655). Porém, consta corrente minoritária, que não considera o tribunal do júri uma garantia da liberdade, mas do devido processo legal, devendo o juízo da revisão criminal se limitar a rescindir a decisão dada em plenário, fazendo com que seja marca um novo júri, no qual o acusado poderá ser condenado ou absolvido (NUCCI, 2016, p. 874).

Dito isso, vê-se mais acerto na segunda corrente, mas por motivos diversos. O princípio da soberania dos veredictos possui sede constitucional, enquanto a garantia da revisão criminal somente está prevista na legislação ordinária. Desse modo, pela aplicação da regra hermenêutica da hierarquia, discorda-se do posicionamento majoritário vigente.

Termina-se assim a delimitação constitucional do instituto, com a anotação de que o tribunal do júri é uma cláusula pétrea, logo toda crítica que busque a sua extinção é inútil. De todo modo, dentro das balizas apresentadas nas últimas páginas há muito espaço para aprimoramento da instituição e destaca-se nesse ponto às críticas formuladas por Aury Lopes Jr. (2020, p. 924-931), em seu *Direito Processual Penal*, que questionam pontos chave do instituto e de certo modo representam boa parte das

problemáticas levantadas sobre ele. Sumariamente, identifica-se no texto oito críticas principais⁵, que serão analisadas uma a uma.

O primeiro questionamento se dirige ao próprio caráter democrático do tribunal do júri. Segundo Aury Lopes (2020, p. 925), a defesa do tribunal do júri enquanto instituição democrática parte de uma leitura reducionista do que seja democracia. Para ele, a festejada participação popular se refere somente à dimensão formal da democracia, que seria secundária em relação à dimensão substancial, referida como sinônimo de “sistema político-cultural que valoriza o indivíduo” (LOPES JR., 2020 p. 925). Nesse sentido, o papel do processo penal numa democracia substancial seria o fortalecimento do indivíduo, por meio de maiores oportunidades de exercício do contraditório e ampla defesa, bem como na garantia dele ser julgado por um juiz natural e imparcial.

Há certa razão nesse apontamento, pois não é correto reduzir o caráter democrático de um instituto somente pelo fato de existir participação popular nele. Entretanto, não como negar que a participação de populares democratiza (mesmo que num aspecto formal) a prestação jurisdicional. Ademais, o aspecto formal da democracia não pode ser ignorado e não exclui a sua dimensão substancial, de modo que se trata mais de uma crítica aos *defensores do júri* do que ao instituto em si. Nesse sentido, a definição do tribunal do júri como uma instituição democrática não pode ser feita a

⁵ As oito críticas serão extensamente comentadas, mas visando fins didáticos prefere-se enumerá-las de pronto. Em vista disso, as críticas apontadas por Aury Lopes são: a) a falácia do tribunal do júri enquanto instituição democrática, apenas pelo fato de haver participação popular; b) a falta de representatividade democrática no corpo de jurados; c) A falta de independência dos jurados; d) falta de conhecimento legal e dogmático mínimos necessários para a avaliação da prova; e) Restrições indevidas no aspecto probatório; f) maior falibilidade do julgamento por leigos; g) a imposição de um *livre convencimento imotivado*; h) O desrespeito ao *in dubio pro reo* quando há condenação por 4x3.

priori, dependendo de uma análise completa do instituto conforme sua conformação legal.

Em um segundo momento, é questionada a representatividade democrática do corpo de jurados, pois ele é formado por setores bem definidos da sociedade como funcionários públicos, aposentados, donas de casa, estudantes, entre outros. Nesse ponto, a crítica é certa, a *práxis* tem demonstrado que a diversidade dos conselhos de sentença pelo país, a frente da vasta diversidade da sociedade brasileira é, no mínimo, insuficiente.

Uma das causas disso é a sistemática adotada pelo art. 425, §2º, em que o alistamento dos jurados é feito a partir de listas feitas por autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários, não tem se demonstrado suficiente. O melhor seria extirpar esse artigo, que tem engessado o alistamento de jurados. Ademais, devem ser buscadas medidas de fomento e de publicidade sobre a função de jurado, pois, com a devida franqueza, não há muito interesse das pessoas em serem jurados. Apesar dos benefícios em licitações e em concursos públicos, promoções funcionais ou remoções, eles ligam-se a um grupo muito restrito e não incentivam boa parte da população a participar, gerando o problema aqui referido.

A terceira crítica do professor gaúcho é dirigida a uma suposta falta de independência dos jurados. Segundo ele, “os jurados estão muito mais suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas e, principalmente, midiática, na medida em que carecem das garantias orgânicas da magistratura” (LOPES JR., 2020 p. 925-926).

Nesse ponto, vê-se certa dose de elitismo, especialmente ao se destacar a influência midiática, pois ela não se vê nexos entre as garantias da inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade dos subsídios, e uma suposta blindagem da magistratura a essa forma de poder. Na verdade, esse posicionamento parece partir da ideia de que uma casta da sociedade é imune às influências da mídia e das redes sociais, como se o magistrado fosse um ser fora da sociedade, alheio aos seus anseios e perspectivas.

Quanto às influências políticas e econômicas seria possível fazer ilações sobre seus maiores efeitos sobre os jurados. Entretanto, vê-se que o fato de os jurados serem alistados em vasta quantidade (80 a 1500, a depender do tamanho da comarca), desses 25 serão sorteados para a reunião periódica – que dura apenas alguns meses – para enfim serem selecionados os 7 que formarão o Conselho de Sentença, fornece um componente de aleatoriedade que atenua a influência desses fatores externos. Imagine-se que determinado acusado, busque subornar o Conselho de Sentença, visando obter a sua absolvição. Ele deveria abordar 25 pessoas, correndo o risco de que uma delas o delatasse e sem a garantia de que o suborno foi efetivo, em virtude do sigilo das votações. Obviamente, não se está dizendo que isso seja impossível, mas é, ao menos improvável.

A próxima crítica levantada pelo professor Aury Lopes (2020, p. 926) parece padecer do mesmo problema do elitismo. Ele defende que os jurados não possuem o conhecimento legal e dogmático para procederem os juízos axiológicos que envolvem a análise da norma penal e da valoração da prova.

Um exemplo que bem ilustra essa questão é o tribunal do júri da boate Kiss, que ocorre enquanto este trabalho é escrito. Nele a principal

discussão é a de se os acusados teriam cometido os homicídios por dolo eventual ou por culpa consciente. Teoricamente, é sobre esse tipo de debate que incide a crítica do autor, em que há uma diferença doutrinária sutil entre os conceitos e na qual mesmo a jurisprudência é confusa sobre qual solução adotar a depender de cada caso. Entretanto, não se espera de um jurado o apuro dogmático para discutir sobre as nuances sobre esses dois conceitos, ele só precisará identificar se houve previsão sobre o resultado e se os autores assumiram o risco daquele resultado ocorrer, aceitando o risco, ou se eles acreditavam poder evitá-lo.

O constituinte, ao consagrar o tribunal do júri, não queria dele o mesmo apuro ou nível de discussão que ocorre nos tribunais de magistrados, a intenção é justamente de que as suas decisões sejam fruto de juízos axiológicos de um popular, um leigo, que a partir da sua experiência de vida irá preencher esses conceitos dando a sua decisão. Além disso, a competência do tribunal do júri está restrita aos crimes dolosos contra a vida também para que não sejam colocados à julgamento por leigos crimes que possuem dificuldades conceituais muito distantes das apreensíveis pelo conhecimento popular. O crime de homicídio, mesmo com a miríade de qualificadoras, privilégios, majorantes etc., é um delito que o homem médio consegue apreender com certa facilidade, muito diferente do que ocorre nos crimes financeiros que muitas vezes envolvem vastas complexas discussões sobre contabilidade e tributação.

A quinta crítica apontada é sobre as falhas no aspecto probatório no procedimento, pois a prova é colhida na primeira fase, na ausência dos jurados e no plenário seriam poucas as provas produzidas, tendo como regra

geral a mera leitura de peças, nesse sentido, diz que “o julgamento resume-se a folhas mortas” (LOPES JR., 2020, p. 926).

Na prática, não tem se visto o problema apontado acima, em verdade, a produção probatória diante do tribunal do júri é bem mais qualificada que a maioria dos casos que são levados diariamente ao Judiciário, para o julgamento de crimes como roubo, furto e tráfico de drogas, por exemplo. O que se percebe que a importância do bem jurídico lesado, a gravidade das penas, necessidade de convencimento de juízes leigos e a consequente especialização dos profissionais que atuam na área tem qualificado o debate e motivado produções probatórias de qualidade.

Já no plano legislativo, a única restrição probatória é a diminuição do número de testemunhas de 8 para 5, justificada no fato de a instrução prévia indicar quais as testemunhas realmente relevantes. Aliás, por já ter sido feita instrução perante a pronúncia, as partes conseguem extirpar aquelas provas consideradas inúteis ou redundantes, podendo se focar naquelas que realmente vão interferir na decisão dos jurados.

Nesse viés, entende-se como desnecessária a proposta do autor no sentido de sumarizar o procedimento da primeira fase, limitando essa instrução, para que a fase de pronúncia seja sumarizada, produzindo somente as provas necessárias para pronunciar, absolver sumariamente ou desclassificar, passando o grosso da produção probatória para o plenário. Na verdade, ela poderia até ser negativa para a eficiência da produção probatória em plenária, estendendo indevidamente a duração das sessões do tribunal do júri.

Diante desses elementos, além de uma suposta falta de tempo debate, o autor aduz que o julgamento pelo tribunal do júri padece de maior

falibilidade que o feito por magistrados. Sobre a independência dos jurados, o nível de conhecimento exigido e aspecto probatório já se foi analisado à exaustão. Centra-se então na questão do tempo de debate, imputado como insuficiente (LOPES JR., 2020, p. 931). No procedimento comum ordinário, as alegações finais são, em regra, orais e tem a duração de 20 minutos, prorrogáveis por mais 10.

Por sua vez, no procedimento do tribunal do júri, os debates são muito mais amplos. Acusação e defesa terão inicialmente uma hora e meia cada, mais uma hora para réplica e outro para a tréplica, contudo, se houver mais de um acusado o tempo dos debates é acrescido de uma hora e a réplica e tréplica tem seu tempo duplicado, ou seja, em sessões do tribunal do júri em que estejam sendo julgados pelo menos dois acusados os debates podem chegar a durar nove horas e tem no mínimo cinco horas. Trata-se de tempo suficiente para exposição das teses e exercício do contraditório, aliás não é raro as partes dispensarem o uso integral desse tempo para evitar que os jurados fiquem cansados e simplesmente comecem a parar de prestar atenção no que está sendo falado.

Dito isso, não há como concordar com a crítica feita, sob esses fundamentos, a falibilidade de julgamento é uma condição humana e infelizmente ainda não se encontrou método ou fórmula que a evite. Quanto ao júri, ao que parece, ele está cercado de vastas garantias para que os jurados tenham amplo conhecimento do caso e possam decidir com segurança.

Chega-se assim às duas últimas críticas a serem analisadas, as quais possuem o maior mérito. A primeira é sobre a falta de motivação da decisão dos jurados, problema antigo do tribunal do júri e que é apontado desde a

época dos debates sobre a sua existência no séc. XVIII (FERRAJOLI, 2010, p. 529-530). É o grande impasse sobre a própria utilização do tribunal do júri, pois sem motivação não há como existir controle objetivo sobre a prestação jurisdicional. A motivação deve ser vista como uma garantia de segundo grau, ou garantia das garantias, no sentido de que por ela é que se averigua se as garantias processuais primárias (ampla defesa, contraditório, presunção de inocência etc.) foram respeitadas (GOMES FILHO, 2013, p. 241).

Ao jurado ao julgar com íntima convicção, permite que ele julgue com elementos alheios ao processo e prejudica também o exercício do duplo grau de jurisdição (LOPES JR., 2020 p. 928). Como definir se uma decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos se nem se sabe o que motivou a decisão?

Por outro lado, qualquer iniciativa de buscar que os jurados façam qualquer forma de motivação corre o risco de tornar o procedimento de quesitação excessivamente complexo (como ocorreu com no procedimento previsto na redação originária do Código de Processo Penal, comentado no próximo tópico). Logo, é necessário balancear essas duas necessidades da quesitação para que se chegue numa proposta viável.

Nesse contexto, deve-se mencionar sugestão da criação de um mecanismo de fundamentação inspirado no modelo espanhol, pelo qual os jurados responderiam um formulário, com perguntas diretas, das quais seriam extraídas a demonstração dos elementos de convicção. O formulário poderia ser respondido de forma manuscrita ou por um computador, mantendo-se a incomunicabilidade entre os jurados (LOPES JR., 2020 p. 928). Trata-se de iniciativa salutar e exequível, desde que ressalvada as

questões apontadas no parágrafo anterior, de todo modo, não se pode contentar com a absoluta falta de fundamentação na formação da culpa pelo tribunal do júri.

Por fim, a última crítica feita por Aury Lopes é dirigida à situação em que há condenação pela margem mínima de 4x3 e como isso viola a garantia do *in dubio pro reo*. Segundo o autor,

(...) quando os jurados decidem pela condenação do réu por 4x3, está evidenciada a dúvida, em sentido processual. Significa dizer que existe apenas 57,14% de consenso, de convencimento. Questiona-se: alguém admite ir para a cadeia com 57,14% de convencimento? Elementar que não (LOPES JR., 2020, p. 929).

A questão é correlata à problemática do *standard* probatório no processo penal, pois o que se questiona, na verdade, é o quanto de certeza os jurados precisam ter para poderem condenar alguém. Nesse sentido, define-se *standard* probatório como “enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão” (KNIJNIK, Danilo, 2021 p. 7) ou “padrões que apontam uma demarcação, um mínimo probatório que deve ser superado para que se considere um fato como provado” (VASCONCELLOS, 2020, p. 6). Nesse contexto, é por meio da análise desses standards probatórios que se pode controlar, com o mínimo de objetividade, a fundamentação de uma decisão judicial (BALTAZAR JR., 2007, p. 22).

Daí a importância de se definir qual o *standard* probatório a ser seguido. Os dois mais citados na doutrina são o da *preponderância de provas* e o da *prova além da dúvida razoável*. Pelo primeiro, se considera provado um fato quando sua ocorrência é mais provável que sua não ocorrência, tratando-se de *standard* mais afeto ao processo civil. Em termos

percentuais, é como se para a prova de um fato o juiz devesse ter ao menos 51% de certeza (VASCONCELLOS, 2020, p. 8).

Por outro lado, o *standard da prova além da dúvida razoável* é bem mais rigoroso, nele “para ser considerada prova, a hipótese precisa ter probabilidade bastante elevada de ocorrência e, além disso, as demais hipóteses alternativas não podem ser aceitáveis” (VASCONCELLOS, 2020, p. 9). É o único modelo de aferição da verdade que se coaduna com a garantia da presunção de não culpabilidade, na vertente da garantia do *in dubio pro reo* e em termos percentuais indica uma fração de 80%, 90% ou 99% de certeza (VASCONCELLOS, 2020, p. 9).

Infelizmente, na prática, não há como haver essa aferição percentual dos graus de certeza das decisões judiciais, recaindo a análise em certo subjetivismo. No entanto, a situação é mais crítica no tribunal do júri, pois não há motivação das suas decisões, mas há um indício do grau de certeza, quando a votação chega à contagem de 4x3 – lembrando que a contagem para ao se chegar no 4º voto, não se tendo certeza do placar da votação muitas vezes – pois como bem afirmou Aury Lopes, na passagem supracitada, nesse placar se indica que o corpo de jurados teve um convencimento perto dos 50%, ou seja, muito mais próximo do *standard* exigido no processo civil.

Isso é um problema grave para a sistemática do júri. Se nem dos juízes togados é permitido condenar quando há um grau baixo de certeza, não há sentido em conferir ao tribunal do júri esse *standard* probatório mais permissivo.

Vê-se para isso três soluções que passam necessariamente por alterar o sistema de votação atual e a própria composição do Conselho de

Sentença. A primeira seria adotar o modelo norte-americano da unanimidade, de modo que a resistência de um único jurado ao pedido condenatório impossibilitaria a condenação. Entretanto, isso tem o inconveniente de que bastaria o suborno de um jurado para impedir a condenação de alguém, ponde em risco a administração da justiça, além de que tornaria as reuniões do conselho de sentença demasiadamente demoradas, podendo-se passar dias sem se chegar a um veredicto, como ocorre nos EUA. A segunda seria aumentar o número de jurados para um número par, oito, por exemplo, de modo que o empate favoreceria a defesa e para a condenação seria exigida uma maioria mais significativa (LOPES JR., 2020, p. 930). Por fim, se poderia aumentar o número de jurados, para um número ímpar (nove ou onze), mas exigindo que para a condenação tenha-se a vantagem mínima de dois votos (seis ou sete, no exemplo aqui proposto) (LOPES JR., 2020, p. 930). Essas duas últimas alternativas parecem ser as melhores, pois permitem um sistema de votação escoreito, mais próximo do atual e que garante o sigilo das votações.

Dito isso, chega-se ao fim deste primeiro tópico de modo que se fazem necessárias enumerar algumas conclusões parciais que serão pressupostos para os capítulos seguintes. Primeiro, o tribunal do júri está historicamente ligado à consagração do sistema acusatório e à racionalização do poder de punir, contudo essa é uma ligação histórica, não havendo necessária correlação na atualidade entre os sistemas processuais e o julgamento por populares. Segundo, o júri é uma cláusula pétrea e qualquer reforma deve seguir os parâmetros constitucionais definidos expressamente à ele. Terceiro, o júri é uma instituição que fornece um aprimoramento democrático á prestação jurisdicional, tendo em vista a

permissão de participação popular, contudo a sua definição como instituição democrática ou não dependerá da conformação do seu procedimento aos direitos e garantias processuais encartados na Constituição. Quarto, o simples fato de um caso criminal ser julgado por leigos não implica na sua maior falibilidade, não há razão teórica para se concluir isso e, mesmo na prática, não se vê maior índice de erros nas decisões do tribunal do júri. Quinto, é preciso, urgentemente, adequar o instituto às garantias das motivações das decisões e da presunção de não culpabilidade (no sentido do *in dubio pro reo*), principais máculas na sua compatibilização com as demais garantias do processo penal.

2. A redação originária do CPP e a simplificação dos quesitos pela Lei nº 11.689, de 2008.

Estabelecidas as premissas teóricas e históricas sobre o tema, chegue-se o momento de tratar da sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua primeira aparição na Constituição imperial até a redação atual do CPP.

A importação do tribunal do júri tem muito a ver com as predileções teóricas da elite política e jurídica da época. No Brasil imperial, as ideias do iluminismo e da Escola Clássica eram bastante influentes, de forma que o tribunal do júri já é consagrado no primeiro ano da independência, com competência limitada aos crimes de imprensa ou de opinião. Dois anos depois, em 1824, com o advento da Constituição do império ele foi elevado à condição de norma constitucional pelos artigos 151 e 152⁶, possibilitando

⁶ “Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos

a sua utilização para causas cíveis e criminais, a depender da regulamentação legal para tanto.

Com a passagem do império para a república, permanece a instituição do júri na Constituição de 1891, que em seu art. 72, §31, no capítulo reservado à declaração de direitos dos cidadãos brasileiro, dizia apenas que estava mantida a instituição do júri. Em 1924, foi outorgada uma nova constituição e novamente o tribunal do júri foi mantido, passando apenas a constar no capítulo sobre o Poder Judiciário.

Na verdade, somente na Constituição de 1937, de caráter ditatorial, que o tribunal do júri deixou de ser mencionado, voltando a ser consagrado na Constituição de 1946. Sobre esta última, ela é a primeira a dar contornos constitucionais ao instituto, que antes deveria ter a forma que a lei lhe desse, sem nenhum parâmetro na Norma Maior. Nesse sentido, exigia-se o número ímpar de jurados, sigilo das votações, plenitude de defesa e soberania dos veredictos. Parâmetros esses que, como foi visto anteriormente, constam no texto da Constituição de 1988, com exceção da exigência de número ímpar de jurados. Posteriormente, com a Constituição de 1967, foi mantida o tribunal do júri, basicamente nos mesmos termos, com o adendo da competência limitada aos crimes dolosos contra a vida, que permaneceu na constituição atual. Por fim, têm-se a Constituição de 1988 que já foi extensamente analisada no tópico acima, para onde se dirige a leitura.

No plano legislativo ordinário, o tribunal do júri recebeu regulamentação tanto no código de processo criminal do império, quanto no Código de Processo Penal, de 1941, que ainda hoje é vigente no país. Desse

determinarem. (...) Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.”

modo, tendo em vista os objetivos deste trabalho, passa-se a analisar o procedimento do tribunal do júri, em especial quanto ao momento da quesitação, na redação originária do CPP e no disposto na redação atual, após a reforma pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.

Assim sendo, o Código de Processo Penal, de 1941, o art. 484 previa que os quesitos deveriam, em primeiro, versar sobre o fato principal, conforme o libelo⁷ e se houvesse fato não essencialmente conexo com o fato principal, o juiz poderia fazer uma série de requisitos em separado para cada fato. Feita essa delimitação objetiva, eram feitos os quesitos sobre as teses defensivas que fossem aptas a isentar o réu de pena, excluíssem o crime ou o desclassificasse, conforme o art. 484, III, da redação originária do CPP, salienta-se ainda que a Lei nº 9.113, de 16 de outubro de 1995 modificou o dispositivo para que também fosse quesitado sobre o excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude. Depois disso, eram feitos os quesitos sobre as qualificadoras, causas de aumento e de diminuição. Por fim, a regra era que fossem feitas séries de quesitos individuais.

Situação interesse é a relativa às circunstâncias agravantes e atenuantes, na redação originária se proibia expressamente que fossem formulados quesitos sobre elas, contudo a Lei nº 263, de 23 de fevereiro de

⁷ “O libelo era uma peça jurídica de rigor formal, em que o representante do Ministério Público, de forma objetiva e articulada, guardando fidelidade com a decisão de pronúncia, dava início à segunda fase do processo da competência do tribunal do júri. O libelo servia, ainda, de bússola para a elaboração, pelo juiz-presidente, dos quesitos a serem submetidos ao Conselho de Sentença, cujas respostas consistem no julgamento do caso.” (SILVA JÚNIOR, p. 238, 2019).

1948, abriu essa possibilidade, alterando o parágrafo único do art. 484⁸. Segundo passou a dispor a norma legal, seriam formulados quesitos para cada agravante constante no libelo, bem como as que fossem aventadas durante os debates. Por outro lado, sempre seria formulado um sobre a existência de atenuantes e, se a resposta fosse afirmativa, o magistrado faria novos quesitos sobre as atenuantes que lhe pareciam aplicáveis ao caso.

A lei processual era descritiva a tal ponto que fazia questão de dizer que a votação seria feita com “pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo umas a palavra sim e outras a palavra não, a fim de, secretamente serem recolhidos” (art. 485, CPP – redação originária).

Por fim, a votação se dava com o depósito do voto em uma urna e do descarte em outra, depois essas urnas eram verificadas com a inscrição do resultado em termo especial e a declaração de votos afirmativos e negativos. Dessa forma, pela sistemática antiga sempre se sabia qual era o resultado exato da votação.

Como se pode perceber, o procedimento de quesitação original era um tanto confuso, além de não resguardar propriamente o sigilo das

⁸ Parágrafo único. Serão formulados quesitos relativamente às circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 44, 45 e 48 do Código Penal, observado o seguinte (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

I - para cada circunstância agravante, articulada no libelo, o juiz formulará um quesito (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

II - se resultar dos debates o conhecimento da existência de alguma circunstância agravante, não articulada no libelo, o juiz, a requerimento do acusador, formulará o quesito a ela relativo (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

III - o juiz formulará, sempre, um quesito sobre a existência de circunstâncias atenuantes, ou alegadas (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

IV - se o júri afirmar a existência de circunstâncias atenuantes, o juiz o questionará a respeito das que lhe parecerem aplicáveis ao caso, fazendo escrever os quesitos respondidos afirmativamente, com as respectivas respostas. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

votações, uma vez que sendo divulgado o resultado completo da votação e, principalmente, sendo ele unânime, se saberia qual foi o voto de cada jurado.

Nesse interim, o legislador, quando da reforma tópica do Código de Processo Penal, colocou como uma das linhas mestras do anteprojeto que modificava o procedimento do tribunal do júri a racionalização e simplificação da quesitação⁹ (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 223).

Tendo essa finalidade em vista, foi promulgada a Lei nº 11.689, de 2008, que reformou todo o procedimento do tribunal do júri. A primeira alteração relevante foi a parada na contagem dos votos quando houver a mesma resposta por mais de 3 jurados, ou seja, chegada ao número de 4 votos, encerra-se a contagem, sem nem saber quais foram os demais votos. Consequentemente, não há mais necessidade de constar em ata qual o placar da votação. Dessa forma, a nova sistemática privilegiou o princípio do sigilo das votações, especialmente nos casos de votação unânime.

No entanto, a jurisprudência do STJ tem relativizado essas regras. No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.585.130/MG, pela 6ª turma, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, ficou assentado que a

⁹ Em razão dessas considerações, a Comissão de Reforma criada pelo Ministério da Justiça deixou de lado as discussões que permeiam as vantagens ou desvantagens da manutenção do tribunal do júri, e se concentrou em aliviar alterações na sua estrutura organizacional e funcional. As linhas mestras do anteprojeto destinado à modificação do processamento dos crimes da competência do tribunal do júri foram: (a) eliminação do que se denominou *usinas da prescrição*, ante a exigência da intimação pessoal da decisão de pronúncia e a impossibilidade do julgamento à revelia; (b) maior participação das partes nas fases de todo o procedimento; (c) aplicação mais efetiva dos princípios da *imedição*; (d) simplificação com a erradicação do excesso de formalismo, a fim de evitar nulidades, especialmente com a racionalização da quesitação submetida ao conselho de sentença, que é a forma mediante a qual se faz o julgamento na sessão plenária. (SILVA JÚNIOR, p. 223, 2019).

continuação da votação após a chegada do 4º voto não se tratava de nulidade, mas de mera irregularidade¹⁰.

Com a devida vênia, não há como concordar com tal posicionamento jurisprudencial, pois as regras escupidas nos arts. 483, §§1º e 2º, e 489, todos do CPP¹¹ tem fundamento direto na Constituição, de modo que devem conduzir à nulidade absoluta do julgamento, que em todo caso dependerá da demonstração de prejuízo.

Prosseguindo, outra mudança relevante refere-se à própria redação dos quesitos, que foi regulamentada pelo art. 482, parágrafo único, do CPP, transcrito abaixo.

Art. 482, parágrafo único.: Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.

Destes dispositivos tira-se duas conclusões. Primeiro, que não se podem ser formulados de forma negativa, o que é um grande avanço, tendo em vista que isso pode levar a muita confusão quando da resposta deles (DEZEM, 2020, p. 1161).

A segunda é que as fontes dos quesitos são a decisão de pronúncia, interrogatório e as alegações das partes em plenário. Isso se deve ao fato de

¹⁰ No mesmo sentido, o AgRg no REsp 1.454.610/SP, rel. Min Reynaldo Soares, DJe 25.05.16.

¹¹ Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:
§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.
§2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:
Art. 489. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.

o libelo ter sido extinto pela nova legislação, decorrendo na necessidade de explicitar quais seriam as novas fontes para os quesitos.

Além disso, havendo mais de um acusado, ou mais de um crime, serão formuladas séries distintas para cada crime e para acusado, conforme o art. 483, §6º, do CPP.

Dito isso, o art. 483, incisos I a V, do CPP¹² determina a sequência ordinária dos quesitos, começando pela materialidade do fato e passando pela autoria ou participação, absolvição, minorantes, qualificadoras e majorantes, nessa ordem.

Sobre o primeiro quesito, há certa divergência quanto a necessidade de desdobrá-lo em dois, um sobre a materialidade e outro sobre o nexos de causalidade. Badaró (2016, p. 713-714), defende que deve ser feito um único quesito, sobre a materialidade, aduzindo que a corrente contrária é influenciada pela redação antiga do CPP. Segundo consta, o art. 481, I, do CPP, dispunha anteriormente que primeiro quesito versaria sobre o *fato principal*, conforme o libelo. Por *fato principal* se entendia tanto a materialidade quanto o nexos causal (além da autoria), de modo que eram feitos dois quesitos para tanto (um para autoria e materialidade e outro para o nexos de causalidade). Contudo, a nova sistemática teria simplificado a quesitação instituindo que o primeiro quesito seria somente sobre a

¹² Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

materialidade, logo se houvesse tese sobre a exclusão do nexo de causalidade, ela seria resolvida no quesito genérico de absolvição.

Já para Nucci (2016, p. 756), sempre deve haver o desdobramento em dois quesitos, independentemente de ter sido levantada tese sobre concausas ou de quebra do nexo causal.

Por fim, para Guilherme Madeira Dezem (2020, p. 1163), o desmembramento só deve ocorrer caso exista tese defensiva que questione o nexo de causalidade. Entende-se essa a posição mais correta, por mais que com a reforma haja a concentração das teses defensivas no quesito genérico, o que daria suporte à tese de Badaró, é preferível que haja a correta definição do fato, até porque isso poderá implicar na possível responsabilização de outras pessoas, nas searas penal e cível.

Dessa forma, o primeiro quesito poderia ser formulado assim “*No dia X, por volta de tal hora, no (local), a vítima Y, foi atingida por disparos de arma de fogo, sofrendo as lesões descritas no laudo de exame de corpo de delito de fls. Z?*” e sendo necessária a redação de quesito sobre o nexo causal segue-se a quesitação perguntando “*estas lesões descritas no laudo de fls. Z foram a causa da morte da vítima Y?*”.

Caso os jurados respondam *não*, em qualquer dos quesitos acima, encerra-se a votação, declarando a absolvição pela inexistência do crime. Caso respondam *sim*, prossegue-se para o segundo quesito, quanto a autoria ou participação. Se for caso de autoria o quesito pode ser redigido na seguinte forma: “*o réu Fulano, no dia X, em tal hora, no (local), proferiu os disparos de arma de fogo contra a vítima Y?*” e no caso de participação: “*o réu Fulano, concorreu para a morte da vítima, dando fuga para o réu Sicrano?*”.

Ressalta-se que se o quesito for relacionado à participação, não é correto utilizar a fórmula genérica, perguntando se o réu *concorreu de qualquer modo*, devendo-se especificar sua concursa, sob pena de infringir os princípios da ampla defesa e da culpabilidade (LOPES JR., 2020, p. 907).

Respondido *não*, interrompe-se a votação, absolvendo o réu por não ser o autor ou não ter concorrido para o fato. Respondido *sim*, segue-se para o terceiro quesito, principal inovação no âmbito da quesitação, denominado de *quesito genérico ou de clemência*. É o único quesito que o legislador previu a exata redação (“O jurado absolve o acusado?”), que é a forma mais favorável ao acusado do que a fórmula “O jurado condena o acusado?”, uma vez que há uma tendência de a resposta ser afirmativa, diante de uma pergunta de sim ou não, conforme explica a psicologia forense (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 245).

Entretanto, o principal mérito da previsão desse novo quesito é que nele estão contidas todas as teses de defesa (LOPES JR., 2020 p. 908), não sendo mais necessário desdobrar cada uma das teses levantadas em plenário, nem as elencar conforme fossem tese principal ou subsidiária.

Além disso, é um quesito obrigatório que deve ser formulado, independentemente de a única tese defensiva ser a negativa de autoria e essa tenha sido rejeitada pelos jurados, conforme ficou assentado pelo STJ, no julgamento do HC 350.895/RJ¹³ e no mesmo sentido a tese nº 9, da edição

¹³ HABEAS CORPUS. PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO. AUTORIA E MATERIALIDADE. RECONHECIMENTO. QUESITO ABSOLUTÓRIO GENÉRICO. ACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. CLEMÊNCIA. CABIMENTO. CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE. ANULAÇÃO. PRESUNÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. ILEGALIDADE CONFIGURADA. 1. O entendimento de que o Júri não poderia absolver o acusado, quando reconhecesse a materialidade e autoria, é diretamente contrário às determinações do art. 483 do Código de Processo Penal, pois,

número 78 do Jurisprudência em Teses, do STJ – “Após as modificações no rito do Tribunal do Júri introduzidas pela Lei n. 11.689/2008, o quesito genérico de absolvição (art. 483, III, do CPP) não pode ser tido como contraditório em relação ao reconhecimento da autoria e da materialidade do crime”.

Isso é explicado, no sentido de que a intenção do legislado foi estabelecer que, para além das teses levantadas, julga por equidade, logo pode entender que o jurado deve ser absolvido, mesmo que isso esteja de encontro com as provas do processo (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 245).

Tendo isso em vista, surge a problemática de quando ocorre a absolvição e o Ministério Público recorre, sob o fundamento do art. 593, III, *d*, ou seja, que a decisão foi manifestamente contrária aos autos.

conforme seus §§ 1º e 2º, a votação do quesito absolutório genérico somente ocorre quando há resposta afirmativa em relação aos quesitos referentes à materialidade e à autoria. 2. *O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firme no sentido de que o quesito absolutório é genérico, ou seja, deve ser formulado independentemente das teses apresentadas em Plenário, em observância ao princípio da plenitude da defesa e soberania dos veredictos.* (...) 4. A viabilidade da absolvição por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados é decorrência lógica da própria previsão legal de formulação de quesito absolutório genérico, ou seja, não está vinculado a qualquer tese defensiva específica, sendo votado obrigatoriamente mesmo quando o Júri já reconheceu a materialidade e a autoria. 5. A possibilidade de absolvição por clemência traz um diferencial a mais quando se trata de anular o veredicto por suposta contrariedade à provas dos autos, quando aquela for postulada pela defesa. Nessa hipótese, deverá o Tribunal de Apelação, além de evidenciar concretamente que o veredicto absolutório não encontra nenhum respaldo nas provas dos autos, também demonstrar que a aplicação da clemência está desprovida de qualquer elemento fático que autorize a sua concessão. 6. O Tribunal de origem, no caso, ao anular o julgamento do Tribunal do Júri, não evidenciou concretamente que a absolvição estaria divorciada das provas colhidas na instrução processual e, tampouco, demonstrou que o pedido de clemência e seu acolhimento estariam desamparados de lastro fático mínimo. Na verdade, concluiu que o julgamento seria contrário à prova dos autos a partir de mera presunção decorrente da absolvição após o reconhecimento da materialidade e da autoria, o que constitui ilegalidade. (...).

(STJ - HC: 350895 RJ 2016/0061223-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 14/03/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/05/2017).

Basicamente os tribunais tem se feito a pergunta *se os jurados podem absolver por clemência, é possível cassar a sua decisão por ser manifestamente contrária à prova dos autos, ou isso infringe o princípio da soberania dos veredictos?*

Nesse interim, o STJ, no AREsp 1.803.562/CE¹⁴, decidiu recentemente no sentido de que é possível cassar a decisão do tribunal do júri, mas para isso deve identificar se a decisão não teve o mínimo de lastro probatório, caso contrário a decisão dos jurados deve ser mantida. No caso concreto, a ré tinha sido condenada quando existia apenas prova do motivo do crime, não existindo nenhuma prova quanto a sua autoria. Nesse sentido, entendeu o STJ que no juízo de apelação com fundamento no art. 593, III, d, do CPP, o tribunal deve analisar se estão presentes provas de cada um dos elementos essenciais do crime, ainda que não concorde com o peso que lhes deu o júri, uma vez que não é o seu papel fazer juízos valorativos sobre a prova.

¹⁴ PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELAÇÃO FUNDADA NO ART. 593, III, D, DO CPP. DEVER DO TRIBUNAL DE IDENTIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS DE CADA ELEMENTO ESSENCIAL DO CRIME. AUSÊNCIA, NO PRESENTE CASO, DE APONTAMENTO DE PROVA DE AUTORIA. ACÓRDÃO QUE NÃO CONTÉM OMISSÃO, PORQUE ANALISOU EXAUSTIVAMENTE AS PROVAS DOS AUTOS. PURA E SIMPLES INEXISTÊNCIA DE PROVA. NO EVIDENCE RULE. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE SUBMETER A RÉ A NOVO JÚRI. 1. *Quando a apelação defensiva contra a sentença condenatória é interposta com fundamento no art. 593, III, d, do CPP, o Tribunal tem o dever de analisar se pelo menos existem provas de cada um dos elementos essenciais do crime, ainda que não concorde com o peso que lhes deu o júri.* 2. Caso falte no acórdão recorrido a indicação de prova de algum desses elementos, há duas situações possíveis: (I) ou o aresto é omisso, por deixar de enfrentar prova relevante, incorrendo em negativa de prestação jurisdicional; (II) ou o veredito deve ser cassado, porque nem mesmo a análise percuciente da Corte local identificou a existência de provas daquele específico elemento. (...) (STJ - AREsp: 1803562 CE 2020/0330470-2, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 24/08/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2021).

Ademais, deve-se mencionar o julgamento do ARE 1.225.185/MG, que está com o julgamento suspenso desde 2020, e que está submetido ao regime da repercussão geral. Nele se julgará se há possibilidade de tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do tribunal do júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade à prova dos autos. Tese a qual entende-se ser a mais correta diante da configuração constitucional que foi dada ao tribunal do júri no Brasil, apesar de eventuais ressalvas que possam existir no âmbito da política criminal. De toda sorte, o melhor seria que o Supremo julgasse a questão o mais rápido possível, uma vez que essa indefinição gera grave insegurança jurídica e risco de anulação de diversos editos condenatórios proferidos após a realização de um novo júri.

Superadas essas questões sobre o quesito genérico, caso os jurados respondam *não* estará consolidada a condenação do acusado e o questionário passará a questionar sobre causas de diminuição, de aumento e qualificadoras. Pela ordem legal, começa-se pelas causas de diminuição de pena, que no caso do homicídio é o motivo de relevante valor moral ou social, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Trata-se de minorante de índole subjetiva, de modo que se reconhecida pelo conselho de sentença não poderão ser quesitadas majorantes e qualificadoras subjetivas.

Por fim, são quesitadas as causas de aumento ou qualificadoras. No mais, as agravantes e as atenuantes não são mais quesitadas, sendo exclusiva a competência do juiz-presidente de verificar a sua presença, conforme as alegações em plenário.

A ordem apresentada acima é a básica, mas os parágrafos do art. 483 trazem situações que podem alterá-la. Nesse sentido, os §§ 4º e 5º¹⁵ tratam sobre a hipótese de quesitos sobre a desclassificação, diferenciando a ordem dos quesitos a depender de quem será a competência após a desclassificação.

Dessa forma, o §4º, do art. 483, do CPP dispõe que se for sustentada a desclassificação para delito de competência do juiz singular, o quesito poderá ser formulado após o 2º quesito (sobre autoria) ou após o 3º quesito (sobre absolvição). Como se pode ver o legislador aqui buscou dar uma certa liberdade para que o juiz presidente, contudo acaba por gerar uma certa confusão a ser resolvida pela doutrina e pela jurisprudência.

Nesse sentido, ficou assentado na jurisprudência do STJ que havendo duas teses, primeiro será questionada a tese considerada principal, nesse caso normalmente está se falando da tese absolutória, e depois a subsidiária¹⁶. Logo o critério, na concorrência de teses, é o da *hierarquia* das teses. Hierarquia essa dada pela própria defesa em suas alegações.

¹⁵ § 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

¹⁶ PENAL. PROCESSO PENAL.AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. ART. 483, § 4º, DO CPP. QUESITO REFERENTE À DESCLASSIFICAÇÃO FORMULADO ANTES AO QUESITO DA ABSOLVIÇÃO. PREJUÍZO CONCRETO NÃO DEMONSTRADO. RÉGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No Tribunal do Júri, a formulação dos quesitos atende a ordem legal do art. 483 do CPP. Dispondo o § 4º do do referido artigo do CPP acerca da possibilidade de se quesitar a tese de desclassificação após o 2º (autoria e participação) ou 3º (absolvição) quesitos, cabe às instâncias de origem analisarem qual seria a tese principal e subsidiária da defesa. 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no

Por outro lado, quando a tese de desclassificação for a única surge um paradoxo, pois se o crime for desclassificado conforme o §4º, do art. 483, do CPP significa que a competência não é mais do tribunal do júri, mas do juiz presidente, logo não poderiam absolver ou condenar o acusado. Por outro lado, se o quesito da clemência for feito antes do da desclassificação, deve-se levar em conta a absolvição ou condenação decretada pelo conselho de sentença no julgamento pelo juiz singular? (LOPES JR., 2020, p. 910-911).

Nesse ponto, encontra-se em dissonância a doutrina e a jurisprudência. Enquanto a doutrina defende que o quesito genérico deve ser feito independentemente da resposta sobre a desclassificação, pois ele é um quesito obrigatório (SILVA JÚNIOR, 2019, p. 246)(LOPES JR., 2020, p. 911), a jurisprudência do STJ tem decisão negando essa possibilidade, pois a competência não é mais do tribunal do júri (DEZEM, 2020, p. 1166). A posição jurisprudência parece ser a mais acertada, é bem verdade que o 3º quesito é obrigatório, sendo caso de nulidade absoluta a sua falta no formulário de votação (Súmula 156, STF), contudo essa regra só vale para os crimes que são efetivamente da competência do tribunal do júri. A Constituição é taxativa ao limitar a competência da instituição aos crimes dolosos contra a vida, de modo que a absolvição ou condenação pelo

sentido de que estando a defesa assentada em tese principal absolutória (legítima defesa) e tese subsidiária desclassificatória (ausência de animus necandi), e havendo a norma processual permitido a formulação do quesito sobre a desclassificação antes ou depois do quesito genérico da absolvição, a tese principal deve ser questionada antes da tese subsidiária, pena de causar enorme prejuízo para a defesa e evidente violação ao princípio da amplitude da defesa (REsp n. 1.509.504/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015). (...). (STJ - AgRg no REsp: 1796864 SP 2019/0045628-5, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 07/05/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2019).

conselho de sentença, mesmo quando declarado que o crime não é de sua competência entra em conflito com a norma maior do nosso ordenamento. Desse modo, caso a desclassificação seja a única tese defensiva a sua quesitação deve ser feita antes do quesito da clemência, logo após o segundo quesito.

Dito isso, o art. 483, §5º, determina que se a desclassificação for para outro crime de competência do tribunal do júri, ou no caso de tentativa, será formulado quesito específico logo após o quesito sobre autoria ou participação.

Nesse ponto, não há dúvidas sobre como deve proceder a quesitação, contudo ainda restam algumas questões específicas sobre onde deverão ser alocados os quesitos, a depender da tese levantada.

Uma das primeiras problemáticas é sobre a quesitação do crime culposo. Primeiro deve-se assentar que o seu reconhecimento pelos jurados gera a chamada *desclassificação própria*, isto é, a desclassificação que retira a competência do tribunal do júri (LOPES JR., 2020, p. 909), de modo que sendo a tese principal, deve ser feita após o segundo quesito.

Já num segundo momento, constata-se que há uma certa divergência quanto a forma de redação. Gustavo Badaró (2016, p. 716) defende que o quesito deve ser redigido perguntando sobre a culpa do acusado (“o acusado agiu com culpa?”), não sendo necessário questionar sobre a modalidade de culpa. Já Aury Lopes (2020, p. 909-910) sustenta a tese de que deve ser perguntado sobre o dolo e em caso de negativa, entende-se que o crime foi culposo (“o acusado quis ou assumiu o risco de produzir a morte da vítima”), pois a pergunta sobre a culpa é confusa e introduz um conceito jurídico, sendo que o art. 482, do CPP veda quesitação de conceitos jurídicos. A

segunda corrente é a mais adequada, tendo em vista a finalidade de simplificar ao máximo as perguntas aos jurados, de modo que realmente deve ser evitado submeter, no momento da votação, a avaliação de conceitos jurídicos, especialmente a culpa que tem um significado no uso popular, diverso do utilizado no meio jurídico.

Outro ponto de tensão na doutrina é sobre o excesso da legítima defesa e o julgamento de eventuais crimes conexos. As duas correntes concordam que antes de ser feito um quesito específico sobre o excesso deve-se ser feito o quesito genérico, pois o pressuposto do excesso é a própria existência de uma situação fática ensejadora de legítima defesa, que só não se consolidou, pois o agente não usou de meios moderados para repelir a injusta agressão. Desse modo, caso os jurados respondam *sim* ao terceiro quesito, significa que acolheram a tese da legítima defesa e o acusado está absolvido, por outro lado, se responderem *não*, deve ser questionado sobre o excesso (doloso ou culposo) (DEZEM, 2020, p. 1167).

Nesse ponto, Dezem aduz que deve ser quesitado no seguinte sentido “O acusado se excedeu (dolosa ou culposamente e, neste caso indicar a modalidade culpa) na legítima defesa? (2020, p.1167). Já para Aury Lopes o quesito deve ser escrito da seguinte forma “O réu excedeu, por imprudência, imperícia, ou negligência, os limites da legítima defesa?”, de modo que a resposta negativa indicaria o excesso doloso e a positiva o excesso culposo (2020, p. 914). Melhor seria seguir a mesma linha de quesitação adotada para o homicídio culposo, perguntando aos jurados se “o acusado querendo ou assumindo o risco, excedeu os limites da legítima defesa?”, pois os questionamentos sobre o dolo são muito mais simples que os sobre a culpa.

Para além disso, os autores supracitados discordam sobre a competência dos crimes conexos, em caso de reconhecimento do excesso culposo. Para Aury Lopes (2020, p. 914), haverá desclassificação imprópria, pois os jurados firmaram sua competência ao responder positivamente ao 3º quesito, de modo que os crimes conexos também serão de competência do conselho de sentença. Dezem (2020, p. 1168), por sua vez, diz que pouco importa se é caso de desclassificação própria ou imprópria, reconhecido o excesso culposo está excluída a competência do tribunal do júri, devendo o juiz julgar tanto o crime principal quanto os conexos. Por dever de coerência, entende-se como correta a segunda posição, pelos mesmos motivos aventados quando se falou da desclassificação para crime de competência do juiz singular.

Seguindo, deve-se fazer uma pequena ressalva sobre o quesito relativo à tentativa. Como já se viu, ele deverá ser formulado após o segundo quesito, entretanto o que interessa é definir os efeitos, a depender da resposta dada. Se a resposta dos jurados for afirmativa, reconhecendo a tentativa, segue-se a votação para o quesito genérico, minorante, majorantes e qualificadoras, a depender o caso. Por outro lado, se for dada a resposta negativa estará configurado o instituto da desistência voluntária, devendo a votação ser encerrada e o julgamento passa ser do juiz presidente, uma vez que não há mais crime doloso contra a vida (DEZEM, 2020, p. 2020).

Por fim, deve-se mencionar que a inimputabilidade também deve ser quesitada, após o quesito genérico de absolvição, visto que deve ser dada a chance de o acusado conseguir uma absolvição própria, antes de ser reconhecida a imprópria que, apesar de absolvê-lo, impõe uma sanção penal (FREIRE, 2018, p. 57).

3. Propostas de alteração pelo PL 8045, de 2010 e a nova tentativa de simplificação dos quesitos.

Definidas as premissas históricas e dogmáticas, bem como o estado da arte conforme a redação atual do CPP, finalmente chega-se à análise das propostas contidas no projeto de um novo Código de Processo Penal, o PL 8.045, de 2010. A proposta de um novo CPP unificado já é um avanço, considerando que o fato de a última reforma ter sido tópica, transformou o CPP atual num conglomerado de normas de fundamentos políticos-criminais diametralmente opostos, além de terem surgido diversas lacunas normativas, em virtude do processo legislativo em separado (SILVA JÚNIOR, 2019).

Dito isso, o novo procedimento de votação dos quesitos aproveita alguns elementos da sistemática atual, mas buscando aprimorar – nem sempre de maneira satisfatória – eventuais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, que em grande maioria foram tratadas no tópico anterior.

A primeira alteração já ocorre no primeiro artigo da Seção XII, Capítulo VI (que trata da votação dos quesitos) pelo qual define novas fontes para os quesitos. Lembra-se que no CPP atual são fontes dos quesitos a decisão de pronúncia (e eventuais acórdãos que venham a substituí-la), interrogatório e as alegações das partes em plenário.

No projeto de lei essas fontes são reduzidas para a decisão de recebimento da inicial acusatória e as teses alegadas pela *defesa* plenário. Como pode-se ver não se permite mais que a acusação inove a tese acusatória durante o procedimento do tribunal do júri, o que favorece o exercício da ampla defesa. É comum a falar nacional falar que a defesa se

defende dos fatos e não do direito¹⁷, sendo que esse é um entendimento que não se coaduna com o processo penal constitucional, sobretudo quanto a garantia do contraditório (BADARÓ, 2013, p. 39-43), o que ecoa no procedimento do tribunal do júri, permitindo a mudança na imputação penal até o momento dos debates em plenário. A única limitação é quanto às qualificadoras e majorantes que devem ser as fixadas na decisão de pronúncia, conforme o art. 483, §3º. No mais, a forma de redação dos quesitos não muda no projeto de lei, persistindo a necessidade de serem feitos de forma afirmativa, simples e distinta.

A principal mudança que consta no projeto de lei diz respeito à ordem de quesitação. Na sistemática atual a votação ocorre numa única fase de votação e é dada certa liberdade ao juiz presidente para organizar os quesitos, especialmente quando há tese de desclassificação, o que gera uma série de inconveniente como foi visto acima. Por outro lado, a proposta do novo CPP trás a previsão de três fases de votação – ordinária, extraordinária e preliminar – de modo a organizar de forma mais lógica o sistema de votação.

¹⁷ Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE OU PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO VERSUS MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, IV, DA LEI DE DROGAS. EMENDATIO LIBELLI. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA NE REFORMATIO IN PEJUS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória - e apurados na instrução criminal -, e não da capitulação jurídica dada na denúncia ou na queixa. Por tal razão, desde que respeitados os limites do art. 617 do Código de Processo Penal, a adequação típica da conduta pode ser alterada tanto pela sentença quanto em segundo grau, conforme previsão do art. 383, caput, do Código de Processo Penal. (...). (STJ - REsp: 1486755 RJ 2014/0267014-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 24/04/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/05/2018).

Na fase preliminar é questionado sobre eventual desclassificação da imputação do crime. Terminados os debates, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão ou chefe de secretaria e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala de conferências (novo nome da *sala especial*), a fim de serem explicados os quesitos de desclassificação.

A proposta consta que primeiro será perguntado se os jurados desclassificam o crime para outro de competência do juiz singular. Interessante notar que o legislador está tendo o esmero de determinar a exata redação de alguns quesitos, como ocorre com esse. Dessa forma, deve ser perguntado se “Sem qualquer consideração sobre inocência ou culpa do réu, os jurados reconhecem sua competência para julgar o caso”. O dispositivo também impõe que seja feito esclarecido aos jurados quais os crimes de competência do tribunal do júri e a incompetência dos jurados para julgar alguns crimes (os que mais comumente são o objetivo da desclassificação), como o homicídio culposo, latrocínio e lesão corporal.

Se os jurados acolherem esse quesito, encerra-se a votação devendo o juiz presidente proferir a sentença. Na outra ponta, se o quesito for rejeitado ou desnecessário, poderá ser feito quesito sobre se há desclassificação, só que agora para um crime da competência do tribunal do júri. A proposta legislativa também determina a exata redação desse quesito, que deverá ser escrito assim “Sem qualquer consideração sobre inocência ou culpa do réu, deve ser corrigida a acusação para que, pelos mesmos fatos, o julgamento ocorra por outro tipo de crime, também da competência do Tribunal do Júri.”

Por fim, se o quesito acima for acolhido, necessariamente segue-se a votação para perguntar “Sem qualquer consideração sobre inocência ou culpa do réu, a acusação deve ser alterada para tratar do crime de (...)”, ou seja, para qual tipo penal está se pretendendo a desclassificação. Salienta-se ainda que todas as votações da fase preliminar devem ser por maioria.

A previsão dessa fase preliminar, sedimentaria o entendimento de que ao ocorrer a desclassificação para crime de competência do juiz singular, os jurados não devem emitir juízo sobre sua culpabilidade, sendo desnecessária a pergunta sobre a absolvição.

Resolvidas eventuais questões sobre a desclassificação, a imputação estaria estabilizada, tornando os jurados aptos a julgar o fato. Para isso, a proposta cria a chamada *fase ordinária*, que é composta por dois quesitos. O primeiro perguntando se o acusado deve ser absolvido e o segundo se a acusação sustentada em plenário deve ser alterada.

Nesse momento, já se percebe outra grande diferença na proposta do novo CPP, a colocação do quesito genérico como o primeiro a ser votado, bem como a extinção das perguntas sobre autoria e materialidade. Um ponto positivo, dessa mudança, é que ela extingue a discussão jurisprudencial sobre se o quesito genérico deveria ser feito, apesar de a tese principal ser a negativa de autoria e esta já ter sido reconhecida pelos jurados. O fato de perguntar somente sobre a absolvição do acusado tem o benefício de simplificar mais ainda o sistema de votação, além de evitar eventuais recursos fundamentados na *decisão manifestamente contrária à prova dos autos*.

Por outro lado, ao não falar sobre autoria ou materialidade, essa não será uma decisão apta a gerar efeitos cíveis, em caso de absolvição, pois isso

somente ocorre quando a sentença declara que o fato não aconteceu, ou que o acusado não foi o autor do fato.

De todo modo, a alteração para que esse seja o primeiro e único quesito a tratar da questão principal de mérito parece trazer mais benefícios que malefícios e espera-se que permaneça na redação final do texto legislativo. Ademais, ela aproxima mais ainda o tribunal do júri brasileiro do sistema norteamericano do *guilty or no guilty*, em que essa é a única pergunta feita aos jurados.

Outra aproximação do sistema norteamericano é a previsão de que este quesito, e somente ele, deverá ser respondido à unanimidade, depois de um período de debate entre os jurados. Segundo dispõe a proposta legislativa, será dado um prazo pelo juiz, para os jurados deliberarem, conforme a complexidade do caso. Expirado esse prazo, sem a obtenção do veredicto, haverá a dissolução do conselho de sentença, com o ordenamento das diligências necessárias, ou a dilação do prazo, uma única vez e por igual período.

Trata-se de dispositivo de constitucionalidade muito questionável. *A priori* se identifica o desrespeito à garantias do sigilo das votações e do *in dubio pro reo*. Sobre a primeira, na reforma de 2008, a intenção de se parar a contagem quando se obtida a vantagem mínima era justamente de manter o segredo das votações, condição indispensável para se aferir a imparcialidade objetiva dos jurados, logo não faz sentido exigir a unanimidade quando os votos de todos os jurados serão de conhecimento público. Vê-se essa como uma garantia inafastável no procedimento do tribunal do júri, pois sem o sigilo é difícil aferir se o jurado teve a paz de espírito necessária para bem julgar. Se a proposta acabar sendo acatada e

estiver prevista no texto final, não se vê como ela passará pelo controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Já em relação à garantia do *in dubio pro reo* remete-se a leitura ao primeiro tópico deste trabalho quando foram comentadas as críticas de Aury Lopes ao tribunal do júri. Tendo aquelas considerações como pressupostos, o disposto na proposta do novo CPP consegue promover um desrespeito muito mais grave à essa garantia constitucional. Explica-se, na sistemática atual a violação do *in dubio pro reo* está em relativizar o *standard* probatório, exigindo um grau de certeza menor no tribunal do júri do que o habitual no processo penal. Por outro lado, a proposta em apreço simplesmente ignora a garantia constitucional, exigindo que haja unanimidade seja para condenar, seja para absolver, ou seja, se um único dos sete jurados votar pela condenação, o conselho de sentença não poderá absolver o acusado, devendo ser dissolvido. Aí entra o questionamento, *é razoável a exigência de certeza sobre a absolvição, quando existe um princípio que ordena a absolvição em caso de dúvida?*

Ademais, há claros inconvenientes práticos na necessidade de unanimidade para a decisão dos jurados, porque o risco de dissolução do conselho de sentença será sempre muito alto, logo, caso aprovado o texto, seria muito comum vê-se a máquina judiciária gastar uma quantidade razoável de dinheiro, além do gasto pessoal e de tempo, para no fim não se chegar a um veredicto. Além disso, corre-se o risco de fazer todo esse investimento para que os jurados, *vencidos pelo cansaço*, se conformarem à maioria para se chegar a um consenso. Sabe-se que essa não é a conduta que se espera de um jurado, mas seria ingênuo ignorar esse fator numa reforma legislativa.

Feitas essas considerações, se os jurados decidirem, unanimemente pela condenação segue-se a votação do segundo quesito, sobre a alteração da acusação. Neste ponto, o texto legislativo é confuso, pois primeiro o art. 461, II fala que o quesito consiste na pergunta sobre se “a acusação sustentada em plenário deve ser alterada”, o que é complementado pelo §1º, do mesmo artigo que diz

§ 1º O juiz esclarecerá aos jurados, antes da entrada na sala de conferências, que a alteração enunciada no segundo quesito consistirá na retirada de eventual qualificadora ou causa de aumento de pena, ou no reconhecimento de alegada causa de diminuição de pena.

Logo, parece inequívoco que o segundo quesito só se faria necessário quando fosse analisar uma mudança na imputação das circunstâncias do fato. No entanto ao se analisar o §5º, do mesmo artigo, percebe-se que só se chegará a fase extraordinária de quesitação caso o segundo quesito seja acolhido. É nessa fase que será perguntado aos jurados se eles acolhem eventuais causas de aumento, diminuição ou qualificadoras, de modo que pelo disposto, dá a entender que se os jurados não acolherem o segundo quesito, a votação seria encerrada e o juiz proferiria a sentença, que nesse caso seria pelo crime simples (homicídio simples, por exemplo). Contudo, essa não parece ser a melhor interpretação, pois quando o dispositivo fala em alteração é em relação à imputação feita na inicial acusatória e sustentada em plenário, de modo que se rejeitado o segundo quesito o acusado será condenado nos termos exatos da denúncia. Em outras palavras, esse quesito pergunta ao jurado se ele adere integralmente à hipótese acusatória.

Nesse ponto, acredita-se ter ocorrido uma simplificação exagerada da quesitação e que pode gerar confusão na cabeça do jurado, uma vez que

pode estar bem convencido da condenação, mas em dúvida sobre alguma das qualificadoras. O questionamento em separado permite ao jurado refletir melhor sobre cada decisão que irá tomar, além de não ser um procedimento moroso ou que, na sistemática atual, enseje nulidades. Nesse sentido, o risco é maior do que o ganho, de modo que será melhor se o sistema atual, nesse ponto, continue inalterado.

Por fim, continuando a explanação sobre o procedimento de votação, como já foi dito, a fase extraordinária é quando serão votados os quesitos sobre as causas de aumento, qualificadoras e causas de diminuição de pena, desde que isso implique em alteração do que consta na inicial acusatória. Aqui não há alteração relevante, sendo reconhecida qualquer uma dessas circunstâncias desde que atingida a maioria simples.

Em suma, pode-se dizer que as propostas do novo Código de Processo Penal seguem a tendência que começou em 2008, de simplificação do procedimento de votação dos quesitos, contudo o modelo proposto precisa ser fundamentalmente repensado, especialmente quanto à exigência de unanimidade para a decisão de mérito. Além do mais, trata-se de reforma insuficiente, pois apesar de ter solucionado alguns debates que foram levantados no tópico anterior, foi incapaz de aprimorar questão da motivação das decisões dos jurados. Na verdade, essa foi uma questão completamente ignorado por essa proposta legislativa.

Considerações finais

O tribunal do júri é uma instituição que sempre esteve presente na história do direito, sendo normalmente relacionada com os períodos mais democráticos e de adoção do sistema acusatório.

Entretanto, essa ligação histórica entre júri-democracia-sistema acusatório não é ontológica, decorrendo das circunstâncias históricas e políticas de cada época. Desse modo, dizer que hoje o tribunal do júri é uma instituição democrática está mais ligado à sua capacidade de respeitar as garantias do processo penal do que a mera participação popular que ele enseja.

Nesse viés, a conformação constitucional e legal que foi dada ao júri no ordenamento jurídico brasileiro é democrática, em virtude do esmero do legislador em cercar o seu procedimento de cuidados específicos, decorrentes do julgamento por leigos. Entretanto, isso não implica que o instituto está imune de críticas, de modo que deve se ressaltar que até hoje não foram encontradas soluções para as violações à garantia das motivações das decisões judiciais e do *in dubio pro reo*, quando há a condenação pela margem mínima.

Quanto ao procedimento em si do tribunal do júri, percebe-se uma grande evolução entre a redação originária do Código de Processo Penal e a que passou a valer após a edição da Lei nº11.689, de 2008, especialmente em relação à simplificação dos quesitos. Esse sistema permite que o júri seja operacionalizado de forma muito mais escorreita, apesar de ainda restarem algumas questões a serem resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, como a necessidade do quesito genérico em caso de desclassificação para crime de competência do juiz singular e a possibilidade de recurso da absolvição, sob o fundamento de a decisão ser manifestamente contrária aos autos.

Nesse sentido, entende-se que não há a necessidade do quesito genérico na hipótese acima, pois a competência não é mais do tribunal do

júri e que esse recurso não é possível, pois viola o princípio da soberania dos veredictos.

Logo, há espaço para aprimoramento no modelo de votação dos quesitos, sobretudo se ele se propor a resolver algumas dessas questões. É o que o projeto do novo Código de Processo Penal propõe-se a fazer, para isso ele dividiu a votação dos quesitos em três fases, eliminando a maioria dos problemas quanto à ordem dos quesitos em caso de desclassificação, bem como sobre a necessidade do quesito obrigatório.

Nesse último ponto, parece ter adotado visão próxima da defendida neste trabalho, não formulando questão sobre absolvição quando a conduta é desclassificada para um delito fora da competência do tribunal do júri.

Além da divisão em três fases, unificou as questões sobre materialidade no quesito da absolvição, que passou a ser o primeiro a ser perguntado, bem como exigiu unanimidade para sua resposta, seja ela positiva ou negativa.

A exigência de unanimidade padece de grave vício de inconstitucionalidade, sob os fundamentos do sigilo das votações e do *in dubio pro reo*, de modo que não deve prosperar no texto final.

Por fim, também houve simplificação em relação a votação das majorantes, minorantes e qualificadoras, de modo que o jurado pode simplesmente responder quesito que aduz a sua total concordância com a tese acusatória, sem se perguntar sobre cada circunstância dessa. Apesar de constitucional, essa mudança corre o risco de gerar confusão na cabeça dos jurados, de sorte que também deveria ser excluída do texto final.

Em suma, a proposta do novo Código de Processo Penal aprofunda a tendência de simplificação da votação dos quesitos iniciada em 2008, mas

ainda peca em oferecer respostas para algumas das questões mais urgentes, e de índole constitucional, sobre esse procedimento.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 4. Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BALTAZAR JR., José Paulo. Standards probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, v. 4, p. 161-185, 2007.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FREIRE, Maria Claudia Ananias. *Garantia de julgamento pelos pares: inadmissibilidade da decisão de absolvição sumária com imposição de medida de segurança*. Monografia. Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018, p. 57.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

KNIJNIK, Danilo. Os "standards" do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. *Academia Brasileira de Processo Civil*, Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/danilo%20knjnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: Teoria (constitucional) do processo penal*. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Natal: OWL, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. 3. ed. Natal: OWL, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33. ed. v.4 São Paulo: Saraiva, 2011.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV (Online)*, v. 16, p. 1-26, 2020.