

PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE A LEI 13.964/2019

# PACOTE “ANTICRIME”

## A VISÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

REALIZAÇÃO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COORDENAÇÃO DE  
DEFESA CRIMINAL



APOIO



**Fesudeperj**  
Fundação Especial Superior da Defensoria  
Pública do Estado do Rio de Janeiro

PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE A LEI 13.964/2019

# **PACOTE “ANTICRIME”**

## **A VISÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA**

PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE A LEI 13.964/2019

# PACOTE “ANTICRIME”

## A VISÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

REALIZAÇÃO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COORDENAÇÃO DE  
DEFESA CRIMINAL



APOIO



**Fesudeperj**  
Fundação Escolas Superiores de Defensoria  
Pública do Estado do Rio de Janeiro

REALIZAÇÃO



**DEFENSORIA PÚBLICA  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**COORDENAÇÃO DE  
DEFESA CRIMINAL**



APOIO



**Fesudeperj**  
Fundação Escola Superior de Defensoria  
Pública do Estado do Rio de Janeiro

## **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Av. Marechal Câmara, 314  
CEP 20020-080 - Centro, RJ - Brasil  
Tel.: 21 2332-6224 (Sede)  
www.defensoria.rj.def.br

## **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RODRIGO BAPTISTA PACHECO**  
*Defensor Público-Geral  
do Estado*

**MARCELO LEÃO ALVES**  
*1º Subdefensor Público-Geral do  
Estado*

**PALOMA ARAÚJO LAMEGO**  
*2ª Subcoordenadora Pública-Geral  
do Estado*

**CAROLINA DE SOUZA CRESPO  
ANASTÁCIO**  
*Chefe de Gabinete*

**NILTON MANOEL HONÓRIO**  
*Corregedor-Geral*

**FRANKLYN ROGER  
ALVES SILVA**  
*Subcorregedor-Geral*

**JOSÉ AUGUSTO GARCIA  
DE SOUSA**  
*Diretor-Geral do Centro de  
Estudos Jurídicos (CEJUR)*

**ADRIANA SILVA DE BRITTO**  
*Diretora de Capacitação do  
Centro de Estudos Jurídicos  
(CEJUR)*

**EMANUEL QUEIROZ RANGEL**  
*Coordenador de Defesa Criminal*

**RICARDO ANDRÉ DE SOUZA**  
*Subcoordenador de Defesa  
Criminal*

**GUILHERME PIMENTEL BRAGA**  
*Ouvidor-Geral*

**RAFAEL VEIGA**  
*Projeto Gráfico e Diagramação*

**JOSÉ AUGUSTO GARCIA  
DE SOUSA**  
*Revisão*

© 2020 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro  
Todos os direitos reservados.  
Proibida a reprodução total ou parcial desta publicação sem o  
prévio consentimento, por escrito, da Defensoria Pública.

Catálogo na Publicação (CIP)  
Biblioteca Defensor Público Mário José Bagueira Leal  
Miranilha Maria da Silva Mariano - CRB7/3859

R585p Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública.  
Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019: pacote "anticrime": a visão  
da Defensoria Pública / Organização: Defensoria Pública do Estado do Rio de  
Janeiro, Centro de Estudos Jurídicos, Coordenação de Defesa Criminal - Rio de  
Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020. 172 p.

Apoio: FESUDEPERJ.  
ISBN 978-65-86548-03-7

1. REFORMA PENAL - BRASIL - 2019. 2. REFORMA PROCESSUAL PENAL - BRASIL  
- 2019. 3. EXECUÇÃO PENAL. 4. PACOTE "ANTICRIME". I. Rio de Janeiro (Estado).  
Defensoria Pública. Centro de Estudos Jurídicos. II. Rio de Janeiro (Estado).  
Defensoria Pública. Coordenação de Defesa Criminal.

CDDir: 341.43

# APRESENTAÇÃO

Logo no início do atual mandato da Presidência da República, foi lançado pelo Ministério da Justiça um bloco de propostas legislativas intitulado *Pacote Anticrime*, as quais não foram objeto de debate prévio na sociedade e, embora visando modificar diversos ramos do direito – em especial o Direito Penal e Processual Penal –, sequer possuíam uma exposição de motivos a justificar seus fundamentos e objetivos.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, expressão do Estado Democrático de Direito, destinada à promoção e defesa dos direitos humanos, alinhou-se a outras instituições públicas e da sociedade civil organizada, debatendo a fundo as propostas legislativas encaminhadas ao Congresso Nacional e produzindo reflexões críticas e indicações de alteração do texto encaminhado. Cumpriu a instituição, dessa forma, seu papel de, como instrumento de acesso à justiça, participar da construção normativa que possa atingir a população vulnerável que é por seus órgãos patrocinada.

Inegável que o texto inaugural sofreu alterações no Congresso Nacional que incluíram avanços normativos, tais como a consagração da audiência de custódia na legislação federal, a instituição do juiz de garantias e a cadeia de custódia da prova. A tais avanços se contrapuseram retrocessos, como a inviabilidade da liberdade provisória para determinados crimes, o aumento do prazo máximo de cumprimento de pena, a quebra do modelo progressivo de cumprimento de pena para certos tipos penais e o avanço do discutível modelo de justiça negocial no âmbito processual penal, dentre outros.

O processo legislativo, no entanto, inviabilizou retrocessos ainda maiores, como as alterações no instituto da legítima defesa e no excesso punível quando os casos envolvessem agentes de segurança, medida que criaria o que a sociedade civil denominou “licença para matar”, a demonstrar que, mesmo em tempos nos quais o debate público se encontra contaminado por radicalismos, as instituições do Estado Democrático de Direito conseguem, com dificuldades, funcionar e exercer controle sobre agenda que vulnera valores e garantias constitucionais.

Logo que promulgada a Lei nº 13.964/2019, iniciou-se o debate judicial a respeito de pontos do *pacote* que agridem frontalmente o texto constitucional, discussão essa da qual a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro participará no âmbito das ações de controle concentrado de constitucionalidade e será travada, também, nos casos individuais em que atuarem defensoras e defensores públicos.

Com o início da vigência da norma legal citada, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por meio da sua Coordenação de Defesa Criminal, promoveu encontro público para debater temas específicos, contando com a participação de defensoras e defensores públicos, bem como o apoio do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR) e da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública (FESUDEPERJ), além da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP). O evento pretendeu apresentar as primeiras impressões sobre a legislação posta e teve grande audiência, não só presencial como à distância, dada a atualidade do tema.

O material decorrente desse encontro compõe a presente publicação, que objetiva estimular a discussão dos novos parâmetros legais, especialmente na visão dos/as operadores/as do direito que são vocacionados/as à defesa dos interesses da população mais vulnerável e sabidamente atropelada pela malha do sistema criminal, buscando sua adequação constitucional e, acima de tudo, a preservação dos direitos e garantias individuais.

Tenham esta publicação como ponto de partida para uma interpretação do *pacote* adequada ao arcabouço constitucional, mirando, sempre, o valor máximo eleito pelo constituinte originário: a dignidade da pessoa humana.

Boa leitura!

Rio de Janeiro, maio de 2020.

**RODRIGO BAPTISTA PACHECO**

*Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro*

# PREFÁCIO

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro intensificou, a partir de 2015, sua participação no processo legislativo, desde o municipal, passando pelo estadual e chegando ao federal, através do acompanhamento dos projetos de lei que interfeririam nos direitos da população vulnerável.

Coube à Coordenação de Defesa Criminal, municiada pelo eficiente acompanhamento legislativo da Assessoria Parlamentar, elaborar notas técnicas a respeito das matérias que tratavam de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penitenciário.

Marco desse trabalho contínuo foi a elaboração, sempre em parceria com defensoras e defensores públicos, do documento *10 Medidas em Xequê*, que criticava a devastadora *10 Medidas contra a Corrupção*, proposta legislativa elaborada por um único grupo de operadores do direito que visava se aproveitar do momento político de então para, por meio da legislação ordinária, subverter a ordem constitucional, retirando uma série de direitos processuais dos acusados e acreditando no mito de que o endurecimento das penas acarreta a diminuição da criminalidade. A aludida proposta legislativa mutilava o *habeas corpus*, subvertia o sistema recursal e desprezava o processo enquanto forma, ao praticamente extinguir as nulidades processuais, chegando ao desplante de criar a figura da *prova ilícita de boa-fé*, num país que não consegue sequer controlar a prática dos maus-tratos e da tortura por parte dos agentes de segurança pública.

Naquela ocasião, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro praticamente restou isolada na crítica ao aludido projeto, o que, de certo modo, possibilitou que participássemos intensamente do debate público, gerando o reconhecimento da instituição como legítimo ator social na defesa e promoção dos direitos humanos.

Por motivos diversos à nossa atuação, referida proposta legislativa sucumbiu na Câmara dos Deputados.

Com o advento da nova gestão federal, logo no início do ano legislativo, sem que fosse precedido de qualquer debate por grupo de juristas ou da sociedade civil, lançou-se o propalado *Pacote Anticrime* como nova tábua de salvação do país, ungido na falsa crença de que um ser iluminado é capaz de digerir toda a complexidade que envolve a criminalidade e produzir uma proposta legislativa que acarrete a paz social.

Esquece-se que o Direito Penal somente dá conta do que os outros ramos do direito não conseguiram solucionar, especialmente a pouca eficácia

das normas jurídicas que reconhecem, aos cidadãos e cidadãs que habitam as terras brasileiras, direito a uma vida digna, com um mínimo existencial que lhes possibilite a saúde, a educação, a moradia, o trabalho, o lazer, dentre outros direitos sociais, direitos esses que, se contemplarem a totalidade da população, implicarão a diminuição da cruel desigualdade social que grassa no Brasil e, por conseguinte, a redução da criminalidade.

Um efetivo “pacote anticrime” nessas terras deveria ter o Direito Penal como última *ratio*, não como mola propulsora da necessária mudança de rumos. Enquanto estivermos entre os países mais desiguais do planeta, o Direito Penal servirá apenas para aniquilar os seres viventes que não são consumidores, mostrando sua face mais perversa e odiosa.

Com o início dos trabalhos legislativos, um coletivo envolvendo instituições jurídicas e organizações da sociedade civil se colocou contrário à maioria das propostas do *Pacote Anticrime*, lançando a campanha nacional *Pacote Anticrime: uma solução fake*, da qual a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro teve a honra de participar. Dessa vez não estávamos sozinhos.

Ultrapassado o processo legislativo, com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, natural que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro se preparasse para o debate judicial decorrente da implementação das alterações normativas, não sem antes reunir grupo qualificado de defensoras e defensores públicos para tratar de alguns temas, apresentando suas análises iniciais do texto vigente.

Deu-se então no dia 24 de janeiro de 2020, na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública, concorrido evento público capitaneado por defensoras e defensores públicos para apresentar suas análises sobre a nova legislação, do qual o presente documento é uma decorrência.

Os leitores/as terão acesso à análise aprofundada do histórico das audiências de custódia, finalmente normatizadas em lei federal, em estudo levado a cabo por Caroline Tassara, Coordenadora do Núcleo de Audiências de Custódia da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, assim como desvendarão as regras que tratam da cadeia de custódia na produção da prova penal em texto conjunto dos defensores públicos Denis Sampaio e Daniel Diamantaras de Figueiredo, os quais, além de grandes praxistas, possuem notável qualificação acadêmica.

Coube a Franklyn Roger Alves da Silva, defensor público com vasta produção decorrente da sua contínua pesquisa acadêmica, discorrer sobre o juiz de garantias, maior novidade no processo penal dos últimos anos e,



como não poderia deixar de ser, incompreendida pelo sistema de justiça, que suspendeu a eficácia do dispositivo em medida liminar de ADIN que não ataca qualquer inconstitucionalidade substancial, mas aponta uma falaciosa incapacidade do sistema em se adaptar ao civilizatório instituto. Coisas de quem tem o modelo inquisitório como lema.

Lúcia Helena S. B. de Oliveira, defensora pública com grande vivência nos tribunais e formadora de uma legião de profissionais do direito com suas décadas de magistério na nossa FESUDEPERJ, atual Coordenadora da Comissão de Política Criminal da ANADEP, trouxe-nos sua visão das alterações penais decorrentes do pacote, ao passo que o também reconhecidíssimo professor de processo penal, a par de defensor público virtuoso, Marcos Paulo Dutra Santos brindou-nos com excepcional texto sobre as medidas cautelares pessoais à luz da nova legislação.

Fomos agraciados ainda com a participação da defensora pública Mariana Py Muniz Cappellari, que possui intensa vida acadêmica, oriunda da nossa coirmã Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, para tratar do enigmático acordo de não persecução penal, tema novo, com pouquíssimos estudos publicados, que a todos preocupa, especialmente aqueles que têm diante de si, cotidianamente, as agruras da práxis forense, na qual, infelizmente, a busca por uma rápida solução para as controvérsias geralmente suprime direitos básicos do processado, distanciando-se da almejada justiça.

Como não poderia deixar de ser, tratando-se de instituição plural como a Defensoria Pública, o documento tem como anexo a voz da sociedade civil organizada, em texto produzido pela *Coalizão Negra por Direitos*, dado que o ranço escravagista da sociedade brasileira é central em qualquer discussão, especialmente quando se trata do segregacionista Direito Penal e Processual Penal.

Temos que o material apresentado é um pontapé inicial de partida que somente terá resultado positivo para o Brasil com a acumulação do conhecimento, sempre com o olhar voltado para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, na qual a erradicação da pobreza e da marginalização seja o objetivo fundamental, como dispôs o constituinte originário.


Desfrutem.

**EMANUEL QUEIROZ RANGEL**

*Coordenador de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*

# SUMÁRIO

<b>Apresentação</b>	
<i>Rodrigo Baptista Pacheco</i> .....	<b>05</b>
<b>Prefácio</b>	
<i>Emanuel Queiroz Rangel</i> .....	<b>07</b>
<b>Audiências de custódia e a nova Lei 13.964/2019</b>	
<i>Caroline Tassara</i> .....	<b>12</b>
<b>A cadeia de custódia na produção probatória penal</b>	
<i>Daniel Diamantaras de Figueiredo</i> <i>Denis Sampaio</i> .....	<b>28</b>
<b>A nova figura do juiz das garantias no processo penal brasileiro</b>	
<i>Franklyn Rogér Alves Silva</i> .....	<b>60</b>
<b>Aspectos penais gerais da Lei 13.964/19</b>	
<i>Lúcia Helena S. B. de Oliveira</i> .....	<b>85</b>
<b>Pacote “anticrime” e medidas cautelares pessoais</b>	
<i>Marcos Paulo Dutra Santos</i> .....	<b>100</b>
<b>Do acordo de não persecução penal na Lei nº 13.964/2019</b>	
<i>Mariana Py Muniz Cappellari</i> .....	<b>134</b>
<b>Anexo</b>	
<i>Nota técnica da Coalizão Negra por Direitos sobre o chamado “pacote anticrime”</i> .....	<b>150</b>



---

**AUDIÊNCIAS  
DE CUSTÓDIA  
E A NOVA LEI  
13.964/2019**

---

# AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E A NOVA LEI 13.964/2019

## CUSTODY HEARINGS AND THE NEW LAW 13.964/2019

**Caroline Tassara**

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro  
Coordenadora do Núcleo de Audiências de Custódia da DPE/RJ  
Pós-graduanda em Política e Sociedade no IESP/UERJ  
caroltassara@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo destaca as principais alterações trazidas pela Lei 13.964/2019 referentes às audiências de custódia. Questiona, também, a constitucionalidade do novo § 2º do art. 310 do Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** Audiências de custódia. Inovações. Lei 13.964/2019. Prisão *ex lege*.

**Abstract:** This article aims to highlight the main alterations brought by Law n. 13.964/2019 regarding the custody hearings. It also challenges the constitutionality of the new paragraph 2<sup>nd</sup> of article 310 of the Criminal Procedure Code.

**Keywords:** Custody hearings. Innovations. Law 13.964/2019. *Ex lege* prison.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Positivização das audiências de custódia no Código de Processo Penal – 3. Obrigatoriedade da realização da audiência de custódia em todos os casos de prisão – 4. O nada novo e inconstitucional § 2º do art. 310 do Código de Processo Penal – 5. Conclusão – 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Importantíssimo instrumento para a prevenção e enfrentamento à tortura e aos maus-tratos no momento da prisão, as audiências de custódia ou de apresentação há muito já possuíam assento em diversos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil era signatário.

Ainda assim, sua implementação no país foi tardia e enfrentou (enfrenta) muita resistência.

Na definição de Lopes Jr. e Paiva, a audiência de custódia “consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus-tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão”<sup>1</sup>.

Passados mais de quatro anos desde o início de sua efetivação, é certo que houve avanços sensíveis, especialmente no que diz respeito à prevenção à tortura. De fato, trata-se de garantia que tem singular relevância no processo de contenção e redução do “sistema penal subterrâneo”<sup>2</sup>.

No caso *Tibi vs. Equador* (2004)<sup>3</sup>, a Corte Interamericana de Direitos Humanos asseverou que:

El artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona sea sometida sin demora a revisión judicial, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia.

Em 2018, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro criou, de forma pioneira no Brasil, um protocolo institucional de prevenção e combate à tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes<sup>4</sup>, a partir do qual o Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública reúne todos os relatos de tortura ou maus-tratos por agentes da lei colhidos

<sup>1</sup> LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*, ago. 2004, p. 169.

<sup>2</sup> “Este conjunto de delitos cometidos por operadores das próprias agências do sistema penal é mais ou menos amplo na razão direta da violência das agências executivas e na razão inversa do controle que sofram da parte de outras agências. Ele é conhecido pelo nome genérico de sistema penal subterrâneo” (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 53.

<sup>3</sup> OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi vs. Equador*, § 114.

<sup>4</sup> Resolução DPG n. 932 de 26 de junho de 2018.

pelos integrantes da instituição. No relatório do primeiro ano do protocolo, foi observado que 80% dessas denúncias foram recebidas nas audiências de custódia<sup>5</sup>.

A partir das entrevistas dos defensores com os custodiados submetidos às audiências de apresentação, foi possível observar uma redução de 18,8% no número de presos que relataram ter sido agredidos pela polícia no momento da prisão entre 2018 e 2019<sup>6</sup>.

Esses números confirmam a relevância das audiências de custódia como instrumento de avanço civilizatório, em relação ao qual não se pode admitir retrocessos<sup>7</sup>. Galgados os primeiros quatro anos, é certo que houve progresso e conquistas importantes. Mas ainda há muito a avançar.

Neste breve trabalho, que não se pretende exauriente, serão pontuadas as inovações trazidas pela Lei 13.964/2019 referentes a essa garantia fundamental de toda pessoa presa.

Ao final, será questionada a conformidade material do novo § 2º do art. 310 do Código de Processo Penal, que tenta ressuscitar uma hipótese de prisão automática, com a Constituição da República.

## 2. POSITIVAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Um importantíssimo avanço trazido pela Lei 13.964/2019 foi o reconhecimento, no Código de Processo Penal, da obrigatoriedade das audiências de custódia.

---

<sup>5</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Perfil das denúncias recebidas em razão do protocolo da prevenção e combate à tortura da Defensoria Pública do RJ*. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/Documento/Institucional-pesquisas>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

<sup>6</sup> Essa redução foi observada comparando-se os dados referentes aos períodos de maio a setembro dos anos 2018 e 2019. Disponível em <<https://vortex.media/justica/26403/defensoria-aponta-que-agressao-a-presos-no-rio-cai-com-audiencias-de-custodia/>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

<sup>7</sup> No mesmo sentido, conclui o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em relatório de 2016: "Ao que tudo indica, as audiências de custódia têm produzido um efeito relevante na prevenção de práticas de tortura nas prisões em flagrante e nas primeiras horas de custódia. Ao colocar luz sobre o momento da prisão e trazer à tona as práticas antes mantidas apenas no 'sistema penal subterrâneo', a apresentação da pessoa presa em flagrante ao juiz, defensor e promotor permite uma intervenção mais qualificada do sistema de justiça na tutela dos direitos fundamentais" (BALLESTEROS, Paula R. *Audiências de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendação de aprimoramento*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimentodapolitica/audienciasdecustodiaeprevencaoatorturaanalisadaspraticasinstitucionaiserecomendacoesdeaprimoramento1correto.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

O instituto, que por anos gerou acalorado debate, foi finalmente positivado pelo legislador, superando as críticas – em nosso entender infundadas – quanto à necessidade de reserva de lei para sua implementação.

As audiências de apresentação já eram claramente previstas no art. 7, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), internalizada no ordenamento jurídico nacional através do Decreto 678 de 1992<sup>8</sup>:

**5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz** ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (g.n.)

No mesmo sentido também já preconizava o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 9, item 3, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 592 de 1992<sup>9</sup>:

**3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz** ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (g.n.)

Então é certo que desde 1992, ao ratificar os referidos tratados internacionais, o Brasil já tinha a obrigação de conduzir, sem demora, toda pessoa presa à presença de um juiz, que iria ver o estado em que ela era apresentada, decidir quanto à legalidade e necessidade ou não da prisão e assegurar encaminhamentos adequados às suas eventuais necessidades e garantia de seus direitos.

<sup>8</sup> BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2020.

<sup>9</sup> BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/-ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 7 fev. 2020.

Ainda que não tenha aderido à corrente doutrinária que sustentava a hierarquia constitucional dos referidos tratados internacionais de direitos humanos, é fato que o Supremo Tribunal Federal, a partir do Recurso Extraordinário n. 466.343<sup>10</sup>, reconheceu a sua hierarquia de normas supraleais.

Entre 2011 e 2016 o Senado Federal debateu a questão e propôs sua positivação através da alteração dos artigos 304 e 306 do CPP no Projeto de Lei do Senado (PLS) 554/2011, que foi remetido à Câmara dos Deputados em dezembro de 2016, onde pende de apreciação desde então como Projeto de Lei 6.620/2016.

Na América Latina, Chile, Equador, Argentina, Peru, Colômbia<sup>11</sup> e Paraguai<sup>12</sup> há muito já realizavam audiências de custódia, enquanto o Brasil ignorava as "supraleis" que determinavam a sua concretização.

Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal teve papel fundamental na sua efetivação. Em Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, a Corte reconheceu, em setembro de 2015, o "estado de coisas inconstitucional" no sistema carcerário brasileiro e determinou a implementação das audiências de custódia em todo o território nacional em um prazo de até 90 dias<sup>13</sup>:

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Em dezembro do mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução 213/2015 disciplinando as audiências de custódia, a fim de que sua execução se desse de forma minimamente homogênea em todo o país.

<sup>10</sup> RE 466.343, relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 03/12/2008, DJe de 05/06/2009.

<sup>11</sup> Chile, Equador, Argentina, Peru e Colômbia fazem audiências. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-19/chile-equador-argentina-peru-colombia-fazem-audiencias>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

<sup>12</sup> CRUZ, Rogério Schietti. *Audiências de custódia vão contribuir para redução da tortura*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-11/rogerio-schietti-cruz-audiencias-custodia-reducao-tortura>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

<sup>13</sup> ADPF-MC 347, relator Min. Marco Aurélio Mello, DJe 19/02/2016.



Ainda assim, houve grande resistência de muitos atores, inclusive tribunais e representantes do Ministério Público. Uma das principais críticas capitaneadas pelos questionadores do instituto consistia em afirmar que o CNJ estaria extrapolando suas funções e usurpando competência exclusiva do Congresso Nacional para legislar sobre matéria processual.

Contudo, como bem pontuado por Moreira<sup>14</sup>:

Evidentemente, não há falar-se em suposta inconstitucionalidade da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, pois não se fere, em absoluto, o princípio constitucional da reserva legal previsto no texto constitucional, visto que não se está legislando sobre matéria processual, não havendo invasão de reserva constitucional atribuída, com exclusividade, ao Poder Legislativo da União, fonte única de normas processuais.

Lembre-nos que há lei, aliás "supra lei" a autorizar a audiência de custódia! Oxalá, a iniciativa espalhe-se pelos demais Tribunais de Justiça do País, assegurando-se a integridade física dos presos em flagrante, ora "flagrantemente" ignorada, inclusive pelo Ministério Público, órgão responsável pelo controle externo da atividade policial. Ou não?

Com a recém-aprovada Lei 13.964/2019, a questão fica definitivamente superada, uma vez que a nova redação dos arts. 287 e 310 do CPP traz expressamente a necessidade de realização da audiência de custódia, tanto nas hipóteses de prisão em flagrante quanto de cumprimento de mandado de prisão:

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, **será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.** (g.n.)

Art. 310. **Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado,** seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública

<sup>14</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A audiência de custódia, o CNJ e os pactos internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/16077-6698/a-audiencia-de-custodia-o-cnj-e-os-pactos-internacionais-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 7 fev. 2020.

e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (g.n.)

Agora é, portanto, absolutamente incontroverso que o Congresso Nacional reconheceu expressamente no Código de Processo Penal o direito público subjetivo que tem toda pessoa presa de ser imediatamente apresentada à autoridade judiciária para a efetivação de sua audiência de custódia.

Como disposto no *caput* do art. 310 do CPP, a audiência deverá ser levada a termo no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas após a efetivação da prisão. O novo § 3º do art. 310 prevê taxativamente a responsabilização administrativa, civil e penal da autoridade que tiver dado causa, sem motivação idônea, à não realização do ato no prazo previsto no *caput*. Trata-se, sem dúvida, de importante dispositivo legal em prol da concretização da imediata apresentação da pessoa presa ao juiz, essencial para a efetividade do instituto.

Vale pontuar que o § 4º do art. 310 do CPP, trazido pela nova Lei, determina o relaxamento da prisão caso transcorridas outras 24 (vinte e quatro) horas após o prazo previsto no *caput* sem a realização da audiência. Nesse caso, a prisão passa a ser ilegal. A inovação aqui também foi positiva e confere maior concretude ao controle do lapso temporal para a apresentação da pessoa presa. Contudo, o dispositivo se encontra com a eficácia suspensa por decisão monocrática do Ministro Luiz Fux de 22 de janeiro de 2020, em Medida Cautelar na ADI 6.299/DF, sob a alegação de (questionável) inconstitucionalidade material.

De todo modo, tal suspensão não afasta a obrigatoriedade da observância do prazo de 24 horas previsto no *caput* do art. 310, que segue hígido e em perfeita consonância com a decisão do STF na ADPF 347.

### 3. OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM TODOS OS CASOS DE PRISÃO

É importante assinalar que a obrigatoriedade da audiência de custódia não se restringe às hipóteses de prisão em flagrante, tal como limitado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em sua Resolução 29/2015, que dispõe no art. 2º: "Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, sem demora, ao juiz com atribuição junto aos CEAC's, a fim de permitir a realização de audiência de custódia."

Nem os tratados internacionais de direitos humanos internalizados no ordenamento nacional, nem a Resolução 213/2015 do CNJ fizeram tal restrição. Diz o art. 13 da Resolução do Conselho:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas **também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva**, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução. Parágrafo único. **Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia** ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local. (g.n.)

No mesmo sentido caminhou o Código de Processo Penal com as recentes alterações trazidas pela Lei 13.964/2019. Isso fica claro, por exemplo, no art. 287 do CPP, inserido no Capítulo I referente às "Disposições Gerais" do Título IX, que trata "Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória": "Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, **será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia**" (g.n.).

Pontuamos que o art. 13 da Resolução 213/2015 do CNJ é expresso quanto ao direito público subjetivo da pessoa presa por mandado de prisão **definitiva** ser apresentada para audiência de custódia, o que também é assegurado na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, como visto acima.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a Medida Cautelar na ADPF 347, com eficácia *erga omnes* e força vinculante, tampouco fez qualquer ressalva quanto à obrigatoriedade das audiências de custódia a depender do título prisional.

Assim, qualquer restrição quanto às hipóteses de prisão em que serão realizadas as audiências de custódia afronta a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça e padece de ilegalidade, inconstitucionalidade e inconvencionalidade.

#### **4. O NADA NOVO E INCONSTITUCIONAL § 2º DO ART. 310 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

O § 2º do art. 310, trazido pela Lei 13.964/2019, está mais para *vintage* do que para novo. A tentativa de imposição automática de prisão preventiva no início do processo de inédita nada tem e, apesar de acompanhar e vestir totalmente a tendência predominantemente punitivista do “Pacote Anticrime”, segue *démodé* e manifestamente inconstitucional.

Dita o “novo” dispositivo legal que: “Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, **deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares**” (g.n.).

A inconstitucionalidade material salta aos olhos até de quem olha de relance ou dos mais desavisados.

O dispositivo ressuscita a vedação à concessão de liberdade provisória, o que nada mais é do que uma hipótese de prisão automática, eis que a decretação da prisão, neste caso, independeria da análise dos requisitos cautelares. Assim o fazendo, viola frontalmente os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Mas não apenas.

Como bem pontuado por Barletta, “consequentemente, viola também todos os princípios orientadores da prisão provisória que defluem da presunção de inocência, a saber, os princípios da excepcionalidade, subsidiariedade, adequação e necessidade da prisão preventiva”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> BARLETTA, Junya Rodrigues. A prisão provisória no “projeto de lei anticrime”. Uma análise constitucional e convencional das propostas que afetam a prisão em flagrante delito e a prisão preventiva. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Tiago (Orgs.). *Projeto de Lei Anticrime: análise crítica dos professores de ciências criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 112.

Essa retomada da prisão automática não surpreende no contexto político atual de Estado Social Mínimo e Estado Penal Máximo, esse sim um casamento historicamente indissolúvel.

As pesquisas realizadas pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro desde o início da implantação das audiências de custódia no Estado apontam para um perfil claro e bem delineado dos sujeitos que são alvo das agências policiais. Isso confirma a análise de Fragoso no sentido de que “o autoritarismo psicológico-social típico das democracias capitalistas contemporâneas leva a que os respectivos sistemas penais atuem seletivamente sobre as massas de indivíduos que, por estereótipos, são percebidos como ameaças à segurança da ordem estabelecida”<sup>16</sup>.

No relatório do segundo ano das audiências de custódia na capital do Rio de Janeiro<sup>17</sup>, referente às audiências realizadas entre 19 de setembro de 2016 e 15 de setembro de 2017, foi possível observar que 69,5% das pessoas presas em flagrante no município do Rio de Janeiro respondiam por crimes contra o patrimônio e 18,88% por crimes da Lei de Drogas. Quanto ao perfil racial, observado o critério da autodeclaração, os réus de cor preta ou parda representavam 76,6% do total de presos em flagrante, enquanto os de cor branca representavam 22,5%. Em 65% dos casos os réus que passaram pela audiência de custódia possuíam apenas o ensino fundamental e 83,9% tinham entre 18 e 36 anos de idade. Em 89,5% das entrevistas, os custodiados informaram trabalhar sem vínculo empregatício formal.

Fica claro que o Brasil atual não foge ao diagnóstico de Wacquant. No cenário de precarização das relações de trabalho, reforma da previdência, esvaziamento das redes de atenção psicossocial, apenas para enumerar os fatos mais recentes, cabe cada vez mais às agências de repressão o papel de contenção e neutralização da crescente população que o Estado capitalista arrasta para a miséria.

Feita essa breve e necessária digressão, retomamos a análise da alteração legislativa.

O desenho constitucional aponta para a liberdade como regra no curso do processo, o que apenas pode ser mitigado excepcionalmente quando houver absoluta necessidade da prisão preventiva diante de comprovado

---

<sup>16</sup> FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 289.

<sup>17</sup> DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório 2º Ano das Audiências de Custódia no Rio de Janeiro*. Disponível em: < <http://www.defensoria.rj.def.br/Documento/Ins-titucional-pesquisas>>. Publicado em 13 de julho de 2018. Acesso em: 7 fev. 2020.

risco para a instrução criminal ou para a aplicação de eventual pena, que são os requisitos verdadeiramente cautelares.

Logo após a prisão em flagrante, o estado da pessoa é de inocência, que apenas será afastado se, respeitadas as regras do jogo e observadas todas as suas garantias, ao fim do processo, do caso penal, for derrubada a presunção inicial e confirmada sua culpa em decisão em face da qual não caiba mais recurso. Isso é presunção de inocência e devido processo penal, art. 5º, LVII e LIV, da Constituição da República.

O simples fato de uma pessoa ter tido uma condenação criminal anterior de modo algum afasta seu estado de inocência quanto ao novo fato que lhe é imputado. O raciocínio é simples e sequer demandaria maior qualificação no mundo das ciências jurídicas. Não é raro observarmos a perplexidade e até revolta de alguns assistidos nas audiências de custódia quando recebem do juiz a notícia de que começarão a responder a um novo processo presos principalmente pelo acaso de possuírem uma condenação em seu histórico criminal.

De fato, a culpa pretérita não afasta a presumida inocência do presente.

Além da prisão automática na hipótese de reincidência, o § 2º do novo art. 310 veda a concessão de liberdade provisória se o juiz verificar que o agente "íntegra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito."

Como já dito, nada de novo.

Em dezembro de 2003, o Estatuto do Desarmamento, Lei 10.826, também trazia em seu art. 21 a vedação apriorística à liberdade provisória nos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo.

Provocado a se manifestar em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal declarou a patente inconstitucionalidade do dispositivo legal na ADI 3.112:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. [...] ACÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. **Insuscepti-bilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da**

### **obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.** (g.n.)

A semelhante tentativa em 2006 de impedir a concessão de liberdade provisória reproduzida no art. 44 da Lei 11.343 foi igualmente derrubada pelo guardião da Constituição.

No julgamento do Recurso Extraordinário 1.038.925/SP, com repercussão geral, foi fixada a tese de que "É inconstitucional a expressão 'e liberdade provisória', constante do *caput* do artigo 44 da Lei 11.343/2006"<sup>18</sup>.

Ou seja, fica claro que os dispositivos legais que vedavam *a priori* a concessão de liberdade provisória foram todos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de controle concentrado de constitucionalidade e com efeitos *erga omnes*, entendimento esse que indubitavelmente se aplica ao novo e já ultrapassado § 2º do art. 310 do CPP.

Importante pontuar que a prisão *ex lege* também atenta contra o dever constitucional de fundamentação judicial de todas as prisões, previsto no inc. LXI do art. 5º da Constituição. O inconstitucional dispositivo ataria as mãos e colocaria uma venda nos olhos dos próprios magistrados, que ficariam impedidos de analisar o caso concreto e a necessidade ou não da segregação cautelar.

Por outro lado, é de se observar que essas hipóteses elencadas no dispositivo atacado são as corriqueiramente invocadas pelos juízes ao fundamentar as prisões preventivas no conceito jurídico indeterminado que é a garantia da ordem pública. Observa Barletta<sup>19</sup> com precisão:

Ressalte-se, ainda, que o texto proposto para o § 2º do artigo 310 do CPP faz referência a circunstâncias que são muito utilizadas nas decisões judiciais para justificar a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública. Em outras palavras, tais hipóteses remetem à necessidade de decretação da prisão preventiva em razão da gravidade abstrata do delito, da periculosidade do agente, da participação do imputado em organização

<sup>18</sup> Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. **Vedação legal de liberdade provisória.** Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. **Reafirmação de jurisprudência.** 4. **Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006.** 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal. (g.n.)

<sup>19</sup> BARLETTA, Junya Rodrigues. A prisão provisória no "projeto de lei anticrime". Uma análise constitucional e convencional das propostas que afetam a prisão em flagrante delito e a prisão preventiva. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Tiago (Orgs.). *Projeto de Lei Anticrime: análise crítica dos professores de ciências criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 112-113.

criminosa, e ao risco de reiteração delitiva, ou seja, de o imputado praticar novos delitos em liberdade.

No entanto, é cediço na jurisprudência da Corte IDH e nos procedimentos da CIDH que a prisão provisória não pode ser justificada ou estar fundamentada, por si só, na gravidade abstrata do delito, na periculosidade do agente e no risco de reiteração delitiva ou de prevenção especial de delitos. Tais justificativas, de natureza material, não são compatíveis com a finalidade instrumental, processual da prisão cautelar. São, fundamentalmente, critérios e justificativas próprios à pena, e ao serem aplicados à prisão preventiva ferem o princípio de presunção de inocência e de excepcionalidade da prisão. Trata-se, por isso mesmo, de uma proposição legislativa que padece de inconstitucionalidade e inconveniência.

Em arremate, a “inovação” legal também viola claramente o princípio da proporcionalidade, como bem pontuado pela magistrada Flávia Pinheiro Brandão Oliveira em audiência de custódia no processo número 2020.01.1.001984-5 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios<sup>20</sup>:

Ademais, a norma instituída pela Lei n. 13.964/2019 inverte a regra constitucional que exige fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão (art. 5º, inciso LXI, da CF), na medida em que estabelece uma presunção de necessidade de prisão, afastando a intermediação valorativa de seu aplicador. Por fim, é de se destacar ainda que a referida regra viola o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição do excesso. Com efeito, de acordo com a legislação atual, um indivíduo autuado por homicídio doloso simples, por exemplo, poderá responder ao processo em liberdade, caso não estejam presentes os requisitos do art. 312 do CPP, ao passo que um indivíduo reincidente que pratique uma infração sem violência ou grave ameaça, a exemplo de um furto ou embriaguez ao volante, ou que porte uma arma de fogo de uso restrito, deverá ficar obrigatoriamente preso, ainda que, ao final do processo, não venha a resgatar a reprimenda no regime fechado. Desse modo, declaro a inconstitucionalidade do § 2º do art. 310 do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/2019.

---

20 TJDF, Proc. 2020.01.1.001984-5. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 22 fev. 2020.



Resta evidente, portanto, que o “novo” § 2º do art. 310 do CPP não cabe nos moldes do figurino constitucional, diante de seu patente vício material, o que impede que seja invocado como (não) fundamento para a decretação de qualquer prisão preventiva.

## 5. CONCLUSÃO

Passados quatro anos do início da sua implementação no Brasil, as audiências de custódia se consolidaram como avanço civilizatório e instrumento central de prevenção e combate à tortura.

Com a nova Lei 13.964.2019, o instituto ganha assento no Código de Processo Penal e ficam definitivamente superadas e sepultadas as infundadas críticas quanto à suposta ausência de previsão legal.

Também positivado no CPP foi o reconhecimento de sua obrigatoriedade no prazo de vinte e quatro horas e em todos os casos de prisão, inclusive com a previsão de responsabilização administrativa, civil e penal da autoridade que tiver dado causa, injustificadamente, à não realização do ato no prazo legal. São conquistas importantíssimas a serem concretizadas e que certamente trarão incremento qualitativo e maior efetividade às audiências de custódia.

No que toca ao objeto deste estudo, o revés trazido pela Lei 13.964/2019 está no § 2º do art. 310, que tenta ressuscitar uma hipótese de prisão *ex lege*, nitidamente inconstitucional. Certamente o Supremo Tribunal Federal será instado a se manifestar quanto à higidez desse dispositivo, no que confiamos será mais uma vez confirmado seu firme e histórico entendimento contrário à prisão no curso do processo sem análise de cautelaridade.

Certo é que, pelos próprios fundamentos das decisões anteriores do STF nos casos apontados no item 4 desta exposição, fica patente a inconstitucionalidade do novo preceito legal, que de modo algum poderá ser invocado como argumento para legitimar a segregação de qualquer pessoa.

## 6. REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugênio Raul. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

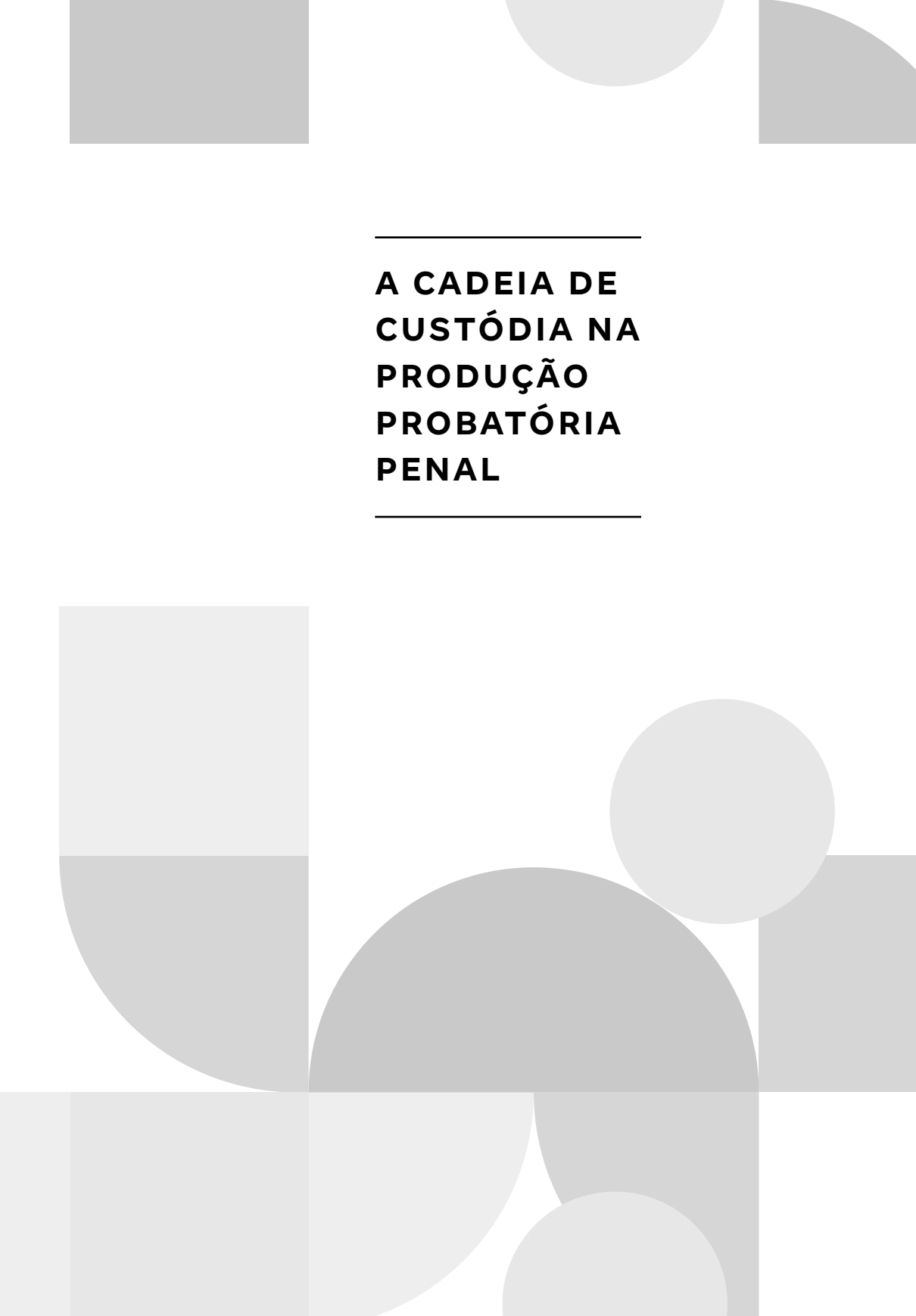
GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*, ago. 2004.

PAIVA, Caio; FISCHER, Douglas; VASCONCELOS, Eneas Romero de. *Audiência de custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MARTINS, Antonio; JOFFILY, Tiago (Orgs.). *Projeto de Lei Anticrime: análise crítica dos professores de ciências criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (A onda punitiva)*. 3. ed. Coleção Pensamento criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2018.



---

**A CADEIA DE  
CUSTÓDIA NA  
PRODUÇÃO  
PROBATÓRIA  
PENAL**

---

# A CADEIA DE CUSTÓDIA NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA PENAL

## THE CHAIN OF CUSTODY IN PRODUCING CRIMINAL EVIDENCE

**Daniel Diamantaras de Figueiredo**

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa/PT  
Professor de Processo Penal  
Defensor Público do Rio de Janeiro

**Denis Sampaio**

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa/PT  
Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes/RJ  
Professor de Direito Processual Penal  
Defensor Público do Rio de Janeiro  
Membro honorário da Comissão Criminal do IAB

**Resumo:** O presente estudo tem como propósito analisar as novidades trazidas pela Lei 13.964/2019 ("Pacote Anticrime"), especificamente com relação às normas sobre a cadeia de custódia. Será feito um panorama geral sobre as premissas e razões da cadeia da custódia, discorrendo brevemente sobre epistemologia jurídica, incerteza e erro no processo penal. Pretende o artigo fazer a inserção de comentários sobre modificações legais, indicando as possíveis controvérsias existentes acerca do presente tema.

**Palavras-chave:** Reforma do Código de Processo Penal. Direito à prova lícita. Legalidade da prova. Cadeia de custódia na produção da prova penal.

**Abstract:** The purpose of this study is to analyze the changes promoted by Law 13.964/2019 ("Anticrime Package"), specifically in relation to the rules on the chain of custody. An overview of the assumptions and reasons of the chain of custody will be made, briefly discussing legal epistemology, uncertainty and error in criminal proceedings. The article intends to insert comments on legal changes, indicating the possible and existing controversies about this topic.

**Keywords:** Reform of the Criminal Procedure Code. Right to legal evidence. Legality of evidence. Chain of custody in producing criminal evidence.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Premissa teórica da cadeia de custódia das provas – 3. Conceito, sentido e estrutura da cadeia de custódia das provas – 4. Etapas da cadeia de custódia – a história da prova técnica – 5. Ônus da prova quanto à cadeia de custódia e direito à prova lícita – 6. Filtros epistêmicos e busca para uma decisão de qualidade – 7. Inobservância das etapas da cadeia de custódia – quebra da cadeia de custódia e seus efeitos – 8. Considerações finais – 9. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal tem sido submetido a uma série de reformas na última década, sendo as mais relevantes feitas pelas Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008. Neste momento, passa-se por mais uma alteração legal advinda de um pacote de medidas (denominado “pacote anticrime”).

Após o trâmite pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, o Presidente da República sancionou o Projeto de Lei 6.341/2019<sup>1</sup>, estando em vigor, portanto, a Lei 13.964/2019<sup>2</sup>. Entre outras alterações legais no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais, objeto de outros artigos que compõem esta obra, a presente pesquisa teve como propósito analisar a cadeia de custódia da prova no processo penal, cujas normas foram incluídas pela novel Lei<sup>3</sup>.

Trata-se de tema de extrema relevância para a produção da prova penal, cujo estudo, imprescindivelmente, passará pela análise da epistemologia jurídica.

Impulsionadas pelos avanços científicos e tecnológicos, as provas periciais hoje ocupam um lugar de destaque e relevância dentro do processo criminal, possuindo em seus resultados um grau elevado de confiança pelo senso comum e também pelas autoridades públicas, o que acarreta problemas diante da ausência de uma perspectiva crítico-racional, principalmente por parte dos julgadores. A falta de controle da validade e confiabilidade e,

---

<sup>1</sup> Confira PL 10.372/18, PL 10.373/18 e PL 882/19 (este último encaminhado pelo Poder Executivo).

<sup>2</sup> Alguns artigos estão com a eficácia suspensa por decisão liminar do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, aguardando a apreciação pelo Plenário da Corte (ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305).

<sup>3</sup> Importante registrar que, antes da previsão legal, a cadeia de custódia era regulada por normas infralegis, como, por exemplo, a Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça.

por conseguinte, o ingresso no processo de dados incorretos ou exagerados conduzem ao aumento do risco de erro nas decisões judiciais<sup>4</sup>.

Atento a essa nova realidade de inovações, o legislador incluiu o programa da cadeia de custódia, criando normas procedimentais para registrar, rastrear e controlar todo o caminho do vestígio objeto da prova pericial, além de determinar a estruturação das organizações responsáveis pelo tratamento e preservação da prova, a fim de aumentar a qualidade desta.

Tais normas estão preconizadas nos artigos 158-A e seguintes do Código de Processo Penal, contendo a definição do instituto e todo o procedimento a ser adotado para manipular o elemento probatório.

A seguir, além das normas legais, sem a pretensão de exaurimento da matéria, serão analisados o conteúdo da cadeia de custódia, seus objetivos, nuances, importância para a atividade probatória penal e para decisão judicial.

Para dar conteúdo à análise normativa, necessário se faz uma introdução a partir de breves comentários acerca de alguns institutos, tais como epistemologia jurídica, verdade e incertezas, erro, prova, sistema de valoração judicial da prova etc.

## **2. PREMISSA TEÓRICA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS**

Parte da doutrina tem se ocupado do estudo da epistemologia, aplicando-a ao direito. Trata-se do estudo do conhecimento que vai repercutir, no âmbito do direito processual penal, na atividade probatória, na investigação sobre a ocorrência do fato e na valoração feita pelo julgador.

Como o conhecimento se trata de uma relação subjetiva e o resultado é sempre uma imagem do objeto, com grandes dificuldades de total coincidência com este, o processo de conhecimento<sup>5</sup> está evitado de imperfeição e provisoriedade<sup>6</sup>. Note-se que o sujeito acessa apenas parte da

<sup>4</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prólogo. In: VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 13-15.

<sup>5</sup> Conhecimento "é a palavra que designa uma relação, havida entre um sujeito que conhece, ou sujeito cognoscente, e um objeto que é conhecido, sendo usada, também, para designar o resultado dessa relação, como tal entendida a imagem construída pelo sujeito a respeito do objeto" (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38). Cf. também HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 23.

<sup>6</sup> MACHADO SEGUNDO. *O direito e sua ciência*, cit., p. 39. "(...) A cada nova análise, a cada novo exame do objeto, a imagem que se tem dele é sujeita a ratificações ou a retificações".

realidade (objeto), e não sua totalidade, que é muito mais complexa e ampla, sendo inacessível à capacidade de compreensão humana. Assim, o conhecimento puro ou verdadeiro é inatingível para o ser humano diante da natural limitação de sua cognição.

Nada obstante esta infalibilidade e a aceitação de que é impossível obter o conhecimento total da verdade, torna-se de difícil alienação o trabalho com uma teoria do conhecimento no processo penal<sup>7</sup>, principalmente no campo probatório.

Dentro do processo, crê-se na representação da verdade como condição para uma decisão justa<sup>8</sup>. Defende-se, ainda, que a verdade pode ser buscada na seara judicial da mesma maneira que pode ser descoberta em outras áreas do conhecimento e da experiência humana<sup>9</sup>.

Contudo, o discurso sobre a verdade real, ainda defendida por muitos e por vezes citada em decisões judiciais, é inatingível diante da limitação e falibilidade da cognição humana<sup>10</sup>, como visto acima.

Sabe-se que a defesa da busca por uma verdade não se trata de alcançar uma que seja absoluta no sentido de se atingir um conhecimento que corresponda exatamente à realidade dos fatos históricos<sup>11</sup>, mas sim uma verdade objetiva, ou seja, "em que o parâmetro da correspondência do conhecimento é a realidade dos fatos empiricamente constatável"<sup>12</sup>.

Saliente-se, entretanto, que o objeto do processo não é descobrir a verdade como elemento primordial, mas determinar se a formulação das

---

<sup>7</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 123.

<sup>8</sup> O fato de num processo acusatório as partes terem um papel relevante na produção da prova e na argumentação, não se abandonou a busca dessa condição (cf. BADARÓ. *Epistemologia judiciária*, cit., p. 66).

<sup>9</sup> TWINING, W. *Rethinking evidence*. Exploratory essays. Oxford: Blackwell, 1990, p. 178, 192-199.

<sup>10</sup> POPPER, Karl. Verdade e aproximação da verdade. In: MILLER, David (org.). *Textos escolhidos Popper*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2016, p. 183.

<sup>11</sup> Na medida em que esse resultado se caracterize, na maioria das vezes, como impossível em decorrência dos múltiplos observadores e vários componentes que interferem na busca e resultado. Cf. POPPER, Karl. *Conjectura e refutação*. O progresso do conhecimento científico. Tradução de Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: UNB, 2008, p. 251. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 25-26. "Na melhor das hipóteses, a ideia geral de verdade pode ser concebida como uma espécie de 'ideal regulador', ou seja, como um ponto de referência teórico que se deve seguir a fim de orientar a empresa do conhecimento na experiência real de mundo" (*Idem*, p. 26).

<sup>12</sup> BADARÓ. *Epistemologia judiciária*, cit., p. 123. "Não será possível ao julgador afirmar, com absoluta certeza, do ponto de vista racional, que um enunciado fático é verdadeiro, porque corresponde à realidade dos acontecimentos. Sendo a conclusão da inferência probatória sempre apenas provável – no sentido probabilístico – a certeza que se obtém por meio de tal inferência probatória nunca será uma certeza lógica, sempre havendo uma margem – maior ou menor –, para o erro. Mas é possível, com uma probabilidade lógica, considerar racionalmente que um enunciado fático é preferível a outro com ele incompatível ou mesmo apenas divergente, diante da maior corroboração do primeiro" (*Idem*, p. 124).

hipóteses acerca de um fato apresentadas pela parte foi comprovada<sup>13</sup>. De fato, o processo tem natureza cognitiva, tendo esta atividade voltada para a produção da prova que corroborará ou refutará aquelas hipóteses trazidas pelas partes no processo. Para tanto, levará em consideração um *standard* probatório e aplicará as respectivas normas probatórias<sup>14</sup>.

Registra-se, todavia, que não é o único objetivo do processo a averiguação da verdade, mas também assegurar os direitos e garantias do acusado na persecução penal<sup>15</sup> (dimensão democrática), convergindo para uma “verdade processualmente válida”<sup>16</sup>.

Quanto ao *standard* probatório acima referido, pode-se sustentar que este também se relaciona com o estudo da epistemologia e da prova, significando a medida a partir da qual se considerará uma hipótese necessariamente provada, justificada e, por conseguinte, judicialmente verdadeira. Ato contínuo, deve-se ter em mente que o grau de corroboração (comprovação) de uma hipótese sobre os fatos vai depender da prova produzida e, em especial, da sua qualidade e confiabilidade. Estas duas características serão obtidas, entre outros métodos, pelo devido procedimento da cadeia de custódia.

Outrossim, com o objetivo de diminuir os erros judiciais com a proliferação de decisões injustas e, portanto, seguir a linha da proteção ao inocente, vital será sempre produzir provas confiáveis e submetidas ao imprescindível controle, através da cadeia de custódia. Aliás, toda teoria da prova deve ser dirigida a este fim: evitar erros judiciários nos julgamentos e proteger o cidadão inocente.

---

<sup>13</sup> MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org.). *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 213.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 213.

<sup>15</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 31. DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law adrift*. New Haven-London: Yale University Press, 1997, p. 12-17.

<sup>16</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 194. MALAFAIA, Joaquim. A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 20, n. 4, out.-dez. 2010, p. 565 – “Assim, a reconstituição que se vai fazer dos factos não é uma reconstituição histórica dos factos mas uma reconstituição judicial em que vai ser declarado o que é verossímil que tenha sido verdade”. CALHEIROS, Maria Clara. A construção retórica do processo penal. In: *Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra, p. 366 – essa reconstituição dos fatos “não pode escapar à subjectividade não só do juiz, mas também de cada um dos indivíduos que intervêm, seja como testemunhas, peritos etc., no processo dirigido a esclarecer o que sucedeu exactamente num momento que, por não ser já presente, não pode ser captado em toda a sua plenitude”. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 129-132.



Em breves palavras, a cadeia de custódia das provas é um procedimento contínuo e documentado para demonstrar a autenticidade das provas. Trata-se de um compromisso epistêmico em manter o material colhido com mais força, credibilidade e qualidade probatória.

O objetivo, portanto, é promover uma produção probatória que comprove ou não as proposições fáticas contidas na imputação penal com exatidão (*accuracy*<sup>17</sup>), valendo-se para tanto de elementos confiáveis, a fim de assegurar um julgamento correto e sua respectiva validade gnosiológica, em que não haverá risco (ou pelo menos este será mínimo, como pretensão do *due process of law*) de um inocente ser condenado.<sup>18</sup>

Toda justificção, portanto, da inclusão no Código de Processo Penal de normas sobre cadeia de custódia encontra respaldo no estudo da epistemologia jurídica, uma vez que este, aplicado ao campo processual penal, permite uma melhor qualidade na transmissão do conhecimento sobre os fatos analisados (corroborando ou não as proposições apresentadas pelas partes) a partir da prova penal produzida, dotando-a de uma maior eficácia e força comprobatória.

A observância da cadeia de custódia é, pois, um importante *filtro epistemológico* na qual as provas relevantes para esclarecer as hipóteses fáticas contidas na imputação serão preservadas, passando credibilidade e legitimando as decisões judiciais e, numa visão ampla, o próprio poder punitivo do Estado.

Tendo como pressupostos teóricos necessários a incerteza, o erro e a busca do direito à prova lícita para uma decisão justa, passar-se-á, nos próximos itens, aos estudos da novidade legislativa, analisando as normas incluídas no diploma processual.

### **3. CONCEITO, SENTIDO E ESTRUTURA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS**

Conforme definição legal atualmente prevista no Código de Processo Penal, a cadeia de custódia é "o conjunto de todos os procedimentos

<sup>17</sup> Nos Estados Unidos, a importância dada à *confiabilidade* é analisada sob o ponto de vista de uma política intrínseca (*intrinsic policy*), preocupada em assegurar o máximo possível de credibilidade de um elemento de prova. Trata-se de uma preocupação em evitar erros no julgamento por parte do julgador com uma análise equivocada de elementos não confiáveis.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 72. EPPS, Daniel. The consequences of error in criminal justice. *Harvard Law Review*, vol. 128, n. 4, p. 1065-1151, 2015, p. 1069.

utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte" (art. 158-A, *caput*, CPP)<sup>19</sup>.

Na doutrina especializada sobre perícia criminal, Domingos Tocchetto diz que: "Cadeia de custódia, no âmbito da perícia criminal, é a aplicação de uma série de procedimentos destinados a assegurar a originalidade, a autenticidade e a integridade do vestígio, garantindo assim a idoneidade e transparência da prova técnica"<sup>20</sup>.

O tema não passou despercebido pela doutrina jurídica, em especial Geraldo Prado quando afirma que a "cadeia de custódia da prova nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória"<sup>21</sup>.

Nessa linha, trata-se de um meio de preservação dos elementos probatórios e de toda a cadeia cronológica destes, garantindo que determinado vestígio do crime colhido inicialmente seja o "mesmo" que servirá como base da decisão judicial<sup>22</sup>, a fim de assegurar a fiabilidade de todo conhecimento produzido a partir da produção da prova penal.

Isto é importante principalmente quando se produzem exames de DNA, interceptação telefônica e telemática<sup>23</sup>, análise de entorpecente etc. no curso da investigação.

O propósito é impedir a manipulação do vestígio para incriminar ou isentar alguém de pena, forjando ou eliminando algum elemento, não se limitando, porém, a esse ponto referente à conduta de determinado agente estatal. Importa, assim, ultrapassar a análise do elemento subjetivo de boa-fé ou má-fé do agente e priorizar "critérios objetivos empiricamente

<sup>19</sup> Note-se que a maioria das normas agora incluídas no CPP já existia de forma infralegal, nelas se baseando o legislador reformador. O conceito da cadeia de custódia, por exemplo, consta do anexo I da Portaria 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça ("1.1. Denomina-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte").

<sup>20</sup> TOCCHETTO, Domingos. *Balística forense*. Aspectos técnicos e jurídicos. 9. ed. Campinas: Millennium, 2018, p. 4.

<sup>21</sup> PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

<sup>22</sup> URAZÂN BAUTISTA, Juan Carlos. *La Cadena de custodia en el nuevo Código de Procedimiento Penal*. Disponível em: <https://fundacionluxmundi.com/custodia.php#1>. Acesso em: 14 dez 2019. Ainda, PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 95.

<sup>23</sup> Sobre esse item específico, ver STJ, HC 160.662/RJ, 6ª Turma, relatora Ministra Assusete Magalhães, julgamento em 18/02/2014, DJe 17/03/2014; STJ, REsp 1.795.341/RS, 6ª Turma, relator Ministro Nefi Cordeiro, julgamento em 07/05/2019, DJe 14/05/2019, STJ, RHC 778.36/PA, 5ª Turma, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgamento em 05/02/2019, DJe 12/02/2019. E o comentário aprofundado do acórdão e suas consequências legais em PRADO. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*, cit.

comprováveis<sup>24</sup>. O principal é que haja um procedimento, tal como incluiu a reforma pela Lei 13.964/2019, para preservar o vestígio e todo seu trâmite, dando confiabilidade a ele<sup>25</sup>.

Em outras palavras, o propósito é restar demonstrado que determinada prova refere-se àquele determinado crime e que o elemento informativo foi colhido no local do crime e sua natureza e condição originais foram preservadas ao longo de todo o período de custódia da prova. Desta forma, manter-se-á a veracidade/autenticidade do elemento probatório, permitindo seu ingresso de forma válida em juízo e tornando o procedimento mais transparente<sup>26</sup>.

Daí se poder extrair alguns elementos da cadeia de custódia: (i) registro documental (arts. 158-A, *caput*; 158-B, inciso III, CPP); (ii) rastreabilidade (arts. 158-A; 158-B; 158-E, §§ 2º, 3º e 4º, CPP) e (iii) integridade (art. 158-C, § 1º, CPP).

O primeiro decorre do princípio da documentação previsto no *caput* do art. 158-A (“...todos os procedimentos utilizados para manter e *documentar* a história cronológica do vestígio coletado...”), sendo um dos pontos principais da cadeia de custódia para manter sua fidelidade.

A partir desse primeiro elemento, é possível assegurar o segundo – a sua rastreabilidade –, permitindo que se refaçam todos os passos da cadeia de custódia, identificando todas as pessoas que tiveram acesso e verificando eventuais quebras desta. Por sua vez, a integridade é outro elemento de suma importância, que confere segurança e confiabilidade da prova apresentada

<sup>24</sup> LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 8 jan. 2020.

<sup>25</sup> O Departamento Nacional de Justiça dos Estados Unidos elaborou um guia dos procedimentos para cadeia de custódia desde a preservação do local até análise pericial. Cf. UNITED STATES GOVERNMENT. *Crime scene investigation: a guide for law enforcement*, 2000. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178280.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2020.

<sup>26</sup> A justificativa do PL 10.372/2018, que tramitou em apenso ao PL 10.373/2018 e ao PL 882/2019, os quais deram origem à Lei 13.964/2019, assim dispõe: “A disciplina da cadeia de custódia para maior eficiência da perícia criminal e consequente combate a criminalidade também é essencial. A cadeia de custódia é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial. A garantia da cadeia de custódia confere aos vestígios certificação de origem e destinação e, consequentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório. Com a criação de centrais de custódia, é possível garantir que os materiais relacionados a crimes estarão sempre à disposição da polícia e da Justiça quando for necessária a realização de novas perícias a fim de dirimir dúvidas que surjam no decorrer do inquérito policial ou processo criminal”.

em juízo, garantindo que não houve alteração em suas características físicas, químicas ou biológicas<sup>27</sup>.

Frise-se que a nova Lei trouxe o conceito de vestígio como sendo “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”, conforme artigo 158-A, § 3º, do Código de Processo Penal.

Insta apontar que a abordagem normativa abranje tanto elementos físicos/materiais como eletrônicos/imateriais. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, antes mesmo da nova Lei e de forma inédita, sobre a cadeia de custódia envolvendo elementos de prova por meio eletrônico<sup>28</sup>.

Os vestígios são obtidos, a princípio, no local dos fatos ou na cena do crime, iniciando-se a partir desse momento a cadeia de custódia. Nesse primeiro momento, os responsáveis pela investigação (ou até mesmo a polícia militar) devem resguardar o local até a chegada da perícia que vai colher os materiais e objetos existentes, os quais serão embalados e rotulados para posteriormente serem armazenados e preservados.

Neste sentido, o artigo 158-A, § 1º, do CPP preconiza que o início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local dos fatos ou com procedimentos policiais ou periciais em que seja averiguada a existência de vestígio<sup>29</sup>.

O art. 6º do Código de Processo Penal já determinava que a autoridade policial, logo que tiver ciência da prática de uma infração criminal, deverá (i) dirigir-se ao local do crime, preservando-o até a chegada dos peritos criminais (inciso I do art. 6º); (ii) apreender os objetos que tiverem relação

<sup>27</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. *Cadeia de custódia: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência*. *Revista dos Tribunais*, vol. 883, ano 98, pp. 436-451, 2009, p. 446. Interessante o julgamento do STJ, no HC 160.662, no tocante à prova eletrônica e à conservação da prova em sua integralidade, e que o desaparecimento de parte da prova torna-a imprestável, impossibilitando a defesa de confrontá-la, mediante o acesso integral do material (cf. voto do Ministro Rogério Schietti Cruz).

<sup>28</sup> STJ, HC 160.662/RJ, 6ª Turma, relatora Ministra Assusete Magalhães, julgamento em 18/02/2014, DJe 17/03/2014: “(...) X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios. XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório – constitucionalmente garantidos –, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas (...)”.

<sup>29</sup> Essa previsão já existia, de forma infralegal, no anexo I da Portaria 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça (“1.2. O início da cadeia de custódia se dá com a preservação do local de crime e/ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio”).

com o fato após liberação dos peritos (inciso II do art. 6º) e (iii) colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (inciso III do art. 6º).

Agora, com a nova previsão legal supraindicada, complementando a norma do art. 6º, o legislador deixa expressamente consignado o *início* da cadeia de custódia, o que será relevante para fins de análise de sua manutenção ou quebra desde então.

No primeiro caso trazido pela norma do artigo 158-A, § 1º (preservação do local), o responsável pela custódia será a autoridade policial. Com a chegada os peritos, a responsabilidade sobre os vestígios passa a ser destes e, somente após a liberação por parte dos peritos, a autoridade policial procede com a apreensão dos objetos<sup>30</sup>.

Impende salientar que o início da cadeia de custódia não se inicia somente com a chegada da autoridade policial, mas, em alguns casos, quando um policial (civil ou militar) receber material relacionado a algum suposto crime, o qual deverá, a partir de então, aplicar os procedimentos da cadeia de custódia<sup>31</sup>.

É lícito afirmar que a cadeia de custódia poderá ter início também quando a defesa tiver acesso ao local do crime, devendo preservar o local e documentar o que foi constatado. No entanto, tal conduta não está prevista na Lei 13.964/19, sendo apenas uma sugestão de *lege ferenda*<sup>32</sup>.

Merece destacar, ademais, que os vestígios coletados no curso do inquérito policial ou durante o processo devem ser remetidos à central de custódia (art. 158-C, § 1º, CPP), estruturada nos institutos de criminalística e com gestão vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal (art. 158-E, CPP).

Os vestígios serão coletados preferencialmente por perito oficial, que encaminhará os vestígios para a central de custódia, ainda que seja necessária a realização de exames complementares (art. 158-C, *caput*, CPP).

O artigo 158-C não especificou o número de peritos, mas o artigo 159, alterado pela Lei 11.690/2008, dispõe que os exames periciais serão feitos por 1 (um) perito oficial e, na falta deste, o exame será feito por 2 (duas) pessoas idôneas portadoras de diploma de curso superior preferencialmente

---

<sup>30</sup> Cf. também DIAS FILHO. *Cadeia de custódia*, cit., p. 443.

<sup>31</sup> Nesse sentido, ESPINDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009, p. 165.

<sup>32</sup> Nesse sentido, SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 548-549.

na área específica (art. 159, § 1º, CPP)<sup>33</sup>. Lembre-se, ainda, que os peritos não oficiais deverão prestar o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo (art. 159, § 2º, CPP)<sup>34</sup>.

O termo “preferencialmente”, usado no artigo 158-C, indica que será possível que o perito não seja oficial. Este não se trata do funcionário público que atua especificamente sob determinação da autoridade policial ou judiciária, mas uma pessoa, portadora de diploma de curso superior, que será nomeada pelo juiz ou delegado de polícia para realização de determinada perícia.

No tocante à central de custódia, caso esta não tenha espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal (art. 158-F, parágrafo único, CPP).

As centrais de custódia devem ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio (art. 158-E, § 1º, parte final, CPP), no entanto, é sabido que, atualmente, os postos periciais do Brasil funcionam em locais inadequados, sem condições de segurança e estrutura física<sup>35</sup>.

Como se vê, apesar da existência de norma infralegal (Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça) prevendo a criação e estruturação da central de custódia desde 2014, fato é que não houve investimento na criação desses órgãos. Espera-se que, com a inclusão das normas no Código de Processo Penal, haja um incentivo maior para estruturação de tais centrais, sob pena de ilicitude das provas em caso de quebra da cadeia de custódia,

O § 2º do artigo 158-C diz que é proibida a entrada nos locais preservados para coleta dos vestígios e remoção de qualquer elemento antes

<sup>33</sup> Sem olvidar de previsões existentes em outras leis, tais como a Lei 11.343/2006 e no Código de Processo Penal Militar (CPPM).

<sup>34</sup> Note-se que, antes dessa alteração, eram necessários 2 (dois) peritos oficiais e, na falta destes, 2 (duas) pessoas idôneas.

<sup>35</sup> MACHADO, Michelle Moreira. Importância da cadeia de custódia para prova pericial. *Revista Criminalística e Medicina Legal*, vol. 1, n. 2, p. 8-12, 2017, p. 11. Em pesquisa trazida pela referida autora, “a maioria das Unidades de Criminalística relata não haver rastreabilidade das evidências, apontando a inexistência de procedimentos da cadeia de custódia. Foi explicado inclusive que em alguns estados os vestígios não eram lacrados quando coletados nos locais de crime e que não há um lugar seguro para a guarda dos vestígios. A maioria das Unidades de Criminalística e Medicina Legal pesquisadas não possuiu um sistema que monitorasse a custódia de vestígios”. Cf. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Diagnóstico da perícia criminal no Brasil*. Brasília, 2012. Disponível em: [https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos\\_diversos/2diagnostico-pericia-criminal.pdf/view](https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos_diversos/2diagnostico-pericia-criminal.pdf/view). Acesso em: 11 jan. 2020.

da liberação por parte do perito. Tal previsão já vinha de certa forma no inciso II do art. 6º do CPP, que prevê que a autoridade policial só poderia apreender os objetos após a liberação do perito, porém esta norma se dirigia à autoridade policial.

Essa nova previsão específica dirige-se a qualquer um que violar a determinação normativa, sendo a conduta tipificada como fraude processual. De toda forma, nada impedia que, mesmo antes da reforma, alguém pudesse responder pelo crime de fraude processual quando a conduta se enquadrasse no tipo penal do artigo 347 do Código Penal.

Não trouxe o legislador qual seria o *termo final* da cadeia de custódia, indicando apenas no art. 158-A do CPP que será até o descarte. No entanto, tal previsão não se revelou suficiente, devendo ser melhor desenvolvida. Há autores da área pericial que defendem que a cadeia de custódia se encerra com a apresentação do material físico em juízo<sup>36</sup>.

Entende-se, porém, que o final da cadeia de custódia será o julgamento do caso, quando o juiz tomar sua decisão sobre a veracidade ou não dos enunciados fáticos trazidos pelas partes e a responsabilidade do acusado. Note-se que aqui se inclui o trânsito em julgado da decisão<sup>37</sup>, eis que, até o final do processo, poderão as partes ter interesse em realizar alguma contra-prova ou diligência com os vestígios coletados (art. 158-B, inciso IX, CPP)<sup>38</sup>.

Uma questão interessante e que merece críticas é a seguinte: o inciso X do art. 158-B do CPP dispõe que o descarte do vestígio respeitará a legislação vigente. Por sua vez, a Lei de Drogas, no § 3º do art. 50, determina que “Recebida cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, certificará a regularidade formal do laudo de constatação e determinará a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo”. Como se vê, apesar da destruição das drogas apreendidas, será resguardada uma amostra para fins de confecção do laudo definitivo. No entanto, isso não será suficiente, tendo em vista que é importante, além de averiguar de qual droga se trata, apurar a quantidade

<sup>36</sup> GIANNELLI, Paul. Forensic science: chain of custody. *Criminal Law Bulletin* 32, vol. 5, New York: Thomson/West, 1996, p. 447.

<sup>37</sup> Nesse sentido, ESPINDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009, p. 165; DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. *Revista dos Tribunais*, vol. 883, ano 98, p. 436-451, 2009, p. 444. MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018, p. 282.

<sup>38</sup> Tema a ser analisado com mais profundidade diz respeito à permanência da cadeia de custódia após a decisão transitada em julgado, para efeitos de revisão criminal.

apreendida. Nada obstante constar tal informação no auto de apreensão, em caso de necessidade de realização de contraprova com relação à quantidade, a droga não estará mais disponível, o que gera prejuízos à defesa.

O mesmo deve se aplicar às apreensões de rádio comunicador (muito comum na prática) nas imputações do crime de associação ao tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/06) e do crime de colaboração, como informante, com o tráfico (art. 37 da Lei 11.343/06), de sorte que tal elemento deverá ser periciado para averiguar seu funcionamento e preservado para possibilitar que a defesa realize as diligências que entender necessárias.

Outro ponto no tocante à Lei de Drogas é que, com o advento da Lei 13.964/19, torna-se necessário descrever onde a droga foi encontrada (em qual cômodo da casa, mochila, bolsa, gaveta etc.), nos termos do inciso III do artigo 158-B do CPP<sup>39</sup>.

Não obstante a conceituação expressa na legislação vigente, necessária a análise individualizada das etapas intermediárias da cadeia de custódia, uma vez que também figuram como delimitação normativa.

## **4. ETAPAS DA CADEIA DE CUSTÓDIA – A HISTÓRIA DA PROVA TÉCNICA**

No corpo da inovação legislativa, o que fica claro é a preocupação com a conceituação de todo o procedimento destinado à produção fiável da prova técnica<sup>40</sup>. Logo, a confiabilidade desse elemento probatório se caracteriza pelos procedimentos de coleta, documentação, armazenamento, manuseio e manutenção do material probatório a ser futuramente valorado pelo julgador. Conseqüentemente, além da história cronológica devidamente documentada do vestígio coletado<sup>41</sup>, torna-se extremamente importante a regular observância das etapas individualizadas

---

<sup>39</sup> “Art. 158-B. (...) III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento”.

<sup>40</sup> Muito embora a cadeia de custódia deva ser aplicada a qualquer fonte de prova (por exemplo, cadeia de custódia para elementos “imateriais”, como a captação de conversas telefônicas ou ambientais), não obstante a referência direta à prova científica.

<sup>41</sup> Reconhecida a cadeia de custódia como registro ou documentação da conservação dos materiais sensíveis à demonstração do fato criminoso. TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 334.



(procedimentos probatórios<sup>42</sup>), sob pena de violação à estrutura normativa e a consequente ineficácia da prova, caracterizada pela quebra da cadeia de custódia.

Nessa linha, imprescindível se mostra o desenvolvimento da obtenção dos elementos sensíveis deixados pelo crime e, conseqüentemente, a produção da prova técnica. Tanto o procedimento quanto a produção resultarão na regularidade/legalidade do elemento probatório a ser valorado pelo julgador.

O início do conjunto de procedimentos da cadeia de custódia ocorre pela preservação do local do crime, nos termos do artigo 158-A, § 1º, do CPP. Na realidade, como dito antes, o ato de comparecimento e preservação do local do crime já se encontra previsto no art. 6º, I e II, do CPP. Contudo, o dispositivo em questão apenas faz referência à atividade policial, não havendo uma estrutura normativa e prática quanto ao início do procedimento que enseja a cadeia de custódia.

Não obstante a delimitação da cadeia de custódia estar descrita na prova pericial – logo, atividade técnica realizada pelos *experts* –, deve-se observar que o procedimento não se mostra exclusivo ato do perito, mas o início da cadeia de custódia se dá pela atividade policial ostensiva e, principalmente, investigativa. Para a polícia ostensiva haverá a função de preservação e isolamento do local a ser analisado e/ou a coleta dos elementos sensíveis e relevantes para a prova de um fato criminoso e sua autoria. Já a polícia investigativa terá a atribuição de resguardar o início e a regularidade do procedimento da cadeia de custódia. Logo, todo o cuidado com a cadeia de custódia tem o seu início com a atividade policial, antes mesmo da atuação do perito criminal.

Se no momento da preservação do local do fato houver qualquer atividade policial que tenha obstado a regularidade da atividade probatória, a cadeia de custódia estará comprometida e a sua quebra resultará na inadmissibilidade ou ausência de credibilidade da atividade probatória.

O objetivo da diligência investigativa resulta na obtenção de todas as informações possíveis para a apuração da ocorrência de uma infração penal e, conseqüentemente, o seu autor. Nessa linha, para que não haja perda de informações ou elementos probatórios, ficarão responsáveis por sua preservação o agente público policial e os peritos que reconhecerem um elemento que tenha potencial interesse para a produção da prova pericial (art. 158-A, § 2º, do CPP).

---

<sup>42</sup> Instituído pelo princípio da formalidade jurídica do procedimento penal, cf. PRADO. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*, cit., p. 87.

Se a regularidade dos procedimentos destinados à cadeia de custódia traduz a sua própria categorização, torna-se coerente e claro que qualquer distúrbio à sua estrutura gerará uma ruptura quanto à legalidade, ou seja, a quebra da cadeia de custódia. Logo, a atenção dar-se-á desde o início, tornando-se proibida a entrada em locais isolados, bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável. A inobservância dessas proibições poderá ser tipificada como fraude processual (art. 158-C, §2º, do CPP)<sup>43</sup>.

Para além da questão penal, caso haja qualquer distúrbio ao procedimento de isolamento, os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos (art. 169, § único, do CPP).

Objetivando a regulamentação da cadeia de custódia, tema deveras discutido na doutrina, mas com pouca ou quase nenhuma observância prática em âmbito nacional, a Lei 13.964/19, em seu artigo 158-B, delimitou as etapas do rastreamento dos vestígios decorrentes da infração penal.

O prosseguimento das etapas observa a seguinte ordem:

**Reconhecimento** – A atividade investigativa, ou mesmo a polícia ostensiva, que se depara com o fato deve tentar analisar todas as circunstâncias geradoras e geradas pelo ato criminoso. Diante desse quadro, o reconhecimento do vestígio é caracterizado pelo ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial. Muito embora o reconhecimento esteja caracterizado como uma das etapas da cadeia de custódia, não é uma atividade intrínseca da mesma, mas uma análise extrínseca que indicará a importância do consequente procedimento de obtenção da prova.

**Isolamento** – A segunda etapa da cadeia de custódia é caracterizada como ato intrínseco à mesma, na medida em que tem como objetivo a preservação dos vestígios a serem coletados e processados pelos peritos e o local dos fatos. Logo o *isolamento* é o ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo-se isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime.

---

<sup>43</sup> Esse dispositivo segue em consonância com o art. 6º, I, do CPP (“Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais”) e art. 169 (“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 esquema elucidativos”).

**Fixação** – Para que haja a coleta de forma regular, a investigação deve se preocupar com todos os elementos que farão parte da prova técnica. Por isso, a *fixação* é caracterizada pelo ato de descrever, de forma detalhada, os vestígios conforme se encontram no local do crime ou no corpo de delito, bem como sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo produzido pelo perito responsável pelo atendimento *in loco*.

**Coleta** – Talvez seja a principal etapa da cadeia de custódia, na medida em que limitará a atividade técnica, pois do que não restou coletado não será possível o retorno imaculado do trâmite do procedimento, em decorrência da própria quebra da cadeia de custódia. Logo, a *coleta* é o ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, com respeito à sua natureza e características. Não havendo a *coleta* de todos os elementos, chances ocorrerão da perda da prova técnica sobre alguns elementos relevantes para a comprovação do fato.

**Acondicionamento** – O cuidado com a cadeia de custódia deve ocorrer desde o início das etapas até a sua valoração ou a prova da regularidade do procedimento. Por isso,  *acondicionamento* regular resultará na possibilidade de manipulação sem riscos de contaminação com elementos externos aos vestígios. Assim, o  *acondicionamento* se conceitua pelo procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a  *coleta* e o  *acondicionamento*.

Na disposição do art. 158-D do CPP, o recipiente de acondicionamento do vestígio dependerá da natureza do material. Há um procedimento específico para o acondicionamento com o objetivo de garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio coletado e transportado. Como cada vestígio deve ser acondicionado de forma individualizada, o recipiente deverá preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, e ter espaço próprio para o registro das informações sobre o seu conteúdo.

Como haverá manipulação dos vestígios pelos peritos, os lacres específicos dos recipientes deverão ser rompidos para a análise daqueles. Para prevenir equívocos nessa etapa da cadeia de custódia, após cada rompimento de lacre deve-se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio a qualificação do responsável, a data e local, e as informações referentes à substituição do lacre.

**Transporte** – a descrição do dispositivo se mostra autoexplicativa. O *transporte* é o ato de transferir o vestígio de um local para outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse. Nessa etapa da cadeia de custódia, ideal que haja um número mínimo de pessoas em contato com os elementos coletados, para que não haja contaminação dos vestígios.

**Recebimento** – ato formal de transferência da posse do vestígio. Conforme dispõe o art. 158-E do CPP, torna-se imperiosa a presença de uma central de custódia em todos os Institutos de Criminalística. Conseqüentemente, será na central de custódia o ato formal de *recebimento*, com serviços de protocolo para armazenamento do material coletado e espaço seguro a apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

**Processamento** – A atividade característica dos peritos através da realização do exame pericial. Esse exame técnico consiste na manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, a ser formalizado, ao final, em laudo específico realizado pelo perito.

**Armazenamento** – Com a alteração realizada pela Lei 13.964/19 e a imposição de criação de espaços específicos para a permanência de todos os elementos importantes para a elucidação do caso, após a realização da perícia o material deverá ser devolvido às centrais de custódia, devendo nela permanecer (art. 158-F do CPP). O procedimento destinado à guarda do material a ser processado, em condições adequadas, destina-se à possibilidade de nova manipulação ou mesmo, e especialmente, à eventual contraperícia, condizente com a observância de um efetivo contraditório ou de proteção ao inocente. A imprescindibilidade dessa etapa, não obstante parecer natural à realização das perícias em geral, não possuía observância normativa e muito menos prática. Coube à alteração legislativa dizer o óbvio, para que não haja impossibilidade de contraperícias ou novas perícias com o material coletado.

**Descarte** – Quando não se mostrar mais necessário o armazenamento do material colhido, será realizado o procedimento referente à liberação do vestígio, sempre com respeito à legislação específica e, quando necessário, ocorrerá o descarte mediante determinação judicial. Essa imposição não ocorre para todas as hipóteses de armazenamento. Há normas que determinam o seu descarte quando não mais relevantes para o caso penal (Lei de Drogas, por exemplo). Mas, há que se observar a possibilidade de contraprova com

relação à qualidade e quantidade do material coletado. Logo, o *descarte* deve ser aplicado de forma excepcional, justamente para resguardar o contraditório e a proteção do inocente.

## 5. ÔNUS DA PROVA QUANTO À CADEIA DE CUSTÓDIA E DIREITO À PROVA LÍCITA

De início, urge afirmar que incumbe aos órgãos da persecução penal cumprir a cadeia de custódia e o dever de provar o seu regular cumprimento em juízo<sup>44</sup>. Em outras palavras, o Ministério Público deve demonstrar que houve o implemento correto das regras e dos métodos do procedimento da cadeia de custódia, e que esta foi mantida ao longo de todo o período até o julgamento.

Assegurar-se a cadeia de custódia é respeitar o devido processo legal e o efetivo contraditório. Isso porque a falha no cuidado com a preservação, transporte e manipulação do vestígio prejudica a defesa, sendo importante manter preservado/inalterado todo o material apreendido ou coletado para permitir à defesa opor-se a ele, inclusive para, em caso de necessidade, apresentar uma contraprova. Ou seja, caso haja alteração ou inutilização do material, a defesa ficará impossibilitada de refutar efetivamente a tese acusatória.

Portanto, a violação do acesso à integralidade do material coletado na investigação viola o direito à prova, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal<sup>45</sup>.

Importa saber se as provas que estão sendo produzidas para comprovar os enunciados fáticos propostos pelas partes – e servirão de base à decisão final – são confiáveis e correspondem exatamente aos elementos colhidos no início da cadeia de custódia<sup>46</sup>. Portanto, fundamental adotar corretamente todos os procedimentos devidos, evitando-se a alteração do elemento colhido.

---

<sup>44</sup> JAFFEE, W. B.; TRUCCO, E.; TETER, C.; LEVY, S.; WEISS, R. D. Focus on alcohol & drug abuse: ensuring validity in urine drug testing. *Psychiatr Serv.* 2008 Feb; 59(2):140-2.

<sup>45</sup> A importância da rastreabilidade probatória "encontra supedâneo na ampla defesa, no contraditório e no direito à prova (lícita)". Cf. EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 120, maio/jun. 2016. MENEZES, BORRI e SOARES. *A quebra da cadeia de custódia da prova*, cit., p. 288.

<sup>46</sup> Nesse ponto, ver também ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 446.

O processo penal é regulado pelo princípio da presunção de inocência e o enunciado sobre o fato deve ser definido pelo acusador, possuindo todo o ônus de comprovar sua ocorrência<sup>47</sup>. A desincumbência do ônus probatório deverá ocorrer com a comprovação de que todas as etapas e métodos da cadeia de custódia foram cumpridas.

Para se provar, portanto, a cadeia de custódia com um elevado *standard*, o Ministério Público deverá oferecer garantias e elementos dos quais se possa inferir que a prova se manteve inalterada durante todo o período da custódia, respeitando a aplicação de todos os métodos e técnicas de maneira regular (arts. 158-B a 158-E do CPP).

Nada obstante, a defesa também poderá realizar esse controle da cadeia de custódia da prova. Antes da alteração legal ora em comento, conforme os arts. 44, VIII, 89, VIII e 128, VIII, da Lei Complementar nº 80/94 (alterada pela LC 132/2009), é assegurado aos defensores públicos “examinar, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópias e podendo tomar apontamentos”. Com relação ao advogado, tal previsão consta do artigo 7º, XIV, do Estatuto da OAB (redação alterada pela Lei 13.245/16). Ainda, há a súmula vinculante nº 14<sup>48</sup> garantindo o acesso amplo aos elementos de prova já documentados em procedimento investigatório. Com o advento da Lei 13.964/19, ora em discussão, essa garantia também está prevista no inciso XV do artigo 3º-B do Código de Processo Penal<sup>49</sup>.

Não se pode olvidar, pois, que o *standard* probatório<sup>50</sup> no processo criminal é considerado alto, devendo as provas demonstrarem a

<sup>47</sup> PRADO. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*, cit., p. 61.

<sup>48</sup> “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”. Esse acesso amplo se coaduna com a *integridade* da prova, eis que qualquer alteração, ocultação e destruição de um vestígio não permitirá o amplo acesso ao material probatório, mas apenas a parte dele. Nesse sentido, cf. MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 288, nov. 2016, p. 8-9.

<sup>49</sup> “Art. 3º-B. (...) XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento”.

<sup>50</sup> Trata-se de um grau (ou medida) de prova necessário a partir do qual um fato deva ser provado para ser considerado como comprovadamente verdadeiro. Cf. HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. Cambridge University Press, 2016, p. 4. HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 69.

hipótese fática sustentada na denúncia com alto grau de probabilidade<sup>51</sup>. Esse elevado *standard* probatório é uma escolha política, no sentido de que se privilegiam a manutenção do estado de inocência, a liberdade e a proteção do inocente. Isso fica claro quando nos deparamos não só com um *standard* de prova elevado, mas também com um ônus da prova para o órgão acusatório<sup>52</sup>.

Ganha relevo, pois, a qualidade da prova para que se atinja um *standard* probatório no processo. Para tanto, mister a existência de provas confiáveis, tendo em vista que, caso contrário, com uma violação ou quebra da cadeia de custódia, esse fato será suficiente para desacreditar determinado elemento probatório, não ultrapassando o *standard* necessário para uma condenação<sup>53</sup>.

Impende afirmar, portanto, que a cadeia de custódia tem um caráter *tridimensional*. Possui dimensão probatória (confiabilidade da prova), dimensão processual – cria um ônus à acusação de comprovar a manutenção da cadeia de custódia e impede o abuso do poder estatal em modificar, alterar ou forjar provas – e ainda dimensão social, gerando uma percepção social de que o procedimento probatório é transparente e o processo criminal é justo.

## 6. FILTROS EPISTÊMICOS E BUSCA PARA UMA DECISÃO DE QUALIDADE

A partir da reforma do CPP realizada em 2008 pela Lei 11.690, cabe frisar que se iniciou uma nova mentalidade em busca de qualidade da decisão ou, podendo dizer, uma *retidão* desta, o que no direito anglo-americano

<sup>51</sup> KNIJNJK, Daniel. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18. Sobre o *standard* de além de toda dúvida razoável, apesar de frequentemente citado em decisões judiciais e utilizado por parte da doutrina, há quem entenda que não há uma formulação muito clara desse *standard* probatório no processo penal brasileiro (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007. MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 90 e 95-100.

<sup>52</sup> BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018, p. 72.

<sup>53</sup> É certo que existem outras formas para se garantir uma qualidade epistêmica dos meios de prova, sendo a manutenção da cadeia de custódia apenas uma delas. Cf. FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras. *O direito ao confronto na produção da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020 (no prelo), que discorre sobre a dimensão epistêmica do direito ao confronto, e SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no novo Código de Processo Civil e sua possível "influência" no direito processual penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coords.). *Processo penal*. Coleção Repercussões do novo CPC, vol. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 19-48.

e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) é conceituado como *accuracy*<sup>54</sup>. Tal pretensão continuou com o advento da Lei 13.964/19.

O art. 155 do CPP (redação dada pela Lei 11.690/08) diferenciou elementos informativos e prova, vedando que o juiz baseie sua condenação de forma exclusiva naqueles, vez que produzidos sem o efetivo contraditório. Sendo assim, este ganhou força como um elemento estruturante que compõe o próprio sentido de prova técnica.

Contudo, com a reforma erigida pela Lei 13.964/2019, ora objeto de discussão, o referido artigo merece uma releitura diante do artigo 3º-C, § 3º, que determina que os autos do inquérito não serão apensados aos autos principais enviados ao juiz da instrução e julgamento. Assim, o juiz que julgará o mérito não poderá, de forma alguma, valer-se de elementos informativos colhidos na investigação, haja vista que ele não terá contato com os autos do inquérito policial, com a ressalva de provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, devendo, pois, fundamentar sua decisão em provas produzidas sob o contraditório<sup>55</sup>.

Além do mais, o artigo 159, § 3º, incluído pela reforma ocorrida em 2008, é mais um ponto no qual se demonstra a tentativa de resguardar um método do contraditório e a busca por uma melhor prova, ao permitir que as partes (Ministério Público, assistente de acusação, ofendido, querelante e acusado) indiquem assistente técnico, além de autorizar às partes requerer a oitiva dos peritos para esclarecer a perícia realizada ou responderem quesitos (art. 159, § 5º, CPP). Havia pecado a dita reforma, porém, quando somente admitiu a atuação do assistente técnico após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais.

No entanto, com a novel reforma, foi incluído o inciso XVI do artigo 3º-B, que autoriza que o assistente técnico indicado pela parte possa acompanhar a produção da perícia<sup>56</sup>. Logo, a atual reforma deu um passo no sentido de permitir a participação ativa das partes, através de seus assistentes, no

<sup>54</sup> DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra; TADROS, Victor. *The trial on trial: towards a normative theory of the criminal trial*, vol. 3, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 61-91. Os autores discorrem sobre os objetivos do sistema de justiça criminal, notadamente sobre a busca da verdade e a exatidão/correção das decisões (*accuracy*).

<sup>55</sup> Ocorre que os artigos 3º-A a 3º-F do CPP estão com a eficácia suspensa por decisão liminar do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, aguardando-se a apreciação pelo Plenário da Corte (ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305).

<sup>56</sup> Art. 3º-B. 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: (...) XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia.



momento da produção da prova pericial, consagrando um contraditório substancial nessa modalidade probatória.

Sobre o propósito de busca por uma prova de mais qualidade, cabe trazer à baila a doutrina de Geraldo Prado, *in verbis*<sup>57</sup>:

(...) iniciou-se o movimento de redução de complexidade das garantias probatórias asseguradas pela Constituição da República, como será observado adiante, em especial em relação à qualidade da prova, vista pelo ângulo ético da prova ilícita e pela perspectiva funcional do acertamento dos fatos, no que toca à responsabilidade por demonstrar e convencer, empregando meios de prova qualificados. (...) Da exigência de que elementos informativos não se confundam com provas (art. 155) à previsão de assistente técnico, relativamente às perícias (art. 159), o que se observa é que o ingresso do contraditório no cenário da produção da prova e os efeitos provocados quanto à avaliação denotam o duplo esforço: pela melhor prova possível, como meta para a acusação suplantar a presunção de inocência; por um trajeto normativo indispensável para a aquisição desta prova, sua introdução no processo e, ao final, sua avaliação pelo juiz, como condições de validade das atividades probatórias (art. 157).

Por isso, o procedimento penal, simultaneamente, sofre uma adequação, via oralidade e reforço ao princípio acusatório (art. 384).

Dito de outra maneira e para espancar dúvida quanto ao compromisso do processo penal com a responsabilização criminal dos agentes: erigiu-se a "qualidade da decisão penal" como meta.

Todas essas normas acima aludidas demonstram a intenção do legislador, tanto na reforma de 2008 como na atual, de prezar pela busca de uma melhor decisão judicial, com mais qualidade, baseada em provas também com um grau de confiabilidade elevado. Ao menos nessas quatro novidades trazidas pela nova Lei 13.964/19: cadeia de custódia, separação do inquérito dos autos principais, juiz das garantias e participação do assistente no momento da produção da prova pericial.

O que se espera, portanto, é a efetiva aplicabilidade das alterações com a garantia de democraticidade do processo penal brasileiro à luz da

<sup>57</sup> PRADO. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*, cit., p. 62-63.

Constituição da República. A expectativa se dirige, tão somente, na aplicação das normas constitucionais e legais.

## **7. INOBSERVÂNCIA DAS ETAPAS DA CADEIA DE CUSTÓDIA – QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E SEUS EFEITOS**

A prova técnica-pericial exige adequados níveis de controle e segurança no seu processo de produção para que não haja adulteração ou contaminação com elementos externos aos vestígios examinados. Essa segurança contra a contaminação deve se dar por todo o processamento da cadeia de custódia, preservando assim a regularidade das etapas da produção da prova pericial – da origem, perpassando pelo caminho, ao resultado – e, conseqüentemente, a integridade desses elementos de prova.

Nessa linha, a ruptura da cadeia de custódia, com supressão de dados, adulteração ou contaminação dos elementos probatórios colhidos, afasta a legalidade e/ou confiabilidade do resultado da perícia e impossibilita o exercício pleno do contraditório, na medida em que as partes, especialmente a defesa, não terão a possibilidade de utilização da prova em seu estado líquido perfeito, bem como a realização de contraperícia de forma equânime ao material probatório produzido. Conseqüentemente, a cadeia de custódia se caracteriza como procedimento para “assegurar a fiabilidade do elemento probatório” e o suporte necessário de “proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”<sup>58</sup>. É possível inferir, portanto, que os elementos de prova técnica somente podem ser considerados viáveis para seu objetivo processual se a coleta, o transporte, o manuseio, a análise e todas as etapas da cadeia de custódia observarem condições mínimas de segurança (atualmente com previsão normativa), com o objetivo de garantir a integridade do material a ser objeto de perícia com os meios idôneos e legais empregados.

Duas situações práticas podem ser observadas: 1ª) alteração da própria fonte da prova anterior ao seu reconhecimento (algum produto em contato com o sangue, troca de arma ou munição, por exemplo); 2ª) ausência de observância quanto ao procedimento específico destinado a garantir que a fonte de prova seja a mesma, sem qualquer adulteração, até a sua valoração.

---

<sup>58</sup> PRADO. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*, cit., p. 86.

Na primeira situação, a adulteração ocorre na própria fonte de prova. Logo, não há que se falar em quebra da cadeia de custódia, mas a falsificação da fonte de prova<sup>59</sup>. Com a falsificação/adulteração da fonte de prova, não será viável o seu reconhecimento como elemento destinado à prova de um fato. Portanto, o que se tem nessa hipótese é a ausência de prova que resulte no nexo causal entre o fato e a fonte de prova.

Na segunda hipótese, a inobservância dos protocolos específicos para garantir a integridade da prova material caracteriza a quebra da cadeia de custódia. Esses protocolos ou etapas constituem verdadeiros requisitos legais que formam o próprio conteúdo da prova material. Logo, através deles se tenta garantir a integridade da fonte de prova colhida até a sua valoração ("mesmidade"<sup>60</sup>).

Questão a ser analisada diz respeito aos efeitos consequentes à quebra da cadeia de custódia.

A partir da alteração da Lei 13.964/19, as etapas estão delineadas por norma legal. Logo, a sua existência se caracteriza como requisito essencial da cadeia de custódia, dependendo, por óbvio, dos vestígios a serem examinados. É dizer, os protocolos dependem da fonte de prova a ser analisada, indicando um procedimento específico para cada vestígio coletado.

Se as etapas estão previstas em normas legais e constituem o próprio conteúdo da prova material, a quebra da cadeia de custódia gera o efeito da ilicitude da prova, na medida em que haverá a aplicabilidade do artigo 157 do CPP quando aponta que são provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou *legais*<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 524.

<sup>60</sup> Expressão espanhola, importada para a doutrina nacional através da obra de Geraldo Prado, que indica que a cadeia de custódia fundamenta-se pelo princípio da autenticidade da prova. Trata-se do princípio segundo o qual o "mesmo" vestígio que foi encontrado na cena do crime será o mesmo valorado pelo julgador. PRADO. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*, p. 95.

<sup>61</sup> Há quem entenda que a questão se refere à credibilidade do elemento probatório pela ruptura da sua rastreabilidade e, portanto, deve ser resolvida no momento da valoração da prova, e não a análise sobre a sua ilicitude. Assim, Badaró defende que "as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração". BADARÓ. *A cadeia de custódia*, cit., p. 535. Na doutrina italiana, a quebra da cadeia de custódia gera o efeito da *inutilizzabilità* em face do controle judicial do efetivo contraditório das partes e o direito à prova lícita (art. 191 do CPP italiano). Cf. TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 334.

Tendo em vista que o direito à prova lícita é um pressuposto legal e inevitável da valoração da prova, a ilicitude da prova gera<sup>62</sup>, em primeiro momento, a sua inadmissibilidade e, em segundo ponto, a proibição da valoração da mesma<sup>63</sup>.

Caso seja reconhecida a quebra da cadeia de custódia em fase investigativa, caberá ao juiz que decide sobre a admissibilidade da acusação e das provas (juiz das garantias) o reconhecimento da sua inadmissibilidade.

Na hipótese de identificação da quebra da cadeia de custódia em fase judicial, haverá proibição de valoração da prova em face da sua ilicitude.

Independentemente do momento de reconhecimento da ilicitude da prova em decorrência da quebra da cadeia de custódia, deverá a prova pericial ser desentranhada da discussão processual pela leitura e aplicação do art. 157, *caput*, do CPP<sup>64</sup>. Ainda, insta apontar que, se da prova pericial ilícita em face da quebra da cadeia de custódia advier outro elemento de prova, esse será considerado ilícito por derivação (em virtude da contaminação), salvo se não evidenciado o nexo de causalidade entre os mesmos (art. 157, §1º, do CPP).

Nesse ponto, conclui-se que o estudo da cadeia de custódia tem como ápice a análise da sua legalidade. Portanto, a quebra da cadeia de custódia deve ser vista como a inobservância do próprio conteúdo da matéria em reflexão e, conseqüentemente, os seus efeitos (inadmissibilidade da prova ilícita e proibição de valoração da mesma) caracterizam-se não como sanção processual, mas como garantia fundamental.

<sup>62</sup> Como aponta Geraldo Prado, “no campo das proibições da prova, marcadas pelo valor da dignidade da pessoa humana, a tendência dos ordenamentos jurídicos é de não se contentar com o regime das nulidades” (PRADO. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*, cit., p. 90). Ainda, PRADO. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 126. No mesmo sentido, EBERHARDT, Marcos. *Provas no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 223.

<sup>63</sup> Não há como confundir formalmente regras de exclusão probatória (critérios normativos de deveres positivos e, quando inobservados, mandamentos de exclusão), que possuem limitação ao nível de introdução e produção probatória, com regras de proibição na sua valoração, que se caracterizam por fazerem parte do conteúdo da decisão (GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. Trad. de Manuel Costa Andrade. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, fasc. 2, 1992, p. 399). Diante do procedimento probatório, as regras de valoração somente ocorrerão quando ultrapassadas as regras de exclusão (FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: *La prova nel dibattimento penale*. 4. ed. Giappichelli: Torino, 2010, p. 355). Na realidade, seguem como substrato necessário entre as primeiras para as segundas, ainda que no conteúdo material todas as proibições de prova se comportem como proibições de valoração dos elementos de prova. GÖSSEL. As proibições de prova..., cit., p. 400.

<sup>64</sup> Nesse sentido, PRADO. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*, cit., p. 90. PRADO. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*, cit., p. 128-130.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicia-se o processo criminal a partir de um estado de incerteza, caminhando na direção do conhecimento mais seguro. A presunção de inocência, que determina tal estado no tocante aos fatos, exige que as provas estejam aptas, confiáveis, credíveis, seguras – *i.e.*, de boa qualidade epistêmica –, para apoiar uma “convicção segura, baseada em conhecimento correto e preciso, que afaste a dúvida a respeito da responsabilidade penal imputada aos acusados da prática de uma infração penal”<sup>65</sup>. Somente assim para restar legitimada e justificada a decisão do julgador.

Como visto, o procedimento correto da cadeia de custódia é um direito das partes, principalmente do acusado, que, na maioria das vezes, não participa da fase de investigação e precisa ter acesso aos elementos produzidos para poder refutar a acusação e exercer sua defesa de forma mais ampla e efetiva. Logo, ainda que não haja previsão expressa, extrai-se dos preceitos constitucionais (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, direito à prova lícita, presunção de inocência) o ônus de comprovação por parte da acusação do regular procedimento da cadeia de custódia. À defesa resultará o direito à prova técnica lícita e toda a análise quanto à etapa da sua produção até a efetiva valoração.

Faltou à lei indicar as consequências pela não obediência às ditas normas. Contudo, diante das previsões normativas edificadas pela atual reforma, bem como os dispositivos já constantes, especialmente o art. 157 do CPP, torna-se claro que a violação das regras que visam preservar a prova deve gerar a sua inadmissibilidade. Ainda, sem a comprovação da devida cadeia de custódia, faltará fiabilidade àquele elemento de prova, não podendo servir de base para a valoração da prova penal.

A cadeia de custódia é, portanto, mais um meio dentro do ordenamento jurídico que servirá para limitar o uso abusivo do poder estatal, tornando o procedimento mais transparente, legitimando as decisões judiciais e a percepção social de um procedimento mais justo. Alcançar-se-á, assim, a democraticidade do processo penal, focado no respeito à dignidade humana do acusado e na proteção do inocente.

---

<sup>65</sup> *Idem*, p. 27/28.

## 9. REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". *Revista brasileira de direito processual penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, pp. 43-80, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 9 jan 2020.

\_\_\_\_\_. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

\_\_\_\_\_. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards probatórios no processo penal*. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov. 2007. Disponível em: <https://www.ajufergs.org.br/arquivos-revista/4/revista4.pdf>. Acesso: em 20 jan. 2020.

CALHEIROS, Maria Clara. A construção retórica do processo penal. In: *Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra, 2009.

DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law adrift*. New Haven-London: Yale University Press, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. Cadeia de custódia: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. *Revista dos Tribunais*, ano 98, vol. 883, p. 436-451, 2009.

DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra; TADROS, Victor. *The trial on trial: towards a normative theory of the criminal trial*. Vol. 3. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press. 1986.

EPPS, Daniel. The consequences of error in criminal justice. *Harvard Law Review*, vol. 128, n. 4, p. 1065-1151, 2015.

EBERHARDT, Marcos. *Provas no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 120, mai./jun. 2016. Disponível em: [https://www.academia.edu/32968479/Cadeia\\_de\\_Custódia\\_Rastreabilidade\\_Probatória](https://www.academia.edu/32968479/Cadeia_de_Custódia_Rastreabilidade_Probatória). Acesso em: 11 jan. 2020.

ESPINDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: *La prova nel dibattimento penale*. 4. ed. Giappichelli: Torino, 2010.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras. *O direito ao confronto na produção da prova penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, no prelo.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prólogo. In: VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GIANNELLI, Paul. Forensic science: chain of custody. *Criminal Law Bulletin* 32, vol. 5, New York: Thomson/West, 1996.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. Tradução Manuel Costa Andrade. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, fasc. 2, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HAACK, Susan. *Evidence matters: science, proof and truth in the law*. Cambridge University Press, 2016.

\_\_\_\_\_. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

HESSSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAFFEE, W. B.; TRUCCO, E.; TETER, C.; LEVY, S.; WEISS, R. D. Focus on alcohol & drug abuse: ensuring validity in urine drug testing. *Psychiatr Serv*. 2008 Feb; 59(2):140-2.

KNIJNIK, Daniel. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 8 jan. 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACHADO, Michelle Moreira. Importância da cadeia de custódia para prova pericial. *Revista Criminalística e Medicina Legal*, vol. 1, n. 2, 2017.

MACHADO, Vitor Paczek; JEZLER JUNIOR, Ivan. A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 288, nov. 2016.

MALAFAIA, Joaquim. A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 20, n. 4, p. 555-578, out./dez., 2010.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (org.). *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade complexa e prova penal*. Coimbra: Almedina, 2018.

MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>. Acesso em: 13 jan. 2020.



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Diagnóstico da perícia criminal no Brasil*. Brasília, 2012. Disponível em: [https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos\\_diversos/2diagnostico-pericia-criminal.pdf/view](https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos_diversos/2diagnostico-pericia-criminal.pdf/view). Acesso em: 11 jan. 2020.

POPPER, Karl. Verdade e aproximação da verdade. In: MLLER, David (org.). *Textos escolhidos Popper*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2016.

\_\_\_\_\_. *Conjectura e refutação*. O progresso do conhecimento científico. Tradução Sérgio Bath. 5. ed. Brasília: UNB, 2008.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no novo Código de Processo Civil e sua possível "influência" no direito processual penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coords.). *Processo penal*. Coleção Repercussões do novo CPC, vol. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. Salvador: JusPodivm, 2019.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

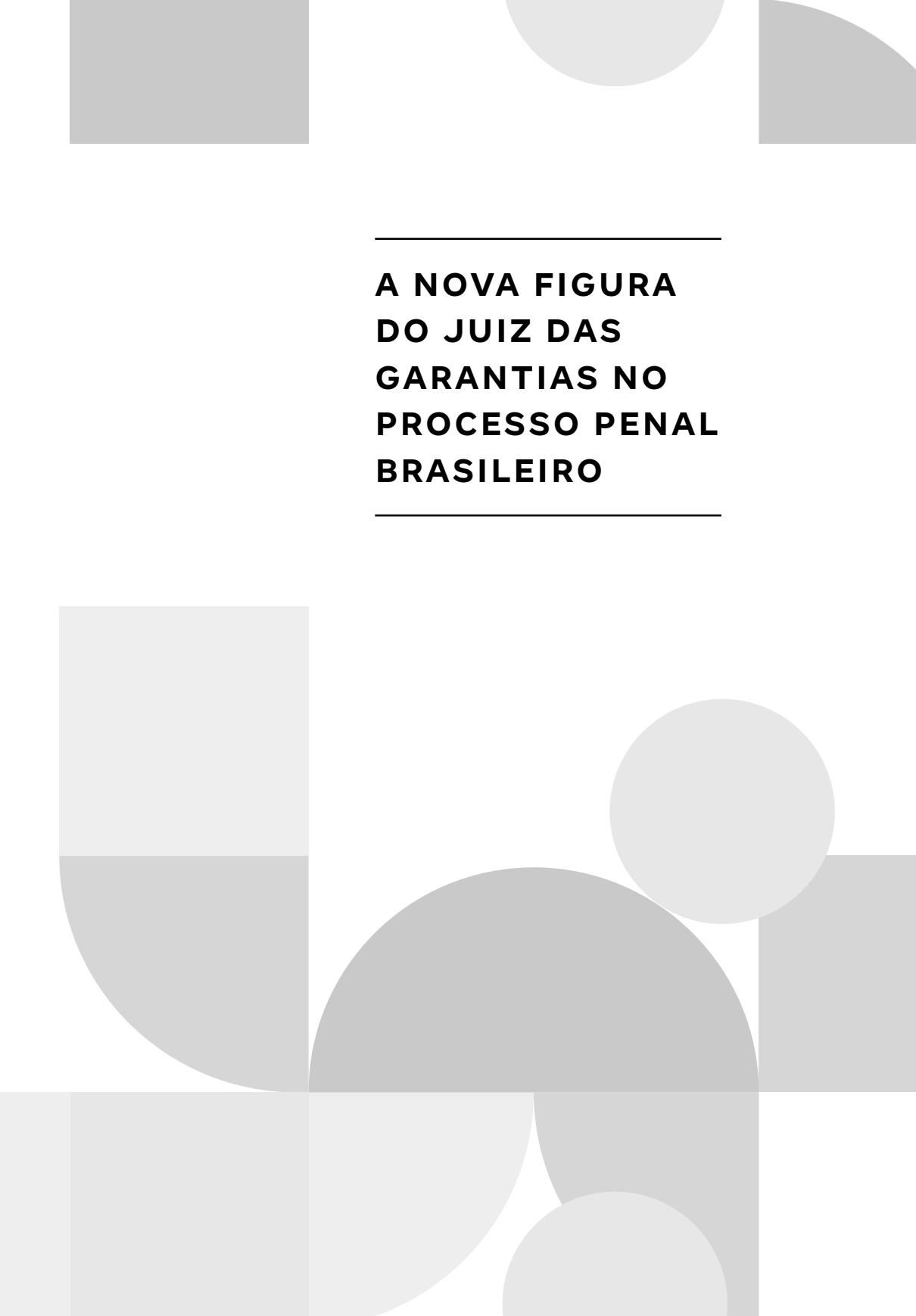
TOCCHETTO, Domingos. *Balística forense*. Aspectos técnicos e jurídicos. 9. ed. Campinas: Millennium, 2018.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012.

TWINING, W. *Rethinking evidence*. Exploratory essays. Oxford: Blackwell, 1990.

UNITED STATES GOVERNMENT. Justice Department. *Crime scene investigation: a guide for law enforcement*. 2000. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178280.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2020.

URAZÁN BAUTISTA, Juan Carlos. *La cadena de custodia en el nuevo Código de Procedimiento Penal*. Disponível em: <https://fundacionluxmundi.com/custodia.php#1>. Acesso em: 14 dez. 2019.



---

**A NOVA FIGURA  
DO JUIZ DAS  
GARANTIAS NO  
PROCESSO PENAL  
BRASILEIRO**

---

# A NOVA FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

## THE NEW JUDGE OF GUARANTEES IN BRAZILIAN PROCEDURAL LAW

**Franklyn Roger Alves Silva**

Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ com período sanduíche na *Università degli Studi di Pavia*  
Professor da UCAM e da FESUDEPERJ  
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

**Resumo:** O presente artigo examina a recente reforma legislativa no tocante à criação da figura do juiz das garantias e seus impactos em relação às normas vigentes do Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** Código de Processo Penal. Juiz das garantias. Controvérsias.

**Abstract:** The present article examines the recent law reforms and the creation of the judge of guarantees in order to understand its impacts on criminal procedural law.

**Keywords:** Criminal procedure rules. Judge of guarantees. Controversies.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. As características do juiz das garantias no Código de Processo Penal – 3. Conclusão – 4. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Durante a segunda metade do ano de 2019, houve intenso debate no parlamento brasileiro a respeito do projeto de lei anticrime, apresentado como mecanismo de aperfeiçoamento das normas penais e processuais penais diante do clima de insatisfação social com a corrupção que assola o país.

Nos últimos dias do ano, o Presidente da República sancionou a Lei nº 13.964/2019, com alguns vetos, e, dentre as novidades da reforma, veio a lume a figura do juiz das garantias. Trata-se de uma nova figura orgânica

da fisiologia do processo penal brasileiro, similar ao *giudice per le indagini preliminari* - GIP do sistema italiano e ao juiz de instrução de Portugal.

A novidade sempre desperta a desconfiança no imaginário do indivíduo. E, no campo jurídico, a regra se repete. Dentre as inúmeras críticas e elogios, talvez a previsão do juiz das garantias seja o tema que mais divida a comunidade nos dias de hoje.

O que se verifica são manifestações favoráveis à nova fisiologia de atuação do juiz na relação processual, pautada em uma ótica de aperfeiçoamento de garantias e construção de um processo de índole mais acusatória, em contraposição à crítica corporativa deduzida pela própria magistratura.

Não por outra é a razão de já termos três ações diretas de inconstitucionalidade (n.ºs. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305), ajuizadas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, partidos Podemos e Cidadania, Partido Social Liberal e CONAMP, questionando a constitucionalidade das novas disposições sobre o instituto.

Permeada de controvérsias, a figura do juiz das garantias merece uma análise despida de paixões e corporativismos. Assim, o propósito deste estudo é compreender a essência do instituto.

## **2. AS CARACTERÍSTICAS DO JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

A reforma de 2019 introduz uma sequência de normas ao art. 3º do Código de Processo Penal, ainda em suas disposições preliminares (Título I), sob a rubrica "Juiz das Garantias", deixando claro que se trata de um conjunto de normas estruturantes do sistema processual penal brasileiro.

Apesar de o processo penal brasileiro optar pela estrutura acusatória, nunca houve norma expressa nesse sentido. Então, o art. 3º-A enfim determina que o processo penal seja moldado sob uma estrutura acusatória, vedando-se ao juiz o exercício de iniciativas na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A nova disposição procura estabelecer, legislativamente, dois paradigmas sempre advertidos pela doutrina: a opção de um modelo acusatório com divisão clara de funções e a decorrência de que, em sistemas dessa natureza, o juiz deve procurar manter-se em uma posição de distância e neutralidade das partes.

Por ocasião da reforma do capítulo das provas pela Lei nº 11.690/2008, o legislador manteve a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, ainda que não iniciada a ação penal, mesmo quando vários autores alertavam a necessidade de ruptura desse paradigma inquisitorial.

Sempre se questionou até que ponto a atuação probatória do magistrado antes de iniciada a ação penal não violaria o sistema acusatório, visto que estaria ele reunindo elementos capazes de permitir que o Ministério Público deflagre a ação penal, arvorando-se, portanto, em encargo que não lhe pertence.

O Código de Processo Penal também permitia que o magistrado determinasse, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

De igual modo, essa previsão legal também iria de encontro à estrutura do sistema acusatório, tendo em vista a necessária divisão de funções entre os diversos órgãos, cabendo à acusação a produção de provas que levem à condenação, enquanto à defesa incumbe resistir à pretensão e buscar a inocência do réu, estando o magistrado numa posição neutra, sem que haja sua interferência na iniciativa probatória, a fim de garantir sua própria imparcialidade.

Com a alteração legislativa da Lei Anticrime, há expressa vedação ao juiz para a iniciativa na fase de investigação e a substituição da atuação probatória.

Por isso, pensamos que o art. 3º-A revoga tacitamente a menção à iniciativa de ofício contida no *caput* do art. 156 e seu inciso I do Código de Processo Penal, quando faculta ao juiz ordenar, antes ou durante a ação penal, as provas consideradas urgentes e relevantes. O juiz, sendo um personagem processual de salvaguarda de garantias, não pode pender a balança para o prato da acusação e agir em substituição ao ator encarregado de coletar elementos para formação da culpa.

Ainda nessa linha de ideias, pensamos que o inciso II do art. 156 do CPP e o art. 209 também estariam acobertados por essa regra, mas antevemos controvérsias nesse ponto. De certa maneira, inclusive, argumentos favoráveis à iniciativa do juiz em tema de provas que partam do Ministério Público nos causam certa perplexidade.

Uma instituição da envergadura do *parquet*, com uma série de responsabilidades atribuídas pelo constituinte, não deveria tolerar a atividade

probatória realizada pelo juiz, em autêntica substituição ao seu atuar. O que se tem visto é que o Ministério Público é árduo defensor de suas funções perante outras instituições (o confronto da investigação direta com a polícia judiciária e a resistência à legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública), mas tolera a invasão judicial em tema de provas, quase como se tivesse a certeza de que sua atuação probatória nunca é suficiente, sendo necessário deixar as "portas abertas" para a atuação judicial suplementar.

A nosso ver, o art. 3º-A está inserido no Título I (Disposições Preliminares) do Livro I (Processo em geral), o que implicaria reconhecer que se trataria de uma regra estruturante do processo penal como um todo, ainda que sob a rubrica do juiz das garantias.

Notemos, todavia, que a posição topográfica, da forma como posta pelo legislador, induziria também ao pensamento de que a regra da vedação à iniciativa probatória estaria circunscrita apenas ao juiz das garantias, enquanto que o juiz com função instrutória continuaria tendo liberdade para realizar atividade supletiva.

Em uma estrutura acusatória, com uma divisão clara de funções, a iniciativa probatória deve recair sobre as partes, cabendo ao juiz adotar uma postura de equidistância, tal como preconizado pelo art. 3º-A do CPP, conforme já expusemos linhas acima.

Quando a norma veda que o juiz se substitua à atividade probatória do órgão de acusação, parece-me claro que o legislador não quer que o juiz de instrução e julgamento determine, durante a fase probatória ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Havendo dúvida, o resultado natural é a absolvição pautada no art. 386, VII do CPP.

Com a divisão de funções e a vedação à iniciativa de ofício somada à impossibilidade de participar da fase de julgamento, reforça-se a certeza da imparcialidade do juiz na decisão da causa penal, por assegurar que a decisão se baseie, tão somente em elementos colhidos sob o crivo do contraditório.

Essa linha de raciocínio, por exemplo, é encontrada na decisão cautelar na ADI 6.298 MC/DF, quando o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Dias Toffoli, afirma que:

Tendo isso em vista, conclui-se que a instituição do "juiz das garantias" pela Lei nº 13.964/2019 veio a reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988. Tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual

tem, paulatinamente, caminhado para um reforço do modelo acusatório.

Em suma, parece-nos hoje não haver espaço para a atuação judicial em substituição ao ônus probatório das partes na ação penal e à atividade de arrecadação de elementos de formação do convencimento que ocorre na fase pré-processual.

A Câmara de Estudos Criminais e Processual Penal e a Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais comungam de pensamento semelhante, como se observa do Enunciado nº 09: "o artigo 3º-A, do CPP, revogou tacitamente os dispositivos que dispõem sobre a possibilidade de produção probatória de ofício pelo juiz, notadamente o artigo 156, *caput*, parte final, e incisos I e II, e o artigo 209, todos do CPP".

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADI's mencionadas neste estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão do art. 3º-A do CPP.

## **2.1 – A natureza e competência do juiz das garantias**

Na sequência das novas disposições, o art. 3º-B traz a definição do que seria o juiz das garantias, contrapondo-se à função processual de juiz de instrução e julgamento, cabendo-lhe ser responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, inclusive quanto à ocorrência de eventuais infrações penais elencadas na Lei de Abuso de Autoridade, a exemplo dos arts. 16, 22, 23, 24, 25, 31 e 33 da Lei nº 13.869/2019.

Nota-se, portanto, que toda investigação criminal (seja a realizada pela Polícia Judiciária, seja pelo Ministério Público) será objeto de controle sempre que houver a necessidade de verificação dos atos praticados e de suporte ao exercício de diligências que dependam de autorização judicial.

Isto não quer dizer que o juiz das garantias seja parte integrante da investigação criminal. Essa atividade se desenvolverá pelos seus respectivos protagonistas e, quando houver necessidade, intervirá o juiz das garantias, na forma de algum dos incisos do art. 3º-B do CPP. Há, então, a existência de duas funções processuais a serem exercidas pelo magistrado: a de juiz das garantias e a de juiz da instrução e julgamento.



Assim, são atos de competência do juiz das garantias: receber a comunicação imediata da prisão; receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão; zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral; decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; determinar a instauração de incidente de insanidade mental; decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 do Código de Processo Penal; assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* do art. 3º-B do CPP.

O rol de competências do juiz das garantias não é exaustivo, como deixa claro o inciso XVIII do art. 3º-B do CPP, o que implica dizer que outras atividades relacionadas ao controle da investigação criminal ou à salvaguarda de direitos poderão ser exercidas pelo magistrado.

No art. 3º-F, por exemplo, há outra função atribuída ao juiz das garantias referente à necessidade de salvaguardar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer

autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal, dispositivo esse que se compatibiliza com a infração penal prevista no art. 13 da Lei nº 13.869/2019 (abuso de autoridade).

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADI's mencionadas neste estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão dos arts. 3º-B e 3º-F do CPP.

## **2.2 – O controle das prisões pelo juiz das garantias**

Considerando que a competência do juiz das garantias se esgota com o recebimento da ação penal (denúncia ou queixa), parece-nos que todas as prisões cautelares decretadas e, conseqüentemente, cumpridas durante esse intervalo procedimental deverão ser comunicadas ao juiz das garantias, inclusive o flagrante, na forma dos incisos I e II do art. 3º-B do CPP, cabendo ao juiz verificar a possível ocorrência de crime de abuso de autoridade previsto no art. 12 da Lei nº 13.869/2019, quando verificada ilegalidade na restrição celular.

Essa competência poderá criar impactos nos órgãos judiciários que exercem funções de plantão e que realizam audiências de custódia. Isso, todavia, não desconstrói a premissa de que o juiz das garantias é uma função processual e não um órgão jurisdicional. Assim, magistrados plantonistas e audiencistas poderão, a depender da organização judiciária do respectivo Estado, receberem esses comunicados e ao mesmo tempo exercerem a função de magistrados garantes.

## **2.3 – A similitude do juiz das garantias com o *giudice per le indagini preliminari* do sistema processual italiano**

A ideia do juiz das garantias muito se assemelha ao sistema processual italiano. Durante a fase investigatória, todos os atos jurisdicionais eventualmente necessários para a apuração de indícios são realizados pelo *giudice per le indagini preliminari* (GIP).

Com o encerramento da investigação é realizada a audiência preliminar, uma segunda fase do procedimento consistente em um ato processual de extrema importância, pois ali se realiza a avaliação dos elementos apresentados na ação penal, permitindo que o juiz possa avaliá-la positivamente,

caso em que é instaurado o processo acusatório por meio do envio a outro órgão jurisdicional, ou entender que aquela imputação deve ser rejeitada (*non luogo a procedere*).

Uma vez instaurado o procedimento, abre-se a terceira fase, a da ação penal e seu processamento (*giudizio*), agora com a intervenção de outro juiz, o *giudice per il dibattimento*, que jamais poderá ter oficiado nas fases antecedentes, tal como ocorrerá com o juiz da instrução e julgamento de nosso Código. Essa restrição quer evitar que um juiz que teve contato com os elementos do inquérito policial também seja o responsável pela apuração das provas na ação penal. Nessa última fase, predominantemente oral, realizam-se os atos instrutórios necessários ao julgamento da causa.

## **2.4 – O juiz das garantias e a possibilidade de requisição do preso**

O inciso III do art. 3º-B traduz um importante instrumento de uso defensivo, ao permitir que o juiz das garantias possa determinar a condução do preso à sua presença, a qualquer tempo. Os advogados e a Defensoria Pública poderão utilizar desse poder do juiz para realizar provas que dependam da apresentação do preso, a exemplo de torturas e maus-tratos nos estabelecimentos prisionais, ou quando autoridade policial ou prisional frustrar a entrevista prévia e reservada, conduta, inclusive, tipificada no art. 20 da Lei nº 13.869/2019 (abuso de autoridade).

## **2.5 – A comunicação das investigações ao juiz das garantias e a releitura do art. 10, § 1º, do CPP**

Entendemos que o poder concedido no art. 3º-B, IV, ao obrigar a comunicação ao juiz sobre a instauração de qualquer investigação criminal, representa um desdobramento da regra do *caput*, onde se estabelece que o juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal.

Com esse comando, cremos que deva o juiz verificar se as regras do CPP a respeito do inquérito policial e a Resolução nº 181/2017 do CNMP, que trata da investigação direta pelo Ministério Público, foram observadas, inclusive quanto ao crime previsto no art. 27 da Lei nº 13.869/2019 (abuso de autoridade).

Essa regra do art. 3º-B, IV, traz uma ressignificação ao art. 10, § 1º, do CPP, que determina o encaminhamento dos inquéritos policiais relatados ao juiz. Sempre se defendeu que o certo seria a tramitação direta para o Ministério Público<sup>1</sup>. No entanto, se cabe ao juiz controlar a legalidade da investigação (art. 3º-B, *caput*), prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º do mesmo artigo (art. 3º-B, VIII), e determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento (art. 3º-B, IX), parece-me que não o inquérito policial, mas a notícia de sua conclusão deva ser também informada ao juiz das garantias.

Registre-se que, com a nova redação do art. 28, uma vez manifestado o arquivamento do inquérito policial, cabe ao Ministério Público comunicar à vítima e submeter sua promoção à instância de revisão criminal para fins de homologação do arquivamento.

Assim, propomos uma reinterpretação do art. 10, § 1º, a partir da leitura do art. 3º-B, IV, combinado com a nova disciplina do art. 28 do CPP, que afasta, por completo, a intervenção judicial em tema de arquivamento do inquérito policial.

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADI's mencionadas neste estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão do art. 28 do CPP.

## **2.6 – O juiz das garantias e a necessidade de contraditório em audiência pública e oral**

O Código de Processo Penal agora inova no tocante ao trato da imposição da prisão ou demais medidas cautelares. Isso porque a prorrogação de prisão provisória ou medida cautelar pressupõe o exercício do contraditório em audiência pública e oral (art. 3º-B, VI).

O mesmo deve ser dito em relação ao requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, para o que também se assegurará o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral (art. 3º-B, VII).

---

<sup>1</sup> Na ADI 2.886, o STF declarou inconstitucional a norma estadual que determinava tramitação direta do inquérito policial entre Polícia Judiciária e Ministério Público. O tema, no entanto, será objeto de nova análise pela ADI nº 4.305 e pelo RE 660.814.

Nesse caso, há um fator interessante que dependerá da atuação da Defensoria Pública. Nem sempre a produção antecipada de provas conta com a presença do investigado, mas a exigência de ampla defesa e contraditório obrigará a Defensoria Pública a atuar na tutela de interesses daquele imputado, dentro da linha das funções institucionais previstas no art. 4º da Lei Complementar nº 80/94 e no art. 8º da CADH.

## **2.7 – A requisição de documentos pelo juiz das garantias**

O inciso X do art. 3º-B precisa ser compatibilizado com o princípio acusatório do art. 3º-A, de modo que a requisição de documentos, laudos e informações ao delegado de polícia se restrinja apenas ao andamento da investigação e não a diligências de iniciativa do próprio juiz, sob pena de, assim agindo, imiscuir-se na atividade de investigação, rompendo o dogma da inércia previsto no artigo anterior.

## **2.8 – O juiz das garantias e a cláusula de reserva de jurisdição**

Com os incisos XI, XII e XIII do art. 3º-B, confere-se ao juiz a competência para apreciar medidas que estejam sujeitas à cláusula de reserva de jurisdição – interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; busca e apreensão domiciliar; acesso a informações sigilosas, além de outras providências necessárias a proteção dos direitos fundamentais.

Some-se ainda a competência para julgar *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia em relação às autoridades coatoras que devam ser processadas em primeiro grau de jurisdição e a competência para determinar a instauração de incidente de insanidade mental quando requerido na fase pré-processual, com suporte no art. 149 do CPP.

## **2.9 – O juiz das garantias e o suporte à atividade defensiva**

O conteúdo das prerrogativas dos advogados e membros da Defensoria Pública previstos em seus estatutos jurídicos e na Súmula Vinculante nº 14 é incorporado ao inciso XV do art. 3º-B, de modo que o juiz das garantias deve assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de acesso a todos os elementos informativos produzidos no âmbito da investigação

criminal, excetuadas as diligências ainda em andamento, sem prejuízo da responsabilidade criminal daquele que obstaculizou o acesso, na forma do art. 32 da Lei nº 13.869/2019 (abuso de autoridade).

## **2.10 – O juiz das garantias e a ressignificação da atividade do assistente técnico no processo penal**

Importante aspecto também é ressaltado no inciso XVI do art. 3º-B, quando outorga ao juiz das garantias a competência para deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia.

Rompe-se então o paradigma do art. 159, § 4º, do CPP, quando condicionava a atuação do assistente técnico à conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais. Agora, as partes que indicarem os assistentes técnicos contarão com a participação destes profissionais desde o momento da perícia, sendo possível entender que o art. 3º-B, XVI, revoga tacitamente o art. 159, § 4º, do CPP nesse ponto.

A imediatidade do assistente técnico com a produção da prova pericial, quando possível, apenas contribui para uma maior qualidade das afirmações e conclusões que serão relevadas na investigação e no processo.

## **2.11 – O juiz das garantias e as audiências de custódia por videoconferência**

O art. 3º-B contém alguns parágrafos regulamentando as hipóteses de seus incisos. Houve veto ao § 1º, que assegurava ao preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória o encaminhamento à presença do juiz das garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizaria a audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

O motivo do veto foi a impossibilidade de se realizar a audiência por meio de videoconferência, tendo o Presidente da República afirmado que “gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo”.

Como adverte Caio Paiva em seu prestigioso estudo sobre a audiência de custódia, “a realização da audiência de custódia mediante videoconferência, embora sem dúvida alguma signifique um avanço considerável se comparada com o sistema atual puramente cartorial (decisão com base na apreciação dos autos do flagrante/processo), certamente reduziria o impacto humanizatório da medida, adiando o pleno cumprimento da CADH”<sup>2</sup>.

Encaramos como verdadeiro retrocesso o veto manifestado pelo Presidente da República. A imediatidade do contato entre magistrado e pessoa presa é imprescindível para assegurar que as finalidades da audiência de custódia sejam alcançadas. É inegável que a tecnologia vem sendo paulatinamente incorporada à realidade jurídica. Todavia, para assegurar a verificação da necessidade e adequação da medida e a própria ocorrência da tortura, eficiente será o ato processual quando praticado na presença física do juiz e do preso.

## **2.12 – O excesso de prazo e o controle pelo juiz das garantias**

No § 2º do art. 3º-B, o legislador prevê que, se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias.

Há aqui uma regra que estabelece eventual excesso de prazo tornando ilegal a prisão, caso a investigação não seja concluída após a prorrogação, determinando-se o imediato relaxamento da custódia cautelar.

## **2.13 – Da inaplicabilidade do juiz das garantias em certos órgãos jurisdicionais – reflexos legais**

O art. 3º-C traz grande impacto no sistema processual. O dispositivo prevê que a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa, na forma do art. 399 do Código de Processo Penal.

Importante notar que, além dos juizados especiais criminais (órgão jurisdicional com competência para infrações de menor potencial ofensivo), há também a exclusão do juiz das garantias nos casos conduzidos pelas varas criminais colegiadas. No primeiro caso, parece que o objetivo do legislador

---

<sup>2</sup> PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018, p. 121-122.

foi o da simplicidade e informalidade do rito dos juizados especiais criminais, incompatível com a rígida separação entre a fase investigativa e a fase processual pressuposta pela sistemática do juiz das garantias.

No caso das varas criminais colegiadas, a lei anticrime, em seu art. 13, altera a Lei nº 12.694/2012 (organizações criminosas), nesta introduzindo norma que confere competência às varas colegiadas para todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena (§ 1º do art. 1º-A), afastando assim a existência de uma competência funcional do juiz das garantias (abordaremos esse ponto mais adiante, quando tratarmos da decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal).

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADI's mencionadas neste estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão do art. 3º-C do CPP.

#### **2.14 – O momento processual do recebimento da denúncia a partir da atuação do juiz das garantias – reacende-se o debate entre os arts. 396 e 399 do Código de Processo Penal**

Outro aspecto importante do art. 3º-C refere-se ao marco de recebimento da denúncia ou queixa, considerando a expressa menção ao art. 399 do CPP, também constante do art. 3º-B, XIV.

Aqui é importante fazer uma breve contextualização. A reforma procedimental realizada pela Lei nº 11.719/2008 trouxe importante paradigma, ainda que controverso, a respeito do contraditório por ocasião da instauração da ação penal. O art. 396 do CPP determina que, nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ao recebê-la fundamentadamente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias.

Num primeiro momento, fez-se uma leitura superficial do Código de Processo Penal, o que levou alguns autores a afirmarem que o momento para o recebimento da denúncia seria aquele do art. 396.

Todavia, o art. 399 do CPP, também alterado pela reforma, trata do recebimento da denúncia, que ocorreria em momento posterior à citação e consequente oferecimento da resposta do réu. Àquela época, então, formaram-se três linhas de pensamento acerca do conflito de dispositivos sobre o tema.



Um primeiro posicionamento defendeu que o recebimento da denúncia se dá na forma do art. 396 do CPP, haja vista que essa foi a vontade do legislador ao alterar o Projeto de Lei nº 4.207/01, no qual não constava, inicialmente, tal previsão, dando ensejo à aprovação da atual redação da Lei nº 11.719/08.

Uma segunda orientação buscou encarar que o legislador pretendeu instituir dois recebimentos da inicial acusatória, um perfunctório, de caráter temporário, na forma do art. 396, e outro definitivo, à luz da resposta do réu, nos termos do art. 399, encerrando assim o juízo de admissibilidade da acusação.

Essa orientação foi defendida pelo professor Antonio Scarance Fernandes, no Boletim nº 190 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM (setembro de 2008), sustentando que a existência de dois juízos de admissibilidade no direito processual penal não é novidade, pois igual providência ocorre no Tribunal do Júri, com o recebimento da denúncia e a admissão da acusação através da pronúncia, implicando, assim, duas admissibilidades da acusação.

Por fim, desenhou-se um outro pensamento, no sentido de que o recebimento da denúncia se daria na forma do art. 399, pois assim era a vontade da Comissão Redatora do Projeto de Lei, em sua grande maioria composta por membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

Foi a opinião do Prof. Geraldo Prado, em artigo publicado no mesmo Boletim nº 190 do IBCCRIM (setembro de 2008), sustentando a necessidade de se dar uma interpretação corretiva ao art. 396, reconhecendo-se que a dicção do art. 399, por ser mais ampla, englobaria o comando do art. 396.

A par de toda a divergência doutrinária instaurada em razão da confusa redação dos arts. 396 e 399 do Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça acabou por entender que o recebimento da denúncia deve ser interpretado à luz do art. 396<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> "RECEBIMENTO. DENÚNCIA. ART. 396 DO CPP. A Lei nº 11.719/08, como consabido, reformou o CPP, mas também instaurou, na doutrina, polêmica a respeito do momento em que se dá o recebimento da denúncia oferecida pelo MP, isso porque tanto o art. 396 quanto o art. 399 daquele *Codex* fazem menção àquele ato processual. Contudo, melhor se mostra a corrente doutrinária majoritária no sentido de considerar como adequado ao recebimento da denúncia o momento previsto no citado art. 396: tão logo oferecida a acusação e antes mesmo da citação do acusado. Por sua vez, o art. 396-A daquele mesmo diploma legal prevê a apresentação de revigorada defesa prévia, na qual se podem arquir preliminares, realizar amplas alegações, oferecer documentos e justificações, especificar provas e arrolar testemunhas. Diante disso, se o julgador verificar não ser caso de absolvição sumária, dará prosseguimento ao feito ao designar data para audiência. Contudo, nessa fase, toda a fundamentação referente à rejeição das teses defensivas apresentadas dar-se-á de forma concisa, pois o juízo deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada sob pena de indevido préjulgamento, caso acolhido o prosseguimento do processo-crime. Daí que, no caso, a decisão ora combatida, de prosseguir no processo, apesar de sucinta, está suficientemente fundamentada. Precedente citado: HC nº 119.226/PR, DJe de 28.09.2009" (HC nº 138.089/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. em 02.03.2010).

Agora, com a redação dos arts. 3º-C e 3º-B, XIV, do CPP, pensamos que o art. 396 estaria revogado tacitamente na parte em que menciona o recebimento da denúncia, e superada a jurisprudência do STJ.

Note-se que a discussão que aqui se trava entre o momento efetivo para o recebimento da denúncia (art. 396 x art. 399) não constitui preciosismo processual. Primeiro, porque está a se debater se existe um contraditório prévio ao juízo de admissão da inicial acusatória, o que efetivamente ocorrerá com a definição do marco processual do art. 399 do CPP.

Em segundo lugar, como é cediço, o Código Penal, em seu art. 117, I, determina a interrupção do prazo prescricional com o recebimento da denúncia. Assim, a definição do efetivo momento em que a denúncia é recebida passa a ter grande relevância, pois certamente influirá na contagem do prazo prescricional.

Esse mesmo raciocínio é defendido pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, conforme se verifica do recém-editado Enunciado nº 13: "Em todos os procedimentos, o juízo de admissibilidade da peça acusatória deve ser realizado após a apresentação da defesa escrita, pelo juiz de garantias, pelas seguintes razões: a) menção expressa ao art. 399 do CPP (artigos 3º-B, inc. XIV, e 3º-C, *caput*); b) evitar a análise ampla do procedimento inquisitorial pelo juiz da instrução e julgamento, especialmente quando da apreciação dos pedidos de rejeição da peça acusatória e/ou absolvição sumária; c) evitar o impedimento do juiz da instrução e julgamento que reconhecer nulidade na fase inquisitorial arguida na resposta inicial".

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADI's mencionadas neste estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão dos arts. 3º-B e art. 3º-C do CPP.

### **2.15 – A regra de impedimento decorrente da atuação como juiz das garantias**

O art. 3º-D traduz uma regra obstativa de atuação ao magistrado. Todo juiz que tenha atuado na fase de investigação ou que tenha exercido qualquer das competências previstas no art. 4º ou 5º do CPP fica impedido de funcionar no processo após o recebimento da denúncia. Nesse ponto, o Min. Dias Toffoli afirma na decisão proferida na ADI nº 6.298:

Ao instituir o juiz das garantias, a Lei nº 13.964/19 criou nova regra de competência funcional, delimitando a atuação do juiz em função da fase da persecução criminal e criando, a partir da rígida separação das fases de investigação e do processo, uma regra de impedimento, para a fase da ação penal, ao magistrado que houver atuado como juiz das garantias na fase da investigação (art. 3º-D do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19).

Há, entretanto, um recorte que merece registro. Torna-se necessário compatibilizar o art. 3º-D com o art. 3º-C, para que melhor compreendamos quando cessa a função do juiz das garantias e quando se inicia a hipótese de impedimento do juiz da instrução e julgamento.

A instauração da relação processual tem início com o oferecimento da denúncia e se perfaz com o ato de citação do réu. No processo penal hoje regulado pelos arts. 3º-C e 3º-B, XIV, do CPP, vimos que o recebimento da denúncia ocorrerá após a citação e o oferecimento da resposta.

Então, quando no art. 3º-D o legislador fala em "funcionar no processo", esta expressão deve ser compatibilizada com o art. 3º-C, de modo que o impedimento surge a partir de pronunciamentos judiciais posteriores ao recebimento da denúncia, quando cessada a atuação do juiz das garantias e iniciada a atuação do juiz de instrução e julgamento.

Com o recebimento da denúncia mencionado no § 1º do art. 3º-C, todas as questões pendentes deverão ser decididas pelo juiz da instrução e julgamento, figura diversa da do juiz das garantias.

Inclusive, como forma de preservar a independência dos membros da magistratura e o seu livre convencimento motivado, o § 2º deixa claro que as decisões prolatadas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento. Mesmo após o recebimento da denúncia ou queixa, caberá a ele reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADI's mencionadas neste estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão dos arts. 3º-C e 3º-D do CPP.

## **2.16 – Da retenção do material produzido na investigação pelo juiz das garantias – impossibilidade de utilização no processo**

Há na nova disciplina do juiz das garantias disposições sobre a utilização do material produzido na fase pré-processual. O § 3º do art. 3º-C determina que os autos referentes às matérias tratadas pelo juiz das garantias deverão ser acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa. Igualmente o § 4º do art. 3º-C assegura às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias, ampliando o espectro do parágrafo anterior, que mencionava apenas Ministério Público e defesa.

Apesar de amplo o acesso, a utilização de seu conteúdo sofre restrição. O § 3º proíbe que esse conteúdo possa ser apensado aos autos do processo enviado ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Pensamos que essa regra possui um reforço normativo à regra do art. 155 do CPP quando veda ao juiz a possibilidade de fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

Se não lhe é facultado o acesso aos elementos da fase investigatória, à exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, igualmente as partes têm o encargo de não transportarem cópias desses elementos para o processo, sob pena de tornar ilegítimo aquele conteúdo.

Nesse ponto, lamenta-se que o STF, na ADI nº 6.298, tanto pela decisão monocrática do Presidente e do relator, tenha suspenso a aplicação do art. 157, § 5º, do CPP, também introduzido pela reforma, quando vedava ao juiz que conhecesse do conteúdo da prova declarada inadmissível a possibilidade de proferir sentença ou acórdão.

Ao nosso lado está a Defensoria Pública mineira através de seus Enunciados nº 14 – “Por força do artigo 3º-C, § 3º, do CPP, os autos do inquérito policial ou de qualquer outro procedimento investigatório não serão encaminhados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas” – e nº 15 – “É vedada, por parte da acusação, a juntada aos autos encaminhados ao juiz da instrução e julgamento de cópias dos elementos de informação existentes nos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias, ressalvados apenas os documentos relativos às provas

irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas (artigo 3º-C, § 3º, do CPP)“.

## **2.17 – O juiz das garantias e sua implantação nas normas de organização judiciária**

Como forma de organizar a atuação do juiz das garantias, o parágrafo único do art. 3º-D prevê que, nas comarcas onde funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de regular a atividade do juiz das garantias e o impedimento dela derivado.

Sobre essa disposição específica, vale aqui o registro de sua suspensão pela decisão proferida em Medida Cautelar pela Presidência do STF na ADI nº 6.298-DF. O Min. Dias Toffoli concluiu que:

Situação diversa ocorre com o art. 3º-D, parágrafo único, o qual não dispõe propriamente sobre o processo penal, ingressando em questão de organização judiciária, pois determina que se adote um sistema de rodízio de magistrados como mecanismo de efetivação do juízo das garantias.

Na ótica do Presidente do Supremo Tribunal Federal, estar-se-ia legislando sobre matéria de organização judiciária, cuja competência, pelo texto da CRFB pertenceria aos tribunais (art. 125, § 1º). Registre-se que o Min. Fux, relator das ADI's mencionadas neste estudo, manteve, monocraticamente, a decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal e determinou a suspensão do dispositivo.

Pensamos que a simples previsão de um rodízio não representa vício afeto à matéria de organização judiciária, posto que o rodízio poderia ser organizado de inúmeras maneiras conforme a regulamentação de cada Estado. Até mesmo o estabelecimento de regras de tabelamento seria possível para suprir a necessidade de normatização da nova função processual.

O próprio art. 3º-E tinha ciência de que a matéria de organização judiciária é de competência dos entes federados, tanto que a menciona quando afirma que “será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal”.

Apenas a título exemplificativo, o art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.694/2012 tratou da formação do colegiado para apuração de crimes envolvendo

organizações criminosas, prevendo a atuação do “juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição”, e nem por isso a norma foi tida por inconstitucional em virtude do seu tratamento em tema de organização judiciária.

Embora o art. 3º-D, parágrafo único, esteja suspenso, não haverá qualquer prejuízo à implementação do instituto, mesmo que com um sistema de rodízio regulamentado no âmbito de cada tribunal, com base no permissivo constante do art. 3º-E do CPP.

Todavia, o Min. Fux, relator das ADI’s mencionadas neste estudo, determinou também a suspensão do art. 3º-E do CPP por tempo indeterminado, ampliando a restrição inicialmente estabelecida pelo Min. Dias Toffoli.

## **2.18 – Da inaplicabilidade do juiz das garantias a certos órgãos jurisdicionais – reflexos jurisprudenciais derivados da Medida Cautelar decidida monocraticamente na ADI nº 6.298**

Como vimos linhas acima, a própria lei afasta a incidência do juiz das garantias aos juzgados especiais criminais e às varas criminais com competência colegiada. Contudo, é importante o registro de que a decisão cautelar proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.298–DF realizou alguns recortes na disciplina legislativa do juiz das garantias, restringindo a sua incidência.

O primeiro caso a ser mencionado diz respeito à inaplicabilidade da figura do juiz das garantias às ações penais que tramitem em órgãos de natureza colegiada, a exemplo dos tribunais locais e tribunais superiores. Na ótica do STF, a colegialidade é uma garantia de reforço da imparcialidade, o que tornaria despicando o impedimento advindo da atuação na fase de investigação ao desembargador ou ministro por ocasião do julgamento da ação penal. Em sua decisão, Dias Toffoli afirma:

Além disso, conforme demonstrado anteriormente, o juiz das garantias tem como objetivo amenizar os riscos de contaminação subjetiva do julgador e reforçar a imparcialidade do juiz. Ocorre que, nos tribunais, as ações penais são julgadas por órgão colegiado, forma de julgamento que já garante um incremento de imparcialidade.

Seguindo o raciocínio de que órgãos coletivos possuem a imparcialidade assegurada pela sua própria estrutura colegiada, o STF afasta a incidência do juiz das garantias no Tribunal do Júri. Se pensarmos que os jurados acompanham apenas a segunda fase do procedimento, onde há instrução probatória em plenário, seria palatável aceitar a conclusão do STF:

Do mesmo modo, deve ser afastada a aplicação do juiz de garantias dos processos de competência do Tribunal do Júri, visto que, nesses casos, o veredicto fica a cargo de um órgão coletivo, o Conselho de Sentença. Portanto, opera-se uma lógica semelhante à dos Tribunais: o julgamento coletivo, por si só, é fator de reforço da imparcialidade.

Entretanto, não nos parece ter agido acertadamente o STF também nesse ponto, visto que o juiz presidente exerce atividade decisória na primeira fase do procedimento, analisando o conteúdo produzido no inquérito policial e na instrução processual para verificar a presença da prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria capazes de suportar a decisão de pronúncia do acusado, na forma do art. 413 do CPP.

Assim, se o juiz presidente atua na primeira fase do procedimento, inclusive durante o inquérito policial, não se pode ter certeza da sua imparcialidade por ocasião da prolação da decisão de pronúncia.

O segundo recorte realizado pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu no âmbito dos julgados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Para o STF, criar cisão entre juiz das garantias e juiz de instrução e julgamento em crimes dessa natureza impediria o magistrado de “conhecer toda a dinâmica do contexto da agressão”:

De fato, a violência doméstica é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão.

Pensamos que a necessária proteção das mulheres vítimas de violência doméstica não deva levar o sistema processual a admitir a contaminação do magistrado para melhor compreensão dos fatos. A argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal apenas reforça o ideário de que a melhor

jurisdição é aquela em que o magistrado julga a partir dos elementos construídos no inquérito policial e que posteriormente são submetidos à tradicional ratificação em juízo, muito comum no cotidiano forense.

Não é possível encontrar argumentos que justifiquem o afastamento do juiz das garantias nos procedimentos de competência dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Nos crimes praticados contra crianças, idosos e demais pessoas vulneráveis, também não é necessário conhecer a dinâmica e o contexto da agressão?

A negativa de aplicação também se estendeu à Justiça Eleitoral, em razão de questões estruturais do próprio órgão, cuja essência é a de ser constituído por magistrados da Justiça Estadual que atuam por meio de designação:

Neste juízo precário da liminar, por ora, também entendo que o juiz das garantias não deve, ainda, ser aplicado aos processos criminais de competência da Justiça Eleitoral. Não se pode ignorar que a Justiça Eleitoral brasileira, em sua arquitetura ímpar, estruturada para conduzir o processo democrático, dotada de competências administrativa e jurisdicional, não dispõe de quadro próprio de magistrados, sendo composta por membros oriundos de outros ramos da Justiça, situação que poderá dificultar a aplicação do juiz de garantias.

Com efeito, é possível que um magistrado que atue como juiz das garantias em uma investigação de competência estadual fique impedido, em seguida, de atuar no processo criminal, caso se entenda que há crime eleitoral no fato investigado, causando embaraços ao regular andamento do processo, em prejuízo dos princípios da celeridade e da preclusão, que regem o processo eleitoral.

Registre-se que o Min. Fux, relator das ADI's mencionadas neste estudo, ao determinar a suspensão dos dispositivos do juiz das garantias, torna inócuas as exceções estabelecidas pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

### **2.19 – Da suspensão do prazo de vigência do juiz das garantias – reflexos jurisprudenciais derivados da Medida Cautelar decidida monocraticamente na ADI nº 6.298**

A vigência da Lei, em relação ao juízo de garantias, também sofreu impactos pela decisão proferida pelo STF. Esse talvez seja um dos poucos



pontos com o qual concordamos com a decisão proferida na ADI nº 6.298, já que o prazo de 30 (trinta) dias estabelecido pelo art. 20 da Lei nº 13.964/2019 é exíguo para permitir uma implantação adequada do instituto, como mencionado em sua decisão:

Em razão disso, é forçoso reconhecer que o prazo de 30 dias fixado no art. 20 da Lei nº 13.964/2019 é insuficiente para que os tribunais promovam essa adaptação. Impõe-se, portanto, a fixação de um regime de transição mais adequado e razoável, que viabilize, inclusive, sua adoção de forma progressiva e programada pelos tribunais.

Assim, em uma construção não muito usual, o Min. Dias Toffoli suspendeu a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, *caput*, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei nº 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais. Estabeleceu ainda que essa implantação deveria ocorrer em até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação da decisão, adotando tal prazo a partir da leitura do art. 3º-F, parágrafo único, da Lei.

O grande risco à figura do juiz das garantias é que a sua implementação possa ser prorrogada, já que a vigência do dispositivo não está atrelada a um comando normativo, mas ao arbítrio do Supremo Tribunal Federal na gestão de uma medida cautelar.

Registre-se que o Min. Fux, relator das ADI's mencionadas neste estudo, ao determinar a suspensão dos dispositivos do juiz das garantias, por tempo indeterminado, prejudica o prazo até então estabelecido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

## **2.20 – Das regras de direito intertemporal do juiz das garantias – reflexos jurisprudenciais derivados da Medida Cautelar decidida monocraticamente na ADI nº 6.298**

O juiz das garantias também já sofre limitações em matéria de direito intertemporal. Na decisão cautelar proferida na ADI nº 6.298, o STF conferiu interpretação para afastar a incidência do instituto às ações penais já instauradas por ocasião de seu "início de vigência", não havendo impedimento a ser reconhecido em virtude de pretérita atuação do magistrado.

No mesmo sentido, manifestou-se o STF no tocante às investigações em andamento que sofram intervenção judicial. O juiz que as conduzir

permanecerá responsável, sendo desnecessária a redistribuição para um novo magistrado que passe a exercer a função de garante, como restou explicitado:

(i) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento em que os tribunais efetivamente implementarem o juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias fixado por esta decisão), o início da eficácia da lei, ora protraído, não acarretará qualquer modificação do juízo competente.

(ii) quanto às investigações que já estiverem em andamento no momento da efetiva implementação do juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação continuará a conduzir a investigação do caso específico. Portanto, não será necessário, a partir do início de eficácia da lei, designar novo juiz para officiar como juiz de garantias na respectiva investigação. Neste caso, uma vez recebida a denúncia ou queixa e instaurada a ação penal, o processo será enviado ao juiz da instrução e do julgamento. Nessa hipótese, do mesmo modo, evita-se a necessidade de redistribuição de inúmeras investigações já em curso no país.

Não discordamos desse ponto em relação à transição do juiz das garantias. O Código de Processo Penal adota a teoria do isolamento dos atos processuais, como determina o art. 2º, o que significa dizer que as ações penais em curso e as investigações não devam sofrer nenhum impacto quando a nova função processual estiver em pleno vigor.

Todavia, a decisão do Min. Fux, relator das ADI's mencionadas neste estudo, ao determinar a suspensão dos dispositivos do juiz das garantias por tempo indeterminado, cria um clima de incerteza a respeito da questão intertemporal das disposições da Lei.

Inobstante esse quadro assustador criado pelo Supremo Tribunal Federal, é inegável que o juiz das garantias constitui verdadeiro avanço no sistema processual brasileiro e traduz importante instrumento de reforço à necessária imparcialidade da atividade jurisdicional e divisão de funções no sistema acusatório.

### 3. CONCLUSÃO

É inegável que o juiz das garantias constitui verdadeiro avanço no sistema processual brasileiro e traduz importante instrumento de reforço à necessária imparcialidade da atividade jurisdicional e divisão de funções no sistema acusatório.

Apesar dos recortes operados pelo STF no julgamento monocrático da Medida Cautelar na ADI nº 6.298, é certo que o instituto pode modernizar o processo penal brasileiro e contribuir ainda mais para a qualidade da prova.

### 4. REFERÊNCIAS

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DSJ, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo J. *Investigação preliminar no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DSJ, 2005.



---

**ASPECTOS  
PENAIIS GERAIS  
DA LEI 13.964/19**

---



# ASPECTOS PENAIS GERAIS DA LEI 13.964/19

**Lúcia Helena S. B. de Oliveira**

Defensora Pública

Professora da FESUDEPERJ

Coordenadora da Comissão de Política Criminal da ANADEP

**Resumo:** O presente artigo analisa aspectos gerais da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, notadamente quanto às mudanças de natureza penal, procurando apontar violação ou não a princípios constitucionais vigentes. Declinamos algumas críticas diante do recrudescimento penal, bem como sérias dúvidas quanto à efetivação do propósito da redução da criminalidade.

**Palavras-chave:** Projeto anticrime. Lei 13.964/19. Código Penal. Recrudescimento penal. Princípios constitucionais.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Das mudanças lançadas no Código Penal – 3. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, com vigência a partir do dia 23 de janeiro de 2020, altera diversas leis de natureza penal e processual penal, além de normas relativas à execução penal.

De início, é possível apontar problemáticas de duas naturezas: a Lei não atinge as finalidades declaradas e muitas alterações evidenciam grande ofensa a princípios e garantias constitucionais já assegurados.

A ementa da Lei 13.964/19 afirma que ela aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, sendo esta, também, a redação de seu primeiro artigo<sup>1</sup>. Ousamos discordar quanto à sua proposta de aperfeiçoamento da legislação vigente, pois ao longo do texto legal deparamos com sérias dúvidas no tocante à sua aplicação.

---

<sup>1</sup> “Art. 1º. Esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”.

Não é por acaso que a Lei 13.964/19, antes mesmo de entrar em vigor, acabou sofrendo ação declaratória de inconstitucionalidade e medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto ao aspecto da ofensa a princípios constitucionais, citamos: presunção de inocência, ampla defesa, legalidade, devido processo legal e individualização das penas. Estes princípios devem ser obedecidos, como é do conhecimento de todos, quando da edição de qualquer lei penal, processual penal e, ainda, de execução penal.

A Lei 13.964/19, ao que parece, está pautada no endurecimento da legislação penal. Todavia, não podemos deixar de apontar que, ao longo do tempo, o recrudescimento das legislações penal e processual penal não foi suficiente para conter os índices de criminalidade. Basta lembrarmos que o Código de Processo Penal de 1940, em sua exposição de motivos, já pretendia o endurecimento das regras relativas à liberdade, assim como a legislação penal. Outras tantas leis que se seguiram objetivaram também o agravamento das penas. Todavia, não conseguiram, lamentavelmente, conter o avanço da criminalidade.

Talvez isso se explique pelo fato de que a edição de leis, isoladamente, sem que haja uma política de desenvolvimento social, não implicará a diminuição dos índices de criminalidade, sendo necessária a adoção de medidas de caráter social, com a discussão incansável dos fatores que contribuem para a insegurança e a sensação de impunidade de nossa sociedade.

Certamente, a Lei 13.964/19 implicará o aumento do encarceramento, o que nos causa intensa preocupação.

Verifica-se que, em anos recentes (2006 a 2012), a população carcerária cresceu cerca de 60% (de um total de 321.435 presos para 513.713 presos), revelando que o Brasil ocupa o terceiro lugar na lista dos países de maior população carcerária. Tal população, atualmente, ultrapassa a marca de 700.000 (setecentos mil) presos, representando um aumento significativo em relação a tempos passados<sup>2</sup>.

A seguir, destacaremos alguns pontos, com vistas a contribuir para o estudo da legislação ora em vigor.

---

<sup>2</sup> Quanto a informações sobre raça, cor ou etnia da população prisional, após avaliação de 72% da população prisional total, verificou-se que cerca de 64% da população prisional é composta por pessoas negras.

## 2. DAS MUDANÇAS LANÇADAS NO CÓDIGO PENAL

O art. 25 de nosso Código Penal foi alterado, tendo sido acrescentado o parágrafo único no dispositivo que trata da legítima defesa:

Art. 25 (...)

Parágrafo único – Observados os requisitos previsto no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Pelo que se observa, os artigos 23 e 25 do Código Penal foram alvo de grande polêmica por ocasião da tramitação do Projeto de Lei 882/19<sup>3</sup>, de autoria do Ministro Sérgio Moro. Pretendia-se alterar ainda mais as regras da legítima defesa, inclusive isentando de pena, a título de perdão judicial, o agente de segurança que agisse com medo, surpresa ou violenta emoção. Mas essa alteração não foi encampada pela Lei ora em comento; nem mesmo foi encampada a proposta da diminuição de pena, igualmente constante do Projeto de Lei 882/19.

Percebe-se facilmente que seria um desastre caso tivesse sido avulzada a proposta do Projeto de Lei 882/19, diante da tamanha imprecisão dos termos utilizados, tais como conflito armado, medo e surpresa.

Não podemos olvidar o elevado índice de letalidade envolvendo policiais. Em 2017, foram mortos 367 policiais, enquanto que o número de pessoas mortas, em razão de intervenção policial, foi em torno de 5.144, ou seja, quase 14 mortes por dia, sendo uma triste verdade apontar o Rio de Janeiro como o estado que assumiu o recorde de mortes<sup>4</sup>.

A Lei 13.964/19 alterou o artigo 51 do Código Penal, no sentido de que a pena de multa, após o transito em julgado da sentença condenatória, deverá ser executada perante a Vara de Execução Penal.

<sup>3</sup> "Art. 23 (...) § 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos. § 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção".

Art. 25 (...) Par. único. Observados os requisitos do *caput*, considera-se em legítima defesa: I – o agente de segurança pública, que em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e II – o agente de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crime".

<sup>4</sup> Dados colhidos no Anuário de Segurança Pública.

O artigo 51 do Código Penal foi alterado em 1996, através da Lei 9.268, que permitiu que a pena de multa fosse considerada dívida de valor, sendo aplicáveis as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive quanto às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Anteriormente à Lei 9.268/96, a multa era executada pelo Ministério Público junto à Vara de Execução Penal, havendo previsão de conversão da multa em prisão.

A alteração do art. 51 pela Lei 13.964 deixa clara a competência para execução da pena de multa, promovida pelo Ministério Público, chancelando o que já vinha sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a nova Lei, o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não poderá ultrapassar 40 (quarenta) anos. Essa alteração da Lei 13.964/19 modificou a redação do art. 75 do Código Penal<sup>5</sup>, que, até então, tinha como tempo de prisão o limite de 30 (trinta) anos. Percebemos que o aumento do limite de pena de 30 para 40 anos representa medida clara de incrementar o encarceramento. No entanto, não há nenhum estudo oficial anterior à Lei quanto aos impactos econômicos desse aumento de pena.

É certo que cada preso custa em média, para a sociedade, o valor de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais) e isso, com toda, certeza, implicará aumento de despesas para nossa sociedade, sem que se apontem os correspondentes reflexos positivos e negativos.

É interessante apontar o texto da Justiça Global e Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro, a saber, "Quando a liberdade é exceção – a situação das pessoas presas sem condenação no Rio de Janeiro" (2016). Nesse texto, os autores afirmam que:

Outro aspecto a ser considerado é que o ritmo acelerado de aprisionamento no país, que sai de 90 mil pessoas presas em 1990 e chega em 2014 a impressionantes 622 mil, tem demonstrado que o superencarceramento não alterou os indicadores de violência. Mesmo os países que lideram o ranking de população carcerária, como Estados Unidos, China e Rússia, estão reduzindo a taxa de aprisionamento (relação de pessoas presas a cada 100.000 habitantes). Na contramão da tendência mundial, o Brasil aumentou em 7% o número de presidiários anualmente, chegando hoje à medida de quase 300 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, o dobro da taxa mundial, que é de 144 por 100 mil.

<sup>5</sup> "Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. § 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (...)"



Destaca-se, ainda, que a alteração do art. 75 do Código Penal, ao que parece, está alicerçada em aumento da expectativa de vida dos brasileiros, que em 1940 era em torno de 45,5 anos, tendo sido aumentada para a média de 76 anos, conforme se observa de pesquisas efetuadas pelo IBGE<sup>6</sup>. O grande problema, ao nosso ver, é que a expectativa de vida do brasileiro não pode ser comparada com a expectativa de vida do brasileiro no cárcere, que a toda evidência é diferente.

Efetivamente, a Lei 13.964/19, ao aumentar o tempo de prisão para 40 anos, viola princípios constitucionais, pois traz para dentro de nosso sistema o que é vedado em nossa Lei Maior, a saber: pena de caráter perpétuo. O tempo de prisão em 40 anos representará pena de caráter perpétuo, além de pena cruel.

O Brasil, então, com a alteração do art. 75 do Código Penal, aumentará sua população carcerária, sem que, como já dito, haja qualquer avaliação quanto a outros aspectos necessários à garantia da segurança pública, e ainda por cima violará princípio constitucional. Prisão desacompanhada de avaliação do desenvolvimento social, por certo, levará a que, daqui a alguns anos, estaremos novamente discutindo sobre quais medidas serão necessárias para conter o avanço da criminalidade. O ciclo se repetirá!

O art. 91 do Código Penal sofreu o acréscimo da alínea A, imposto pela Lei 13.964/19<sup>7</sup>. Trata-se de verdadeira hipótese de confisco, e ainda se percebe, em seu § 2º, inversão do ônus da prova. É o acusado, segundo o dispositivo legal, quem deverá fazer a prova, ao arrepio dos princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência, que, a toda evidência, não podem ser flexibilizados.

<sup>6</sup> "A expectativa de vida ao nascer dos brasileiros aumentou três meses de 2017 para 2018, passando de 76 para 76,3 anos. Os dados da Tábua da Mortalidade, do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), foram publicados no DOU (Diário Oficial da União) na manhã desta quinta-feira (28). (...) A Tábua da Mortalidade considera dados desde 1940 e, de lá para cá, a expectativa média de vida dos brasileiros cresceu 30,8 anos. Em 1940, os brasileiros viviam, em média, 45,5 anos" (Giuliana Saringer, do R7, 28/11/2019).

<sup>7</sup> "Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. § 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: I – de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e II – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal. § 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência ilícita do patrimônio. § 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada. § 4º Na sentença condenatória, o juiz deverá declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada. § 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organização criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes".

A Lei 13.964/19 também proporcionou a alteração do art. 116 do Código Penal, aumentando as hipóteses de suspensão do lapso prescricional. A prescrição será suspensa enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal, à semelhança do que se observa com a suspensão da prescrição enquanto não cumprida a suspensão condicional do processo, conforme estabelece o art. 89, § 6º, da Lei 9.099/95.

O problema, quanto à alteração do art. 116<sup>8</sup> do Código Penal, é vislumbrado quando ele determina a suspensão do prazo prescricional na pendência de embargos de declaração ou de recurso aos tribunais superiores, quando inadmissíveis. O art. 116 do Código Penal, na anterior redação, não determinava a suspensão da prescrição para tais hipóteses. Agora, pretendeu o legislador, agindo contrariamente ao princípio da duração razoável do processo, transferir o ônus da morosidade da marcha processual.

Merece destacar que, a partir do momento em que o texto de lei amplia os lapsos prescricionais, ou mesmo dilata as hipóteses de suspensão, há uma forte contribuição para a inércia estatal, quando em verdade deveriam ser fixados prazos rígidos para os julgamentos, ainda que em instância superior. A transferência da responsabilidade para os réus implica flagrante violação a princípios constitucionais.

É interessante anotar que a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, com o propósito de minimizar a ofensa a garantias constitucionais, editou o seguinte enunciado: "A suspensão da prescrição prevista no art. 116, III, do Código Penal ocorre apenas quando os recursos não forem conhecidos, por não preencherem os requisitos de admissibilidade, não se aplicando aos casos em que houve apreciação do mérito recursal e quando se tratar de recurso interposto pela acusação".

Polêmica alteração inserida em nosso Código Penal foi a do art. 157. Mas, antes de tudo, é preciso lembrar alguns pontos.

O art. 157 do Código Penal, que trata do delito de roubo, sofreu alteração relativamente recente, ocorrida em 23 de abril de 2018, quando da edição da Lei 13.654.

Antes da Lei 13.654/18, a pena do delito de roubo era majorada quando houvesse a prática da subtração, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, exercida com arma. Naquela época se entendia que a arma mencionada no art. 157, § 2º, inciso Iº, do Código Penal poderia ser arma própria ou imprópria, ou seja, aquela destinada ou não para ataque,

<sup>8</sup> "Art. 116 (...) II – enquanto o agente cumpre pena no exterior; III – na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e IV – enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal".

<sup>9</sup> "Art. 157 (...) § 2º A pena aumenta-se de 1/3 até metade: I – Se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma".

nesta segunda hipótese podendo ser citado, como exemplo, o roubo com emprego de faca. Nesse sentido, o indivíduo que viesse a praticar o delito de roubo com emprego de faca era condenado a uma pena de pelo menos cinco anos e quatro meses, sendo cabível o regime semiaberto.

Com o advento da Lei 13.654/18, o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal foi revogado, passando a pena ser majorada em 2/3 se o delito de roubo fosse praticado com emprego de arma de fogo, quer estejamos diante de arma de fogo de uso permitido ou restrito, pois a lei não fazia qualquer distinção quanto à natureza da arma de fogo<sup>10</sup>.

A revogação do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, pela Lei 13.654/18, era de natureza retroativa, pois se tratava de lei penal mais benéfica ao agente. Dessa forma, aqueles com processo em tramitação que tivessem praticado roubo com emprego de arma branca, como por exemplo faca, não mais poderiam ter sua pena majorada em 1/3 até metade, pois não se aplicava mais o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, diante de sua revogação. E aqueles que já tivessem sido condenados deveriam ter revista sua pena, diante do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Ou seja, a revogação do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal implicou classificar como roubo simples as hipóteses de roubo praticado com emprego de faca. Naquela época, grandes discussões jurídicas foram travadas, sendo que o Superior Tribunal de Justiça chegou a afirmar que, de fato, o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal estava revogado e a batalha travada pela declaração de inconstitucionalidade dessa revogação descrita na lei acabou não sendo vencedora<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> "Art. 157 (...) § 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo".

<sup>11</sup> Informativo do STJ nº 626, de 15 de junho de 2018: "Preliminarmente cumpre salientar que sobreveio à decisão impugnada a promulgação da Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, que modificou o Código Penal nos dispositivos referentes aos crimes de furto e roubo. Essa alteração legislativa suprimiu a previsão contida no inciso I do § 2º, do art. 157, que apresentava hipótese de causa especial de aumento de pena relativa ao emprego de arma. Esta Corte possuía entendimento jurisprudencial consolidado reconhecendo que a previsão contida no dispositivo revogado abrangia não apenas armas de fogo, mas qualquer 'artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas', nos termos do art. 3º, inciso IX, do Decreto nº 3.665/2000. No entanto, a atual previsão contida no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, limita a possibilidade de aumento de pena à hipótese de a violência ser cometida mediante emprego de arma de fogo, assim considerado o instrumento que '(...) arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil', de acordo com o Decreto citado. Portanto, não se está diante de continuidade normativa, mas de *abolitio criminis* da majorante, na hipótese de o delito ser praticado com emprego de artefato diverso de arma de fogo. Na hipótese, o réu realizou a subtração fazendo uso de arma branca (faca). Diante desse fato, deve-se aplicar a lei nova, mais benéfica ao acusado, em consonância com o art. 5º, XL, da Constituição Federal, afastando-se o aumento de 1/3 aplicado na terceira fase do cálculo da pena".

Outra discussão jurídica travada dizia respeito às hipóteses de roubo em concurso de pessoas e emprego de arma de fogo, quando da vigência da Lei 13.654/18. Antes da Lei 13.654/18, o fato era facilmente capitulado no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Após a edição da Lei 13.654/18, a hipótese passou a estar tipificada no art. 157, § 2º, II e § 2º-A, inciso I, do Código Penal. No entanto, durante a vigência da Lei 13.654/18 foi gerada outra batalha jurídica, relativamente às causas de aumento de pena descritas a título de concurso de pessoas e emprego de arma de fogo. Seria possível aumentar a pena do roubo diante da majorante do concurso de pessoas e do emprego de arma de fogo? Ou seja, aumentar, inicialmente, em 1/3 (fração mínima) e, posteriormente, em 2/3?

Na Defensoria Pública, procurou se defender a aplicação do disposto no art. 68 do Código Penal, no sentido de que, em havendo concurso de causas de aumento, deveria prevalecer a causa que mais aumentasse – somente seria possível, portanto, o aumento de 2/3. Mas evidentemente tal questão não era pacífica, porque havia aqueles julgados que insistiam em majorar a pena duas vezes, gerando uma reprimenda bastante além da necessidade e prevenção, requisitos que devem pautar a fixação da pena, ao lado da proporcionalidade e razoabilidade<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> EMENTA: CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – PENAL – PROCESSO PENAL – ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES – RECURSO DEFENSIVO – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA AFASTADA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – ARMA DE FOGO – APREENSÃO – DESNECESSIDADE – PENA – DUAS CAUSAS DE AUMENTO DA PARTE ESPECIAL – ARTIGO 68, PARÁGRAFO ÚNICO, CP – AUMENTO ÚNICO – PARCIAL PROVIMENTO. Nos crimes de roubo, a palavra da vítima é decisiva para a condenação, mormente quando as partes não se conheciam anteriormente, não havendo motivo para que terceira pessoa desconhecida fosse injustamente acusada por aquele que teve seu patrimônio desfalcado. Na verdade, neste tipo de infração a vontade da vítima é a de apontar o verdadeiro autor da subtração que sofreu. No caso presente, o depoimento das vítimas em sede policial e em juízo, ratificado por outros elementos de prova, deixa inquestionável a prova da autoria e da materialidade do delito, inclusive quanto à forma duplamente majorada, porquanto a ação foi praticada pelo acusado e o corréu, ambos ligados em um mesmo ideal criminoso, tendo a dupla se utilizado de uma arma de fogo como forma de ameaça, ficando isolada a versão negatavista apresentada. Prova suficiente. Condenação mantida. Na forma do parágrafo único do artigo 68 do Código Penal, quando presentes duas causas de aumento da parte especial, pode o juiz operar um único aumento, o maior previsto, o que se justifica de acordo com o princípio da razoabilidade, nunca esquecendo a proporcionalidade. Apesar de ter sido empregado pelo legislador o termo pode, na verdade, a doutrina majoritária tem lecionado que o juiz deve operar um aumento só, sem prejuízo de a outra majorante de menor gravidade ser observada no calibre da pena base como circunstância judicial desfavorável. No caso presente, a juíza operou duplo aumento em razão da dupla majoração, sem qualquer outra fundamentação concreta, impondo-se a devida correção, sendo utilizada uma delas para exasperar a pena base, não havendo que se falar em *reformatio in pejus*, porquanto, ao final, a pena do acusado ficou menor do que aquela estabelecida na sentença guerreada (Apelação 0185476-79.2018.8.19.0001, relator Des. Marcus Henrique Pinto Basílio, Primeira Câmara Criminal do TJ/RJ, julgamento em 04/02/20).

A Lei 13.964/19 traz novamente ao cenário jurídico a causa de aumento de pena, quando o roubo for praticado com emprego de arma branca, portanto, roubos dessa natureza terão suas penas aumentadas em 1/3<sup>13</sup>.

A toda evidência, a inclusão da causa de aumento de pena relativa à arma branca não pode retroagir, somente podendo ser aplicada para fatos ocorridos após 23 de janeiro de 2020, data da vigência da Lei 13.964/19.

Ainda com relação à arma branca, certamente enfrentaremos a polêmica do que significa arma branca, pois, dentro desse conceito, podemos dividir em arma branca própria ou imprópria. Cremos que a melhor tese defensiva seja considerar como conceito de arma branca aquela destinada ao ataque ou defesa, e nesse sentido alguns objetos jamais poderão ser considerados arma branca.

Outra mudança imposta pela Lei 13.964/19 é que, para o roubo com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, deverá ser aplicada em dobro a pena prevista no *caput* do art. 157<sup>14</sup>. Evidentemente, isso não pode retroagir a fatos anteriores à vigência da Lei 13.964/19, por se tratar de previsão mais gravosa. Repare-se que, anteriormente à Lei 13.964/19, todas as hipóteses de roubo com emprego de arma de fogo estavam tipificadas no art. 157, § 2º- A, inciso I, do Código Penal.

Assim, à guisa de exemplo, aquele que praticar um delito de roubo com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido terá pena de pelo menos oito anos de reclusão, o que acabará agravando o regime de pena, por força do que é estabelecido no art. 33, § 2º, do Código Penal.

Ao que tudo indica, a pena do delito de roubo com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido representa violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pois não é possível que essa reprimenda seja maior do que a prevista para os delitos de homicídio doloso simples e aborto, dentre outras hipóteses de evidente gravidade.

O recrudescimento da pena do roubo, ao nosso ver, significa uma medida de repressão a crimes que o legislador considera como violentos, demonstrando a intolerância estatal com crimes dessa natureza. E mais uma vez questionamos a ausência de uma política criminal que possa de algum modo atestar que as medidas adotadas vão sanar a "onda" de violência que tanto alarma a sociedade.

---

<sup>13</sup> "Art. 157 (...) § 2º A pena aumenta-se de 1/3 até metade: (...) VII – se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca".

<sup>14</sup> "Art. 157 (...) § 2º-B Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo".

Não há como deixar de lembrar que, se o roubo for praticado em concurso de pessoas, esta circunstância poderá servir para agravar a pena-base (art. 59 do Código Penal), mas não poderá servir como causa de aumento, diante do texto do art. 157, § 2º-B, que recomenda ao juiz dosar a pena pelo *caput* do art. 157.

Questão tormentosa será se o roubo for praticado com agentes empregando arma de fogo de uso permitido e arma de fogo de uso restrito, além de concurso de pessoas. Pensamos que, mais uma vez, deva prevalecer o aumento previsto no art. 157, § 2º-B, do Código Penal, ou seja, aumento de metade, por ser mais grave, podendo o juiz considerar todas essas circunstâncias na avaliação da pena-base, mas sempre pautado nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade que devem ser o norte no cálculo de fixação da pena. Certamente, surgirão vozes em contrário<sup>15</sup>.

Destacamos que a natureza da arma é de suma importância, diante da resposta penal que pode ser aplicada. Portanto, faz-se necessário atentar para as mudanças legislativas propostas, durante o ano de 2019, com relação à classificação da arma de fogo como de uso permitido ou restrito. Significa dizer, então, que é necessária a apreensão da arma, a fim de indicar a natureza desta.

E mais, a natureza da arma não pode ser suprida pela declaração da vítima, pois esta não poderá dizer, na grande maioria das vezes, se a arma é de uso permitido, proibido ou restrito. Tal assertiva, quanto à natureza da arma de fogo, deverá ser apurada mediante perícia. Por conseguinte, ainda que a arma não tenha sido apreendida por culpa exclusiva do acusado, não há como presumir a incidência do § 2º-B do art. 157 do Código Penal, que é de maior gravidade, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência. Se a arma não foi apreendida, a tipificação deve ser a mais favorável, qual seja, art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal.

Pensamos, portanto, que a jurisprudência majoritária, que vinha permitindo o reconhecimento da causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo ainda que não fosse apreendida, desde que por outros elementos de prova pudesse ser indicado seu emprego, merecerão uma releitura, diante das novidades encampadas no art. 157 do Código Penal.

---

<sup>15</sup> Diz Guilherme de Souza Nucci, na obra *Pacote anticrime comentado* (2020): "Entretanto, parece-nos que, havendo o preenchimento de arma de fogo (§ 2º-A, I) e também uso restrito (§ 2º-B), utiliza-se somente o aumento da arma de uso restrito, pois, afinal, trata-se de arma liberada para uso da população, dentro de certos requisitos. Mas se houver o emprego de arma de fogo, sendo esta de uso proibido, parece-nos cabível, pelo grau de ofensividade elevado, deva o magistrado aplicar ambos os aumentos (2/3 e o dobro)".

Não se pode olvidar que algumas hipóteses de roubo foram consideradas pelo legislador como crime hediondo, pois a Lei 13.964/18 também alterou a Lei 8.072/90. Dessa forma, o crime de roubo com emprego de arma de fogo, quer seja de uso permitido, proibido ou restrito, é classificado como crime hediondo.

Também é crime hediondo o roubo circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, V, do Código Penal). Imagine-se então que o delito de homicídio doloso simples não é ordinariamente crime hediondo, a não ser quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio; mas o roubo com restrição da liberdade da vítima é crime hediondo. Parece que falta razoabilidade nessa classificação.

Essa classificação de crime hediondo deve merecer, de fato, severas críticas, porque as alterações propostas pela Lei 13.964/19 ao texto da Lei 8.072/90, incluindo como hediondos crimes cuja natureza a toda evidência não está a indicar tal característica, contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Citamos, ainda, a clara violação aos princípios constitucionais acima mencionados quando a Lei 13.964/19 inclui no rol dos crimes hediondos o roubo com lesão grave, bem como a hipótese de furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. Repare-se que as alterações não exibem um diálogo jurídico sadio, pois o furto qualificado, ora em comento, permite, ao menos em tese, o acordo de não persecução penal; todavia, é classificado como crime hediondo.

O melhor seria que o legislador tivesse apontado outro critério para definir o que é crime hediondo, em detrimento do adotado critério enumerativo, que está pautado numa onda de insegurança, pois se desconhecem as razões que levam o legislador a definir o crime hediondo.

A ideia de aumentar o leque dos crimes classificados como hediondos, sem que haja uma avaliação desses delitos, revela um foco no recrudescimento penal, amparado no discurso da redução da criminalidade. Em verdade, o direito penal não pode se prestar à satisfação de impulsos punitivos, sob pena de violação a princípios constitucionais extremamente caros à sociedade.

A Lei 13.964/19 também alterou o art. 171 do Código Penal, classificando a ação penal para o crime de estelionato como pública condicionada a representação<sup>16</sup>. Esta é a regra geral.

---

<sup>16</sup> “Art. 171 (...) § 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: I. a Administração Pública, direta ou indireta; II. criança ou adolescente; III. pessoa com deficiência mental; ou IV. maior de 70 anos de idade ou incapaz”.

O crime de estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal, anteriormente se processava mediante ação penal pública incondicionada, portanto o Ministério Público poderia oferecer denúncia, sem que houvesse a manifestação da vítima. Acontece que tal regra gerava um grande entrave nos inquéritos e processos existentes, diante da compulsória deflagração de inquéritos ou ações penais.

Nesse sentido, certamente, a modificação da natureza da ação penal trará desafogamento da fase policial, bem como do Judiciário, porquanto somente tramitarão aqueles que realmente forem do desejo da vítima. Acrescentamos, ainda, que a mudança da natureza penal está alinhada ao direito penal mínimo, pois se trata de crime patrimonial.

Por outro lado, cremos que essa regra geral, diante do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, deveria ter sido estendida aos crimes de furto simples e receptação, motivo pelo qual pensamos ser possível sustentar também para estes delitos a necessidade de manifestação da vítima.

Ressaltamos que se mostram acertadas as exceções elencadas na lei, ou seja, em algumas hipóteses não se aplica a ação penal pública condicionada a representação, como é o caso de pessoas maiores de setenta anos de idade. Aqui, a idade não é a prevista no Estatuto do Idoso, pois já há notícia do aumento da idade cronológica em outros países. No entanto, não podemos deixar de apontar o desalinhamento entre a idade apontada no Estatuto do Idoso e o Código Penal, o que provavelmente será alvo de algumas polêmicas jurídicas.

Questão tormentosa é a aplicação da regra geral consistente na natureza da ação penal pública condicionada a representação para processos em andamento. Entendemos que os crimes praticados anteriormente à vigência do art. 171, § 5º, do Código Penal, com a redação determinada pela Lei 13.964/19, devem ser alcançados, portanto a natureza da ação penal é pública condicionada a representação. É que a nova regra do artigo 171, § 5º, do Código Penal tem natureza híbrida, devendo retroagir para alcançar fatos pretéritos. Nesse sentido, aqueles processos em andamento devem ter manifestação da vítima, esclarecendo se pretende ou não ver o réu processado criminalmente, sob pena de decadência e, conseqüentemente, extinção da punibilidade.



Certamente surgirá posição diversa da aqui descrita, sob o argumento de que se trata de regra de natureza processual, demandando aplicação não retroativa. Efetivamente, se já houve manifestação da vítima, em sede policial ou em juízo, não haverá razão para sua manifestação sob a égide da Lei 13.964/19.

Citamos, ainda, a alteração do art. 316<sup>17</sup> do Código Penal, relativo ao crime de concussão. Percebe-se que houve aumento da pena máxima no delito de concussão, passando a mesma para doze anos de reclusão, à semelhança do delito de corrupção passiva.

O crime de concussão é delito próprio, pois praticado pelo funcionário público que exige uma vantagem de natureza indevida. Já o delito de corrupção passiva, também praticado por funcionário público, configura-se quando este solicita, recebe ou aceita a promessa de uma vantagem indevida.

A alteração do art. 316 do Código Penal, por se tratar de lei penal não benéfica ao agente, somente poderá ser aplicada a fatos ocorridos após a entrada em vigor da Lei 13.964/19, sob pena de violação ao princípio descrito no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, qual seja, a não retroatividade da lei não benéfica.

### **3. CONCLUSÃO**

Não parecem razoáveis as modificações trazidas pela Lei 13.964/19, sem que houvesse discussão profunda em nossas legislações penal, processual penal e da execução penal. Importante destacar que tramitam em nossas casas legislativas projetos referentes aos novos Código Penal e Código de Processo Penal, onde foram realizadas audiências públicas para discussão com os órgãos públicos e com a sociedade.


A violação a princípios constitucionais pode nos trazer um retrocesso irreversível, sem que se resolva o fim pretendido pelo legislador, que, ao que tudo indica, seria a redução da criminalidade. Em tempos atuais, não podemos trabalhar com a flexibilização de princípios constitucionais tão caros à sociedade, como a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana, dentre outros, sob pena de adotarmos características de estados autoritários.

---

<sup>17</sup> "Art. 316 (...) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa".

O recrudescimento penal nos preocupa e provavelmente contribuirá para o aumento da seletividade penal. É possível que, daqui a alguns anos, estejamos novamente discutindo mudanças legislativas e violações a princípios constitucionais vigentes, conforme já ocorreu em diversos momentos de edição de leis penais e processuais penais.

Na época da edição do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Crimes Hediondos, da Lei de Drogas, muito se discutia quanto à redução da criminalidade. Passados anos e anos, continuamos com similar discussão, acreditando que a mudança isolada de textos legais possa ser a solução de nossos problemas. Efetivamente, ao que parece não é! Mas sigamos em frente, sempre com a esperança de que podemos contribuir para uma sociedade melhor.



---

**PACOTE  
“ANTICRIME”  
E MEDIDAS  
CAUTELARES  
PESSOAIS**

---

# PACOTE "ANTICRIME" E MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

## BRAZILIAN "ANTICRIME" PACKAGE AND PERSONAL PRECAUTIONARY MEASURES

**Marcos Paulo Dutra Santos**

Mestre em Direito Processual pela UERJ  
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro  
Assessor de Ministro do STF (2015/2016)  
Professor de Processo Penal e de Execução Penal da EMERJ,  
da FESUDEPERJ, da AMPERJ, da FEMPERJ e dos Cursos  
Fórum/RJ e Supremo/BH  
marcospdutra@uol.com.br  
<http://lattes.cnpq.br/8149938872041422>  
<http://orcid.org/0000-0003-3405-2047>

**Resumo:** O artigo objetiva analisar alguns dos principais impactos da Lei nº 13.964/19 (Pacto Anticrime) na sistemática relativa às medidas cautelares pessoais. Partindo da natureza estritamente instrumental da prisão provisória, demonstra-se a inconstitucionalidade das vedações liminares à liberdade no curso do processo e da execução provisória da pena, mesmo quando proveniente do Tribunal do Júri. E, diante da nítida preocupação de depurar as reminiscências inquisitoriais do processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório, articula-se a inconstitucionalidade da atuação oficiosa do juiz.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva. Vedação à liberdade provisória. Execução provisória da pena e júri. Atuação *ex officio* do juiz.

**Abstract:** The article analyzes some impacts caused by Package Anticrime Act nº 13.964/19 over the brazilian personal precautionary measures system. From the strictly procedural nature of the provisional arrest it reveals the unconstitutionality of the prohibitions on provisional freedom during the criminal law suit, and also of the provisional execution of the sentence handed down by the Grand Jury. And, considering the great concern on debugging the inquisitorial remnants in the light of the accusatory system it shows the unconstitutionality of the *ex officio* judicial performance.

**Keywords:** Pre-trial detention. Prohibition on provisional freedom. Provisional execution of the sentence from the Grand Jury. *Ex officio* judicial performance.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Da natureza jurídica das restrições libertárias provisórias e seus desdobramentos – (in)constitucionalidade das vedações liminares à liberdade provisória e da execução provisória da pena – 3. Da não atuação oficiosa do juiz no Código de Processo Penal e na legislação extravagante – Lei Maria da Penha e Código de Trânsito Brasileiro – 4. Conclusão – 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/19 foi idealizada com o claro propósito de potencializar o encarceramento, entendida a prisão, seja como pena, seja como medida cautelar, um dos instrumentos mais valiosos na repressão à criminalidade. Sem embargo, no Parlamento esse desiderato inaugural foi, em parte, diluído, reconhecendo-se, com acerto, que a segregação jamais foi solução à delinquência, atuando, não raro, como elemento fomentador. Esse antagonismo entre os Poderes Executivo e (parte do) Legislativo gerou gravíssima incoerência interna na Lei nº 13.964/19, que, ao alterar os dispositivos pertinentes às medidas cautelares pessoais, notabiliza-se por incontáveis idas e vindas, envolta em um movimento pendular, revelador de profunda crise de identidade, digna de um divã. Resta-nos, então, racionalizá-la, tendo como inafastável diretriz a Constituição da República.

## 2. DA NATUREZA JURÍDICA DAS RESTRIÇÕES LIBERTÁRIAS PROVISÓRIAS E SEUS DESDOBRAMENTOS – (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS VEDAÇÕES LIMINARES À LIBERDADE PROVISÓRIA E DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

As medidas provisórias limitadoras ou privativas da liberdade possuem **unívoca** natureza cautelar, conforme enfatiza a nova redação dada ao *caput* do art. 283 do CPP, **ainda mais categórica nesse sentido do que a anterior**.

Com efeito, antes das mudanças promovidas pela Lei nº 13.964/19, dispunha a cabeça do art. 283 o seguinte: “Ninguém poderá ser preso senão em **flagrante delito** ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de **sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de **prisão temporária ou prisão preventiva**” (grifo nosso). Havia um corte nítido entre a prisão-pena, oriunda de condenação transitada em julgado, e a cautelar, listando, pontualmente, cada uma delas – flagrante, temporária e preventiva –, mas **sem** chegar a utilizar o adjetivo *cautelar*. Tal silêncio, aliás, motivou a tentativa, frustrada, de releitura da prisão preventiva, a fim de lhe conferir uma dupla face: **antes** do esgotamento das instâncias ordinárias, tutela cautelar; **após**, tutela de evidência, de cunho estritamente satisfativo, de maneira a admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade.

A ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário permitiria a execução provisória das condenações mantidas ou proferidas pelos tribunais inferiores, mesmo quando impositivas de reprimendas não privativas de liberdade, conforme chegou a entender a 1ª Turma do STF<sup>1</sup>, em desacordo com a 2ª Turma<sup>2</sup> e a 3ª Seção do STJ<sup>3</sup>, fortes no art. 147 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais – LEP) – a condicionar a execução ao trânsito em julgado –, pontuando que a manifestação do Plenário do STF havia se limitado à exequibilidade antecipada das reprimendas **privativas** libertárias. A via afunilada inerente a esses recursos, não mais comportando reexame probatório, conferiria estabilidade ao acerto fático realizado nas instâncias ordinárias, permitindo, nesse momento, inverter a presunção

<sup>1</sup> HC 175673 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 29-11-2019 PUBLIC 02-12-2019 – “...A execução provisória de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. Precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal. 2. Esta Corte **não restringiu o alcance da decisão apenas aos condenados a penas privativas de liberdade não substituídas...**” (grifo nosso).

<sup>2</sup> RE 1200219 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 29-11-2019 PUBLIC 02-12-2019 – “...4. Entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP, mantido nas Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43/DF e 44/DF, bem como no ARE 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual, **não se aplica, automaticamente, às penas alternativas. Isso porque, o referido julgado não apreciou questão referente à possibilidade, ou não, do início da execução provisória nas penas restritivas de direito, após confirmação em segunda instância...**” (grifo nosso).

<sup>3</sup> AgRg nos EREsp 1699768/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 20/03/2019 – “...a Terceira Seção, no julgamento do EResp 1.619.087/SC, na sessão de 14/06/2017, adotou a orientação em relação **à impossibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos, sendo indispensável, em tais casos, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.** 3. Tal entendimento foi reafirmado pela Terceira Seção desta Corte com o julgamento no AgRg no HC 435.092/SP...” (grifo nosso).

fixada no art. 5º, LVII, da CRFB/88, de inocência para culpa. Chegou-se a invocar o fenômeno do trânsito em julgado em capítulos para dizer que as premissas fáticas da condenação já estariam preclusas. Obtemperou-se que tal orientação reduziria a seletividade socioeconômica da Justiça Penal, permitindo alcançar os acusados mais abastados, únicos em condições de contratar grandes bancas de advocacia e, por conta disso, de recorrer ao STJ e ao STF. Finalmente, invocou-se o direito comparado para assentar que a solução então aventada igualmente era adotada em diversos outros países.

Tal percepção, compartilhada pelo STF até o início do século<sup>4</sup>, sucedida pela **inadmissibilidade** da execução provisória em decorrência da ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário<sup>5</sup>, a partir de divergência aberta pela 2ª Turma<sup>6</sup>, foi retomada em 2016<sup>7</sup>. Porém, voltou a ser descartada no segundo semestre de 2019, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por motivos óbvios.

Mesmo se interpretada, timidamente, como mera presunção de não culpabilidade, a cláusula inserta no art. 5º, LVII, da CRFB/88 impede a execução provisória de qualquer reprimenda, privativa de liberdade ou não, afinal, *nulla poena sine culpa* – antecipar a pena importa, invariavelmente, antecipar a própria culpa.

<sup>4</sup> HC 90645, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 11/09/2007, DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00051 EMENT VOL-02299-02 PP-00227 RTJ VOL-00205-01 PP-00260 RMP n. 36, 2010, p. 233-236 – "...A jurisprudência desta Corte é no sentido de que **a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência...**" (grifo nosso).

<sup>5</sup> HC 91676, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-02 PP-00184 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 311-354; HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

<sup>6</sup> RHC 89550, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 27/03/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00107 EMENT VOL-02273-02 PP-00323 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 450-464; HC 89754, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00106 EMENT VOL-02273-02 PP-00378.

<sup>7</sup> HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 – "...**A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal...**" (grifo nosso).

Por outro lado, inexistem *n* conceitos de trânsito em julgado, relacionando-se à **imutabilidade** da sentença<sup>8</sup>, na dicção de Enrico Tullio Liebman<sup>9</sup> (ou da norma nela contida para solucionar o conflito de interesses submetido à cognição judicial<sup>10</sup>), em razão de **não mais caber recurso algum**. Trata-se não apenas de uma regra, mas de um conceito jurídico exclusivamente técnico, em torno do qual descabe qualquer sorte de ponderação. O Poder Constituinte optou por ser extremamente específico, diferentemente do verificado em outras Constituições, e mesmo em Convenções Internacionais de Direitos Humanos firmadas pelo Brasil. O art. 8, 2, da CADH, *v.g.*, preconiza, na primeira parte, que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for **legalmente comprovada sua culpa**” (grifo nosso). Em sentido idêntico, o art. 14, 2, do PIDCP – “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for **legalmente comprovada sua culpa**” (grifo nosso). *Comprovação legal de culpa* é uma expressão infinitamente mais genérica e vaga do que *trânsito em julgado*, admitindo ponderações que, à luz do último, são inconcebíveis. Executar títulos condenatórios penais, no Brasil, apenas se mostra constitucionalmente viável quando não mais couber recurso algum. Qualquer interpretação diversa significaria mudar o **texto** do art. 5º, LVII, da CRFB/88, pedra inaugural de qualquer atividade hermenêutica – embora a interpretação literal seja a mais pobre de todas, bastando, para tanto, a alfabetização, não se pode ler “a” onde a Constituição escreveu “z”.

O trânsito em julgado em capítulos foi igualmente mal colocado, por ser fenômeno adstrito aos processos com múltiplas demandas: à medida em que os recursos concernentes a uma se esgotam, alcança-se o trânsito em julgado, permitindo executar o dispositivo condenatório correlato, por sinal, **definitivamente**, e não provisoriamente. De mais a mais, transita em julgado o dispositivo, e não a fundamentação.

A dita “estabilidade” do título condenatório, em virtude de os recursos especial e extraordinário, e subsequentes, inadmitirem reanálise probatória, é igualmente falaciosa, haja vista, *v.g.*, teses como atipicidade da conduta, provas ilícitas e nulidades, que, por veicularem, em tese, ofensas à lei processual

<sup>8</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 305.

<sup>9</sup> *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 54.

<sup>10</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Temas de direito processual: terceira Série*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 110-112; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 397.



penal e à Constituição – v.g. art. 5º, XXXIX (tipicidade e legal penal estrita), LVI (inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos), LIII (juiz natural), LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa) – desafiam recursos especial e extraordinário, com o condão de comprometer, por completo, a condenação. Outrossim, ante a estrutura escalonada da sentença penal condenatória – após o relatório, passa-se à fundamentação atinente ao pedido condenatório, para, em seguida, se julgada procedente a pretensão, com a edição de dispositivo condenatório intermediário, retomar a motivação, a fim de complementá-lo, com a fixação da pena –, o capítulo atrelado à aplicação da reprimenda desafia, sem dificuldades, recursos especial e extraordinário, por versar sobre distintos preceitos legais federais, norteados pelo art. 5º, XLVI, da CRFB/88 (individualização da pena).

Não raro se executaria, provisoriamente, um título condenatório excessivamente severo, mantido ou prolatado em total desconformidade com os cânones estabelecidos pelo STJ e pelo STF, quadra lamentavelmente comum, reveladora da profunda crise interna vivida pela magistratura nacional, motivada, em grande parte, pelo **voluntarismo judicial** – sentenças e acórdãos prenhes de (paupérrimos) subterfúgios argumentativos para distorcer a lei ou não aplicar a jurisprudência fixada pelo STJ e pelo STF, por simples discordância, em detrimento da legalidade e do sistema de precedentes judiciais que, concorde-se ou não, foi instituído no País, com o aval da Corte Constitucional<sup>11</sup>. Não por acaso, somente no STJ, aproximadamente **35%** dos *habeas corpus* impetrados pela Defensoria Pública, **globalmente considerados**, tiveram a ordem concedida, de 2015 a 2017<sup>12</sup>. Como admitir, então, que o sentenciado, até então respondendo ao processo em liberdade, seja preso e comece a cumprir uma pena de 5 anos, em regime inicial fechado, por tráfico, para, depois de segregado por quase 2 anos, ver o título condenatório ser revertido para 1 ano e 8 meses, em virtude do reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, regime inicial

<sup>11</sup> Tamanha disfunção do Poder Judiciário não é de hoje, já havendo sido denunciada pela FGV DIREITO RIO – Centro Justiça e Sociedade – CJUS, no projeto intitulado “Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores”, em 17 de março de 2014, sob a coordenação do prof. Thiago Bottino. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corporus.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2020.

<sup>12</sup> Números fornecidos pelo próprio STJ, conforme matéria da Revista Época, de 29 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/brasil/defensoria-publica-responsavel-por-quase-metade-dos-recursos-apresentados-em-instancias-superiores-24048594>>. Acesso em: 9 fev. 2020. Reportagem da *Folha de São Paulo*, de 6 de novembro de 2019, pautada em levantamento realizado de 2009 a 2019, assinala, a seu turno, que 48% dos recursos firmados pela Defensoria Pública são providos, total ou parcialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>>. Acesso em: 9 fev. 2020.

aberto, substituída a sanção privativa libertária por restritiva de direitos, com declaração de extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena, em regime, repita-se, fechado?!

Mesmo sob o ângulo econômico, cenários como o ora retratado dariam azo a uma enxurrada de ações indenizatórias em face do Estado por erro do Poder Judiciário (art. 5º, LXXV, da CRFB/88), responsabilidade civil essa há muito não mais restrita à hipótese clássica de condenação criminal, revertida em absolvição em sede de revisão criminal – condena-se o Estado, v.g., por excesso de pena decorrente da má aplicação da reincidência, agravante genérica<sup>13</sup>. Os já combalidos cofres da União e dos Estados, a depender do órgão prolator da sentença, ficariam ainda mais fragilizados.

Dizer que o STJ e o STF seriam “boutiques judiciárias de luxo”, acessíveis somente por réus privilegiados, com condições de contratar renomados escritórios de advocacia, é de uma alienação aterradora, para não dizer má-fé. A seletividade socioeconômica da Justiça Penal revela-se na origem, recaindo, sistematicamente, sobre os 3 “P”s – preto, pobre e prostituta –, daí a maioria esmagadora dos feitos criminais ficar sob o pálio da Defensoria Pública, que, por via de consequência, ocupa natural protagonismo nas instâncias superiores, firmando a maioria dos recursos especiais e extraordinários em trâmite no STJ e no STF<sup>14</sup>. Longe de reduzir a seletividade socioeconômica da Justiça Penal, admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade, em virtude da falta de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, a potencializaria ainda mais.

Sopesando todas as considerações acima, o Pleno do STF, por apertada maioria – é bom lembrar –, reviu a sua orientação anterior, debruçando-se sobre a então redação do *caput* do art. 283 do CPP para reafirmar, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que **toda e qualquer prisão provisória, como a preventiva, é medida estritamente cautelar, despida**

<sup>13</sup> STJ, REsp 1243516/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 30/09/2016 – “...7. É devida indenização uma vez demonstrado erro judiciário ex vi art.5º, inciso LXXV, da Constituição Federal e art. 630 do CPP. In casu, restaram devidamente comprovados os prejuízos sofridos pelo recorrente, razão pela qual não há óbice a uma justa indenização. (REsp 253.674/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2004, DJ 14/06/2004, p. 264). 8. Com efeito, **inegável que houve, no caso em comento, erro judiciário, por ilegalidade no reconhecimento da reincidência, tendo sido os prejuízos sofridos pelo recorrente por ele listados, devendo ser analisados e sopesados pelo Juízo Cível para a fixação do quantum indenizatório (CPP, art. 630, § 1º)...**” (grifo nosso).

<sup>14</sup> Em matéria disponibilizada pela Revista Época, em 29 de outubro de 2019, pautada em números fornecidos pelo STJ, a Defensoria Pública foi a responsável por 45% dos *habeas corpus* e 40% dos recursos em tramitação na referida Corte. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/brasil/defensoria-publica-responsavel-por-quase-metade-dos-recursos-apresentados-em-instancias-superiores-24048594>>. Acesso em: 9 fev. 2020.

**de carga exclusivamente satisfativa. Prisão-pena somente se concebe após o trânsito em julgado da condenação**<sup>15</sup>.

Essa percepção do Pleno do STF foi positivada pela Lei nº 13.964/19, de modo ainda mais incisivo e cristalino, na nova cabeça do art. 283 do CPP, ao preceituar que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado**” (grifo nosso). Explicitou, de uma vez por todas, que, a par da prisão-pena, definitiva, porque decorrente de condenação transitada em julgado, **todos os demais títulos prisionais são CAUTELARES, naturalmente provisórios e instrumentais, sem encerrar antecipação de tutela (pena).**

Em reforço, a Lei nº 13.964/19 acrescentou o § 2º ao art. 313 do CPP a fim de rememorar que “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de **antecipação de cumprimento de pena** ou como **decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia**” (grifo nosso). O dispositivo, em si, é redundante, ante os atuais termos do art. 283, cabeça, do CPP, mas, em tempos de obscurantismo e de ódio ao conhecimento e à ciência – vide discussões como o *terraplanismo* – o óbvio, inclusive o ululante, precisa, mesmo, ser repetido.

A aparente coerência interna da Lei nº 13.964/19 derrapa em alguns momentos. Correções de rumo são imprescindíveis.

A primeira delas verifica-se no § 2º, acrescido ao art. 310 do CPP. Ao preconizar que “se o juiz verificar que o agente é **reincidente** ou que **integra organização criminosa armada ou milícia**, ou que **porta arma de fogo de uso restrito**, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares” (grifo nosso), simplesmente **ressuscitou** as vedações liminares à liberdade provisória, há muito extirpadas do ordenamento pátrio pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, proibições em abstrato à liberdade provisória importam **conversões automáticas da prisão em flagrante em preventiva, independentemente de elementos concretos demonstrativos da sua real necessidade, presumindo, de modo absoluto, o *fumus comissi delicti*, o *periculum in libertatis* e a *proporcionalidade***. Significa tratá-las como tutelas de evidência, antecipatórias da pena, em total descompasso com o art. 5º,

<sup>15</sup> Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, alusivas ao art. 283, cabeça, do CPP, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgadas em 23 e 24 de outubro de 2019, conforme revelado no Informativo nº 958 do STF.

LVII, da CRFB/88, mesmo se interpretado, restritivamente, como presunção de não culpabilidade, afinal, *nulla poena sine culpa* – antecipando-se a pena, antecipa-se, invariavelmente, a culpa, porquanto indissociáveis.

Ademais, tutelas cautelares são **jurisdicionais**, submetendo-se à cláusula constitucional de **reserva de jurisdição**. **Avaliar a necessidade e a adequação das restrições libertárias cautelares é múnus privativo do juiz, no qual descabe ao legislador imiscuir-se**, sob pena de violar a separação e a independência entre os Poderes da República – art. 2º da CRFB/88.

O art. 310, § 2º, simplesmente desdiz o preceituado no *caput* do art. 283 e no § 2º do art. 313, incorrendo em acintosa contradição interna. Mesmo que se invoque, acriticamente, o princípio da especialidade, encarando aquele como exceção aos últimos, os descompassos não acabam.

Primeiro, porque o preceito proibitivo da liberdade provisória alcança o *reincidente*, subentendendo-se o *genérico*, porque, quando alude ao específico, o legislador é explícito. Assim, nos moldes do art. 63 do Código Penal, qualquer condenação anterior por *crime*, ensejadora da reincidência, impediria a liberdade provisória, pouco importando se *culposo*, de *pequena ou média ofensividade* ou de *temática completamente diversa do atual, motivador do flagrante*. Apenas seriam neutras as condenações pretéritas por contravenção penal, **compreendendo** as pertinentes ao porte, para uso pessoal, de substâncias entorpecente, por consubstanciar um *minus* em relação às contravenções, afinal, diferentemente destas, **não desafiam pena privativa de liberdade em hipótese alguma**, haja vista o art. 28 da Lei nº 11.343/06. Se o *plus* não conduz à reincidência, tampouco o *minus*, na esteira da jurisprudência, pacífica, do Superior Tribunal de Justiça, escudada no princípio da proporcionalidade<sup>16</sup>.

Desimportante igualmente seria analisar a gravidade em concreto do injusto em razão do qual o imputado foi capturado em flagrante.

<sup>16</sup> AgRg nos EDcl no REsp 1774124/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019 – “...as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade... (grifo nosso); AgRg no REsp 1778346/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019 – “...se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, não deve gerar tal efeito, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior (HC n. 469.705/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019)... (grifo nosso).

À exceção das infrações de menor potencial ofensivo, submetidas ao art. 69 da Lei nº 9.099/95, e do uso de entorpecentes, presentes os §§ 2º a 4º do art. 48 da Lei nº 11.343/06, os demais crimes, em tese, ficariam sujeitos ao § 2º do art. 310 do CPP, bastando que o suposto autor do fato fosse reincidente. **Resgata-se a vedação apriorística à liberdade provisória, banalizando-a como jamais visto em toda a história legislativa brasileira. Desconsidera-se, por completo, o Direito Penal do fato, volvendo-se ao Direito Penal do autor.**

Em segundo lugar, a vedação igualmente compreende o pretensão integrante de organização criminosa armada ou milícia, condutas capituladas, respectivamente, no art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/13 e no art. 288-A do Código Penal, **injustos que, a rigor, sequer são hediondos** – nos moldes do art. 1º, parágrafo único, V, da Lei nº 8.072/90, a hediondez restringe-se à **organização criminosa, quando direcionada à prática de crime hediondo ou equiparado**, além do homicídio, e **não** da milícia em si, **quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio**. E mais: esses delitos têm pena mínima em abstrato de até quatro anos, desafiando, em tese, regime inicial aberto. Por conseguinte, a **obrigatória** conversão do flagrante em preventiva, equivalente ao regime fechado, igualmente destoa do princípio da proporcionalidade (homogeneidade das tutelas cautelares), versado no art. 282, I e II, do CPP (binômio necessidade/adequação), **inalterado pela Lei nº 13.964/19** – o piso do delito de organização criminosa é de 3 anos, majorado de **até** metade, se armada, logo, a fração de metade é o **teto**, permitindo exasperá-la a menor, **sem fração mínima definida em abstrato**, podendo o acréscimo equivaler, v.g., a **1** dia, porque desprezadas são as frações de dia, nos moldes dos arts. 10 e 11 do Código Penal (a rigor, **1** dia é o quantitativo mínimo de aumento, não sendo possível associá-lo a qualquer outra fração, como, v.g., um oitavo, por absoluta ausência de delimitação temporal pelo legislador, curvando-se, assim, ao princípio da legalidade).

Finalmente, mas não menos importante, chega-se, quiçá, ao maior **paradoxo**. A Lei nº 13.964/19 **manteve** a escala penal cominada ao **porte de arma de uso restrito**, 3 a 6 anos de reclusão e multa, diferentemente da de uso proibido, elevada para inacreditáveis 4 a 12 anos de reclusão (art. 16, § 2º, da Lei nº 10.826/03) – maior do que a reservada ao roubo simples, de 4 a 10 anos de reclusão. Igualmente o **retirou do rol de crimes hediondos**, diversamente do verificado quando de uso proibido for a arma (art. 1º, parágrafo único, II, da Lei nº 8.072/90). Todavia, recaiu a vedação liminar à

liberdade provisória **justamente no porte de arma de uso restrito, sem referência alguma ao de uso proibido, apesar de hediondo e infinitamente mais grave, em vista da reprimenda cominada.**

Em suma: a liberdade provisória foi mantida para os delitos hediondos e afins, e vedada aos despidos desse emblema, considerado o rol do § 2º do art. 310 do CPP. Toda norma possui uma *ratio essendi*. Não são preceitos amorfos, ou, ao menos, **não deveriam ser**, porque a atividade legislativa deve se pautar em parâmetros racionais, presente o princípio da proporcionalidade. Eventuais divergências ideológicas, relacionadas à política criminal a ser adotada, são esperadas, necessárias e bem-vindas, inerentes a qualquer Estado Democrático de Direito. Mas, no caso específico do art. 310, § 2º, do CPP, seja sob um olhar garantista ou punitivista, e para além da presunção de inocência, cuja violação é patente, conforme comentado acima, **inexiste lógica ou norte**. As escolhas do legislador foram aleatórias, sem a menor coerência científica, reveladoras de constrangedora inanição intelectual. E, pior: **afrontando, abertamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.**

A liberdade provisória já foi **proibida** para o porte de arma de uso restrito ou proibido, considerado o art. 21 da Lei nº 10.826/03, havendo o Pleno do STF, forte no art. 5º, LVII, da CRFB/88, declarado tal vedação **inconstitucional**<sup>17</sup>. Restaurá-la manda às favas a autoridade da Corte Constitucional e, por conseguinte, a harmonia e o respeito que devem nortear a relação entre os Poderes da República. Perde-se, em última análise, a segurança jurídica, mais precisamente a confiabilidade nas instituições.

Diz-se o mesmo quanto às organizações criminosas armadas e às milícias. O art. 7º da então Lei nº 9.034/95, que dispunha sobre o crime organizado, preconizava que “não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”. Pois o Supremo igualmente possui precedentes

<sup>17</sup> ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538 – “...IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” e de “disparo de arma de fogo”, **mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade**. V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. **Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente...**” (grifo nosso).

assentando a inconstitucionalidade deste preceito<sup>18</sup>, a ponto de **não ter sido reproduzido na Lei nº 12.850/13**, em sinal de deferência à Corte, respeito esse que passou ao largo na Lei nº 13.964/19.

A reincidência, **por si só**, jamais avalizou prisão preventiva<sup>19</sup>. O então art. 594 do CPP, por exemplo, dispunha que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”, logo, *a contrario sensu*, a prisão preventiva por força da condenação era mandatária em desfavor do reincidente. Pois esse dispositivo foi declarado não recepcionado pelo STF, **mesmo depois de ter sido revogado pela Lei nº 11.719/08**, por ofensa ao estado de inocência – além do cerceamento à ampla defesa, que possui no acesso ao duplo grau de jurisdição, quando disponível, seu desdobramento natural<sup>20</sup>, percepção, aliás, conducente à declaração de não recepção constitucional também do art. 595 do CPP, ao cominar a pena de deserção recursal ao réu que fugisse após ter apelado da sentença condenatória<sup>21</sup>. E o dito diploma legal, alinhado

<sup>18</sup> HC 94404, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008, DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-02 PP-00364 - "...LEI DO CRIME ORGANIZADO (ART. 7º) - VEDAÇÃO LEGAL APRIORÍSTICA DE LIBERDADE PROVISÓRIA - CONVENÇÃO DE PALERMO (ART. 11) - INADMISSIBILIDADE DE SUA INVOCACÃO - REGRA LEGAL DE QUESTIONÁVEL CONSTITUCIONALIDADE - POSSÍVEL CONFLITO COM OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO "DUE PROCESS OF LAW", DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. - Cláusulas inscritas nos textos de tratados internacionais que imponham a compulsória adoção, por autoridades judiciárias nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória, não podem prevalecer em nosso sistema de direito positivo, sob pena de ofensa à presunção de inocência, dentre outros princípios constitucionais que informam e compõem o estatuto jurídico daqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Estado. - A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível com a presunção de inocência e com a garantia do "due process", dentre outros princípios consagrados na Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito. Precedente: ADI 3.112/DF. - A interdição legal "in abstracto", vedatória da concessão de liberdade provisória, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento (ADI 3.112/DF), considerados os postulados da presunção de inocência, do "due process of law", da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, analisado este na perspectiva da proibição do excesso. - O legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência de situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar penal. - Cabe, unicamente, ao Poder Judiciário, aferir a existência, ou não, em cada caso, da necessidade concreta de se decretar a prisão cautelar..."

<sup>19</sup> STJ, HC 500.114/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 10/05/2019 - "...3. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não descreveu a adequação típica da sua conduta, tampouco apresentou motivação concreta apta a justificar a segregação cautelar, **tendo se limitado a citar, de modo genérico, a reincidência do paciente e a necessidade de garantia da ordem pública...**" (grifo nosso).

<sup>20</sup> RHC 83810, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00678.

<sup>21</sup> HC 85961, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-02 PP-00416 RB v. 21, n. 547, 2009, p. 21-24 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 471-478 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 306-317.

à jurisprudência da Corte Constitucional, ainda incluiu o parágrafo único ao art. 387 do CPP, posteriormente desmembrado, ora correspondendo ao § 1º, para assentar que “o juiz decidirá, **fundamentadamente**, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de **outra** medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta” (grifo nosso), deixando clara a **inadequação da reincidência, isoladamente considerada, como baliza cautelar**. A inconstitucionalidade do art. 59 da Lei nº 11.343/06, cuja redação é **idêntica** à do citado art. 594 do CPP, já se mostra favas contadas, não havendo passado despercebida pelos órgãos fracionários do STF<sup>22</sup>.

Diante da firme, consistente e retilínea orientação do Supremo acerca da inconstitucionalidade dessas vedações à liberdade provisória, a contida no art. 3º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de capitais), igualmente glosada pelo STF, reafirmando a natureza cautelar das prisões provisórias<sup>23</sup>, **não foi reeditada, quando da reforma promovida pela Lei nº 12.683/12, ab-rogando-se o dispositivo**. A contida no art. 44, cabeça, da Lei nº 11.343/06, dirigida aos delitos previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, 34 a 37, igualmente foi reputada **inconstitucional**<sup>24</sup>.

Mesmo sob a égide da Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), o STF já vinha entendendo como cautelar a custódia relativa à extradição. Conforme tivemos a oportunidade de observar à época<sup>25</sup>:

O mesmo Supremo Tribunal Federal, revolvendo a sua jurisprudência, passou a entender que a prisão determinada no curso do processo de extradição (art. 84 da Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980)<sup>26</sup>, até então encarada como condição especial de prosseguibilidade,

<sup>22</sup> HC 85961, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-02 PP-00416 RB v. 21, n. 547, 2009, p. 21-24 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 471-478 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 306-317.

<sup>23</sup> HC 83868, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-02 PP-00334 RTJ VOL-00212-01 PP-00458 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 266-306 RMP n. 44, 2012, p. 187-220.

<sup>24</sup> HC 104339, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012 – "...3. *Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44).* 4. **Constricção cautelar mantida somente com base na proibição legal.** 5. **Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea.** 6. *Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida...*" (grifo nosso).

<sup>25</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 256.

<sup>26</sup> **Pleno do STF**, HC 88455/RJ, rel. Min. Carlos Britto, j. 14/06/2006, DJ de 25/08/2006; Ext 1216/EUA, rel. Min. Dias Toffoli, j. 02/03/2011, DJ de 16/05/2011.



teria natureza cautelar, devendo ser decretada ou mantida somente se realmente necessária à efetividade do processo, a fim de não fazer as vezes de antecipação de tutela, ao arripio do art. 5º, LVII da CRFB/88, ainda que encarado como presunção de não culpabilidade...

Sobrevindo a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração), em substituição ao Estatuto do Estrangeiro, positivou-se, de vez, a orientação do STF, pois, no art. 84, a segregação incidental ao processo de extradição é sistematicamente adjetivada de cautelar, não deixando o art. 86, *caput*, dúvidas quanto à sua natureza jurídica, ao preconizar que “o Supremo Tribunal Federal, ouvido o Ministério Público, poderá **autorizar prisão albergue ou domiciliar** ou determinar que o **extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias**, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso” (grifo nosso). Descartada está, igualmente, a prisão provisória automática e indeclinável.

Buscar-se-á, em sentido contrário, mais uma vez, o art. 5º, LXVI, da CRFB/88, a fim de dizer que, se “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei **admitir** a liberdade provisória, com ou sem fiança” (grifo nosso), então, *a contrario sensu*, a lei poderia **inadmitir** a liberdade provisória em determinados casos, como os versados no § 2º do art. 310 do CPP. Negá-la é, de fato, viável constitucionalmente, mas **não** em abstrato, e sim **em concreto**. Assim deve ser entendido o preceito constitucional, até para conciliá-lo com o inciso LVII do mesmo artigo, propositalmente, aliás, **anterior**. E, de todo modo, a par da insuperável alegação de ofensa ao estado (ou presunção) de inocência (ou de não culpabilidade), o rol carece tanto de racionalidade que impossibilita qualquer debate mais sério acerca da sua constitucionalidade.

Outra depuração há de ser feita na Lei nº 13.964/19, dessa vez no tocante à prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível.

Em se tratando de condenações oriundas do Tribunal do Júri, alterou-se a alínea e do inciso I do art. 492 do CPP, para assentar que o juiz-presidente, na sentença, “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de **condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição**

**do mandado de prisão**, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos” (grifo nosso). A ressalva contida no dispositivo – *se for o caso* – é aclarada no § 3º, segundo o qual o juiz “poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do *caput* deste artigo, **se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação**” (grifo nosso). Por outro lado, a potencial antinomia com o art. 597 do CPP, peremptório ao anunciar o efeito suspensivo das apelações contra sentenças condenatórias, o que inviabilizaria a execução provisória da reprimenda, é contornada no § 4º, ao assentar que “a apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão **não** terá efeito suspensivo” (grifo nosso).

Como o Pleno do STF retomou a orientação, descartada em 2016, segundo a qual as prisões provisórias têm natureza cautelar, a Lei nº 13.964/19 procurou arrefecer o automatismo, a inevitabilidade dessa execução provisória da pena, com o escopo de neutralizar as críticas relacionadas à sua (in)constitucionalidade. Não por outra razão, o § 3º do art. 492 do CPP dá ao juiz-presidente a faculdade de não decretar a prisão, **se** houver “questão substancial” cuja revisão possa, “plausivelmente”, levar à revisão da condenação. O inciso II do § 5º melhor elucida o significado da dita “questão substancial”, sendo aquela com potencial de conduzir à “absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão”. Isso porque, se o juiz-presidente assim não entender, nada impede que o tribunal, competente para conhecer da apelação, o faça, concedendo-lhe efeito suspensivo.

Esse sistema construído pela Lei nº 13.964/19 aposta na ingenuidade, ou má intenção, do intérprete, esfacelando-se se analisado sob um olhar frio, racional e pragmático.

Sob pena de integral descrédito do Poder Judiciário, nenhum juiz proclama uma sentença condenatória *imaginando* que será reformada ou anulada. Considerados os rigores previstos no art. 315, § 2º, do CPP, também inseridos pela Lei nº 13.964/19, o esperado é que tenha invocado os preceitos normativos e os conceitos jurídicos adequados à hipótese submetida à cognição judicial (incisos I e II), com motivação individualizada (inciso III), com enfrentamento dos argumentos em sentido contrário ao da decisão tomada (inciso IV), sempre à luz da jurisprudência dominante sobre as *n* questões preliminares e de mérito equacionadas, exceto se for o caso de distinção

ou superação do entendimento (inciso V e VI). Preenchidas essas balizas, e assim **há de ser** por força do dito § 2º, magistrado algum apostará na revisão do seu julgado. Em suma: a execução provisória da pena, com expedição de mandado de prisão, pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, quando as condenações desaguardem em pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, será a **regra absoluta**. O § 3º ficará no plano abstrato, sem se materializar.

Melhor sorte não socorre o § 5º. Mas, diante da péssima topografia – ao invés de disciplinar, primeiro, o pedido de concessão de efeito suspensivo, para, depois, delinear o atuar do Tribunal, a Lei nº 13.964/19 fez o inverso, como se a decisão precedesse a provocação (!) – cumpre começar pelo § 6º.

Diz o preceito que “o pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia”. O dispositivo, em si, já é tecnicamente horroroso, merecendo depurar as seguintes imprecisões:

a) A apelação é processada nos próprios autos, e não em apartado (art. 603 do CPP), logo, no caso de o efeito suspensivo ser buscado incidentalmente ao apelo, instruí-lo com cópias das peças enumeradas no § 6º do art. 492 do CPP é **indevido**. A citada instrução **só** alcança os pedidos destacados do recurso.

b) Como o sentenciado, até então solto, sairá do Plenário do Júri preso, a **urgência** é ínsita ao pedido de concessão de efeito suspensivo, a ser deduzido antes do término do processamento da apelação no juízo de origem. Consideradas as peças listadas no § 6º, tidas pelo legislador como obrigatórias, **mandatórias, mesmo, são, apenas, as cópias da sentença e da certidão de tempestividade da petição de interposição**, a fim de assegurar a **inocorrência** do trânsito em julgado – do contrário, a execução da pena já seria definitiva. Na petição de interposição, que deve indicar os fundamentos do apelo (art. 593, III, do CPP), o espectro cognitivo do recurso já fica previamente fixado. E, para fins de tempestividade, interessa, apenas, a interposição, cujo prazo é próprio, diferentemente das razões, impróprio, visto que, independentemente de serem ofertadas, ou não, o apelo será encaminhado ao Tribunal (art. 600, cabeça, do CPP). Por tudo isso, **falece proporcionalidade, sob o ângulo da adequação, a exigência de instrução do pedido com as razões de apelação, EXCETO se, por lapso do defensor, a interposição tenha sido genérica, hipótese em que, por ser o apelo**

contra os pronunciamentos do Conselho de Sentença vinculado aos temas ordenados no inciso III do art. 593 do CPP, há de ser impreterivelmente completado pelas razões, aliás, tempestivas, por imprescindível, por complementar a interposição, cujo prazo é preclusivo – inteligência da Súmula nº 713 do STF.

c) Como o pedido virá acompanhado da petição de interposição, **delimitadora do mérito do apelo** e, por conseguinte, **do efeito devolutivo**, descabe, repita-se, exigir a cópia das razões na instrução do pleito de concessão de efeito suspensivo, que, naturalmente, se **reportará** às questões de mérito a serem veiculadas nas razões de apelação, objetivando sinalizar a sua **substancialidade** e consequente **probabilidade** de **reforma** ou **anulação** da sentença guerreada. **O caráter emergencial da tutela perseguida não se compraz com tal formalidade**, inútil, a atravancar um procedimento, essencial e necessariamente, célere.

d) Pior ainda é exigir à instrução do pedido a cópia das contrarrazões. E por uma razão muito simples: **apresentadas as razões e as contrarrazões, o processo está pronto para ser enviado ao tribunal**. Assim, **de nada adiantaria aduzir o pedido de efeito suspensivo destacadamente do apelo** – fazê-lo incidentalmente à apelação daria no mesmo. Igualmente em apreço à proporcionalidade, sob o ângulo da adequação, o conhecimento, pelo tribunal, das contrarrazões é prescindível ao deferimento, ou não, de efeito suspensivo ao apelo.

e) De mais a mais, os §§ 5º e 6º do art. 492 do CPP, ao introduzirem, em nível **infraconstitucional**, o pedido de concessão de efeito suspensivo, não se sobrepõem ao *habeas corpus*, garantia fundamental, de assento **constitucional** – art. 5º, LXVIII, da CRFB/88. A probabilidade de reforma ou de anulação da condenação já tornaria, por si só, ilegal ou arbitrária a privação libertária, **viabilizando** a impetração do *habeas* ao tribunal, **paralelamente** à apelação, como via **alternativa**, mas também **pertinente**, ao referido pedido. E a causa de pedir fatalmente seria uma das listadas no art. 648 do CPP – falta de justa causa ou motivação inexistente ou deficiente (incisos I e IV), incompetência do juízo (inciso III) ou qualquer outra nulidade (inciso VI). Enfim, a prevalecer o entendimento, draconiano, pela imprescindibilidade dos documentos elencados no § 6º do art. 492 do CPP para a instrução e conhecimento do pedido de concessão de efeito suspensivo, buscar-se-á o mesmo via *habeas corpus*, **esvaziando, por completo, os ditos §§ 5º e 6º**.

Dissecado o § 6º, chega-se, finalmente, ao § 5º. De antemão, **o pedido de efeito suspensivo submete-se ao colegiado**, precedido do parecer do

Procurador oficiante na Câmara, porque o preceito expressamente diz que, excepcionalmente, “poderá o **tribunal** atribuir efeito suspensivo à apelação” (grifo nosso). A norma é distinta da verificada, por exemplo, no desaforamento, no qual preceitua o § 2º do art. 427 do CPP que, “sendo relevantes os motivos alegados, o **relator** poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri” (grifo nosso). **A competência para a outorga, ou não, de efeito suspensivo ao apelo submete-se à colegialidade.**

Poderia o relator, em liminar, deferir a suspensão? Obviamente que haverá vozes que responderão negativamente, por ausência de previsão legal e em vista da própria excepcionalidade da suspensão em si – o que dizer, então, liminarmente... Obtemperar-se-á, ainda, a supressão de competência, por ser matéria afeta à Câmara, nos moldes do § 5º. Sem embargo, invocando o art. 654, § 2º, do CPP, o relator poderá fazê-lo, mas, é forçoso convir, trata-se de quadra bastante remota – se o juiz pode, de ofício, conceder *habeas corpus* a título definitivo, quanto mais mediante provocação e precariamente, afinal, em apreço à teoria dos poderes implícitos, quem pode o mais, pode o menos<sup>27</sup>. Também por esses motivos, o incidente contemplado nos §§ 5º e 6º do art. 492 tende a ser **preterido** pela impetração de *habeas corpus*, com pedido expresso de liminar, fenômeno inerente ao devido processo legal do *habeas*, avalizado pela doutrina e pela jurisprudência do STJ e do STF, com espeque, justamente, na interpretação ontológica (compreensiva) do art. 654, § 2º, acima esmiuçada, conjugada à Lei nº 12.016/09 – se o mandado de segurança comporta liminar (art. 7º, §§ 1º a 5º), com razão ainda maior o *habeas corpus*, porque ambos são **mandamentais**, versando o último sobre a liberdade, **bem jurídico indisponível, de envergadura maior**<sup>28</sup>.

Se o pedido de suspensão dos efeitos da decisão atacada for incidental ao apelo, o relator deve, primeiro, examiná-lo, liberando o processo para ser pautado pelo presidente da Câmara e julgado. Após, os autos retornam ao relator para exame da apelação em si. Descabe julgar, simultaneamente, ambos, mesmo porque o escopo do pleito suspensivo é garantir que o réu

<sup>27</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Ações constitucionais impugnativas no processo penal. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coords.). *O Projeto do Novo Código de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 556-557.

<sup>28</sup> Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 370-371. O *leading case* sobre o tema, rememoram os autores, deu-se sob a égide da anterior Lei nº 1.533/51, no *habeas corpus* formalizado no STF em prol do ex-governador do Estado de Goiás Mauro Borges, em 1964, havendo sido concedida a liminar por analogia *in bonam partem* com o mandado de segurança. Na mesma esteira, estribado nas lições de Helio Tornaghi: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. IV. 25. ed. São Paulo, 2003, p. 580-582.

possa aguardar em liberdade o julgamento do apelo. Com razão ainda maior adota-se esse procedimento **se** o efeito suspensivo do apelo for buscado em petição isolada. No caso do *habeas corpus*, o mérito da impetração será igualmente apreciado pelo Colegiado **antes** da apelação.

Ante tal formato, não é preciso recorrer à futurologia para antever a inocuidade desse pedido. O acolhimento perpassa, nos termos do § 5º do art. 492 do CPP, pelo atendimento de dois requisitos, **cumulativos**: não ter o apelo propósito **protelatório** e levantar questão **substancial**, com potencial para importar absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar aquém de 15 anos de reclusão. Ora, nos moldes delineados pelo legislador, o pedido de suspensão atua como manifesta antecipação do mérito recursal. É impraticável examiná-lo sem percorrer este último. Indeferi-lo, sob a justificativa de ser o recurso protelatório, *v.g.*, significa selar, de antemão, o desprovimento. Acolhê-lo, porque robusta a tese veiculada na apelação, configura, no mínimo, forte inclinação pelo provimento. Por tudo isso, e para evitar alegações de pré-julgamento, o caminho mais fácil à disposição dos tribunais será o indeferimento, sob o fundamento de que a análise da eventual concessão de efeito suspensivo embaralha-se com o mérito recursal. Conforme já observado, ora reiterado, os §§ 5º e 6º do art. 492 do CPP teriam ínfima aplicabilidade prática.

No mais, registre-se, mais uma vez, a debilidade técnica dos idealizadores da norma, afinal, nos apelos interpostos contra os pronunciamentos do Conselho de Sentença, **não se persegue a absolvição do réu**. Em se entendendo indevida a condenação, porque contrária à evidência dos autos ou ao direito, pede-se a desconstituição do veredicto, realizando-se novo julgamento, nos moldes do art. 593, § 3º, do CPP. Referir-se à *absolvição*, tal qual consta no inciso II do § 5º do art. 492 do CPP, é erro crasso, revelador do profundo desconhecimento do tema.

Por tudo isso, é forçoso reconhecer a inconstitucionalidade da alínea e do inciso I do art. 492, bem como dos §§ 3º a 6º do CPP, reproduzindo-se, aqui, toda a glosa desenvolvida em relação à execução provisória da pena.

Não se desconhecem, em sentido contrário, os precedentes da 1ª Turma do STF, favoráveis à pronta execução das condenações provenientes do Tribunal do Júri<sup>29</sup>, sem adesão, contudo, do STJ, **mesmo antes** de o Pleno

<sup>29</sup> HC 144712, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 25-02-2019 PUBLIC 26-02-2019 – "...a Primeira Turma do STF já decidiu que **não** viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso..." (grifo nosso).

do STF voltar a **inadmitir** a execução provisória da pena privativa de liberdade<sup>30</sup>. A soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, da CRFB/88) conferiria suficiente estabilidade aos éditos condenatórios para, ainda em primeiro grau, inverter o estado (ou presunção) de inocência para o de culpado, sem ofensa ao art. 5º, LVII, da CRFB/88, afinal, o eventual provimento do apelo sujeitar-se-ia à constatação de haver sido a condenação **manifestamente** contrária à evidência dos autos (art. 593, III, d, do CPP). Tamanha reversão mostra-se improvável, porque, em atenção à dita soberania, a existência de material informativo/probatório **controverso** já bastaria à manutenção da condenação.

Além de toda a argumentação, já articulada, pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, invocar a soberania dos veredictos para abalizar constitucionalmente a execução provisória mostra-se de todo equivocado, distorcendo, por completo, o significado e o alcance dessa garantia fundamental.

O art. 5º, XXXVIII, da CRFB/88 anuncia, em primeiríssimo plano, a plenitude de defesa na alínea a, para, no inciso LV, apresentar a ampla defesa, por conseguinte, não podem ser tratadas como garantias justapostas. Inclusive sob o aspecto semântico, defesa **plena** é um *plus* em relação à defesa **ampla**. Com efeito, a última é oponível aos órgãos jurisdicionais em geral, norteados pelo princípio do livre convencimento **motivado** (art. 93, IX, da CRFB/88), logo, qualquer defesa, para ser cognoscível pelo juiz, precisa ser construída com lastro nos princípios, lei, doutrina e jurisprudência. O direito de defesa, embora amplo, não chega a ser **pleno**, pois conhece um **teto**, ditado pela razão, elemento imprescindível a todo e qualquer pronunciamento jurisdicional.

No Júri, todavia, tem-se o **pleno** exercício do direito de defesa, ou seja, mesmo teses **supralegais, sem respaldo técnico**, podem ser articuladas,

<sup>30</sup> AgInt no RHC 112.461/GO, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 08/10/2019 – “...Esta Corte de Justiça já se pronunciou no sentido de que ‘De qualquer modo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, salvo pontuais divergências, sempre entenderam que **a decisão do Tribunal do Júri não é imediatamente exequível**. A soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pela lei adjetiva penal. O fato de a Corte revisora, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o juízo rescisório, não provoca a execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento, com reexame de fatos e provas. (HC n. 478.945/ES, Quinta turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/03/2019)’...” (grifo nosso); HC 521.628/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019.

porquanto, do contrário, inexistiria a **plenitude** do direito de defesa, em afronta ao art. 5º, XXXVIII, a, da CRFB/88<sup>31</sup>.

Quando, no Plenário, pede-se a absolvição, *v.g.*, da mulher pelo homicídio do esposo, após tê-lo flagrado com a amante no próprio leito conjugal, ou do pai, pelo assassinato do estuprador da filha, mediante vários disparos de arma de fogo pelas costas, ou, ainda, porque passado longo tempo depois do acontecido, encontrando-se o réu inteiramente integrado à sociedade, de sorte que a pena seria estritamente retributiva, **nada de juridicamente relevante é alegado**. Nos dois primeiros exemplos haveria, sob um olhar exclusivamente técnico e racional, quando muito, um homicídio privilegiado, provavelmente qualificado pelo recurso que impossibilitou a defesa da vítima. No terceiro caso apresentado, nem isso, afinal o decurso temporal é indiferente para a tipicidade, ilicitude e culpabilidade da conduta, impactando, apenas, na punibilidade, presente, *v.g.*, a prescrição. Ainda assim, tais teses não só são articuláveis, como, muitas vezes, exitosas. A isso se somam vários recursos retóricos, cujo emprego pela defesa é admissível, mas despidos de conteúdo jurídico, como leituras bíblicas demonstrativas do valor do perdão, buscando, assim, uma absolvição por misericórdia.

Tudo isso somente é possível porque, no Júri, o Conselho de Sentença pauta-se pelo sistema da íntima convicção, **expressão da soberania dos jurados, sem a qual a plenitude de defesa jamais se concretizaria**. Por mais que sejam heresias jurídicas, se desenvolvidas a partir de elementos probatórios constantes no processo, não se pode dizer que, acolhê-las, atentaria contra a evidência dos autos. **É a soberania que confere estabilidade a esses veredictos, impedindo o tribunal de revertê-los em prol de novo julgamento por falta de amparo técnico-legal. A alínea c do inciso XXXVIII do art. 5º da CRFB/88 concretiza a a. A plenitude de defesa só existe por conta da soberania dos veredictos.**

À atuação do Ministério Público, por sua vez, a soberania dos veredictos é **neutra**, porque lhe cumpre indicar *os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais* (art. 129, VIII, 2ª parte, da CRFB/88), ou seja, ao se pronunciar pela condenação do réu, no plenário do Júri, o *Parquet* **há de fazê-lo motivadamente, por imperativo constitucional**. Eventual veredicto condenatório, embora desconhecida a *ratio decidendi*, porque sem fundamentação, tende a passar ao largo da teratologia jurídica, apresentando suficiente roupagem técnica, sem o risco de cassação pelo tribunal em prol de novo julgamento.

<sup>31</sup> PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 33.



A soberania dos veredictos surge, assim, não como uma garantia indistinta das partes, mas do réu, precipuamente porque imprescindível à efetividade da plenitude de defesa. Partindo dessa premissa, invocá-la para legitimar a execução provisória da pena, no Júri, ainda em primeiro grau, é um contrassenso, pois **um direito fundamental do acusado milita contra si**.

Inconstitucional é a Lei nº 13.964/19 quanto ao regramento dispensado à alínea e do inciso I do art. 492 do CPP, trazendo, a reboque, os §§ 3º a 6º.

### **3. DA NÃO ATUAÇÃO OFICIOSA DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE – LEI MARIA DA PENHA E CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO**

O processo penal cautelar brasileiro, especialmente no tocante às medidas de cunho pessoal, constrictivas da liberdade, tem passado por gradual depuração à luz do sistema acusatório. À medida em que a titularidade da ação penal pública foi confiada, privativamente, ao Ministério Público (art. 129, I, da CRFB/88), atuações oficiosas do juiz *pro societate* traduzem inconstitucional ingerência no exercício da pretensão punitiva estatal, incompatível com a equidistância que dele se exige, sem a qual inexistente imparcialidade, premissa de qualquer processo substancialmente devido – art. 5º, LIV, da CRFB/88.

Apesar de tal percepção dominar parte expressiva da doutrina nacional há bastante tempo, jamais sensibilizou os tribunais do país, inclusive o Superior Tribunal de Justiça<sup>32</sup> e o Supremo Tribunal Federal<sup>33</sup>. Por versar sobre medidas cautelares, implementadas com lastro em cognição **sumária**, encerrando valorações **precárias**, *rebus sic stantibus*, entendia-se pela incorrência de pré-julgamentos. A par disso, não se pode desprezar o aspecto político: a concretização do sistema acusatório importa, inevitavelmente, decotar os poderes oficiosos da magistratura. E toda proposta que envolve *perda de poder* sofrerá natural resistência daqueles por ela atingidos.

Não causa espécie, assim, que a depuração das (inúmeras) reminiscências inquisitórias tenha sido promovida, inteiramente, pelo Poder Legislativo,

<sup>32</sup> RHC 66.680/MG, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016.

<sup>33</sup> HC 126.501/MT, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/acórdão Min. Edson Fachin, 1ª TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 04/10/16 – "...3. Diante do disposto no art. 156 do CPP, **não se reveste de ilegalidade a atuação de ofício do Magistrado que, em pesquisa a banco de dados virtuais, verifica a presença de registros criminais em face do paciente...**" (grifo nosso).

na linha do defendido há décadas pela doutrina pátria. Destaca-se, nesse contexto, a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

O texto original do art. 311 do CPP autorizava o juiz a decretar, de ofício, a prisão preventiva incidentalmente ao inquérito e ao processo. Sensível às exigências de um processo genuinamente acusatório, mas sem concretizá-lo integralmente, a Lei nº 12.403/11 alterou o art. 311 para circunscrever a atuação oficiosa ao processo, descartando-a do inquérito.

Guiou-se pelo entendimento doutrinário intermediário, segundo o qual **seria admissível a performance judicial ex officio no curso do processo, por ser o juiz o condutor e presidente, diretamente interessado na preservação da sua efetividade, extensiva, por óbvio, à sentença. Na investigação, contudo, a proatividade seria demasiada e inadequada, por se estar em um universo inquisitório, no qual o protagonismo, por mandamento constitucional, é todo dos órgãos de repressão estatal – Polícia e Ministério Público –, considerados, respectivamente, os arts. 144 e 129, I, da CRFB/88.** Como a Lei nº 12.403/11 trouxe um regramento geral sobre as medidas cautelares pessoais, presente o art. 282, tal norma foi repetida no § 2º, a englobar as tutelas cautelares diversas da prisão, contempladas nos arts. 319 e 320 do CPP.

A Lei nº 13.964/19 **evoluiu**, significativamente, em relação à Lei nº 12.403/11, pois, a fim de materializar de vez o sistema acusatório, revisitou os citados § 2º do art. 282 e art. 311 do CPP para **decotar** o atuar *ex officio* do juiz **também** do **processo**. Doravante, apenas mediante provocação, em atenção ao princípio da inércia da jurisdição – *ne procedat iudex ex officio* –, pressuposto inalienável para qualquer apreciação jurisdicional efetivamente imparcial. Se o próprio titular da ação penal não vislumbrou necessária a constrição libertária cautelar, descabe ao juiz, de quem se exige neutralidade, entender diferentemente, mesmo já existindo processo em curso. A postura judicial, diante da pretensão acusatória formalizada, há de ser **desinteressada**, sem envolvimento, afinal a causa **não** é sua, e sim do Ministério Público ou do querelante. A procedência ou não do pedido, ao final do processo, há de ser decorrência de uma atividade intelectual fria e racional, despida de carga emocional ou ideológica. Como o magistrado é, antes de tudo, um ser humano, com suas experiências, valores, ideologia e visão de mundo acumuladas ao longo da vida, e não uma tábula rasa, tamanha neutralidade beira o inexequível. E, justamente por isso, o processo há de ser revestido de mecanismos que a potencializem, tolhendo, em contrapartida, os inexoráveis *preconceitos* ínsitos à natureza humana – varia, apenas,

a intensidade. Não permitir a atuação oficiosa é, inegavelmente, um deles, dos mais importantes, aliás.

Assim, nos termos do novel § 2º do art. 282 do CPP, “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz **a requerimento das partes** ou, quando no curso da investigação criminal, **por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público**” (grifo nosso). Em idêntico sentido, coloca-se o novo art. 311: “Em **qualquer fase** da investigação policial ou do **processo penal**, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **a requerimento** do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial” (grifo nosso).

A Lei nº 13.964/19, nesse particular, mostra-se coerente, haja vista a regra contida no art. 3º-A do CPP, de idêntico jaez, porém voltada para as cautelares probatórias, igualmente impedindo o atuar *ex officio* do juiz – “o processo penal terá estrutura acusatória, **vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação** e a **substituição da atuação probatória do órgão de acusação**” (grifo nosso).

A interpretação sistemática desses dispositivos **aclara** o sentido de outros, igualmente alterados pela Lei nº 13.964/19, que, se lidos açodadamente, passariam a (falsa) impressão de subsistência da atuação oficiosa do juiz, em determinadas hipóteses.

O primeiro desses preceitos é o inserto no § 5º do art. 282 do CPP, ao preconizar que “o juiz poderá, **de ofício** ou a pedido das partes, **revogar** a medida cautelar ou **substituí-la** quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, **se sobrevierem razões que a justifiquem**” (grifo nosso). Como o dispositivo alude, *aparentemente* sem diferenciar, à revogação, substituição ou retomada da tutela cautelar pessoal, de ofício ou a pedido das partes, poder-se-ia sustentar que, embora o juiz não pudesse, na origem, implementar, oficiosamente, medidas constritivas libertárias, nada impediria, depois de afastá-la, retomá-la de ofício, sobrevivendo motivos para tanto.

Tamanha textualidade, todavia, deságua em conclusão irracional e incoerente. Diz o § 4º do art. 282 do CPP, igualmente reformado pela Lei nº 13.964/19, que, “no caso de **descumprimento** de qualquer das obrigações impostas, o juiz, **mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante**, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código” (grifo nosso). Ora, **se mesmo ante a inobservância injustificada da tutela cautelar pessoal imposta,**

a imposição de outras, mais gravosas, em substituição ou reforço, incluindo, em última análise, a prisão preventiva, **depende de prévia provocação**, o que dizer dos demais casos... Assim há de ser interpretado o § 5º do art. 282 do CPP, atrelando-o aos §§ 2º e 4º e ao art. 311.

A referência à atuação *ex officio* contida no dispositivo restringe-se à **revogação** da tutela cautelar ou à sua **substituição** por outra, menos drástica, hipóteses nas quais o juiz não só pode, como **deve**, agir oficiosamente, afinal, na qualidade de guardião das liberdades individuais, a sua atuação independe de prévia provocação das partes. Não se diga que tal inteligência gera *disparidade de armas*, melindrando a isonomia, porque **assim prega a própria Constituição**. A liberdade é a **regra**, tanto que o art. 5º, LX, anuncia que **"ninguém será preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária **competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (grifo nosso), vinculando a constitucionalidade de qualquer constrição libertária à **competência** jurisdicional. Contudo, ao cuidar do relaxamento da prisão, a Carta de 1988 **dispensa** a competência como pressuposto para o seu implemento, bastando satisfazer a **reserva de jurisdição**, ou seja, partir de órgão **jurisdicional**. Ao preconizar, no inciso LXV do art. 5º, em tom peremptório, que "a prisão ilegal **será** imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" (grifo nosso), o silêncio quanto à competência foi **eloquente**. Nesse sentido, a propósito, já se manifestou o Pleno do STF na ADI 4.414 (relator o Min. Luiz Fux, julgamento em 31/05/2012), merecendo destaque, porque autoexplicativo e didático, o seguinte trecho da ementa:

...16. **O juízo incompetente pode**, salvante os casos de erro grosseiro e manifesta má-fé, em hipóteses de urgência e desde que haja dúvida razoável a respeito do órgão que deve processar a causa, **determinar o relaxamento de prisão ilegal, remetendo o caso, em seguida, ao juiz natural, configurando hipótese de *translatio iudicii* inferida do art. 5º, LXV, da Carta Magna, o qual não exige a competência da autoridade judiciária responsável pelo relaxamento, sendo certo que a complexidade dos critérios de divisão da competência jurisdicional não pode obstaculizar o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB)...** (grifo nosso).

Finalmente, o inciso LXVIII do art. 5º, também **imperativamente**, afirma que **"conceder-se-á *habeas corpus*** sempre que alguém sofrer ou se

achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (grifo nosso), presumindo o deferimento mesmo oficioso, explicitado no art. 654, § 2º, do CPP.

Não por acaso, **toda a primeira parte do § 5º do art. 282 do CPP, no qual surge a previsão de atuação *ex officio*, volta-se para a revogação da medida cautelar ou a sua substituição por outra mais branda**, não extensível, portanto, à parte final, concernente à decretação.

Todas as considerações acima, incluindo a última, de cunho topográfico, irradiam-se ao *caput* do art. 316 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/19.

O citado dispositivo sempre realçou o caráter *rebus sic stantibus* da prisão preventiva, variando a necessidade desta conforme o estágio no qual estivesse a persecução penal, daí o texto anterior à Lei nº 13.964/19 dizer que "o juiz poderá **revogar** a prisão preventiva se, **no correr do processo**, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de **novo decretá-la**, se **sobrevierem** razões que a justifiquem" (grifo nosso). Incomodava na redação, dada pela Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, o tom **facultativo** conferido ao pronunciamento **revocatório** – *poderá* –, ao invés de **mandatório** – *revogará* ou *deverá revogar* –, afinal, se insubsistentes os fundamentos ensejadores da prisão preventiva, revogá-la é **dever**, e não mera faculdade. A inação desafia, inclusive, *habeas corpus*, segundo explicita o inciso IV do art. 648 do CPP – "A coação considerar-se-á **ilegal**: ... IV – quando houver **cessado** o motivo que autorizou a coação" (grifo nosso).

Essa imprecisão foi corrigida pela Lei nº 13.964/19, ao preconizar, assertivamente, que "o juiz poderá, **de ofício** ou a pedido das partes, **revogar** a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, **verificar a falta de motivo para que ela subsista**, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem" (grifo nosso). Mais uma vez, a menção ao atuar judicial *ex officio* vem anunciada na primeira parte do preceito, ao lado da referência à revogação da prisão preventiva, **não se estendendo à segunda parte, atinente à nova implementação da custódia**, considerado o disposto no art. 311, em reforço ao asseverado no art. 282, §§ 2º e 4º, do CPP. A interpretação sistemática e integrada desses artigos elide qualquer possibilidade de decretação oficiosa da prisão preventiva, que a leitura textual, isolada e apressada do novel *caput* do art. 316 do CPP possa sugerir.

Finalmente, mas não menos importante, indaga-se: as demais atuações cautelares *ex officio* do juiz, previstas na legislação extravagante, persistem?

Invocando-se, literalmente, o princípio da especialidade, em prol de um positivismo exacerbado e acrítico, a resposta seria **positiva, supondo eloquente o silêncio do legislador**. Contudo, definitivamente não é a melhor, nem a mais apropriada, via hermenêutica, até por nada exigir do intérprete, além da alfabetização.

O ordenamento processual penal brasileiro é um mosaico. Apesar de o Código de Processo Penal ser o eixo central, *n* temas importantíssimos vêm disciplinados em leis próprias. O legislador haveria de ter invejáveis memória e visão holística da ordem normativa pátria para, ao promover reformas adjetivas penais de cunho geral, lembrar-se de todos os dispositivos especiais correlatos aos que serão modificados. Longe de configurar silêncio proposital, não os alcançar traduz singelo esquecimento, cumprindo à doutrina e à jurisprudência a tarefa de sanar essas antinomias e suprir essas lacunas em prol da construção de um sistema normativo minimamente harmônico, coerente e linear, ao invés de transformá-lo em uma colcha de retalhos estanques e incomunicáveis entre si.

O fenômeno não é novo, haja vista a mudança na topografia do interrogatório, promovida pelas Leis nº 11.719 e 11.689, ambas de 2008, transferindo-o de primeiro para último ato instrutório nos procedimentos comum ordinário e sumário (arts. 400, *caput*, e 531 do CPP) – no sumariíssimo assim já era, *ex vi* do art. 81 da Lei nº 9.099/95 –, bem como no júri, consideradas a primeira e a segunda fases (arts. 411, *caput*, e 474, *caput*, do CPP). A inovação potencializou a autodefesa e, por conseguinte, a ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88), porquanto, ao ser interrogado, o réu teria um panorama completo do acervo probatório coligido ao longo do processo, ajustando as declarações que viesse a prestar a tal cenário, mesmo porque precedidas das orientações da defesa técnica, com quem se entrevista, antes, pessoal e reservadamente (art. 185, § 5º, do CPP). Sem falsos pudores ou moralismos baratos, a depender do desenrolar da instrução, a propensão inaugural à confissão pode converter-se no silêncio, presente a produção de provas insatisfatórias à acusação, ou a aparentemente firme negativa de autoria convola-se em confissão, diante de uma instrução criminal absolutamente desfavorável ao réu, já pensando, *v.g.*, em utilizá-la para compensar com a reincidência patenteadada nos autos. Circunscrever esse inegável avanço, em termos de ampla defesa, aos ritos comum e do júri, embora seja o primeiro aplicável subsidiariamente a todos os demais, inclusive aos previstos em lei especial (art. 394, §§ 2º e 5º, do CPP), **violaria a vedação ao retrocesso**,

**em sede de garantias fundamentais**, como é a ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88), e **desvirtuaria o princípio da especialidade, ignorando-lhe a ratio essendi**.

Com efeito, o princípio da especialidade decorre da **insuficiência** do regramento geral. A partir do momento em que a hipótese fática contemplada na norma padrão apresenta uma variante cujas peculiaridades nela não encontram equacionamento adequado, cria-se um preceito, **especificamente** voltado para a última, que, doravante, passa a prevalecer sobre o geral. Essa é a razão de ser do princípio da especialidade.

Se, entretanto, dispositivos especiais limitam-se a **reproduzir** o paradigma, **inexiste ruptura, mas reiteração**. Assim, alterado este, é natural que tais modificações compreendam todas as **reedições**, em prol de uma **linearidade sistêmica**. Pois assim, felizmente, decidiu o Pleno do STF acerca da topografia do interrogatório, realocando-o para o último ato instrutório mesmo em procedimentos que o posicionavam como primeiro, justamente por serem ritos anteriores às Leis nº 11.719/08 e 11.689/08, que, longe de qualquer proposta diferenciada do padrão então em vigor, limitaram-se a repeti-lo. E, à época, o interrogatório inaugurava a instrução. Modificado o paradigma para melhor, presente a ampla defesa, garantia fundamental, tal evolução estende-se a todos os demais procedimentos. Assim fez o Pleno do STF, primeiramente em relação à Lei nº 8.038/90, revisitando o art. 7º (ações penais de competência originária dos tribunais superiores)<sup>34</sup>, e, depois, à Lei nº 11.343/06, considerado o art. 57 (entorpecentes), espraiando esse entendimento aos demais ritos<sup>35</sup>. Mas, sempre, com muita resistência do STJ – malgrado tenha se curvado à orientação do STF<sup>36</sup>, prendeu-se, durante muito tempo, ao princípio da especialidade, invocando-o acriticamente<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> AP nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24/03/11, DJe de 08/06/11.

<sup>35</sup> HC nº 127.900/AM, rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/03/16, DJe de 03/08/16 – "...a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado..." (grifo nosso).

<sup>36</sup> RHC 39.287/PB, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017; HC 390.707/SC, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017.

<sup>37</sup> HC 275.070/SP, rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 05/03/2014; HC 218.200/PR, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/08/2012.

A Lei nº 13.964/19 reedita o fenômeno, dessa vez no âmbito das cautelares constritivas da liberdade. Em verdade, a discussão foi iniciada pela Lei nº 12.403/11, pois, ao limitar a atuação *ex officio* do juiz ao processo, eliminando-a na investigação, em virtude da redação dada aos arts. 282, § 2º, e 311 do CPP, estabeleceu um (aparente) conflito com regras como a do art. 20 da Lei nº 11.340/06, segundo a qual a prisão preventiva, seja incidental ou preparatória à ação penal, comporta pronunciamento *ex officio* do juiz, e a do art. 294, *caput*, da Lei nº 9.503/97, a prever o mesmo no tocante às cautelares de suspensão da carteira nacional de habilitação (CNH) ou proibição de obtê-la, antinomias essas há muito identificadas por nós<sup>38</sup>. A Lei nº 13.964/19 apenas as potencializou, ao eliminar a postura oficiosa do juiz também durante o processo.

A supressão dos poderes oficiosos do juiz reforça o sistema acusatório (art. 129, I, da CRFB/88) e, por consequência, a imparcialidade judicial, traduzindo outro avanço em sede de garantias fundamentais, a ser estimulado, ao invés de tolhido, em apreço à vedação ao retrocesso. Os dispositivos acima, de 2006 e 1997, respectivamente, limitaram-se a replicar o paradigma então vigente, versado no art. 311 do CPP – oficiosidade da prisão preventiva, independentemente da etapa persecutória. Modificado este, primeiro para suprimir o atuar judicial *ex officio* na investigação (Lei nº 12.403/11) e, depois, para extirpá-lo de vez, inclusive no processo (Lei nº 13.964/19), é inexorável estender essas mudanças no padrão aos dispositivos que o repetiram. Assim, também nos universos da violência doméstica ou familiar contra a mulher e dos crimes de trânsito, incluindo o art. 278-A, § 2º, cuja redação remonta à Lei nº 13.804, de 10 de janeiro de 2019, **anterior** à Lei nº 13.964/19, **não mais subsiste a atuação *ex officio* do juiz**, seja no processo ou na investigação.

A resistência à inovação e à sua amplitude será enorme, similar à verificada na mudança topográfica do interrogatório.

No caso específico da Lei nº 11.340/06, invocar-se-ão o princípio da proibição à proteção deficiente, somado aos compromissos convencionais assumidos pelo Brasil, além do art. 4º da Lei Maria da Penha – “na interpretação desta Lei, **serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar**” (grifo nosso) – para, em reforço ao princípio da especialidade, conservar, intocado, o art. 20. Eliminar, de todo, a atuação

<sup>38</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 32-35.



*ex officio* do juiz, igualmente no âmbito da violência doméstica ou familiar contra a mulher, em nada fragiliza a proteção estatal às vítimas de identidade de gênero feminino, porque inexistente, no país, capilaridade superior à policial, logo, verificada, na investigação, a necessidade da prisão preventiva, basta ao delegado representar ao juiz competente, nos moldes do art. 311 do CPP. E, incidentalmente ao processo, ainda que o Ministério Público não o faça, a ofendida, enquanto assistente de acusação e destinatária direta da tutela, poderá fazê-lo, forte no mesmo dispositivo legal.

Já no universo dos crimes de trânsito, aduz-se, em prol da manutenção do *status quo* normativo, o art. 278-A do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), pois a Lei nº 13.804, de 10 de janeiro de **2019**, ao preconizar, no *caput*, que “o condutor que se utilize de veículo para a prática do crime de recepção, descaminho, contrabando, previstos nos arts. 180, 334 e 334-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), condenado por um desses crimes em decisão judicial transitada em julgado, terá cassado seu documento de habilitação ou será proibido de obter a habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 5 (cinco) anos”, anunciando, no § 2º, que, “no caso do condutor preso em flagrante na *prática dos crimes de que trata o caput* deste artigo, **poderá o juiz, em qualquer fase da investigação ou da ação penal**, se houver necessidade para a garantia da ordem pública, como medida cautelar, **de ofício**, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, **decretar**, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção” (grifo nosso), **desautoriza a incidência da Lei nº 12.403/11, porque lhe é posterior, reafirmando a permissão à atuação oficiosa do juiz na investigação e no processo, incluindo a prevista no art. 294, cabeça, originária de 1997 – “em qualquer fase da investigação ou da ação penal**, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, **poderá o juiz**, como medida cautelar, **de ofício**, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, **decretar**, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção” (grifo nosso). Diante dessa linha argumentativa, abeberar-se no princípio da especialidade faria todo o sentido.

Sem embargo, a Lei nº 13.964/19 é **posterior** à Lei nº 13.804/19. A última reproduziu, no § 2º do art. 278-A do CTB, o padrão contido no art. 294, cabeça, que, por sua vez, é reedição do existente em 1997, quando

inexistiam limites à atuação oficiosa do juiz, fosse na investigação ou no processo, haja vista o então art. 311 do CPP. Rompido esse paradigma pela Lei nº 13.964/19, suprimindo de vez qualquer atuar *ex officio* do juiz no âmbito das medidas cautelares pessoais – e a suspensão da CNH ou a proibição de obtê-la impactam no direito ambulatorial, senão para impedir a circulação, mas para dificultá-la – irradia-se a quebra paradigmática aos dispositivos que nele se basearam.

Apesar da suspensão cautelar da eficácia do art. 3º-A do CPP pelo Ministro Luiz Fux, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.305, extensível às de nº 6.298, 6.299 e 6.300 – reveladora, aliás, de **patente erro material**, motivado pela topografia, porque, embora situado sob a epígrafe do juiz das garantias, **não versa sobre o tema** –, o dispositivo escancara a preocupação do legislador em dar um basta à atuação *ex officio* do juiz para além das medidas cautelares pessoais. Isso porque, após repetir o contido no art. 129, I, da CRFB/88 – “o processo penal terá estrutura acusatória” –, diz estarem “**vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação**” (grifo nosso). Nessa esteira, pelas mesmas razões apresentadas acima, o atuar cautelar probatório oficioso do juiz, contemplado no CPP e na legislação extravagante, torna-se **insubsistente**. Exemplo emblemático disso extrai-se na Lei nº 9.296/96: embora o art. 3º, original de 1996, autorize o juiz a implementar, *ex officio*, a interceptação telefônica, seja preparatória ou incidental à ação penal, a Lei nº 13.964/19, ao introduzir, no art. 8º-A, a captação ambiental, **rompe** com essa sistemática, condicionando-a à representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, **sem** reeditar a possibilidade de atuação oficiosa. O silêncio a respeito é eloquente pela inadmissibilidade da oficiosidade, partindo da premissa de que o citado art. 3º tampouco teria resistido ao novel art. 3º-A do CPP, afinal, do contrário, a Lei nº 9.296/96 passaria a abrigar o seguinte contrassenso: a interceptação telefônica persistiria oficiosa, enquanto a ambiental, não. Irracionalidades como essa carecem de decote, e não de endosso.

Finalmente, a Lei nº 13.964/19 calou-se em relação às medidas cautelares reais. Embora haja promovido mudanças no capítulo do CPP a elas dedicado – vide arts. 122, 124-A, 133 e 133-A –, **conservou incólume o art. 127**, original de 1941, segundo o qual “o juiz, **de ofício**, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, **poderá ordenar o sequestro**, em **qualquer fase do processo** ou

ainda **antes** de oferecida a denúncia ou queixa” (grifo nosso). Justamente por ter alterado parcialmente o capítulo do Código reservado às medidas assecuratórias, o silêncio quanto ao art. 127 seria eloquente, e não mero esquecimento, a justificar a invocação do princípio da especialidade. Por essa inteligência, outros dispositivos persistiriam intocados, como o art. 4º, cabeça, da Lei nº 9.613/98 (lavagem de capitais), com redação dada pela Lei nº 12.683/12 – “o juiz, **de ofício**, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes” (grifo nosso).

A prevalecer tal compreensão, o processo penal cautelar notabilizar-se-ia pela heterogeneidade: depurado à luz do sistema acusatório, quando versasse sobre provas e constringências libertárias; inquisitivo, em se tratando de restrições patrimoniais, em razão da oficiosidade judicial. Inexistindo lógica por detrás dessa (aparente) distinção, e sendo as reminiscências inquisitórias (*ex officio*) **anteriores** à Lei nº 13.964/19, encontram-se pela própria abarcadas, garantindo uma uniformidade de tratamento. Inaceitável, doravante, é o atuar de ofício do juiz, incluindo as tutelas cautelares reais.

## 4. CONCLUSÃO

1. A indisfarçável natureza cautelar da prisão preventiva conduz à inconstitucionalidade das vedações liminares, em abstrato, à liberdade provisória, bem como da execução provisória da pena, mesmo quando provier do Tribunal do Júri, por ser a soberania dos veredictos garantia primordial do acusado, sendo ilógico invocá-la em seu desfavor.

2. A Lei nº 13.964/19, apesar dos inúmeros defeitos e incongruências internas, alinhou-se ao art. 129, I, da CRFB/88 na concretização de um processo penal genuinamente acusatório. A eliminação explícita da atuação *ex officio* do juiz em sede cautelar pessoal e probatória irradia-se para as cautelares reais, extirpando toda e qualquer previsão de oficiosidade judicial ainda existente na legislação, incluindo a extravagante.

## 5. REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.


LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. Salvador: JusPodivm, 2011.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Ações constitucionais impugnativas no processo penal. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coords.). *O Projeto do Novo Código de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. IV. 25. ed. São Paulo, 2003.



---

**DO ACORDO  
DE NÃO  
PERSECUÇÃO  
PENAL NA LEI  
Nº 13.964/2019**

---

# DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA LEI Nº 13.964/2019

**Mariana Py Muniz Cappellari**

Doutoranda em Ciências Sociais pela PUCRS  
Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS (2013)  
Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2010)  
Especialista em Direito Privado pela UNISINOS (2004)  
Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul  
Professora da Pós-graduação Especialização em Direito Penal  
e Processo Penal da FEEVALE  
mpymuniz@hotmail.com

**Resumo:** A ideia do presente trabalho é fomentar a discussão e a reflexão, através de uma análise, com comentários, do artigo 28-A do Código de Processo Penal, o qual restou inserido nesse diploma legal por meio do advento da Lei nº 13.964/2019, o chamado Pacote Anticrime. Assim, o texto expõe algumas primeiras impressões, em comentários ao artigo 28-A, por meio de uma análise técnico-jurídica e sociológica, do impacto do referido instituto, seja no plano processual, seja no plano fático, mais propriamente, no que diz com o sistema prisional brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito processual penal. Código de Processo Penal. Lei nº 13.964/2019. Artigo 28-A. Acordo de não persecução penal.

Quando penso a respeito das minhas primeiras impressões no que diz com as alterações operadas pela Lei nº 13.964/2019 em diversos dispositivos e diplomas legais, entre eles o Código de Processo Penal, o qual nos toca com a inserção do artigo 28-A, que estabelece o chamado acordo de não persecução penal, entendo que é possível e necessário proceder-se a duas espécies de análise. Uma mais jurídica, outra, digamos, mais sociológica. O que pretendo desenvolver na sequência.

Juridicamente, a primeira questão que desponta diz com o nome do próprio instituto inserido no Código de Processo Penal, pois falamos de acordo, algo que se estabelece no interior do que entendemos por Justiça negocial, um mecanismo consensual com uso muito frequente em países

que adotam o sistema jurídico da *Common Law*, diferentemente do nosso caso, onde se estabelece um ajuste, um pacto, uma convenção entre duas partes, mediante requisitos, condições e direitos.

Aliás, tal espécie de acordo, ainda que já de certa forma estabelecida no interior do sistema jurídico brasileiro – vide a Lei dos chamados Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) –, suscitou em Wunderlich e Reale Júnior<sup>1</sup> a formulação da expressão “americanização do Direito,” exatamente porque entendem os autores que a adoção do referido instituto se mostraria muito mais enquanto a aplicação de um *americanismo* do que propriamente uma solução necessária em face do nosso contexto, operando como meio de solução para uma justiça de massa e como fórmula para estancar o volume de processos.

Ora, conforme veremos na sequência, em um sistema que tem por base a inquisitorialidade, o qual se assenta em uma cultura punitiva e que mantém a raiz do próprio Código de Processo Penal Brasileiro, gestado em 1941, sob a influência do fascismo italiano, em período de mais uma ditadura brasileira, seria ingênuo pensar-se o acordo de não persecução penal enquanto solução; seja para uma justiça que opera seletivamente para a ‘massa’, aqueles cujos marcadores sociais são constantemente alvo do sistema, seja enquanto forma de estancar o crescimento volumoso dos processos, considerando que nesse ponto importa a política de segurança pública ditada no país – ou não ditada, mas vigente –, uma vez que a quase totalidade dos processos criminais que tramitam nas varas criminais do país é oriunda de autos de prisão em flagrante delito, portanto, pela ação e seleção operada na ponta pelas polícias militares. Nesse sentido, impressiona a análise formulada por Jesus<sup>2</sup> no que diz com os processos criminais por tráfico de drogas em São Paulo/SP.

Voltaremos a essa questão, entre outras, quando da análise socio-lógica, mas quero aqui primeiro atentar para a análise jurídica do instituto, por isso também importa conceituar persecução penal, afinal, o nome do instituto tende a nos fazer crer em um acordo, uma convenção, estabelecida entre partes, com o intuito de evitar o que seja a persecução penal.

---

<sup>1</sup> WUNDERLICH, Alexandre; REALE JÚNIOR, Miguel. Justiça negociada e o vazio do Projeto Anticrime. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*. Edição especial, n. 318, mai. 2019, p. 6-8.

<sup>2</sup> JESUS, Maria Gorete Marques de. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

Mas, nesse ponto, Jardim e Amorim<sup>3</sup> são precisos, na medida em que ensinam e relembram que a persecução penal é uma atividade estatal que busca elucidar a autoria e a existência de uma infração penal, através de duas fases: uma administrativa, realizada pela polícia investigativa ou chamada de judiciária; e uma processual, desenvolvida perante o Poder Judiciário.

Dessa forma, os mesmos autores dão conta de que, no caso em questão, o chamado acordo não poderia se denominar de não persecução penal, uma vez que esta já estaria iniciada quando da sua realização, pois já existiria investigação, tendo acesso a acusação a esses elementos e informações. Por conseguinte, uma vez efetivado o acordo, tal persecução penal, conforme apontam os autores, teria inclusive se ultimado com êxito, na medida em que o acordo enseja a aplicação de sanção penal.

A bem da verdade, e seguimos com os mesmos autores, a redação do texto não é boa e peca na técnica também, dando validação, quase na sua integralidade, às Resoluções de nº 181 e 183 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que tratam do procedimento investigatório desse órgão, as quais, à época em que estabelecidas, foram suscitadas como formal e materialmente inconstitucionais, não apenas pela reserva de lei, de acordo com o art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988, mas também porque admitiam, ao estabelecer o referido acordo, a aplicação de sanção penal sem o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, violando diversos dispositivos constitucionais, nos termos do seu artigo 5º, os quais se constituem em direitos humanos fundamentais.

Assim, Jardim e Amorim<sup>4</sup> apontam para o fato de que a Lei nº 13.964/2019 pode ser vista enquanto um avanço porque soluciona o problema da inconstitucionalidade formal, passando o instituto a ter sede legal, uma vez que exige sentença homologatória e execução perante uma Vara de Execução Criminal (art. 28-A, § 6º), mas no entanto tal não se opera em âmbito material.

E para os mesmos autores outro problema de ordem formal agora se impõe, na medida em que o instituto do acordo de não persecução penal não

---

<sup>3</sup> JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.964/2019: aspectos processuais*. Disponível em: < <https://emporiododireito.com.br/leitura/primeiras-impressoos-sobre-a-lei-n-13-964-19-aspectos-processuais>>. Acesso em: jan. 2020.

<sup>4</sup> JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.964/2019: aspectos processuais*. Disponível em: < <https://emporiododireito.com.br/leitura/primeiras-impressoos-sobre-a-lei-n-13-964-19-aspectos-processuais>>. Acesso em: jan. 2020.



se trata de inovação, mas, conforme nota técnica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM<sup>5</sup>, de uma “nova transação penal”. Afinal, ambos os institutos (acordo de não persecução penal e transação penal) possuem uma série de características comuns – no que diz com o momento de proposta, requisitos, iniciativa de solução consensual antes do oferecimento da denúncia, finda a investigação preliminar e não sendo caso de arquivamento, regulados pela pena máxima prevista para o suposto crime e por análise subjetiva dos antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias, limitado o acordo a cada cinco anos e a outras propostas consensuais, tendo-se a iniciativa do Ministério Público com assistência da defesa e homologação pelo juiz, em audiência, dados ao juiz poderes para rejeitar, se abusivo, insuficiente (?) ou inadequado, não valendo para efeito de antecedentes –, diferenciando-se apenas na necessidade de confissão, no nosso caso, e de cabimento em crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, bem como em certas condições.

Esmiuçaremos melhor o artigo de lei na sequência, mas não sem antes voltarmos a Jardim e Amorim<sup>6</sup>, pois de acordo com os mesmos há um obstáculo intransponível, nesse ponto, para que se considere o artigo 28-A compatível com a Constituição Federal, isso porque, enquanto amplia o uso da transação penal, permite essa modalidade de instituto para além da competência constitucionalmente estabelecida aos Juizados Especiais Criminais, nos termos do art. 98, inciso I, da CF/88, por isso a nota técnica do IBCCRIM<sup>7</sup> sugere alteração na Lei nº 9.099/95, sob pena de incompatibilidade constitucional.

Mas, ainda que se superasse a questão formal, penso que não se vence a inconstitucionalidade material exposta na redação do artigo de lei e na estrutura própria do instituto. Vejamos.

A exigência da confissão e o incremento do poder do Ministério Público, com o afastamento do controle jurisdicional, por exemplo, reduzem

---

<sup>5</sup> IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Nota técnica sobre Pacote Anticrime*. Disponível em: < [https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota\\_Tecnica\\_Pacote\\_Anticrime.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf)>. Acesso em: jan. 2020.

<sup>6</sup> JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.964/2019: aspectos processuais*. Disponível em: < <https://emporiododireito.com.br/leitura/primeiras-impressoes-sobre-a-lei-n-13-964-19-aspectos-processuais>>. Acesso em: jan. 2020.

<sup>7</sup> IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Nota técnica sobre Pacote Anticrime*. Disponível em: < [https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota\\_Tecnica\\_Pacote\\_Anticrime.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf)>. Acesso em: jan. 2020.

as garantias individuais, mostrando-se o acordo de não persecução penal, conforme o IBCCRIM<sup>8</sup>, uma versão piorada da transação penal.

Há um agigantamento da acusação, uma vez que o acordo poderá ser proposto apenas pelo Ministério Público<sup>9</sup>, em caso de não arquivamento, portanto, já efetuada a análise ministerial da autoria e da materialidade da infração, com base na investigação ou em outros elementos informativos, e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente, mas isso apenas se o Ministério Público entender necessário e suficiente o acordo para a reprovação e prevenção do crime, o que está disposto da mesma forma no artigo 59 do Código Penal, o coração da pena, ou da sua aplicação.

Veja-se, não se enxerga acordo, convenção, mas disparidade de armas. Como se aferem a necessidade e a suficiência para reprovação e prevenção do crime? É juízo de discricionariedade do Ministério Público? Mas e o princípio da legalidade penal?

O *caput* do art. 28-A do CPP, ainda, aduz a necessidade de condições ajustadas cumulativa e alternativamente, em evidente má e errônea redação técnica, uma vez que ou cumulo ou alterno alguma coisa. Para Moreira<sup>10</sup>, no entanto, a redação ensejaria interpretação no sentido de que os quatro primeiros incisos se cumulam, sendo apenas alternativo o inciso V.

Qual o poder do investigado no acordo das condições? É um acordo ou uma adesão? Porque, se confesso um crime, tenho evidentemente a aplicação de uma sanção penal, dentro do que o Ministério Público entende viável e possível, abrindo mão do devido processo legal e sabendo que a minha confissão estará ali presente e documentada.

Aí questiono: acaso o acordo seja rescindido, como fica essa confissão? Não nos esqueçamos do peso probatório que é dado a ela. Nesse ponto, não há como pensar o acordo do artigo 28-A sem o juiz de garantias, já suspenso pelo Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Nota técnica sobre Pacote Anticrime*. Disponível em: < [https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota\\_Tecnica\\_Pacote\\_Anticrime.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf) >. Acesso em: jan. 2020.

<sup>9</sup> De acordo com Moreira, há impossibilidade, inclusive, de oferecimento do acordo no âmbito da ação penal privada, uma vez que o Ministério Público não teria legitimidade a tanto, tampouco o juiz, diante da ausência de previsão legal. O que pode ser objeto de questionamento, tal como ocorre nos Juizados Especiais Criminais, em relação à transação penal. MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O acordo de não persecução penal*. Disponível em: < <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-acordo-de-nao-persecucao-penal> >. Acesso em: jan. 2020.

<sup>10</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O acordo de não persecução penal*. Disponível em: < <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-acordo-de-nao-persecucao-penal> >. Acesso em: jan. 2020.

<sup>11</sup> Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1> >. Acesso em: jan. 2020.

Mas sigamos na análise do artigo, porque as inconstitucionalidades seguem também. Em relação aos cinco primeiros incisos do art. 28-A, os quais dizem com as suas condições, verifica-se a reprodução do texto das Resoluções nº 181 e 183 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP<sup>12</sup>: a reparação do dano ou a restituição da coisa, salvo a impossibilidade de fazê-lo; a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime (aqui, mais uma vez se amplia o poder e a discricionariedade da acusação, transmutando-se a renúncia, que deve ser voluntária, em forçada, de certa forma um confisco, na medida em que não há espaço para barganha, devendo-se questionar até que ponto é possível a renúncia de direitos); a prestação de serviços à comunidade por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços; a prestação pecuniária, que, diferentemente do art. 45 do Código Penal, não pode ser destinada à vítima ou a seus dependentes; e o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Nesse ponto, mais uma vez se enxerga o incremento do Ministério Público em detrimento do Poder Judiciário. Se aberto espaço para a defesa, até se poderia saudar a paridade de armas e a concretude do sistema acusatório, o que não se vê aqui. Sinale-se, tal como o IBCCRIM<sup>13</sup> em nota técnica, que a expansão do poder do Ministério Público no acordo de não persecução penal se reflete no estabelecimento de qualquer condição extraordinária, sem previsão taxativa em lei, e na obtenção de confissão do crime sem apresentação de denúncia formal, sendo que o descumprimento do acordo traz consequências mais gravosas do que a própria transação penal, conforme § 10 do art. 28-A do CPP.

Aqui, enunciados da Defensoria Pública de Minas Gerais sugerem que o prazo do inciso V não pode ser superior àquele do inciso III, porque condições genéricas não se sobrepõem à obrigação de natureza penal.

Na sequência do artigo se vê no § 1º a adoção do que já encontra assento em súmulas do STJ e do STF, no que diz com a consideração das causas de aumento e de diminuição da pena aplicáveis à espécie, para aferição da pena mínima cominada ao delito. Assim, embora o acordo não

<sup>12</sup> Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br>>. Acesso em: jan. 2020.

<sup>13</sup> IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Nota técnica sobre Pacote Anticrime*. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota\\_Tecnica\\_Pacote\\_Anticrime.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf)>. Acesso em: jan. 2020.

caiba naqueles delitos em que a pena mínima seja igual ou superior a quatro anos, caberá se presente causa de diminuição de pena, como, por exemplo, no tráfico privilegiado.

O § 2º elenca as hipóteses nas quais o acordo não se aplica. O seu inciso I retira essa possibilidade, acaso cabível a transação penal, da competência dos Juizados Especiais Criminais, ainda que amplie o instituto da transação penal, com raiz exatamente na Lei nº 9.099/95; o inciso II é a mostra mais literal do direito penal do autor, reprimidora da criminologia positivista etiológica, que permanece na raiz da racionalidade penal moderna, conforme Álvaro Dias<sup>14</sup> nos mostra.

Há, aqui, nítida violação do princípio da culpabilidade, ao não permitir o acordo ao investigado reincidente ou na presença de elementos probatórios (quais? estamos em sede de investigação, em que devo falar de atos de investigação e não de atos de prova, uma vez que esta requer contraditório) que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (ou seja, não sobra mais nada ao juízo de discricionariedade do Ministério Público); exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas. Mas quem dirá o que é insignificante, o que é conduta habitual, reiterada ou profissional? Mais uma vez a lei abandona o princípio constitucional da legalidade.

O inciso III traz o prazo de cinco anos, tal como a transação penal o faz, impedindo novo acordo, transação ou suspensão condicional do processo. E o inciso IV retira a aplicação do acordo dos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, em favor do agressor.

O acordo deve ser por escrito, firmado pelo Ministério Público, investigado e defesa e sua homologação se dará em audiência, na qual o juiz verificará a voluntariedade e a legalidade. Nas resoluções do CNMP tal pode se dar na custódia, o que talvez venha a ocorrer na prática, até pela "legalização" (entre aspas porque para nós seria desnecessária, haja vista a previsão em tratado internacional de proteção dos direitos humanos ratificado pelo Brasil) da audiência de custódia por meio também da Lei nº 13.964/2019.

O § 5º, no entanto, suscita fiscalização permanente, porque, embora pretenda dar ao juiz uma espécie de controle do poder ministerial, o que até soa importante, coloca o julgador em posição inquisitorial, contrária à Constituição Federal e ao estabelecimento do próprio juízo de garantias, quando prevê que o juiz, ao entender insuficientes as condições, devolverá

<sup>14</sup> DIAS, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, mar. 2004, p. 39–60.

os autos ao Ministério Público para que reformule a proposta do acordo, com concordância do investigado e defensor.

Controlar a inadequação e a abusividade nos parece acertado, numa espécie de controle da acusação, necessário num sistema de freios e de contrapesos, mas, contrariamente, a insuficiência apontada debilita a triangularidade impressa no sistema acusatório, mais uma vez restringindo as garantias do investigado em favor do poder estatal.

Da mesma forma, o § 7º pode ser assim lido, quanto mais quando determina que, recusada à homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia, limitando a legislação o espaço de possibilidades de atuação ministerial. Por isso, mais uma vez a lei reforça o princípio da obrigatoriedade da ação penal, e não o mitiga.

Uma vez homologado o acordo, o art. 28-A determina que o Ministério Público deverá dar início a sua execução perante a Vara de Execuções Criminais, em dinâmica atenta ao sistema acusatório, diferentemente da realidade atual, em casos de condenações criminais.

O § 9º amplia as hipóteses em que a vítima deverá ser intimada, diferentemente do projeto de lei, o que deverá ocorrer tanto na homologação quanto no descumprimento do acordo de não persecução penal.

Já o § 10, que trata do descumprimento do acordo e da necessidade de comunicação do juízo ao Ministério Público para fins de rescisão e posterior oferecimento da denúncia, também suscita reflexões.

A formulação do acordo deve se dar perante o juízo de garantias, a sua execução em sede do juízo da execução criminal e, em caso de rescisão, com o oferecimento da denúncia, tal deve se dar perante o juízo da instrução processual. Assim, com a suspensão procedida pelo STF no que diz com diversos dispositivos da Lei nº 13.964/2019, principalmente os que dizem com o juízo de garantias, verificamos aqui não apenas que não há mitigação do princípio da obrigatoriedade pelo diploma legal, mas nos interrogamos acerca da confissão já realizada e constante dos autos, entendendo, nesse ponto, da imprescindibilidade do juízo de garantias, exatamente pela continuidade da persecução penal, contaminação e parcialidade do julgador possível, acaso a análise se dê por um único juiz.

Enunciados da Defensoria Pública de Minas Gerais propõem, ainda, a necessidade de oitiva do investigado e da defesa nesse ponto, ou seja, em caso de rescisão, diante do contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionais.

O § 11, assim, me parece mais um *bis in idem*, uma dupla penalização, uma vez que o descumprimento do acordo pode ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para eventual não oferecimento da suspensão condicional do processo.

Bom, penso que aqui também cabe o debate se o acordo de não persecução penal, ainda que na forma posta, é ou não direito subjetivo do investigado. E nesse ponto me parece que sim, valendo suscitar os ensinamentos de Zaffaroni<sup>15</sup>, que não vê no exercício do poder punitivo por parte do Estado direito subjetivo à punição, e que vê o direito penal e processual penal como dique de contenção e de redução de danos.

O § 12 traduz que a celebração e o cumprimento do acordo não constarão da certidão de antecedentes, exceto para fins de verificação do cabimento do acordo, consoante seu § 2º e inciso III.

O § 13 diz que o seu cumprimento integral ensejará a extinção da punibilidade, e o § 14 remete o investigado à nova dinâmica de processamento do arquivamento do inquérito policial no artigo 28 do CPP, também suspenso pelo STF, em caso de recusa por parte do Ministério Público de proposição do acordo, alterando-se, assim, o artigo 581 do CPP, com a inserção de mais uma hipótese de cabimento do recurso em sentido estrito, no caso de recusa à homologação do acordo de não persecução penal.

Também o artigo 28-A do CPP remete à alteração no Código Penal no que diz com o artigo 116, III, que trata das causas impeditivas da prescrição, inserindo nova hipótese no sentido de que a prescrição não corre enquanto não cumprido ou rescindido o acordo de não persecução penal, o que já foi objeto de ação de inconstitucionalidade perante o STF pela ABRACRIM (Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas)<sup>16</sup>, conjuntamente com a arguição do próprio artigo 28-A.

A Defensoria Pública de Minas Gerais, em seus enunciados sobre a Lei nº 13.964/2019, nesse ponto atenta para o fato de que a suspensão da prescrição prevista no artigo 116, III, do CP ocorre apenas quando os recursos não forem conhecidos por não preencherem os requisitos de admissibilidade, não se aplicando aos casos em que houver apreciação do mérito recursal e quando se tratar de recurso interposto pela acusação.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Vol. I – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<sup>16</sup> Disponível em: < <https://www.abracrim.adv.br/noticias/abracrim-ingressa-no-stf-arguindo-inconstitucionalidade-de-partes-do-chamado-pacote-anticrime>>. Acesso em: jan. 2020.

Tratando-se de aplicação de lei processual no tempo, ainda que o princípio seja o do *tempus regit actum*, é caso de combinação de leis, pois o artigo 28-A do CPP tem conteúdo penal e por essa razão se aplica desde já, podendo retroagir na parte benéfica, da mesma forma que o artigo 366 do CPP, quando da sua alteração no passado.

Há um espaço muito grande aqui para análise da atuação estratégica por parte das Defensorias Públicas no Brasil e pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP. Numa parte no que diz com a prática, o discurso e a interpretação, noutra, no manejo de eventual ação de inconstitucionalidade ou até habilitação enquanto *amicus curiae*, o que requer análise mais acurada que pontue outras questões para além da técnica jurídica.

Assim, quero finalizar com a análise mais sociológica do instituto, tal como propus no início da exposição.

Nesse ponto, vou me aproximar da análise de David Garland, num primeiro momento, para, após, avaliar o impacto da medida no sistema carcerário, dado o reconhecimento pelo STF do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, bem como justificativas e prognósticos dados ao instituto em questão, os quais circulam na mídia.

A releitura de uma das obras de David Garland<sup>17</sup> revela-se de fundamental importância para o contexto atual que vivenciamos. É certo que o autor se debruça sobre os contextos dos Estados Unidos e da Inglaterra, chamando atenção para as relações, bem como para as mudanças no controle do crime nos modos de sociabilidade da vida contemporânea, o que chamou de “cultura do controle”.

Mas sua obra tenta demonstrar como o campo do controle do crime e da justiça criminal foi afetado pelas mudanças na organização social das sociedades em que opera, pelos problemas específicos de ordem social característicos daquela forma de organização social e por adaptações políticas, culturais e criminológicas que sobrevieram em resposta àqueles problemas específicos<sup>18</sup>.

Através de uma reconstrução histórica e da análise desses dois contextos postos pelo autor, os EUA e a Inglaterra, Garland dá conta de que as políticas que emergiram nas décadas recentes, nesses países, têm suas

<sup>17</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

<sup>18</sup> CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *A cultura do controle de David Garland*. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/cultura-controle-david-garland/>>. Acesso em: jan. 2020.

raízes numa nova experiência coletiva do crime e da insegurança. Experiência estruturada pelos arranjos sociais, econômicos e culturais singulares do que conceitua por *pós-modernidade*.<sup>19</sup>

A fim de resumir esse processo histórico, Garland afirma que uma formação cultural se ergueu em torno dos fenômenos das altas taxas de criminalidade e da insegurança crescente, e que essa formação agora confere à experiência do crime uma consolidada forma institucional<sup>20</sup>.

A essa formação cultural o autor chama de “complexo do crime da pós-modernidade”, que se caracteriza por um conjunto específico de atitudes e crenças: altas taxas de criminalidade são tidas como um fato social normal; o investimento emocional no crime é disseminado e intenso, abrangendo elementos de fascinação como também de medo, raiva e indignação; temas criminais são politizados e regularmente representados em termos emotivos; a preocupação com as vítimas e com a segurança do público domina as políticas públicas; o sistema penal é visto como inadequado ou ineficaz; rotinas defensivas privadas são comuns, existindo um grande mercado de segurança privada; a consciência do crime está institucionalizada na mídia, na cultura popular e no ambiente circundante<sup>21</sup>.

Garland, então, esclarece que o “complexo do crime”, a bem da verdade, trata-se de uma visão de mundo que não se altera rapidamente, pois não é muito afetada por mudanças anuais nas taxas de crime, mesmo nos casos de redução. É que nossas atitudes para com o crime, de acordo com ele, nosso medo e indignação e nosso senso comum, tornam-se fatos culturais estabelecidos, que são sustentados e reproduzidos por roteiros culturais e não pelos dados oficiais ou pela pesquisa criminológica. E esse desenvolvimento do “complexo do crime”, de acordo com o autor, acarreta uma série de efeitos psicológicos e sociais que exercem influência na política, produzindo uma reação ambivalente<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *A cultura do controle de David Garland*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/cultura-controle-david-garland/>>. Acesso em: jan. 2020.

<sup>20</sup> CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *A cultura do controle de David Garland*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/cultura-controle-david-garland/>>. Acesso em: jan. 2020.

<sup>21</sup> CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *A cultura do controle de David Garland*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/cultura-controle-david-garland/>>. Acesso em: jan. 2020.

<sup>22</sup> CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *A cultura do controle de David Garland*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/cultura-controle-david-garland/>>. Acesso em: jan. 2020.



Conforme bem aduz Campos<sup>23</sup>, para Garland, nos contextos dos EUA e da Inglaterra, os quais se propõe a analisar, há um uso maior e mais constante do encarceramento, entretanto, a ampliação dos discursos e das formas de controle do crime não representou uma transformação das formas institucionais, tampouco se abandonaram as velhas práticas nesse sentido; na verdade, de acordo com o autor, a transformação do aparato da justiça penal se deu no seu funcionamento estratégico e na importância social.

Nesse sentido, Campos<sup>24</sup> expõe com muita propriedade que, para Garland, a partir dos anos 1990, as políticas criminais assumirão uma dimensão de severidade, na qual o Estado exerce papel primordial, compreendendo o que intitula a "criminologia do outro", em evidente colocação do dito "criminoso" como um inimigo, uma não pessoa.

Mas a "criminologia do outro" não se separa da "criminologia da vida cotidiana", conforme Garland<sup>25</sup>, ou seja, em conjunto também há a divulgação da ideia de que todos os membros da sociedade devem adotar práticas rotineiras de combate à criminalidade, não por acaso o desenvolvimento da segurança privada nesse mesmo período e a gestão do risco, com a assunção de uma criminologia atuarial.

E essas mudanças, de acordo com Campos<sup>26</sup>, na leitura que empreende da obra de Garland, refletiram-se na priorização de técnicas e arranjos de segurança pública mais centrados na figura da vítima. Aliás, esse movimento de aproximação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em direção à figura da vítima, não qualquer vítima, mas daquela branca e de classe média, foi objeto de análise por Garland, bem como por Jonathan Simon em *Governando através do crime*: como a guerra ao crime transformou a democracia americana e criou a cultura do medo<sup>27</sup>.

Vale acrescentar que o diagnóstico empreendido por Garland coloca-nos que as políticas criminais de controle do crime não apenas se

---

<sup>23</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*. Uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

<sup>24</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*. Uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

<sup>25</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

<sup>26</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*. Uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

<sup>27</sup> SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. EUA: Oxford University Press, 2009.

caracterizam pela punitividade, mas, também, pela ambivalência<sup>28</sup>. É que, de acordo com Garland, são esses padrões, práticas e sensibilidades culturais que formam a superfície social sobre a qual são erguidas as estratégias de controle do crime que dominam os dias atuais. O autor deixa claro, no entanto, que a diferença entre países influencia a forma como essas estratégias têm se desenvolvido nos diferentes locais, mas também aponta que, no caso dos EUA e da Inglaterra, o que se constatou foram os mesmos parâmetros estratégicos que caracterizam o campo do controle do crime, independentemente da linha ideológica das administrações<sup>29</sup>.

E Garland<sup>30</sup> enuncia:

Os temas primários das novas estratégias – expressividade, punitivismo, vitimização, proteção pública, exclusão, maior controle, prevenção de perdas, parcerias público-privadas, responsabilização – estão fincados numa nova experiência coletiva, da qual retiram seu significado e sua força, e nas novas rotinas sociais que fornecem suas técnicas e apoios práticos. Também estão enraizadas na tematização reacionária da “pós-modernidade”, produzida não apenas pelo crime, mas por toda a corrente reacionária cultural e política que caracteriza o presente em termos de colapso moral, de incivilidade, e do declínio da família, exortando a reversão da revolução dos anos 1960 e do movimento de liberação cultural e política que ela deslançou. A sociedade porosa, móvel, aberta, de estranhos, da pós-modernidade deu causa a práticas de controle do crime que buscam tornar a sociedade menos aberta e menos móvel: fixar identidades, imobilizar os indivíduos, colocar em quarentena setores da população, erguer fronteiras, fechar acessos. Se estas estratégias não são absolutamente determinadas pelo campo social que descrevi, elas são fortemente condicionadas por tal campo e provavelmente inconcebíveis sem ele.

---

<sup>28</sup> CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *A cultura do controle de David Garland*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/cultura-controle-david-garland/>>. Acesso em: jan. 2020.

<sup>29</sup> CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *A cultura do controle de David Garland*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/cultura-controle-david-garland/>>. Acesso em: jan. 2020.

<sup>30</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

Creemos que a ambivalência é a marca da Lei nº 13.964/2019, na medida em que o chamado pacote anticrime produz uma série de alterações em diversos diplomas legais, numa verdadeira 'colcha de retalhos', com a inserção de dispositivos que atentam para o sistema processual penal acusatório, em consonância com o texto constitucional, o que deve ser saudado, embora todos esses dispositivos tenham restado suspensos por decisão do próprio Supremo Tribunal Federal; mas, também, com a introdução de diversos outros dispositivos que operam numa verdadeira *americanização*, numa importação que se conforma a ideais punitivistas e recrudescedores, mantendo e dando suporte, assim, à matriz inquisitorial que conforma o sistema de justiça criminal brasileiro.

Assim, não somos tão otimistas quanto os especialistas ouvidos pela *Folha de São Paulo*<sup>31</sup>, primeiro porque sabemos que a experiência dos Juizados Especiais Criminais nos mostrou a ampliação do controle penal e não a retirada da esfera criminal ou uma alternativa não criminal à resolução de conflitos; segundo, porque entendemos que a ambiguidade da legislação, conjuntamente com a matriz inquisitorial e a mentalidade punitiva, levará a um impacto muito grande no sistema prisional brasileiro, já declarado inconstitucional.

Isso porque precisamos nos questionar acerca de quem se encontra preso e por quais delitos. Sabemos que a seletividade opera por meio de marcadores sociais muito bem definidos, por isso o aprisionamento provisório e definitivo alcança os jovens, negros, pobres e com baixa escolaridade, bem como os crimes de tráfico de drogas e patrimoniais em sua grande parte.

Além disso, o índice de reincidência é superior a 70%, e sinala-se que o acordo de não persecução penal veda a sua concessão a quem é reincidente, afora o fato de que a sua proposição inclui a análise de diversas circunstâncias subjetivas, como antecedentes e conduta social, entre outras.

Assim, parece-nos que o instituto em questão, com todas as suas inconstitucionalidades, não operará desencarceramento, muito pelo contrário, acentuará caracteres inquisitoriais, alimentando uma cultura punitiva, que advém de uma tradição autoritária e racista.

Mas isso são apenas algumas primeiras impressões. Oxalá, resistamos!

---

<sup>31</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. *Lei anticrime abre espaço a acordo em casos de furto e estelionato*. Especialistas veem avanço em permitir que infrações menos graves possam ter pena alternativa. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/01/lei-anticrime-abre-espaco-a-acordo-em-casos-de-furto-e-estelionato.shtml>>. Acesso em: jan. 2020.

## REFERÊNCIAS

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*. Uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *A cultura do controle de David Garland*. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/cultura-control-e-david-garland/>>. Acesso em: jan. 2020.

DIAS, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, mar. 2004.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Nota técnica sobre Pacote Anticrime*. Disponível em: < [https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota\\_Tecnica\\_Pacote\\_Anticrime.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf)>. Acesso em: jan. 2020.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.964/2019: aspectos processuais*. Disponível em: < <https://emporiiododireito.com.br/leitura/primeiras-impressoes-sobre-a-lei-n-13-964-19-aspectos-processuais>>. Acesso em: jan. 2020.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O acordo de não persecução penal*. Disponível em: < <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: jan. 2020.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. EUA: Oxford University Press, 2009.

WUNDERLICH, Alexandre; REALE JÚNIOR, Miguel. Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*. Edição especial, n. 318, mai. 2019.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Vol. I – teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

---

**NOTA TÉCNICA  
DA COALIZÃO  
NEGRA POR  
DIREITOS SOBRE  
O CHAMADO  
“PACOTE  
ANTICRIME”**

---

# NOTA TÉCNICA DA COALIZÃO NEGRA POR DIREITOS SOBRE O CHAMADO “PACOTE ANTICRIME”

*“Eu estou mandando um projeto, que vai ter dificuldade de ser aprovado, mas não tem outra alternativa. Nós temos que dar uma retaguarda jurídica para as pessoas que fazem a segurança: policial civil, militar, federal, rodoviário. Em operação, o pessoal tem que usar aquela máquina que tem na cintura, ir para casa e no dia seguinte ser condecorado, não processado (...). Os caras vão morrer na rua igual barata, pô. E tem que ser assim.” (Jair Bolsonaro, Presidente da República Federativa do Brasil, em 1º de agosto de 2019)*

## 1. SOBRE ESTE DOCUMENTO

Entidades da sociedade civil organizada, representantes da população negra, aqui associadas em uma **Coalizão Negra por Direitos**, apresentam este manifesto técnico de avaliação de propostas do chamado “Pacote Anticrime”/“Pacote Moro”, apresentadas pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro no Projeto de Lei nº 882 de 2019, aprovado, promulgado e publicado através da Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 e entrando em vigor em 23 de janeiro de 2020.

Centramos nossa análise em três alterações:

- A ampliação da legalização da licença para matar: alteração do artigo 25, parágrafo único, do Código Penal;
- A incidência em falta grave em caso de recusa em colher material genético para o Banco de Perfil Genético: alteração da Lei de Execução Penal nº 7.210/1984 – inserção do § 8º ao artigo 9º- A;
- Criação do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais: alteração da Lei nº 12.037/2009 – inserção do artigo 7º-C.

A gravidade que tais modificações representam à segurança pública e à vida de milhares de cidadãos e cidadãs brasileiras, sobretudo da população negra, nos motiva a apresentar este documento. Contudo, ainda

destacamos outras alteração que impactarão gravemente para o genocídio da população negra e ampliação do Estado penal: alteração do art. 52 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), com ampliação do tempo máximo em regime disciplinar diferenciado (RDD) para dois anos e podendo ser prorrogado sucessivamente por períodos de um ano em caso de suposto “alto risco para a ordem” ou se “mantém vínculos com organização criminosa”; alteração do art. 75 do Código Penal, com aumento do tempo máximo da pena a ser executada para 40 anos; alteração do art. 112 da Lei de Execução Penal, com a criação de novos critérios subjetivos e discriminatórios para dificultar a progressão de regime; alteração dos arts. 2º, 3º e 11-B da Lei nº 11.671/2008, com a facilitação de construção de presídios de segurança máxima e a diminuição de direitos das pessoas presas e familiares; alteração do art. 310, § 2º, do Código de Processo Penal, com ampliação das hipóteses de prisão preventiva – decisão poderá manter presa provisoriamente com base apenas em condenação anterior ou com base em suposta participação em organização criminosa armada ou milícia.

## **2. SOBRE A COALIZÃO NEGRA POR DIREITOS**

A Coalizão Negra por Direitos é uma reunião de entidades do movimento negro de todo o país para a incidência política no Congresso Nacional e em fóruns internacionais.

Atentas à expansão da política genocida do Estado brasileiro, entidades da sociedade civil organizada, representantes da população negra, optaram, no início de 2019, por formar uma Coalizão Negra por Direitos.

O objetivo principal da Coalizão é a incidência no Congresso Nacional e em fóruns internacionais. Acreditamos que nossa participação na política institucional seja essencial para: combater o racismo e o genocídio da população negra no Brasil; defender os direitos da população negra e periférica; construir projetos de lei e políticas públicas que melhorem a vida da população negra do país. Neste campo reafirmamos nosso legado de resistência, luta, produção de saberes e de vida.

Historicamente, seguimos enfrentando o racismo, que estrutura esta sociedade e produz desigualdades que atingem principalmente nossas existências. Durante os quase quatrocentos anos de escravidão e desde o início da República, somos alvo de violações de direitos, do racismo antinegro, da discriminação racial, da violência e do genocídio. Mesmo assim, temos

construído, com nossas trajetórias individuais e coletivas, a riqueza deste país e demandamos ações articuladas para o enfrentamento ao racismo, ao genocídio e às desigualdades, injustiças e violências derivadas desta realidade.

Em forma de agir política e estrategicamente, esta Coalizão faz incidência política em nosso próprio nome, a partir dos valores da colaboração, ancestralidade, circularidade, partilha do axé (força de vida herdada e transmitida), oralidade, transparência, autocuidado, solidariedade, coletivismo, memória, reconhecimento e respeito às diferenças, horizontalidade e amor. Em defesa da vida, do bem-viver e de direitos arduamente conquistados, irrenunciáveis e inegociáveis, seguiremos honrando nossas e nossos ancestrais, unificando em luta toda a população afrodiáspórica por um futuro livre de racismo e de todas as opressões.

Entre os princípios que orientam esta Coalizão, dispostos em sua Plataforma,<sup>1</sup> destacamos como centrais à análise sobre a Lei nº 13.964/19:

- Lutar por um país justo, com igualdade de direitos e oportunidades que, para se concretizar, exige um longo e profundo processo de reparação histórica à população negra brasileira;

- Combater a discriminação racial, o racismo, a dominação patriarcal, a lesbofobia, a transfobia e o genocídio da população negra;

- Enfrentar as assimetrias e desigualdades raciais, bem como buscar efetivação da justiça social redistributiva e da justiça racial restaurativa;

- Enfrentar de modo intransigente o feminicídio, a violência doméstica, o machismo, o sexismo e a exploração infantil;

- Atuar em prol do fortalecimento dos coletivos, movimentos e organizações compostas e protagonizadas pela juventude negra e da promoção do diálogo intergeracional;

- Promover o fortalecimento da identidade racial de negras e negros nos bairros, periferias, comunidades, favelas, escolas, universidades e presídios.

Como agendas que propulsam nossa ação, definidas em nossa Plataforma, e que pautam o repúdio a esse mais novo instrumento legislativo – Lei nº 13.964/19:

- A erradicação da pobreza, o enfrentamento às políticas neoliberais e ao desmonte do Estado de Direitos, bem como o enfrentamento das desigualdades étnico-raciais e a distribuição equitativa de recursos públicos;

- A criação de uma nova política/lei nacional de drogas que regule e descriminalize o uso e comércio de drogas no Brasil, estabelecendo políticas

<sup>1</sup> Disponível em: <https://coalizaonegra.files.wordpress.com/2020/01/plataforma-coalizacc83o-negra-por-direitos.pdf>.



econômicas de reparação para pessoas, famílias e territórios atingidos pela guerra às drogas e investindo em estratégias de cuidados como as políticas de redução de danos;

– O fim da militarização das políticas de segurança pública em nossas comunidades, para que se coíba o uso da violência racial que tem produzido altos índices de homicídios contra a população negra; a promoção de políticas de segurança pública baseadas em direitos humanos;

– O fim do encarceramento em massa, das torturas, violações e mortes promovidas em presídios, delegacias, casas de detenção e centros de cumprimento de medidas socioeducativas; além da fiscalização e prevenção, rumo a um projeto antipunitivista e ao fim das prisões;

– A erradicação do racismo institucional em todas as instâncias do sistema de justiça;

– A defesa da livre manifestação e atuação dos movimentos sociais e a proteção de defensoras e defensores de direitos humanos.

### **3. A AÇÃO DA COALIZÃO NEGRA POR DIREITOS NO CONGRESSO NACIONAL CONTRA O PACOTE MORO**

Em março deste ano [2019], representantes de 30 entidades que compõem a Coalizão estiveram na Câmara Federal para reuniões com o presidente da Casa, Rodrigo Maia – a quem foi entregue um documento produzido pelo grupo – e com parlamentares que compõem o GT – Legislação Penal e Processual Penal.

Na ocasião, além de alertar para as flagrantes violações de direitos humanos do chamado Pacote Anticrime e a falta de evidências, pesquisas, fatos, elaborações acadêmicas e científicas que o embasassem, também solicitamos a participação de negras e negros nas audiências públicas de análise do Pacote. Somos 52% da população e os mais atingidos pelas propostas. Nossa voz é, portanto, primordial no debate público.

Assim, juristas, cientistas e ativistas negros, indicados pela Coalizão, participaram de oito das dez audiências públicas promovidas pelo GT, contribuindo com as análises das propostas.

No mês de junho, representantes de 60 entidades da Coalizão estiveram no Senado Federal para reuniões com o presidente da Casa, Davi Alcolumbre, além de diversas senadoras e senadores. Protocolamos uma

carta de organizações do movimento negro brasileiro ao Congresso Nacional e à sociedade brasileira.<sup>2</sup> E saímos com a garantia de que o pacote não seria votado sem um amplo debate, para o qual os representantes da Coalizão seriam convidados.

No início de agosto, participamos de audiência pública na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, contribuindo, mais uma vez, com as análises das propostas. Ao todo, entre abril e agosto, indicados pela Coalizão participaram de 9 audiências públicas, entre Câmara e Senado, para discutir aspectos do Pacote. Além disto, com base no acúmulo das organizações que compõem a Coalizão, nossa participação em instâncias nacionais e internacionais e a análise de nosso GT jurídico, publicamos um parecer técnico sobre o Pacote Moro focado em barrar excludentes de ilicitude e ampliação do banco genético de pessoas presas;

#### **4. A AÇÃO INTERNACIONAL DA COALIZÃO NEGRA POR DIREITOS CONTRA O PACOTE MORO**

Um pedido de audiência durante o 172º Período de Sessões da CIDH-OEA<sup>3</sup> sobre as violações de direitos humanos do Pacote Anticrime foi protocolado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com assinatura de 38 entidades desta Coalizão, em fevereiro deste ano.

Em resposta, uma comitiva foi convocada a participar da 172ª Sessão da CIDH. Quatorze representantes desta Coalizão estiveram presentes em audiências públicas, encontros bilaterais e uma audiência mediada com os representantes do Estado brasileiro.<sup>4</sup> As manifestações e questionamentos das comissárias e comissário da CIDH foram críticas ao Pacote.<sup>5</sup>

Durante a audiência com o Estado, a comissária Antonia Urrejola foi explícita em afirmar a preocupação da Comissão com o aumento de mortes

<sup>2</sup> Carta de organizações do movimento negro brasileiro ao Congresso Nacional e à sociedade brasileira disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B8v6QTHcbEOETI8zQk9aOEpOM09KWHBBWnBVS3hJUWxGUjJv/view>.

<sup>3</sup> Denúncia apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos: [https://drive.google.com/file/d/1cTMwhPysAayc1CKOX\\_L8h5EAWiMfW6wH/view](https://drive.google.com/file/d/1cTMwhPysAayc1CKOX_L8h5EAWiMfW6wH/view).

<sup>4</sup> Veja o relatório da coalizão sobre esta incidência no seguinte endereço: [https://coalizaonegra.files.wordpress.com/2019/08/relatc3b3riofinal-comitivabrasileira\\_cidh-jamaica\\_mai2019.pdf](https://coalizaonegra.files.wordpress.com/2019/08/relatc3b3riofinal-comitivabrasileira_cidh-jamaica_mai2019.pdf).

<sup>5</sup> O vídeo completo da audiência "Sistema penal y denuncias de violaciones de derechos de las personas afrodescendientes en Brasil" está disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=ntRz4KZcXyo&list=PL5QlapyOGHxvvyKD3Y0-GblPrDQ1xE\\_Ht&index=19&t=0s](https://www.youtube.com/watch?v=ntRz4KZcXyo&list=PL5QlapyOGHxvvyKD3Y0-GblPrDQ1xE_Ht&index=19&t=0s).

violentas nos meses anteriores, citando os 80 tiros que alvejaram Evaldo dos Santos Rosa como sintoma de uma situação gravíssima em curso no Brasil. Urrejola manifestou preocupação acerca da ampliação de legítima defesa a policiais e, mais importante, solicitou ao Estado brasileiro uma justificativa, com estudos criminológicos, para as propostas do Pacote.

A comissária Margarette May Macaulay também afirmou a preocupação com um Pacote Anticrime que pretende aprimorar a segurança pública sem mencionar a questão racial, apesar do dado objetivo de que a maior parte das pessoas assassinadas e que são criminalizadas no Brasil são negras.

## 5. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quando analisados os estudos e dados produzidos até o presente momento, como Mapa da Violência, Mapa do Encarceramento, Mapa da Desigualdade, Atlas da Violência, Você Matou meu Filho, CPI Assassinato de Jovens, Relatórios da Organização das Nações Unidas, Relatório sobre Drogas da Organização dos Estados Americanos e inúmeros outros relatórios dessa espécie e estudos produzidos na academia, poder público e instituições de pesquisa da sociedade civil, todos recomendam medidas diametralmente contrárias às propostas no chamado "Pacote Anti-Crime"/"Pacote Moro".

Como será demonstrado neste documento, as medidas propostas não são recomendáveis sob uma ótica constitucional de segurança pública, e os únicos efeitos que poderiam ser produzidos pela proposta legislativa em questão seria legitimar abusos que já ocorrem sistematicamente, como o denominado "auto de resistência seguido de morte", termo utilizado para casos onde há homicídio pela polícia em decorrência de suposta oposição à intervenção policial, o que na prática se tornou uma licença para matar. No livro "Indignos de vida", delegado da Polícia Civil do Rio de Janeiro aponta que os autos de resistência se tornaram uma "pena de morte informal", onde os casos incorrem em sua massiva maioria em arquivamento sem investigação das circunstâncias. Na pesquisa "A polícia mata", do sociólogo Michel Misse, foi apontado que 99,2% é a taxa de arquivamento dos casos em que houve a morte por policial e foi classificado como resistência seguida de morte.

Após muitos anos de pressão popular e denúncias das práticas sistêmicas de violência do Estado que sustentam uma necropolítica de genocídio negro, sobretudo dos movimentos negros organizados e dos setores de defesa de direitos humanos, o Senado Federal instituiu em 2016 a Comissão

Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre o assassinato de jovens. A partir de 29 reuniões e audiências públicas, o resultado foi categórico: o Estado brasileiro promove, por meio de suas políticas de segurança pública, aliadas à falta de investimento e fomento de oportunidades aos mais pobres, em especial à população negra, um verdadeiro genocídio da juventude brasileira.

O relatório final, de 155 páginas, resultante dos trabalhos da CPI, traz considerações extremamente graves sobre os índices de violência. A polícia brasileira, que constitui o braço armado do Estado, matou em cinco anos mais do que a polícia norte americana em 30 anos de trabalho. Em média, cinco pessoas são assassinadas pela polícia diariamente. Contudo, o risco de ser vítima de homicídio doloso não se dá de modo aleatório e indiscriminado. Existe um perfil explícito dos principais alvos: jovens (53%), negros (77%), do sexo masculino (93%). Isto fica evidente na declaração de que a “cada 23 minutos ocorre a morte de um jovem negro no Brasil” (relatório final da CPI no Senado, 2016, p. 32). Assim, após um trabalho grandioso e exaustivo, a CPI do Senado concluiu: “o Estado brasileiro, direta ou indiretamente, provoca o genocídio da população jovem e negra” (SENADO, 2016, p. 145).

Muitas publicações de centros de pesquisas e registros de discursos de ativistas e militantes dos movimentos sociais, especialmente do movimento social negro, há muito tempo denunciam o extermínio da população negra no país. No entanto, o relatório dessa CPI possui outro caráter. Trata-se de um documento produzido pelo Senado Federal e, portanto, com reconhecimento e fé pública atribuída pelo próprio Estado brasileiro, no qual se admite categoricamente que os números de homicídios “revelam uma realidade que não podemos descrever senão pela palavra genocídio” (SENADO, 2016, p. 117). Portanto, esse relatório assume um vulto de importância sem precedentes. Quando o próprio Estado brasileiro admite que os jovens negros são os principais alvos de uma política de extermínio que mata anualmente quase 60 mil pessoas, e que “este processo de genocídio está umbilicalmente marcado pelo racismo institucional” (SENADO, 2016, p. 146), não há mais como contestar o que vem sendo denunciado há décadas.

A juventude perdida — pelo assassinato, encarceramento em massa e ausência de oportunidades — é um problema de primeira importância no caminho para a redução das desigualdades sociais no país. Um futuro que hoje está corrompido.

É importante evidenciar que qualquer forma de abuso e desvio de poder também é uma forma de corrupção. Sendo essa forma de corrupção a que atinge de maneira mais cruel nossa democracia, pois atenta contra a

vida, ceifando a vida de jovens e minando o futuro do país. É um exercício de corrupção a impunidade dos agentes estatais que seguem executando penas de morte paralelas, contra todas aquelas disposições que a Constituinte deliberou no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, vedando expressamente a existência de pena de morte.

Devemos fomentar e desenvolver políticas que interrompam esse ciclo de violência, ciclo este que também coloca em constante risco a vida de policiais. A polícia precisa estar orientada para exercer uma política constitucional de segurança pública, não uma política de guerra. Em vez do combate à população negra e pobre, a base do trabalho policial precisa ser a proteção da vida de toda e qualquer pessoa. Uma política de segurança pública cidadã, baseada em ações civilizatórias. Essa é uma proposta da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, que tem avaliação crítica das políticas de segurança de todo o Cone Sul, no sentido de que elas ainda estão fundadas nas heranças dos regimes militares autoritários ditatoriais.

O comando das polícias, o sistema de justiça, o Ministro da Justiça e Segurança Pública e o Presidente da República, bem como os secretários estaduais de segurança pública e os governadores dos Estados não podem colocar irresponsavelmente nas costas do policial, que está exposto nas ruas, a responsabilidade de atirar. É necessário que toda a cadeia de comando esteja envolvida e responsabilizada na proteção à vida de cidadãos e também de policiais. Quando se observa a queda de execuções e homicídios de cidadãos, se observa também a queda da letalidade do corpo policial. Se há vontade política de exercer uma política de segurança cidadã, as possibilidades técnicas existem. Ao invés de investir nos setores de inteligência, no aparelhamento com perícia criminal, para reduzir, inclusive, o grau de risco a que policiais estão expostos, ao invés de propor uma política nacional de segurança pública pautada pela sociedade civil organizada e fundamentada na inovação dos órgãos de segurança — com melhoria na eficiência, eficácia e efetividade —, a proposta aqui repudiada é de aumentar a força bruta. Não há investimento em condições de trabalho e condições técnicas para o exercício da inteligência policial na investigação e contenção de crimes, as propostas apresentadas pelo governo no Pacote Moro apenas incentivam que o policial atire, agravando o genocídio de negras e negros, e também colocando em risco o próprio policial. Não há experiência empírica ou evidência científica de que o uso da violência de forma inconsequente melhore a segurança pública. E a população sabe disso, especialmente aquela nos espaços de maior privação de direitos.

Pesquisa do Data Folha de abril de 2019 indicou que 79% dos brasileiros concordam que policiais devem ser investigados caso matem em serviço e 82% entendem que alguém deve ser punido se atirar em outras pessoas por estar muito nervoso.

*“Nós estamos voltando ao período histórico que foi a antessala dos regimes que nos impulsionaram a positivar os direitos e as garantias fundamentais na Constituição de 88 e nós sabemos o que foram as violações de direitos e garantias provocadas por esse modelo de defesa do Estado (...) o modelo de Estado Democrático de Direito que a Constituição de 1988 tentou nos trazer também nos exige e exige até da senhora e dos senhores legisladores um papel contramajoritário, contramajoritário na defesa dos direitos e das garantias fundamentais”* (Gabriel Sampaio, advogado, em audiência pública na Câmara para debate do Pacote Moro)

## **6. A AMPLIAÇÃO DA LEGALIZAÇÃO DA LICENÇA PARA MATAR: SOBRE A PROPOSTA DE EXPANSÃO DA LEGÍTIMA DEFESA - ALTERAÇÃO DO ARTIGO 25, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL**

Em 2018, o Atlas da Violência, produzido pelo Ipea e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) relata que o Brasil alcançou a marca histórica de 62.517 homicídios em 2016. Isso equivale a uma taxa de 30,3 mortes para cada 100 mil habitantes, que corresponde a 30 vezes a taxa da Europa. Apenas nos últimos dez anos, 553 mil pessoas perderam suas vidas devido à violência intencional no Brasil. Quando analisamos a violência letal contra jovens, verificamos, sem surpresa, uma situação ainda mais grave e que se acentuou no último ano: os homicídios respondem por 56,5% da causa de óbitos de homens entre 15 a 19 anos. Quando considerados os jovens entre 15 e 29 anos, observamos, em 2016, uma taxa de homicídio por 100 mil habitantes de 142,7, ou uma taxa de 280,6, se considerarmos apenas a subpopulação de homens jovens.

A adição da questão racial escancara ainda mais uma desigualdade baseada em cor. Os dados demonstram que a taxa de homicídios de indivíduos não negros diminuiu 6,8%, ao passo que a taxa de vitimização da população negra aumentou 23,1%. Assim, em 2016, enquanto se observou uma taxa de homicídio para a população negra de 40,2, o mesmo indicador para o resto da população foi de 16, o que implica dizer que 71,5% das pessoas

que são assassinadas a cada ano no país são pretas ou pardas. O Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência, ano base 2015, demonstrou que o risco de um jovem negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,7 vezes maior que o de um jovem branco. Já o Anuário Brasileiro de Segurança Pública analisou 5.896 boletins de ocorrência de mortes decorrentes de intervenções policiais entre 2015 e 2016 – correspondentes a 78% do universo das mortes no período – e, ao descontar as vítimas cuja informação de raça/cor não estava disponível, identificou que 76,2% das vítimas de atuação da polícia são negras.

Ao contrário do que se imagina na teoria das doutrinas jurídicas e em sua técnica, historicamente o instituto da legítima defesa não tem sido utilizada como direito de todo ser humano, enquanto titular de direitos subjetivos, de ver sua esfera jurídica respeitada e repelir o arbítrio alheio. O operar do direito, que se distancia muito da pretensa técnica imparcial ficcional, e a atividade jurisdicional estão eivadas de julgamentos e predisposições sobre quem é sujeito de direitos e, por conseguinte, quem pode, ou não, repelir arbítrios.

Assim, a mudança efetivada pela Lei nº 13.964/19 se predispõe a legitimar ainda mais a ingerência e controle do Estado sobre a população negra e poderá diminuir as investigações de mortes cometidas por policiais, dando margem para o aumento da letalidade policial, que já é uma das maiores do mundo.

Vejamos a nova redação do artigo 25 do Código Penal, com a inclusão de parágrafo único pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Moro):

Art. 25 – Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

**Parágrafo único. Observados os requisitos do caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (grifo nosso)**

Antes, o artigo 25 acima referido definia apenas legítima defesa de maneira geral como situação em que a pessoa, “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Agora, com o artigo 25 do Código Penal alterado pelo Pacote Moro através da inserção do parágrafo único, confirma-se a distorção do conceito “prevenção” para o agir antecipadamente, ou “atirar primeiro”, na situação em que o agente, individual e subjetivamente, entender necessário.

Fato é que o texto do artigo alterado não modifica o modo pelo qual as atividades de incursão, investigação e de jurisdição, baseadas em seletividade penal a partir de raça e território, já são permissivas com as ações policiais. Mas as referências expressas “que repele agressão” ou “risco de agressão”, impostas agora pela alteração legal apenas e exclusivamente para agentes de segurança pública,<sup>6</sup> voltam-se para consolidar o entendimento jurisprudencial validador das violações e violências genocidas nas incursões por agentes de segurança pública em favelas e bairros pobres, em real consolidação da licença para matar e exibindo um instituto da legítima defesa baseado no “direito de guerra”,<sup>7</sup> assim como os autos de resistência, e baseado na compreensão de que vidas negras e pobres são “matáveis”.

Dessa forma, esse dispositivo, ao excluir a ilicitude da conduta de indivíduos que matam fora do específico caso de proteção da própria vida, está autorizando a pena de morte no Brasil. E, pior, sem o devido processo legal. Trata-se de ofensa inequívoca à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em especial aos incisos 1 e 3 do artigo 4, que garante a toda pessoa o direito à vida e proíbe o retorno à pena de morte nos países que a aboliram. Também se viola, assim, o artigo 5.1, que garante a integridade física psíquica e moral da pessoa humana.

Não é de hoje que ouvimos falar, outras pessoas já presenciaram — basta morar em uma das periferias do Brasil —, ou já assistimos nos noticiários, policiais executarem pessoas negras sob justificativa de terem “confundido” com armas objetos como guarda-chuva, saco de pipoca, taco de sinuca, furadeira, celular, skate, macaco hidráulico. Há de se mencionar os 80 tiros contra toda uma família. A morte de 12 jovens na Chacina do Cabula, em Salvador/BA. Neste último caso, de nove policiais condenados, oito estão trabalhando normalmente nas ruas. Ou seja, essa alteração no Código Penal brasileiro é mais uma brecha para autorizar, agora de forma ainda mais institucionalizada, o genocídio de uma população negra e pobre — expressão do racismo institucional.

---

<sup>6</sup> MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote Anticrime*. Edição do Kindle (locais 461-469).

<sup>7</sup> Ver GRECO, Luís. *Análise sobre as propostas relativas à legítima defesa no 'Projeto de Lei Anticrime'*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019>.



*“O corpo negro é o alvo, é o centro, tanto desse sistema declarado, que eu chamo de Direito Penal declarado, quanto o sistema penal paralelo, que é o que provoca por exemplo genocídio.”* (Luciano Góes, professor, em audiência pública na Câmara para debate do Pacote Moro)

*“O conjunto de proposições oferecidas pelos dois PLs aponta exatamente para o recrudescimento penal, aponta exatamente para o avanço, para um Direito Penal autoritário, que cada vez mais ameaça a democracia. Que cada vez mais, em nome de uma urgência na contenção da violência, solapa direitos, fragiliza garantias, inviabiliza as possibilidades de que a democracia floresça e se desenvolva em nosso país.”* (Samuel Vida, professor, em audiência pública na Câmara para debate do Pacote Moro)

## **7. ALTERAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL Nº 7.210/84 – INSERÇÃO DO § 8º AO ARTIGO 9º-A: INCIDÊNCIA EM FALTA GRAVE EM CASO DE RECUSA EM COLHER MATERIAL GENÉTICO PARA O BANCO DE PERFIL GENÉTICO**

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), em seu artigo 9º-A, determina a identificação do perfil genético de condenados por crime doloso com violência de natureza grave contra a pessoa.

A Lei nº 13.964/19 incluiu o § 8º ao artigo e determina que, caso a pessoa condenada recuse se submeter ao procedimento de doação de material genético para identificação do perfil genético, incidirá em falta grave:

Art. 9º A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no [art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#), serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

**§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (grifo nosso)**

Acima em destaque a alteração inserida pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Moro), ressaltamos que não há justificativa legal ou científica plausível a

apontar essa medida como potencial redutora da criminalidade. A bem da verdade, o Estado, através de ameaça legal de falta grave, obrigar pessoas condenadas, após a investigação e instrução criminal, a realizar procedimentos de coleta de DNA virá alimentar um amplo banco de armazenamento de fonte probatória que possa servir, ainda que no futuro, como forma de incriminação prévia em futuros processos judiciais criminais, mas não somente para isso.

Esse mecanismo legal se estabelece em um contexto histórico eugenista. Não podemos desconsiderar, portanto, o risco de que informação genética seja preditiva de comportamento social. O processo eugenista no curso da história brasileira foi um dos responsáveis por manter a população negra do Brasil em uma situação de vulnerabilidade social, cultural, econômica, de iniquidades, violações e violências.

Ao coletar dados genéticos de uma pessoa tem-se a possibilidade de acessar informações de seus descendentes e familiares, e abre-se a possibilidade de usos de dados para além do contexto de investigação criminal. Proporcionando o mapeamento genético, poder-se-á acelerar ainda mais as ações de suposta "prevenção à criminalidade", com a ostensividade da repressão policial junto a determinado grupo de indivíduos.

Por mais que a proposta explicita a proibição da venda de dados, não há menção sobre parcerias. Caso as informações sejam utilizadas, por exemplo, por departamentos de recursos humanos de órgãos públicos e privados, poderiam passar a ser consideradas nos processos de demissões ou contratações. E a já sabida discriminação sofrida por pessoas negras e/ou parentes de pessoas encarceradas poderia ser elevada drasticamente. Mais uma vez, em vez de corrigir desigualdades e discriminações, a mudança em questão pode aprofundá-la.

Recuperando os aspectos legais ligados ao tema, a identificação criminal prevista no art. 5º, LVIII, da CF foi regulamentada pela Lei 12.037/09 e constitui gênero, do qual são espécies a identificação datiloscópica e a identificação fotográfica. A coleta de material genético também se inclui neste grupo e foi introduzida pela Lei nº 12.654/12.

Antes mesmo da alteração pelo Pacote Moro, a Lei nº 12.654/12 já violava a dignidade humana, a autonomia da vontade e a garantia do *nemo tenetur se detegere*, que integra o princípio da ampla defesa, concebido como parte do sistema de proteção destinado a estabelecer o controle do poder punitivo e assegurar o exercício das liberdades públicas fundamentais.

A banalização desse procedimento envolve uma delicada discussão em torno da proteção dos dados recolhidos, eis que os dados genéticos são, conforme reconhece o artigo 5º, II, da Lei 13.709/18, dados pessoais sensíveis, o que requer um tratamento específico, na forma dos artigos 11 a 13 da mesma Lei, e complexas medidas de segurança e sigilo.

Além disto, essa Lei já instituía verdadeiro banco de dados lombrosiano, a realizar registro de corpos negros, seleção e estigmatização de certas classes de sujeitos como alvos prioritários do sistema penal, consagrando o direito penal do inimigo e a culpabilidade do autor.

Essa Lei introduziu o artigo 9º-A à Lei de Execução Penal, prevendo o banco de dados com perfil genético por meio da extração obrigatória de DNA de condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou aqueles rotulados legalmente como hediondos.

Em 2012, a Comissão de Reforma da Lei de Execução Penal no Senado, a qual foi presidida pelo ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sidnei Beneti, reuniu-se com diversos juristas, promotores de justiça, advogados, defensores públicos, quando foi sugerida a supressão do artigo 9º-A da LEP, sob o seguinte fundamento:

A revogação do art. 9º-A é fundada em entendimento pela sua desnecessidade e inconstitucionalidade frente ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB) e dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), bem como quanto à vedação da obrigatoriedade da produção de provas contra si mesmo (art. 5º, LXIII, CRFB), inadmitindo-se a pressuposição, sem qualquer fundamento científico, de que apenas os condenados por determinados tipos penais pré-estabelecidos seriam responsáveis por outros delitos ainda não elucidados. Considerou-se que a identificação civil, na forma regulada pela Lei nº 12.037, de 30 de outubro de 2009, atende às necessidades da execução penal e segurança pública nesta seara.

Além disto, o referido diploma legal tem sido questionado na Corte Suprema por recurso extraordinário (RE n. 973837), que se encontra pendente de julgamento desde 2016, tendo sido reconhecidas a sua repercussão geral, por decisão assim ementada:

Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução

penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9º-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar — art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9º-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. RE 973837 RG/MG – MINAS GERAIS. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 23/06/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno — meio eletrônico.

Não obstante as previsões legais de 2012 já violadoras e contestadas em sua constitucionalidade, a Lei nº 13.964/19 incrementa os mecanismos perversos de seletividade e punição com o § 8º, do artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais.

A pessoa presa condenada e em cumprimento de pena tem uma série de direitos, como a progressão de regimes, o livramento condicional, o indulto e comutação de penas, a remição, entre outros. A falta grave disciplinar pela negação à realização do exame poderá prejudicar tais direitos ligados à execução e favorecer assim a política de encarceramento em massa.

A falta grave, além de afetar critério subjetivo, também implica uma interrupção da contagem de lapso para concessão de benefícios ao apenado em regime (fechado). Será então realizada uma nova contagem ao benefício a partir da data em que ele foi sancionado pela falta cometida, no caso a recusa de fornecer DNA.

Relembramos que tal medida é um desrespeito a preceitos constitucionais como o da legalidade e da reserva legal, insculpidos no art. 5º, II e XXXIX, da Constituição da República, segundo os quais “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma senão em virtude de lei” e “não há pena sem prévia cominação legal”.

No mais, tal proposta do Pacote Moro é questionável à luz da garantia de não autoincriminação (art. 5º, LXIII, da CRFB; art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU; art. 8, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica).

Destacamos ainda que o Brasil utiliza pouco e mal o material biológico coletado, mesmo quando este material poderia ser útil nas investigações policiais para elucidação de crimes. Mais importante que aumentar indiscriminadamente, e sem justificativa científica, o material coletado, seria utilizar de forma eficiente os dados já produzidos. Segundo o VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), de junho de 2018, estavam disponível no Banco Nacional de Perfis Genéticos dez mil amostras de DNA de suspeitos de crimes no Brasil. Já haviam sido coletados, desde 2014, 6.800 vestígios, mas apenas 10 decisões judiciais foram tomadas com base em todo esse aparato (a partir dos resultados obtidos através dos exames de DNA).

Cabe destacar a necessidade do aprimoramento de novas técnicas de investigação, principalmente na resolução de crimes, o que é extremamente importante, porém devem ser preservadas todas as garantias constitucionais, que devem ser intransponíveis.

Nessa dimensão da investigação satisfatória e bem-sucedida, outro problema na interpretação no exame de DNA está nas amostras de material genético coletadas em cenas de crimes, que, geralmente, contêm o DNA de múltiplos indivíduos. Quando é necessária uma análise interpretativa por analistas para designar o número e as características dos vários contribuintes, torna-se mais insegura a capacidade probatória do exame de DNA.

Mesmo na situação relativamente simples de analisar uma amostra genética deixada na cena do crime, e compará-la a outra amostra de DNA de alguém suspeito, alarmantes problemas podem ocorrer, de forma a colocar em questão a confiabilidade dessas evidências de DNA. Problemas como a contaminação de amostras, erros laboratoriais e a criação de perfis parciais são importantes exemplos dos riscos existentes no processo de exame de material genético.

Assim como outros tipos de prova material forense, o exame de DNA está sujeito a contaminação de suas amostras antes, durante e até depois da realização de sua análise. A diferença, entretanto, se dá em razão da sensibilidade específica da amostra de DNA, situação incomparável com qualquer outro tipo de prova.

A extraordinária sensibilidade do DNA requer cuidados extremos em sua manipulação. Justamente em razão dessa sensibilidade é que, frequentemente, perfis de DNA desenvolvidos a partir de evidências de casos antigos acabam sendo, na verdade, perfis de analistas ou técnicos que analisaram a amostra inicialmente.

Uma das principais supostas utilidades identificadas no banco de dados genético diz respeito à possibilidade de identificação e resolução de casos antigos, através da análise de material genético colhido nas cenas de crimes. Esses materiais, porém, até pouco tempo atrás, eram manipulados de forma completamente distinta da necessária para a criação de perfis conclusivos.

Outro ponto para se destacar são os custos ao erário da implementação de tal proposta. Embarcar em uma empreitada de tamanha proporção requereria, portanto, um cuidado extraordinário por parte do poder público na capacitação, credenciamento e treinamento dos milhares de pessoas que se envolveriam no processo de coleta, transferência, ampliação e análise dos perfis genéticos – uma tarefa que está longe de ser viável em solo brasileiro.

Em meio à grave crise econômica e política que o país atravessa, não existem recursos para questões básicas, como a previdência social, ou para os fundamentais setores da educação e da saúde. Acerca da segurança pública, os Estados brasileiros sofrem com um limitado orçamento para a realização de políticas penais equivocadas, custosas e sem retorno. De forma notória, o Supremo Tribunal Federal sinalizou o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional na realidade carcerária brasileira, sem nenhuma mudança ter sido realizada para sanear essa grave situação.

Tampouco se pode olvidar a presente situação das polícias científicas brasileiras – principais responsáveis pelos exames de DNA no país – de ausência não só de recursos, mas também de mão de obra para a concretização do gigantesco (e crescente) volume de processos e análises.

Não bastassem essas questões, ainda se faz necessário alertar para a impossibilidade de reconhecimento de suficiência de material genético nas amostras coletadas. Mesmo quando arrecadada por perito altamente capacitado, seguindo todos os padrões e protocolos necessários, existe grande possibilidade de a amostra não conter DNA suficiente para a constituição de um perfil genético, e sua posterior análise. Apesar disso, todos os custos relativos ao processo de coleta, transporte e análise subsistem, apenas para terem seus objetivos frustrados antes mesmo de qualquer tentativa de identificação.

## **8. ALTERAÇÃO DA LEI Nº 12.037/09 – INSERÇÃO DO ARTIGO 7º-C: COLETA DE DADOS PARA O BANCO NACIONAL MULTIBIOMÉTRICO E DE IMPRESSÕES DIGITAIS ATRAVÉS DE INVESTIGAÇÕES E IDENTIFICAÇÕES CRIMINAIS**

Outra proposta que demanda análise crítica é o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, criado pela Lei nº 13.964/19, que alterou no ponto a Lei nº 12.037/09. O objetivo declarado da mudança é armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais.<sup>8</sup>

Assim como o banco de dados genéticos, essa alteração vem para regulamentar o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição, que dispõe que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. A identificação criminal foi então descrita como sendo o processo datiloscópico e o fotográfico, podendo incluir também a coleta de material genético.

Entretanto, o que se diferencia significativamente das propostas anteriores de regulamentação é a criação da possibilidade de coleta de registros biométricos de presos provisórios ou definitivos, para além das hipóteses de identificação criminal.

Mesmo as pessoas civilmente identificadas poderiam ser submetidas a procedimentos da identificação criminal, com a finalidade de fomentar banco de dados de investigação.

E não somente de quem se encontra em uma das modalidades de prisão, antes ou após a condenação, uma breve passagem pelo sistema penitenciário já se torna suficiente para o mapeamento do sujeito pelo referido banco de dados. Assim, restam criadas hipóteses de identificação criminal “automática” em um país que, como ressaltado anteriormente, pratica, da abordagem policial à persecução e execução criminal, seus vieses de seletividade fundamentada no racismo institucional.

<sup>8</sup> MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote Anticrime*. Edição do Kindle (locais 1878-1880).

Tal medida, assim, como as destacadas anteriormente, reafirma ainda sua total incongruência e inconstitucionalidade, posto que desproporcional, não adequada e desnecessária para resguardar interesse público legítimo, além de evidentemente discriminatória pelos motivos expostos no tópico anterior.

## **9. RACISMO ESTRUTURAL E VESTÍGIOS LOMBROSIANOS**

A punição com falta grave pela negativa de coleta de material genético e o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, íris, face, voz etc. têm públicos-alvo definidos. Pessoas negras, preferencialmente jovens, são aquelas e aqueles que inauguram o mais nefasto período no que se refere aos resquícios de estigmatização com o pensamento de Cesare Lombroso, o qual no século XIX taxava de criminoso/delinquente através de suas características físicas e acreditava ser possível definir os caracteres morfológicos e comportamentais dos “criminosos natos” propensos à prática de crimes. Na sociedade brasileira prevalece a estigmatização para com a população negra, na medida em que são etiquetadas(os), conhecidas(os) como “elemento cor padrão” a pedra que precisa ser removida da sociedade.

É possível observar que essas previsões legais buscam impactar, tornando-se medidas de efeito e midiáticas, idealizadas por um legislador que acredita impressionar a sociedade com amplos bancos de mapeamento para o “combate da criminalidade”, cercados por uma suposta tecnicidade neutra mas que, verdadeiramente, se prestam a incrementar a seleção de “indivíduos indesejáveis”. Essas são medidas de imitação baratas e mal feitas aos modelos de estado de controle e estado penal dos EUA, que infelizmente têm uma população prisional composta majoritariamente por negros e latinos.

Nos países em que as “biotecnologias” contra o crime são utilizadas com sucesso há muito tempo, foram tomadas providências no que se refere à implementação de políticas públicas, sociais e raciais muito mais eficazes no combate à criminalidade, que nada mais é do que um fenômeno coletivo, com raízes, aqui no Brasil, principalmente na escravidão que perdurou por mais de 300 anos. Nesse quadro, a coleta de material genético torna-se um acinte.



*“Essa informação genética não é preditiva de comportamento social. É fundamental nós pensarmos isso porque o Brasil tem um longo histórico de uma escola eugenista, em que nós tínhamos a ciência respaldando essas informações antropométrica das pessoas e que é utilizada até hoje, em algumas carreiras as pessoas são escolhidas de acordo com o seu biotipo, ainda hoje, a eugenia, ainda é, ainda tem o seu laço na sociedade brasileira em alguns serviços públicos e ela foi extremamente danosa, porque ela condenou uma parcela da população, parcela pobre da população, ao encarceramento e isso acontece até os dias de hoje. Então o processo eugenista foi responsável por colocar a população negra e a população pobre deste país numa situação de vulnerabilidade social e econômica até os dias de hoje.”* (Maria José Menezes, bióloga e geneticista, em audiência pública na Câmara para debate do Pacote Moro).

## 10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado deixa de criar políticas públicas e discutir a causa da criminalidade e principalmente de prevenção aos crimes, tornando a sociedade atemorizada pela violência, desenvolvendo o ódio e o desejo de vingança em particular contra a população negra.

A perpetuação da situação de miséria e pobreza no pós-abolição e a discriminação racial que é estrutural são problemas sérios que não são tratados com o comprometimento necessário pelos nossos governantes. Apesar do apelido “Pacote Anticrime”, a Lei nº 13.964/19 não se propõe à prevenção da criminalidade e nem tampouco propõe medidas no combate à corrupção, não trata com seriedade a esfera pública e o controle dos meios que possam propiciar o fim da corrupção. É na verdade um pacote seletivo e de ampliação do Estado penal.

“O Código Negro do século XXI”, isto é, o Código Penal, amplamente utilizado, tem forte influência das Ordenações Filipinas, diploma do período da escravidão e que estipulava os “Castigos a serem aplicados aos escravos insurgentes”, disciplinando as chibatadas – até 300.

O Pacote Anticrime reclassifica a população negra tendo alvo preferencial, jovens negras e negros, considerados inimigos públicos número um, vítimas das abordagens truculentas, traumatizantes, onde a prática da tortura com suas novas metodologias, que incluem o assédio moral, criam novas previsões legais que serão aplicadas à população negra, através de uma linguagem que tem como objetivo “acabar com a corrupção”,

sem considerar que a corrupção também se manifesta no abuso de poder que o pacote protagoniza.

Está ao fundo a reescrivação, devidamente disfarçada de “fim da impunidade”, em que os defensores deste pacote criam sistemas de controle dos corpos negros e de leis com segregação racial, pela privação de políticas públicas e a manutenção da exploração econômica e violenta. A implementação do Pacote Moro trará novas restrições que serão impostas para a população negra, incluindo as manifestações como terrorismo.

A discriminação racial e o racismo se aplicam de maneira generalizada no sistema penal brasileiro, acompanhamos pelos jornais a seletividade de Cesare Lombroso nas abordagens policiais, entre elas o uso da força, a detenção arbitrária, a presença dos meios de comunicação que reforçam a conduta delitiva de jovens negros homens e mulheres, o efeito intimidatório e a perseguição à liberdade de expressão, com a perseguição ao funk como nos meados do século XX ao samba, capoeira e aos terreiros. Estamos vivendo as tendências eugenistas e lombrosianas revisitadas e adaptadas a novas técnicas.

A sociedade brasileira está ampliando sentimentos de ódio racializado. Não podemos retroagir, nem tampouco admitir o descumprimento dos nossos direitos, nem apoiar e incentivar leis que discriminam o indivíduo ou mesmo o grupo; ao contrário, há necessidade de manutenção dos princípios que regem os direitos humanos, as legislações internacionais, que respeitam as liberdades e as individualidades, da dignidade humana, da, promoção contínua dos valores éticos e sobretudo, em particular, a população negra.

Mesmo sem a explícita garantia jurídica, atirar para matar já é prática recorrente das polícias de todo o país. A criação de mecanismos que favoreçam e protejam esse tipo de comportamento pelas forças policiais, longe de respeitar os parâmetros normativos existentes, só irá gerar mais violência.

*“O pacote anticrime apresentado por Sérgio Moro e a lógica estabelecida por esse governo em relação ao papel que o Estado deve ter conversa drasticamente com a tarefa histórica das elites brasileiras em negar a vida e a dignidade ao povo negro, do ponto de vista da ação repressiva do Estado esse lugar, que deveria ser um espaço de diálogo dos diferentes, o espaço de busca por consenso de diminuição de conflitos, esse lugar tem sido historicamente espaço da profecia da elaboração e da prática do genocídio contra os pobres e os negros no Brasil.”* (Douglas Belchior, professor, em audiência pública na Câmara para debate do Pacote Moro)

## **COALIZÃO NEGRA POR DIREITOS**

AFROUNEB – Núcleo Interdisciplinar de Estudos Africanos e Afro-Brasileiros da Universidade do Estado da Bahia

AGANJU – Afro Gabinete de Articulação Institucional e Jurídica

Agentes de Pastoral Negros do Brasil – APNs

Alma Preta – Portal de mídia negra

Articulação de Organizações de Mulheres Negras Brasileiras –AMNB

Articulação Nacional de Pescadoras e Pescadores

Articulação Nacional de Psicólogas(os) Negras(os) e Pesquisadores – ANPSINEP

Associação Cultural Bloco Carnavalesco Ilê Aiyê

Associação Cultural de Mulheres Negras – ACMUN – RS

Associação de Amigos e Familiares de Presos/as – Amparar

Bamidelê – Organização de Mulheres Negras na Paraíba

Casa Laudelina de Campos Mello

Centro de Estudo e Defesa do Negro do Pará – CEDENPA

Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades – CEERT

Círculo Palmarino

Coletivo de Juventude Negra Cara Preta

Coletivo Luiza Bairros – CLB

Coletivo Negro Afromack

Coletivo Sapato Preto Lésbicas Amazônidas

Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas – CONAQ

Conselho Pastoral de Pescadoras e Pescadores

Criola

Cursinho Popular Carolina de Jesus

Educafro – Educação e Cidadania de Afrodescendentes

Evangélicos pelo Estado de Direito

Faremos Palmares de Novo

Frente de Mulheres Negras do DF e Entorno

Frente Favela Brasil

Frente Nacional de Mulheres do Funk

Frente Nacional Makota Valdina

Gabinete Assessoria Jurídica Organizações Populares- Gajop

Geledés – Instituto da Mulher Negra

Grupo de Mulheres Negras Mãe Andresa

IDEAS – Assessoria Popular

Ilê Omolu Oxum – Rio de Janeiro

Iniciativa Negra por uma Nova Política sobre Drogas

Instituto AMMA Psique e Negritude

Instituto de Mulheres Negras de Mato Grosso – IMUNE

Instituto Marielle Franco

Instituto Negra do Ceará – Inegra

Irohin – Centro de Documentação, Comunicação e Memória Afrobrasileira

Kombativa – Cooperativa Social Latino-Americana de Direitos Humanos  
Mães da Bahia

Mahin Organização de Mulheres Negras

Mandata Quilombo da Deputada Estadual Erica Malunguinho – SP

Marcha das Mulheres Negras de SP

Movimento dos Atingidos pela Base Especial de Alcântara

Movimento de Mães do Socioeducativo do Ceará

Movimento Nacional de Pescadoras e Pescadores

Movimento Negro Unificado – MNU

NEGRARIA – Coletivo de Artistas Negros de Belo Horizonte e Região Metropolitana/MG

Nova Frente Negra Brasileira

Núcleo de Consciência Negra da USP

Odara Instituto da Mulher Negra

ONDJANGO – Núcleo de Estudos Afro-Brasileiro

Okan Dimó – Coletivo de Matriz Africana

Pretas em Movimento

Programa Direito e Relações Raciais – PDRR-UFBA

Protagonismo Negro da UFSM

PVNC – Movimento Pré-Vestibular para Negros e Carentes

Rede Afirmação

Rede de HistoriadorXs NegrXs

Rede de Mulheres Negras da Bahia

Rede de Mulheres Negras de Pernambuco

Rede de Mulheres Negras do Paraná

Rede de Mulheres Negras para Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional

Rede de Proteção e Resistência ao Genocídio Rede Fulanas NAB

Rede Nacional de Religiões Afro-Brasileiras e Saúde – Renafro

Rede Sapata

Rede Ubuntu

Teatro Negro e Atitude, BH/MG

Voz da Baixada União de Negros pela Igualdade – Unegro

União de Núcleos de Educação Popular para Negras/os e Classe Trabalhadora – UNEafro Brasil

PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE A LEI 13.964/2019

# PACOTE “ANTICRIME”

## A VISÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

“(…) Com o início da vigência da norma legal citada, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por meio da sua Coordenação de Defesa Criminal, promoveu encontro público para debater temas específicos, contando com a participação de defensoras e defensores públicos, bem como o apoio do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR) e da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública (FESUDEPERJ), além da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP). O evento pretendeu apresentar as primeiras impressões sobre a legislação posta e teve grande audiência, não só presencial como à distância, dada a atualidade do tema.

O material decorrente desse encontro compõe a presente publicação, que objetiva estimular a discussão dos novos parâmetros legais, especialmente na visão dos/as operadores/as do direito que são vocacionados/as à defesa dos interesses da população mais vulnerável e sabidamente atropelada pela malha do sistema criminal, buscando sua adequação constitucional e, acima de tudo, a preservação dos direitos e garantias individuais.

Tenham esta publicação como ponto de partida para uma interpretação do *pacote* adequada ao arcabouço constitucional, mirando, sempre, o valor máximo eleito pelo constituinte originário: a dignidade da pessoa humana.”

(Extraído da Apresentação, de RODRIGO BAPTISTA PACHECO)

REALIZAÇÃO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

COORDENAÇÃO DE  
DEFESA CRIMINAL



APOIO



**Fesudeperj**  
Fundação Escola Superior da Defensoria  
Pública do Estado do Rio de Janeiro