



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO-PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO
MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP**, entidade de classe de âmbito nacional, com sede na SHS, Quadra 6, conjunto "A", Complexo Brasil 21, bloco "A", salas 305/306, CEP: 70.322-915, em Brasília, Distrito Federal (**DOCS. 01 e 02**), por seus procuradores (**DOC. 03**), com fundamento nos artigos 102, I, a, e 103, IX, ambos da Constituição Federal, vem perante esse colendo Supremo Tribunal Federal ajuizar

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
com pedido de medida liminar

em razão da inconstitucionalidade apresentada nos artigos 3º-A, 3º-B (incisos IV, VIII, IX, X e XI, alíneas 'd' e 'e'), parágrafo único do artigo 3º-D, todas constantes do artigo 3º da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 e, também, o art. 28 e o artigo 28-A, incisos III e IV, e parágrafos 5º, 7º e 8º e o parágrafo 4º do art.310, do Código de Processo Penal, incluído pela mesma Lei (**DOC.04**), por ofensa aos artigos 5º, inciso LXI, 125, 127 e 129, todos da Constituição Federal, bem como o sistema acusatório e os princípios da isonomia, da razoabilidade, da autonomia do Ministério Público e da proporcionalidade, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.



1. A LEGITIMIDADE ATIVA DA PROPONENTE

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) é uma entidade de classe de âmbito nacional, *"integrada pelos membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos, que tem por objetivo defender as garantias, as prerrogativas, os direitos e os interesses, diretos e indiretos, da Instituição e dos seus integrantes, bem como o fortalecimento dos valores do Estado Democrático de Direito"*, na clara dicção do artigo 1º do Estatuto, devidamente registrado.

Essa colenda Suprema Corte já reconheceu, por diversas vezes, a legitimidade ativa da CONAMP, para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, como entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do art. 103, IX, da Constituição da República.

Inquestionável, portanto, a legitimidade ativa da Associação proponente.

2. DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Dentre as finalidades da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), está a de *"defender os direitos, garantias, autonomia, prerrogativas, interesses e reivindicações dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos"* e o de *"defender os princípios e garantias institucionais do Ministério Público, sua independência e autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária, bem como os predicamentos, as funções e os meios previstos para o seu exercício"*, postas no art. 2º, incisos I e III, do Estatuto.

Ora, as normas impugnadas violam os artigos 5º, inciso LXI, 125, 127 e 129 da Constituição Federal, pois inviabilizam a atuação funcional plena e ferem a autonomia dos



membros do Ministério Público, além de contrariarem, também, o sistema acusatório e os princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade.

É evidente, portanto, a pertinência temática entre os objetivos da Associação proponente desta ação direta de inconstitucionalidade.

3. DAS DISPOSIÇÕES CONSTANTES DA NORMA IMPUGNADA

Eis o teor das normas questionadas cujas expressões, **postas em negrito e sublinhadas**, a proponente desta ação direta pretende ver declarada a inconstitucionalidade.

"Juiz das Garantias"

*'Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e **a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.**'*

'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:

(...)

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

(...)

VIII - 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 deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

(...)

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

(...)

'Art. 3º- D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.'



(...)

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

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para repressão e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

(...)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente,



como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

(...)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

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

(...)

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido



no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.” (NR)

4. DAS INCONSTITUCIONALIDADES DAS NORMAS QUESTIONADAS

4.1. Introdução

Adrede, ressalte-se que inexistente qualquer discordância acerca da necessidade de atualização das leis penais e processuais penais. Pelo contrário! Sabe-se que é necessária a sua atualização, seja por questões práticas atuais quanto por aspectos técnicos que exigem o aperfeiçoamento da legislação a fim de tornar a prestação jurisdicional criminal mais abrangente, célere e eficaz, enfim, capaz de promover a proteção de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e da sociedade brasileira, em equilíbrio agasalhado pela Constituição da República.

Não obstante esse louvável pensamento, o movimento, que acarretou a aprovação e a sanção da lei ora impugnada, incorreu em inconstitucionalidades a serem sanadas e reconhecidas, para fins de retirada e/ou suspensão do mundo jurídico dos preceitos não consentâneos aos ditames da Carta de Outubro.

Analisando a ementa da Lei nº 13.964/2019 verifica-se que, além de reconhecer o modelo e o formato do processo penal brasileiro como sendo afeto ao sistema acusatório, o legislador, de forma contraditória, acabou por introduzir no ordenamento jurídico pátrio disposições que mitigam a atuação do Ministério Público – instituição constitucionalmente encarregada para o exercício



privativo da ação penal pública.

4.2. Contextualização do Princípio Acusatório e seus Corolários

O sistema acusatório, assim, constitui modelo eleito pela Carta de Outubro para suceder o antigo modelo inquisitivo ou inquisitório, onde ao juiz eram conferidos poderes de investigação, acusação e julgamento. Essa mudança prevista na CF conferiu ao Ministério Público a função institucional de titularidade da ação penal pública, bem como conferiu a função institucional de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, enfim, de direção da investigação policial quando não a realizar diretamente.

Outro ponto de relevância no novo modelo criado pela Constituição Federal – sistema acusatório, foi asseverar que a investigação criminal realizada pelas polícias judiciárias são destinadas a subsidiar a *opinio delicti* do Órgão Ministerial, devendo a instituição exercer o controle externo dessa atividade, conforme dicção dos seus artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III, VII e VIII e 144, inciso IV, e parágrafo 4º.

Do princípio acusatório, também sobressai o dever de inércia e de imparcialidade do magistrado¹, sendo ônus do Ministério Público carrear aos autos criminais os elementos probatórios necessários e suficientes a subsidiar um seguro

¹ Segundo Mauro Fonseca Andrade: “o princípio acusatório nada mais é do que a imprescindibilidade de um acusador distinto do juiz em um determinado modelo de processo penal, distinção esta que deve manifestar-se materialmente, ao invés de ser meramente formal”. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009 | Revista ibero-americana de ciência penais, v. 9, n. 17, p. 51-84 de 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194939/000871259.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 de jan. de 2020.



provimento jurisdicional de mérito do caso penal².

No julgamento do RHC 120379, relatoria do Ministro LUIZ FUX, esse r. Supremo Tribunal Federal asseverou que “*o sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do opinio delicti, separando a função de acusar daquela de julgar. (...)*”.

Essa linha de entendimento também foi sufragada pelo Pretório Excelso quando do julgamento da ADI 5104 – relatoria do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, ajuizada pela Procuradoria Geral da República com a finalidade de questionar dispositivos da Resolução TSE nº 23.396/2013 (editado a pretexto de dispor sobre a apuração dos crimes eleitorais) -, em que reconheceu a atuação do Ministério Público no processo penal baseada na concepção do princípio acusatório, *in verbis*:

Resolução TSE nº 23.396/2013. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. **Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público.** 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei n. 9.504/97. 2. **A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre**

² Destaca-se também a necessidade de observância do contraditório no sistema acusatório, como muito bem observado por Pedro Ivo de Sousa e William Clinton Machado. Neste sentido, ver: A produção comparada da prova no sistema penal acusatório: uma análise crítica do *cross examination* nos sistemas processuais penais italiano e brasileiro. *Revista do Ministério Público de Goiás*. nº 36, pp. 59-76, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2019/11-novembro/artigos/artigoPedroIvo.pdf>. Acesso em: 19 de jan. de 2020.



uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução n. 23.396/2013. **Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório.** 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa



circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*. (ADI 5104 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

À luz dos preceitos inseridos na Constituição Federal para se instituir o sistema acusatório, forçoso reconhecer que: a) a investigação criminal realizada pelas polícias judiciárias tem como destinatária a instituição ministerial e se presta a subsidiar a *opinio delicti*, já que ao Ministério Público foi conferida a titularidade privativa da ação penal; b) o controle da instauração e do prazo de tramitação das investigações criminais deve ser exercido pela instituição ministerial – decorrência do exercício do controle externo da atividade policial e do dever de fiscal da ordem jurídica, sob pena de infeliz e inconstitucional usurpação de função pelo Poder Judiciário; c) o juiz deve manter postura de inércia e de imparcialidade no exercício da jurisdição penal; d) o legislador constituinte acentuou de forma clara e objetiva as hipóteses em que as medidas de mitigação das liberdades individuais e dos direitos fundamentais devem ser realizadas somente através de provimento judicial, no caso, v.g., das interceptações telefônicas, quebra de sigilo de dados, prisões cautelares, buscas e apreensões, etc.

Portanto, como a lei questionada, em vários de seus dispositivos, mitiga e indevidamente atinge o *locus* conferido ao Ministério Público no processo penal pela Constituição da República, em particular pelas normas do art. 129, I, VI e VIII, da Carta de Outubro, busca-se desse Supremo Tribunal Federal o exame direto de sua compatibilidade com a sistemática constitucional em vigor.

Adiante, de forma destacada e individualizada, enumera-se cada dispositivo questionado e que se busca análise e reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF.



4.3. Dos Dispositivos Questionados

A) Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A Lei n. 13.964/19 pretende promover verdadeiras revoluções copernicanas no sistema penal e processual penal no Brasil, modificando diversos pontos que, já há bastante tempo, são reivindicados por muitos especialistas e instituições.

Várias destas revoluções devem ser aplaudidas, até mesmo por que contam com o apoio quase que unânime da sociedade brasileira, como é o caso da declaração expressa e formal da estrutura acusatória do processo penal brasileiro, que, por muitos, já está vigente no nosso sistema desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, como decorrência lógica de diversas de suas normas, dentre elas a do art. 129, I, que disciplina a função do Ministério Público de promover, privativamente, a ação penal pública no país.

É fato que, segundo muitos³, uma das características

³ Mauro Fonseca Andrade nos chama a atenção para o fato de que o conceito de sistemas processuais é muito divergente na doutrina e na jurisprudência, o que se deve, em geral, à utilização de tipos ideais, que se utilizam de "conceitos exagerados, genéricos, abstratos, que não representam uma realidade histórica e tampouco atual". Neste sentido, ver: Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009 | Revista ibero-americana de ciência penais, v. 9, n. 17, p. 51-84 de 2009. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194939/000871259.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 de jan. de 2020.



deste sistema acusatório é a vedação de uma séria de condutas por parte do magistrado na fase investigatória, e é isto que prevê a primeira parte do artigo aqui questionado.

Acontece que, ao final do artigo, ao tratar da segunda vedação proposta, o legislador criou regra que, na verdade, não se coaduna com o verdadeiro sentido do sistema acusatório.

É certo que, alguns especialistas, falam que, no sistema acusatório, o magistrado não deve desempenhar função acusatória, ou seja, substituir a figura do acusador.

Mas, este pensamento não existe por mero capricho. A ideia é que o magistrado seja preservado em *locus* de imparcialidade, de forma a se garantir um julgamento justo e adequado para todos.

Acontece que, mais do que impedir o desempenho da função acusadora, o sistema acusatório se preocupa com o julgamento imparcial, que não deve ser visto somente no sentido de se impedir o desempenho da função acusatória, mas também o da função defensiva.

Qualquer tentativa de se construir uma figura de um juiz-defensor, como já afirmado por alguns na doutrina⁴, é tão deletéria para o sistema acusatório como a do juiz acusador, pois retira a sua imparcialidade, e permite, na verdade, a manutenção de resquícios inquisitoriais⁵.

⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília, v. 183, Edição Especial, p. 167-188, jul./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194939/000871259.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 19 de jan. de 2020.

⁵ A análise histórica nos revela que a atuação do juiz em prol da tutela do acusado aproxima o sistema mais à proposta inquisitorial do que a acusatória, ao contrário do que alguns procuram defender, sem qualquer



O compromisso de afirmação de justiça do sistema e do magistrado no julgamento de cada caso deve, portanto, ser amplo e impessoal, de forma a considerar o caso penal sem prévia disposição em preterir os relevantíssimos interesses em jogo: dos acusados, das vítimas e de toda a sociedade brasileira.

embasamento histórico e técnico. Assim, nas Instruções de Tomás de Torquemada, o juiz podia buscar novas testemunhas que comprovassem que aquelas arroladas pelo acusador haviam prestado depoimento com o ânimo de prejudicar o réu, seja por inimizade, seja por corrupção. Ou seja, a atividade judicial só poderia ser pró-réu, e não contra ele (Instrução 14. Infruciones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. Copilacion delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monafterio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorios de Epaña, 1532). Já, nas Instruções de Fernando de Valdés, a tortura somente poderia ser realizada se expressamente requerida, com anterioridade, na peça acusatória do acusador público, não podendo ser determinadas de ofício pelo juiz (Instrução 21. Copilación delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años). Por sua vez, nas Instruções de Fernando de Valdés, a única referência aos juízes poderem exercer alguma atividade na fase probatória é justamente a favor do réu, a fim de bem averiguarem sua inocência (Instruções 29 e 38. Copilación delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años). Por fim, na Inquisição Portuguesa, “Se a defesa do réu for tão limitada, ou na prova dela, considerada a qualidade do réu, e das testemunhas da justiça, houver tais circunstâncias, que pareça aos Inquisidores, que não está o réu bastantemente defendido, antes de se proporem em mesa seu processo afinal poderão mandar fazer nova prova à defesa, com mais diligências que lhe parecer necessárias, para melhor se averiguar a verdade e assim o pronunciarão nos autos por seu despacho” (Regimento de 1640, Livro II – “Da ordem judicial do santo ofício”, Título XI, “Das mais diligências que se devem fazer antes de final despacho”, §5º). (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e Seus Princípios Reitores*. 2ª ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013; e BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. *Inquisição: a verdade por trás do mito fundador do processo penal moderno*. *Arquivo Jurídico* – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 1 – n. 7 – p. 126-141 Jul./Dez. de 2014.)



Se o magistrado tiver, portanto, uma inclinação para agir somente em um determinado sentido, estimulada e autorizada por dispositivo legal como o ora impugnado, não se estará diante de um verdadeiro sistema acusatório, mas de algo absolutamente diverso.

Neste sentido é que se combate a parte final do artigo 3º-A, conforme negrito, na medida em que cria vedação somente para a atuação judicial probatória substitutiva da acusação, permitindo, assim, que a exerça favoravelmente, exclusivamente, à defesa.

Enfim, resta evidente que este comando legislativo desafia normas constitucionais como a que estabelece o sistema acusatório em nosso país, assim como a da própria igualdade, especialmente no tratamento entre as partes, e a da proporcionalidade, naquilo que diz respeito à vedação da proteção deficiente na medida exata da tutela dos direitos das vítimas, devendo esta Corte Constitucional declarar a sua inconstitucionalidade, ou, pelo menos, declarar a sua interpretação conforme a Constituição da República, para reconhecer que a vedação à atividade probatória do magistrado deve ser compreendida para as partes da relação jurídico-processual.

O art.3º-B, que em seu caput estabelece os contornos gerais das funções do juiz das garantias, acaba por lhe conferir, em seus incisos IV, VIII, IX, X e XI (alíneas 'd' e 'e') competências específicas que contrariam a essência do próprio instituto.

De fato, conforme restará demonstrado a seguir, referidos dispositivos aproximam o recém-criado juiz das garantias brasileiro com a figura de um juiz instrutor cuja atuação pró-ativa na fase investigatória foi justamente a responsável pelo surgimento e desenvolvimento do instituto do juízo de garantias em países da Europa Continental.



B) 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 especialmente⁶:

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

A dicção decorrente da leitura do dispositivo questionado leva à conclusão de que se trata de imposição não somente às polícias judiciárias, mas também ao Ministério Público, do ônus e dever de comunicar à autoridade judiciária a instauração de qualquer investigação criminal. Isso mesmo, a autoridade policial deverá comunicar ao juiz da comarca todos as instaurações de inquérito policial e o Ministério Público deverá comunicar todos os procedimentos investigatórios criminais instaurados para apurar condutas que guardem subsunção a um tipo penal em vigor.

Aqui, além de antecipar ao juiz um aquilate da conveniência e da necessidade da investigação, do ponto de vista da necessidade e oportunidade, essa providência é inócua. A prevalecer essa disposição, teremos mitigação e quebra do protagonismo do exercício do poder investigatório pelo Ministério Público, da propositura da ação penal respectiva, quando e se cabível, e também malferir e usurpação da função de controle externo da atividade policial.

⁶ É certo que as exceções da lei demonstram que o juiz das garantias não possui aplicação plena no sistema, havendo defesa da sua inaplicabilidade na área eleitoral. Neste sentido ver: CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira Pinheiro; VACCARO, Luciano Vaccaro; e ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. Leme: Editora Jhmizuno, 2020 (no prelo).



A instituição ministerial teve conferida a responsabilidade de exercício do controle externo da atividade policial, providência que ao ser efetivada, propicia o controle da legalidade e dos prazos das investigações a cargo da polícia judiciária. E isso não poderia ser diferente, repita-se, já que as investigações criminais são realizadas para embasar e possibilitar/facilitar a formação de convicção e da *opinio delicti* pelo Ministério Público – titular privativo da ação penal pública. (arts.129, incisos I e VIII da CF)

A propósito, quando ocorrente durante a investigação, a necessidade de se mitigar o direito fundamental ou a liberdade individual do investigado, o legislador constituinte fez prever e condicionar sua validade ao preceito da reserva de jurisdição, como no caso das prisões cautelares, etc.

Portanto, numa perspectiva de resguardo do interesse público, da higidez do processo penal no microsistema do princípio acusatório e a autonomia do Ministério Público, mostra-se necessário seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo citado.

C) VIII - 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 deste artigo;

Se a investigação criminal feita pela autoridade de polícia judiciária deve ser realizada no bojo de procedimento administrativo instituído em lei, no caso o inquérito policial, como se atribuir ao juiz, mitigando-se o controle e o aquilate do Ministério Público acerca da realização de providências investigatórias necessárias e destinadas a formação de sua *opinio delicti*, prorrogar ou não a investigação.



Apesar de reconhecermos que a prisão somente pode ser decretada pela autoridade judiciária, sendo esse preceito decorrência da reserva de jurisdição, não nos parece apropriado e consentâneo com a finalidade da investigação e com a autonomia que deve ser garantida ao Ministério Público, atribuir ao juiz determinar que a investigação deve ser concluída neste ou naquele prazo.

Nessa perspectiva, em julgamento sob relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que "*o Ministério Público é o árbitro exclusivo, no curso do inquérito, da base empírica necessária ao oferecimento da denúncia*". (STF. Plenário. Questão de ordem no inquérito 1.604/AL. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 13/11/2002, unânime. DJ, seção 1, 13 dez. 2002, p. 60)

Por isso lhe cabe direcionar as investigações a serem realizadas no inquérito, já que ele será o órgão a quem caberá, se for o caso e de acordo com seu critério, ofertar a imputação ao juiz. A esse respeito, colaciona-se mais um julgado desse Supremo Tribunal Federal, *in litteris*:

HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO DA SUPOSTA PARTICIPAÇÃO DE SARGENTO DE POLÍCIA NA PRÁTICA DE ILÍCITOS. ARQUIVAMENTO, PELO JUÍZO, SEM EXPRESSO REQUERIMENTO MINISTERIAL PÚBLICO. REABERTURA DO FEITO. POSSIBILIDADE.[...] 1. **O inquérito policial é procedimento de investigação que se destina a apetrechar o Ministério Público (que é o titular da ação penal) de elementos que lhe permitam exercer de modo eficiente o poder de formalizar denúncia.** Sendo que ele, MP, pode até mesmo prescindir da prévia abertura de inquérito policial



para a propositura da ação penal, se já dispuser de informações suficientes para esse mister de deflagrar o processo-crime. 2. **É por esse motivo que incumbe exclusivamente ao Parquet avaliar se os elementos de informação de que dispõe são ou não suficientes para a apresentação da denúncia, entendida esta como ato-condição de uma bem caracterizada ação penal. Pelo que nenhum inquérito é de ser arquivado sem o expresse requerimento ministerial público.** [...] 5. Ordem denegada. STF. Primeira Turma. (HC 88.589/GO. Rel.: Min. CARLOS BRITTO, 28/11/2006, un. DJ 1, 23 mar. 2007, p. 107).

Portanto, numa perspectiva de resguardo do interesse público, da higidez do processo penal no microsistema do princípio acusatório e a autonomia do Ministério Público, mostra-se necessário seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo citado.

D) IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

O dispositivo *sub oculi* institui a possibilidade do juiz trancar, de ofício, o inquérito policial sem que haja manifestação do Ministério Público ou requerimento para sua descontinuidade, ou seja, seu arquivamento.

Indubitavelmente, referido dispositivo colide com o regramento do art. 28, também aprovado na recente véspera de natal. Conforme disposto neste artigo:



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

Conforme se depreende, houve alteração na regra que exigia que fosse submetida ao Poder Judiciário toda e qualquer promoção de arquivamento de inquérito policial ou de autos investigativos próprios, a exemplo do PIC, realizados pelo Ministério Público. Aqui há, como dito, evidente incongruência e invasão da autonomia do Ministério Público no aquilate e análise da conveniência e necessidade de investigação.

O Ministro Celso de Mello, decano desse Supremo Tribunal, em voto proferido no julgamento do HC 73.271/SP, assinalou que:

“(...) o inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto dominus litis – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária”.

Portanto, numa perspectiva de resguardo do interesse público, da higidez do processo penal no microsistema do princípio acusatório e a autonomia do Ministério Público, mostra-se necessário seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo citado.

E) X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia



sobre o andamento da investigação;

Mais uma vez, a Lei nº 13.694/2019 insere disposição no Código de Processo Penal que não se coaduna e guarda adequação com o microsistema do princípio acusatório. Tal conclusão é facilmente encontrada diante da necessidade e exigência do modelo constitucional processual penal em vigor.

O magistrado deve ser manter equidistante das partes, somente devendo agir se provocado e jamais incorrer na prática de atos que ensejem questionamentos acerca do cumprimento do princípio do juiz natural imparcial e ao princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat judex ex officio*), decorrentes do art. 5º, LIII, da CR.

O processo penal constitucional instituído pela Carta de Outubro não mais admite que o magistrado aja de ofício com a finalidade de perquirir de documentos e/ou de informações carreadas nos autos de investigação levada a efeito pela autoridade de polícia judiciária e cujo destinatário é o Ministério Público. Aqui, mais uma vez, se mostra ocorrente o descompasso do dispositivo analisado e o princípio acusatório.

Portanto, numa perspectiva de resguardo do interesse público, da higidez do processo penal no microsistema do princípio acusatório e a autonomia do Ministério Público, mostra-se necessário seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo citado.

F) XI - decidir sobre os requerimentos de:
d) acesso a informações sigilosas;
e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

Nos dispositivos trazidos à baila, norma



infraconstitucional da espécie lei ordinária e grafada de forma indeterminada institui e amplia a exigência da reserva de jurisdição em hipótese não contemplada no texto constitucional.

Todas as hipóteses de mitigação das liberdades individuais e dos direitos fundamentais de pessoas investigadas a serem realizadas com estrita observância à reserva de provimento jurisdicional estão previstas na Constituição da República, diretamente ou por autorização expressa ao legislador ordinário; assim, não é constitucional um alargamento por via de lei ordinária que escape dos limites estabelecidos pela Carta Magna.

Recentemente, esse Supremo Tribunal Federal, no julgamento pelo plenário do Recurso Extraordinário (RE) 1055941, reconheceu, em sede de repercussão geral,

"(...) questão relativa à possibilidade de compartilhamento, com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário (RE 1.055.941-RG, Rel. Min. Dias Toffoli – Tema 990)".

Do aresto colacionado, depreende-se que somente em casos definidos pela Constituição Federal é possível se condicionar o acesso a dados sigilosos mediante obtenção de provimento judicial.

Portanto, numa perspectiva de resguardo do interesse público, da higidez do processo penal no microsistema do princípio acusatório e a autonomia do Ministério Público, mostra-se necessário seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo citado.

G) 'Art. 3º - D. O juiz que, na fase de



investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

Há de se referir que a disposição acima mencionada deve ser julgada inconstitucional por ferir a autonomia dos Estados para legislar sobre a organização judiciária e também contrariar o princípio da razoabilidade.

A norma questionada diz respeito à organização judiciária cuja legislação é própria dos Estados-membros da Federação, porque ínsita à sua autonomia, claramente expressa no art. 125 e § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil:

"Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida da Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça."

Vê-se, assim, que não poderia a União legislar sobre matéria de organização judiciária que a própria Constituição da República diz ser da competência exclusiva do Tribunal de Justiça de cada Estado componente da Federação.

Portanto, numa perspectiva de resguardo do interesse público, de razoabilidade e observância da autonomia do Judiciário Estadual, mostra-se necessário seja declarada a



inconstitucionalidade do dispositivo citado.

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

O novo artigo 28 do Código de Processo Penal trata de uma das principais mudanças desenvolvidas pela Lei nº 13.964/19 no âmbito do sistema processual penal brasileiro.

E esta mudança é percebida especialmente no ponto que trata da alteração sistemática do controle do Ministério Público quando da sua decisão de arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer outros elementos informativos da mesma natureza, retirando do magistrado o papel de reexaminador da atividade ministerial, que passa a ser papel da vítima ou de seu representante legal.

De fato, esta alteração é muito elogiável, tratando-se de medida que, há muito tempo, é aguardada pela comunidade jurídica brasileira, preservando a imparcialidade judicial e o protagonismo ministerial que são medidas estruturais do sistema acusatório.

Ocorre que, ao estabelecer a vigência da alteração proposta no novo enunciado do art. 28 em prazo de 30 dias após a data de sua publicação, a lei desafiou normas constitucionais que dizem respeito à falta de razoabilidade e proporcionalidade da alteração para a sua vigência, na medida em que causará extremo impacto na autonomia e gestão administrativa e financeira do



Ministério Público.

O fato é que em todo o país, o elevado número de inquéritos policiais e outros elementos investigativos de mesma natureza é uma realidade inconteste, que não pode ser desconsiderada.

O novo comando legislativo parece não ter somente desconsiderado esta realidade, mas também toda a problemática que a envolve, com a existência de inquéritos físicos e digitais, a necessidade de compartilhamento de sistemas de informática, a estruturação administrativa das instituições envolvidas, entre outras.

Sobre a questão do volume de inquéritos, para se ter uma noção da situação real que se enfrenta, o Ministério Público do Estado de São Paulo fez um levantamento de dados que apontou para um acervo de 829 inquéritos policiais objetos de aplicação do art. 28 do CPP no ano de 2019, o que daria uma média mensal de 70 procedimentos investigatórios criminais para apreciação do Procurador-Geral de Justiça.

A partir da ampliação feita pelo novo art. 28, o número apresentado pelo MPSP de arquivamentos no ano de 2019 seria de 174.822, o que daria uma média mensal de análise de 14.500 procedimentos.

Esta situação, que se repete na medida das suas especificidades em outros Estados da Federação, não pode ser desprezada, sob pena de ser instituído o caos processual sistêmico.

Neste sentido, justamente por desafiar a constitucionalidade na medida da sua razoabilidade e proporcionalidade, é que esta nobre Corte Constitucional concedeu medida cautelar na ADI n. 6.298-DF para suspender a eficácia de outras alterações produzidas pela Lei n. 13.964, especialmente,



aquela que diz respeito ao “juiz das garantias”, adiando-se a sua implantação.

Naquele caso, entendeu-se que a figura do juiz de garantias importa em reorganização e não reestruturação do Poder Judiciário, já que: *“(...) Não há órgão novo. Não há competência nova. O que há é divisão funcional de competência já existente. É disso que se trata.”*

Valendo-se da distinção realizada por esta Egrégia Corte Constitucional, no caso das modificações promovidas no art.28 do CPP tem-se a criação de uma sistemática absolutamente distinta daquela vigente por décadas e de acordo com as quais se encontram estruturados os Ministérios Públicos brasileiros.

Criou-se, agora, nova competência Institucional, em que o Ministério Público passa a revisar todos os arquivamentos de inquéritos policiais e procedimentos investigatórios criminais do país. Trata-se de regra que demanda reestruturação e não mera reorganização!

Assim, ante essa necessidade, é que se defende, no mínimo, o mesmo tratamento ao art. 28, estendendo-se os efeitos da ADI n. 6.298-DF, para também adiar a sua eficácia de forma a garantir tempo e condições necessárias para a sua devida implementação.

Portanto, há de se considerar indispensável a postergação da sua *vacatio legis* em face das dificuldades operacionais, administrativas e financeiras que de sua implementação já no próximo dia 23 de janeiro possam advir.

I) Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com



pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

(...)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

(...)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o



§ 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

A nova norma contida no artigo 28-A do Código de Processo Penal também se refere a uma das principais mudanças propostas pela Lei nº 13.964/19 referente ao sistema processual penal brasileiro.

Neste ponto, a alteração é percebida na exata dimensão em que disciplina a criação legal do instituto do acordo de não persecução penal.⁷

⁷ Sobre o Acordo de Não Persecução Penal, a doutrina aponta as suas inúmeras contribuições sistemáticas. Rodrigo Cabral, por exemplo, explica que: “*Num modelo sem acordo, a demora na tramitação processual, o excesso de serviço e a pressa para fazer frente a essa carga de trabalho, gera seríssimos efeitos colaterais. É dizer, num modelo tradicional, sem acordo, paga-se um alto preço com a proliferação de injustiças. Essas injustiças são de duas ordens. De um lado, o Estado descumpra o seu dever de tutela jurídica, de outro, por mais surpreendente que possa parecer, se enfraquece substancialmente a capacidade do processo penal de ser um processo materialmente justo.*” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP*. Consultor Jurídico – CONJUR. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>>. Acesso em: 19 de jan. de 2020). Neste sentido, dentre outros, ver: BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. “Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal”. In *Acordo de não persecução penal/coordenadores Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renee do Ó Souza, Rodrigo Leite Ferreira Cabral – 2ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.* CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee de Ó. *A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/17 CNMP): uma opção legítima de política criminal.* Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordode-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politicacriminal/>>. Acesso em: 19 de jan. de 2020. GARCIA, Emerson. *O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério*



Importante registrar, neste ponto, que o acordo de não persecução penal é um avanço até mesmo para o ofendido, conforme entendimento de Rogério Sanches e Renee de Ó Souza ao afirmarem que:

O Acordo de Não Persecução Penal não implica qualquer desvantagem ao ofendido, notadamente nos crimes em que ele é bem definido, visto que o primeiro requisito para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal é a necessidade imperiosa de reparação de danos sofridos o que atende seus interesses imediatos e à moderna tendência criminológica de revalorização da vítima no processo penal⁸.

Ocorre que, também nesta proposta, o legislador se equivocou em alguns pontos que merecem ser corrigidos por esta Suprema Corte, em razão das suas flagrantes inconstitucionalidades.

A primeira delas diz respeito aos incisos III e IV do art. 28-A, que, ao prever que o local para prestação de serviço e a entidade pública ou de interesse social para o pagamento de

Público: breves reflexões. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/1772-o-acordo-de-nao-perseucaopenal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>>. Acesso em: 19 jan. 2020. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado de Goiás. 2017. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_13/3Artigo6_final. Acesso em: 19 de jan. de 2020.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee de Ó. A legalidade do acordo de não persecução penal (Res. 181/17 CNMP): uma opção legítima de política criminal. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordode-nao-perseucaopenal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politicacriminal/>>. Acesso em: 19 de jan. de 2020.



prestação pecuniária sejam escolhidos pelo juiz de execução penal, desafia a prerrogativa constitucional do Ministério Público, que decorre da sua titularidade exclusiva da ação penal pública, além da própria concepção do sistema acusatório e da imparcialidade objetiva do juiz.

Como se percebe do texto, o acordo de não persecução penal é proposta que cabe ao Ministério Público, tendo o magistrado o papel de seu homologador.

Assim, justamente por não se tratar de pena, tanto as condições quanto os detalhamentos do acordo devem ser confiados ao Ministério Público, o que inclui a definição dos locais de prestação de serviço e das entidades públicas e de interesse social para efetuação de pagamento de prestação pecuniária⁹.

Não possui, portanto, harmonia com a Constituição a escolha feita pelo legislador de confiar estas funções ao magistrado, especialmente ao juiz de execução penal, pois (a) não se trata de pena e (b) se revela uma atribuição confiada pelo texto constitucional ao Ministério Público.

⁹ Neste sentido, o entendimento de Rogério Sanches ao afirmar que: *“nos incisos III e IV temos condições inspiradas em sanções alternativas tradicionalmente utilizadas pelo juiz criminal para evitar pena de prisão. Deve ser alertado, contudo, que a natureza dos incisos é de condição para o ANPP, isto é, cláusula que estabelece realização de uma situação ou de uma ação, para que ocorra o negócio jurídico. Não se trata de sanção penal. Tanto que, se descumprida a condição ajustada, não pode o Ministério Público executá-la, mas oferecer denúncia e perseguir a devida condenação. Diante desse quadro, fica fácil perceber o equívoco do legislador ao determinar que a concretização do acordo se dê no juízo das execuções penais. Erro crasso. Na VEC executa-se sanção penal. No ANPP não temos sanção penal imposta (e nem poderia, pois impede o devido processo legal). A sua execução deveria ficar a cargo do Ministério Público (como determina a Res. 181/17) ou do juízo do conhecimento.* (SANCHES, Rogério. *Pacote Anticrime*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 132)



A segunda, também por violar o sistema acusatório, a independência funcional do membro do Ministério Público e a própria imparcialidade objetiva do Magistrado, refere-se aos conteúdos normativos contidos nos parágrafos 5º, 7º e 8º, que estabelecem o controle inadequado e inconstitucional do acordo por parte do Magistrado.

É que, conforme se depreende dos textos, a atuação da magistratura foge da dimensão homologatória e fiscalizatória no plano da legalidade formal, para invadir um patamar de mérito indevido, estabelecendo um controle que não encontra mais base no sistema constitucional brasileiro, por desafiar a ideia do sistema processual acusatório.

Nesta concepção do sistema acusatório, as atividades dos sujeitos processuais são repensadas e ajustadas conforme a essência dos seus respectivos papéis constitucionais, alterando, progressivamente, a ordem jurídica vigente.

Uma destas alterações é, justamente, a atuação do juiz na temática de arquivamento do inquérito policial, retirando, como já dito anteriormente, a iniciativa do magistrado para entregá-la à vítima (novo art. 28 do CPP).

Este regramento está devidamente estabelecido também no próprio art. 28-A, parágrafo 14, que estabelece: "*no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.*"

A solução harmoniosa do texto legislativo deveria ser a mesma estabelecida nas normas citadas nos parágrafos anteriores, que confiam a revisão da atividade ministerial ao órgão revisional do próprio Ministério Público, o que deve ser reconhecido e



declarado por esta r. Corte Constitucional¹⁰.

Por isto mesmo, a escolha do legislador de conferir ao magistrado esse papel de controlador do acordo de não persecução penal, da forma como foi posta, é medida flagrantemente inconstitucional, por violar o sistema acusatório, a autonomia do membro do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado.

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

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

¹⁰ Também neste sentido, também o entendimento de Rogério Sanches, que conclui: "*Diante desse quadro (e preocupação), sugerimos, por analogia, aplicar o art. 28 do CPP, usado, aliás, pelo próprio art. 28-A para solucionar conflito inverso: juiz discorda da recusa do MP em propor o ANPP (§ 14). Em caso semelhante, aliás, envolvendo a suspensão condicional do processo, o STF assim decidiu, editando a Súmula 696: "Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal". (SANCHES, Rogério. *Pacote Anticrime*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 137)*



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

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

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

O parágrafo 4º do artigo 310 do Código de Processo Penal, acima negrito e fruto da alteração legislativa feita pela Lei nº 13.964/2019, padece de inconstitucionalidade ao prever hipótese de soltura automática, leva em consideração prazo inflexível, e ao mesmo tempo permite o decreto de prisão preventiva sem a realização da própria audiência de custódia.

Conforme o artigo 13 da Resolução nº 213, de 2015¹¹,

¹¹ 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,



do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia é aplicável não só à prisão em flagrante, mas também às seguintes prisões: preventiva, temporária, decorrente da execução penal e civil.

A prisão em flagrante tem por fundamento a proteção da ordem pública, a preventiva, o atendimento dos fundamentos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a temporária quando imprescindível para as investigações de crimes graves, a decorrente da execução penal para assegurar cumprimento da pena, e por fim, a civil, para garantir o adimplemento de prestação alimentícia.

A essência da audiência de custódia é possibilitar que o preso ou detido seja imediatamente levado à presença do juiz competente, da maneira mais rápida possível, que é normalmente de 24 (vinte e quatro) horas. Ocorre que, nem sempre esse período de tempo, rigidamente fixado, pode ser cumprido, não por vontade dos membros do Ministério Público ou dos magistrados, mas pela realidade existente no Brasil.

A dimensão territorial do Brasil e de seus Estados Federados muitas vezes impede o cumprimento exato do prazo de 24 (vinte e quatro) horas para apresentação do preso ou detido à realização da audiência de custódia. É comum nos Estados, no âmbito da Justiça Estadual, quando da realização do plantão judiciário, a divisão do território em regiões administrativas, o que pode abarcar mais de uma comarca, de modo que pode vir a ocorrer de o juiz designado para o plantão ser lotado na cidade A, o promotor de justiça na cidade B, e o defensor público, na cidade C, o que inviabiliza a realização do ato no prazo de 24 (vinte e

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.



quatro) horas, haja vista que a distância entra as comarcas, é, na maioria das vezes, considerável (mais de cem quilômetros).

Para o professor Renato Lima Brasileiro (2016, p.928)¹², o prazo de 24 horas não condiz com a realidade brasileira. Nas palavras do autor, *"no cenário do possível, do exequível, do realizável, enfim, por reconhecer que o prazo de 24 horas não é factível, partilhamos do entendimento no sentido de que a audiência de custódia deve ser realizada num prazo mais compatível com a realidade brasileira, qual seja, em até 72 horas"*.

Há ainda outros exemplos, como uma pessoa presa no meio do pantanal, em que o seu deslocamento para a sede da comarca depende da tração animal ou de aviões, sendo que o tempo decorrido entre a prisão e a audiência de custódia pode superar as 24 (vinte e quatro) horas. Ou ainda, uma prisão decorrente de crime militar em embarcação no meio da Amazônia, que só regressará depois de 10 (dez) dias de viagem.

A realidade prática vivenciada impõe que o prazo para a realização da audiência de custódia deve se dar sempre da maneira mais rápida possível, conforme o caso concreto e os parâmetros da razoabilidade, mas não em um prazo inflexível, e com consequências sobre a prisão, a liberdade e o regime disciplinar.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que a apresentação além do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, de modo extemporâneo, não acarreta a nulidade do ato, e portanto, não há ilegalidade:

**"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS.
PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA.
INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A**

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3ª Ed. São Paulo: 2015, Editoria JusPodivm. P. 926 a 930.



*MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. VALIDADE DA PRISÃO PENDENTE DE EXAME DE MÉRITO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIME DE ESTUPRO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. COVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GRAVIDADE CONCRETA. POSIÇÃO DE PROEMINÊNCIA NO CONTEXTO CRIMINOSO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA REALIZADA APÓS ESCOAMENTO DO PRAZO. ILEGALIDADE INOCORRENTE. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS. ATO MINIMAMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício na decisão que converte o flagrante homologado em prisão preventiva com base em elementos concretos aptos a revelar a especial gravidade da conduta. 3. Em se tratando de audiência de custódia regularmente realizada, o justificado elástico do prazo para sua efetivação e para a utilização de algemas não induz à ilegalidade do procedimento. 4. Agravo regimental desprovido. (STF, Segunda Turna, HC 135072 AgR/PR, Relator Ministro Edson Fachin, Julgamento em 05/12/2017).” (Grifos nossos).***

Assim, além de ter havido a previsão inconstitucional de nulidade causadora do relaxamento de prisão legalmente decretada por juiz competente, além do flagrante (prisão preventiva, prisão temporária, prisão decorrente da execução



penal e prisão civil), criou-se hipótese que permitirá, na prática, paradoxalmente, o decreto de prisão preventiva sem a realização da competente audiência de custódia.

Cabe a cada país estabelecer em seu ordenamento jurídico doméstico o prazo para a realização da audiência de custódia. Assim, por exemplo, na Alemanha o prazo é de 48 (quarenta e oito) horas, na Espanha de 72 (setenta e duas) horas e no Reino Unido até 96 (noventa e seis) horas.

Nesse ponto, a jurisprudência internacional sobre o tema posiciona-se no sentido de que a expressão *sem demora*, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 7.5¹³, deve ser interpretada conforme suas características particulares¹⁴.

Entendemos, por isso, que o dispositivo em comento, ao fixar o prazo de 24 horas como causa de ilegalidade de prisão, podendo sujeitar até mesmo os magistrados e membros do Ministério Público à imputação de abuso de autoridade, viola o artigo 5º, incisos LXI, LXV e LXVII, que dispõem:

"Art. 5º. LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

¹³ "Art. 7.5. 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."

¹⁴ Cf. BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 4ª Edição revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2016.



(...)

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

(...)

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Ao fixar-se um prazo exíguo, de maneira rígida e inflexível, com a consequência da ilegalidade da prisão, criando-se uma hipótese desarrazoada de excesso de prazo à luz da realidade das comarcas do país, acabará por negar vigência às hipóteses constitucionais de privação de liberdade, em situações nas quais a prisão obedece as formalidades legais, e observa o devido processo legal, nas hipóteses de prisões com ordem judicial.

Noutro margem de argumentação, também não se pode olvidar que a natureza jurídica da audiência de custódia é eminentemente declaratória de que a prisão foi realizada em observância às formalidades legais e sem violação aos direitos fundamentais do preso.

Depreende-se, dessa análise, que o dispositivo questionado visou inserir no contexto de validade da prisão a realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, sem levar em conta as peculiaridades regionais do nosso país. Isso se mostra inadequado e inconstitucional na medida em que a audiência de custódia não constitui parte integrante do ato de prisão, pois, seu retardamento, embora seja irregularidade (sanável), dependendo do caso concreto, não desconfigura a legalidade da prisão em si, não podendo ser aproveitada por qualquer pretensão de obtenção de seu relaxamento.



Assim, as expressões acima elencadas, minudentemente analisadas e confrontadas à luz da Carta Constitucional em vigor, devem ser julgadas inconstitucionais em homenagem ao princípio acusatório, ao princípio do juiz natural imparcial, ao princípio da inércia da jurisdição, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a vedação de proteção penal deficiente, titularidade da ação penal e em homenagem a autonomia do Ministério Público.

DO PEDIDO LIMINAR

Por todo o exposto, a fumaça do bom direito decorre da simples leitura dos dispositivos e das expressões impugnadas, que contrariam, radical e manifestamente, as disposições constitucionais previstas nos artigos 125, 127 e 129, bem como o sistema acusatório, os princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, a titularidade da ação penal, o princípio do juiz natural imparcial, o princípio da inércia da jurisdição e autonomia dos Ministério Públicos e dos Tribunais de Justiça.

A relevância jurídica da questão manifesta-se pelos fundamentos expostos nas razões acima mencionadas, visto que esta ação direta de inconstitucionalidade tem o objetivo de preservar as disposições constitucionais que dizem respeito à atuação funcional dos membros do Ministério Público, para garantia de sua independência e autonomia, bem como há de se atentar, bem como para proteger e respeitar o modelo acusatório vigente.

O *periculum in mora* se verifica, caso o julgamento definitivo da presente ação não ocorra dentro dos próximos 180 (cento e oitenta) dias, já que, em decisão proferida no dia 15 de janeiro, o Ministro-Presidente dessa egrégia Corte adiou, por este prazo, a vigência da lei questionada. A necessidade de concessão da medida cautelar se apresenta mais que imprescindível, caso o julgamento final dessa ação ultrapasse o prazo acima mencionado.



Para que não ocorram prejuízos aos direitos fundamentais dos Membros do Ministério Público e ao interesse público, a CONAMP roga a esse Supremo Tribunal Federal que conceda medida liminar com o fim de determinar a imediata suspensão da eficácia dos dispositivos e expressões impugnados, até o julgamento definitivo da ação.

Doutro modo, acaso mantida a eficácia das normas impugnadas, serão permitidas lesões às normas constitucionais aqui apontadas, pelos motivos acima arrolados, e que em última análise, impõe ilegítima interferência na atuação do Ministério Público, com potencial de reduzir drasticamente a eficiência de atuação da instituição.

Portanto, mostra-se extremamente necessário que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja pronta e celeremente suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão do Supremo Tribunal Federal.

De outra forma, requer-se, liminarmente:

(a) a suspensão da eficácia dos dispositivos e expressões acima impugnados; OU

(b) caso não se verifique a medida de urgência para tanto, pugna-se pela dilação do prazo, no mínimo, de 180 (cento e oitenta) dias da *vacatio legis* da Lei 13.964/2019; OU

(c) de outro modo, a dilação do prazo da *vacatio legis* de seu artigo 28, pois a rotina das Procuradorias-Gerais reclama tempo para **reestruturação**, pelo prazo de, no mínimo, 180 (cento e oitenta) dias.

DO PEDIDO FINAL

Por todo o exposto, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP pede, após a concessão do pedido liminar, sejam colhidas as informações de praxe e dada vista dos autos ao Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da



União e ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República.

Ao final, seja julgado procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade das expressões e dispositivos acima impugnados.

Pede deferimento.

Brasília, 20 de janeiro de 2020.

ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA
OAB/DF 12.500

JULIANA MOURA ALVARENGA DILÁCIO
OAB/DF 20.522