



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

6936/2021/MPF/GTLJ/PGR/HJ

HABEAS CORPUS Nº 195.807/DF

(AUTOS ELETRÔNICOS)

PACIENTE: Todas as pessoas que estão submetidas à persecução penal ou à investigação  
PACIENTE: Todos os presos em flagrante cuja audiência de custódia não foi realizada em 24 horas  
IMPETRANTE: Instituto de Garantias Penais – IGP  
AUTORIDADE COATORA: Ministro Relator das ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305  
RELATOR: Ministro Alexandre de Moraes

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator,

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, em atenção à decisão de fls. 706/715, manifesta-se nos seguintes termos.

-I-

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de tutela provisória, impetrado pelo Instituto de Garantias Penais – IGP em favor de “*todas as pessoas que estão submetidas à persecução penal ou à investigação criminal e todos os presos em flagrante, cuja audiência de custódia não foi realizada em 24h, que têm sido impedidas de exercer os direitos consagrados pela Lei nº 13.964/2019 por força da Decisão Monocrática coatora proferida pelo eminente Ministro LUIZ FUX nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305*”.

2. O impetrante aponta como ato coator decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, por meio da qual foram parcialmente acolhidos os pedidos cautelares formulados nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305, a fim de “*suspender sine die a eficácia: (a) Da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do*



*Código de Processo Penal); (b) Da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (c) Da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); e (d) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); 5. A concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data”.*

3. Sustenta o impetrante que um “*número elevadíssimo de pessoas*” estariam submetidas a constrangimento ilegal em virtude da não aplicação das garantias instituídas em favor dos investigados e réus pela Lei nº 13.964/2019.

4. Aduz que a não submissão da decisão impugnada ao Plenário dessa Suprema Corte “*consubstancia grave constrangimento ilegal imposto a um número indeterminado – embora passível de determinação – de investigados e réus, que se encontram continuamente privados do exercício de importantes garantias processuais legitimamente criadas pelo legislador ordinário*”.

5. Ao final, requer a concessão da ordem, “*a fim de que seja suspensa a decisão monocrática proferida pelo Min. LUIZ FUX, em 22 de janeiro de 2020, nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 até o julgamento de mérito dessas ações diretas de inconstitucionalidade, haja vista o flagrante constrangimento ilegal imposto aos pacientes*”.

6. Em 21/12/2020, o Ministro Alexandre de Moraes, Relator do Habeas Corpus nº 195.807, determinou que fossem solicitadas informações ao Ministro Luiz Fux, Presidente do Supremo Tribunal e relator das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305.

7. Por meio do Ofício nº 508/2020/GPR, de 22/12/2021, o Ministro Luiz Fux prestou as informações solicitadas. Destacou, entre outros aspectos, que, “*considerada a relevância social do tema*”, foram convocadas audiências públicas a serem realizadas nos dias 16/03/2020, 30/03/2020 e 11/05/2020. Informou, ainda, que, “*com a*



*entrada em vigor da Resolução STF n. 663/2020, que estabeleceu medidas de prevenção ao contágio pelo COVID-19 no âmbito deste Tribunal, suspendi, em 12.03.2020, a realização das referidas audiências públicas, as quais serão redesignadas para data oportuna”.*

8. **Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República, para manifestação.**

- II -

### ***Da Inadmissibilidade do Remédio Constitucional***

9. Pretende o impetrante que o Supremo Tribunal Federal, por meio da concessão de ordem em habeas corpus coletivo, revogue decisão cautelar proferida monocraticamente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305, todas de relatoria do Ministro Luiz Fux).

10. A presente impetração não ultrapassa o juízo de admissibilidade.

11. Impõe-se a extinção do feito sem resolução do mérito, tendo em vista a inadmissibilidade de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática proferida por Ministro do Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento que vem sendo adotado ao longo dos últimos anos pelas Turmas e pelo Plenário do STF – aplicação, por analogia, do enunciado nº 606 da Súmula do STF<sup>1</sup>.

12. Muito embora o Plenário dessa Suprema Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 130.620/RR, realizado na Sessão Virtual de 24/04/2020 a 30/04/2020, tenha decidido pelo cabimento de habeas corpus contra ato individual formalizado por integrante do Supremo, conforme destacou o Ministro Edson Fachin naquela assentada, tal conclusão destoava do pacífico entendimento do Plenário do STF acerca da incognoscibilidade de habeas corpus “*voltado contra decisão proferida por Ministro do Supremo Tribunal Federal ou por uma de suas Turmas, seja em recurso ou em ação originária de sua competência*”.

<sup>1</sup> “*Não cabe habeas corpus originário para o Tribunal Pleno de decisão de Turma, ou do Plenário, proferida em habeas corpus ou no respectivo recurso*”.



13. Ademais, consoante destacou o Ministro Gilmar Mendes naquela oportunidade, “os limites de aplicabilidade da Súmula 606 deste STF precisam ser discutidos com profundidade pelo Plenário em sessão presencial”, o que, todavia, ainda não ocorreu.

14. Por conseguinte, há de prevalecer o entendimento no sentido de que não é cabível a impetração de *habeas corpus* contra decisão monocrática de ministro dessa Corte.

15. Ainda que admitida tal possibilidade, mostra-se necessário impor determinados limites e requisitos ao seu emprego, sob pena de sua utilização indiscriminada subverter o sistema recursal, além de inviabilizar a prestação jurisdicional pela Corte Suprema.

16. As peculiaridades do caso concreto contribuem ainda mais para tal entendimento. Não é possível a utilização de *habeas corpus*, figura imprópria de controle difuso de constitucionalidade, como sucedâneo de agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade em curso, figura típica de controle concentrado de constitucionalidade, própria regularmente submetida à apreciação do Ministro Relator que, inclusive, designou datas para realização de audiências públicas, as quais não acontecerem em razão das circunstâncias excepcionais vividas durante o ano de 2020 em virtude da pandemia do novo coronavírus.

17. A alegação de que haveria uma demora excessiva para submissão do feito ao Plenário, o que autorizaria o excepcional cabimento do *remédio heróico* e, por consequência, o reconhecimento do constrangimento ilegal perpetrado, não prospera. O andamento processual das ADI's nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305 transcorre dentro do esperado, notadamente em razão da complexidade da causa e da relevância social do tema.

18. Ademais, como regra, o *habeas corpus* exige a indicação específica de cada constrangimento ilegal que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir. Nos termos do art. 654 do CPP, a petição inicial do *habeas corpus* deve



indicar o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, bem como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça e a declaração da espécie de constrangimento ilegal ao direito de locomoção, ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o temor. Trata-se desde o romano *interdictum de libero homine exhibendo* e transitando pelo *Common Law* de um instrumento de controle jurisdicional específico, concreto e material sobre violação à liberdade fundamental de ir e vir de pessoa certa, ou determinável.

19. Mesmo que reconhecido o cabimento do *habeas corpus* coletivo, nos moldes estabelecidos por essa Suprema Corte no *Habeas Corpus* nº 143.641, **é necessário que, como qualquer outra ação coletiva, haja uma adequada delimitação do grupo favorecido, por meio da especificação da questão comum** (*commonality*). Exige-se que o grupo titular da pretensão coletiva esteja em uma situação **que não seja demasiadamente heterogênea**, sob os aspectos jurídico e fático, e evidenciar os contornos da classe protegida (*class definition*), cujos membros hão de ser favorecidos por uma prestação jurisdicional isonômica e efetiva<sup>2</sup>.

20. O *habeas corpus* coletivo, portanto, não é um instrumento de controle abstrato de constitucionalidade de normas penais e processuais penais no Supremo Tribunal Federal. Mas, ainda que o fosse, uma vez já acionado o controle concentrado sobre norma, é expletivo o ajuizamento de outra ação de controle concentrado, e preventivo o relator para o tema.

21. Nestes autos, ao impetrar *habeas corpus* em favor de “*todas as pessoas que estão submetidas à persecução penal ou à investigação criminal e todos os presos em flagrante, cuja audiência de custódia não foi realizada em 24h*”, o Instituto de Garantias Penais não demonstrou haver homogeneidade na coletividade defendida.

22. Não parece viável o julgamento por essa Suprema Corte de um *habeas corpus* coletivo que tem como pacientes pessoas em situações absolutamente heterogêneas, alvos de investigações conduzidas pelos diversos órgãos de persecução integrantes do

<sup>2</sup> Nesse sentido: LORDELO, João Paulo. *O habeas corpus coletivo na jurisprudência do STF: comentários ao julgamento do HC nº 143.641*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-habeas-corpus-coletivo-na-jurisprudencia-do-stf-comentarios-ao-julgamento-do-hc-n-143-641>. Acesso em: 15 jan. 2021.



sistema de Justiça brasileiro e/ou processadas perante qualquer dos juízos estaduais, federais e distritais com competência criminal, bem como todos os tribunais de justiça, tribunais regionais federais e o Superior Tribunal de Justiça.

23. O universo dos alcançados pelo presente *habeas corpus* não foi atingido em sua liberdade por nenhum ATO. O que há de comum em todo esse pluralíssimo universo de casos é NORMA. No *habeas corpus* se controla ato, podendo-se, se necessário, examinar se a norma em que se baseia o ato é conforme à Constituição.

24. O que se observa, com efeito, é o uso da via do *habeas corpus* como instrumento substitutivo da ação direta de constitucionalidade, objetivando o reconhecimento, em abstrato, da validade de dispositivos legais já sujeitos à jurisdição constitucional. Cuida-se, pois, de pretensão voltada a um indevido atalhamento processual, instaurado com o propósito de subtrair do Ministro Relator e Presidente do Supremo Tribunal Federal os poderes que lhe são legal e regimentalmente atribuídos.

25. Diante do referido cenário, não há que se falar em demonstração da questão comum, de modo que o *writ* não deve ser processado.

-III-

### No Necessário Exercício do Controle de Constitucionalidade em Ampla Participação Sobre a Lei nº 13.964/2019

#### 3.1 Considerações Preliminares

26. Sancionada em 24 de dezembro de 2019 – com prazo de *vacatio legis* de apenas 30 (trinta) dias, contados da sua publicação oficial –, a Lei 13.964/2019 promove alterações sensíveis na legislação penal e processual penal.

27. No campo do direito processual, o aperfeiçoamento legislativo decorre, em especial, da tentativa de distanciamento do sistema inquisitorial, apontado pela ciência



jurídica como fonte de abusos em prejuízo aos direitos fundamentais do acusado. Nesse sentido, a nova lei acrescentou ao Código de Processo Penal o art. 3º-A, dispondo que “*O processo penal **terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação***”.

28. Em pioneiro estudo comparado sobre as tradições jurídicas, John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo registram que “*a evolução do processo penal no mundo da civil law nos últimos dois séculos se distancia dos extremos e abusos do sistema inquisitorial*”<sup>3</sup>. Esses abusos decorriam sobretudo do comprometimento da imparcialidade do órgão julgador, em prejuízo dos direitos fundamentais do acusado.

29. Nessa linha, os citados autores informam que, desde o ano de 1975, ao consolidar o sistema processual acusatório, a Alemanha afastou a atuação do Poder Judiciário durante a fase de investigação, “*agora nas mãos dos promotores e da polícia, como ocorre nos Estados Unidos*”<sup>4</sup>. Apenas excepcionalmente, diante de uma medida constritiva sujeita à reserva de jurisdição, é que haverá, nesse momento, a atuação judicial.

30. No Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988, o direito processual penal nacional deixou para trás o então sistema inquisitorial, fazendo clara opção pelo sistema acusatório.

31. Nesse novo contexto, foram estabelecidas as diretrizes para promover uma alteração importante nas investigações e também no processamento das ações penais. O inciso I do artigo 129 da Constituição reconheceu, como função institucional do

<sup>3</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 173. A doutrina especializada destaca que, na atualidade, os sistemas processuais penais possuem natureza mista, não havendo mais sistemas puros – como o antepassado processo acusatório da Grécia Antiga e o processo inquisitorial canônico. Apesar disso, a identificação do princípio informador de cada sistema, com a definição do seu núcleo, é de extrema relevância. Nesse sentido: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.

<sup>4</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 177.



Ministério Público, a promoção privativa (titularidade ativa) da ação penal pública, na forma da lei.

32. Além disso, o inciso VIII do mencionado artigo reconheceu a função institucional do órgão ministerial de requisitar diligências investigatórias e de instaurar inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

33. Em linhas gerais, o sistema acusatório impõe profunda separação entre as funções de investigar/acusar e de julgar. O juiz abandona as funções de investigação e de acusação e passa a atuar somente quando provocado (princípio da inércia da jurisdição). Demais disso, o novo regramento processual penal informa a necessidade de as partes atuarem com paridade de armas, cada qual com o ônus de apresentar as suas alegações com base nas provas produzidas, com o fim de convencer o juiz, figura inerte, imparcial e equidistante dos sujeitos processuais.

34. Firmadas tais premissas dogmáticas – que servem de parâmetro ao exercício do controle de constitucionalidade nas ações diretas já submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal –, **nota-se que boa parte da disciplina inaugurada pela Lei 13.964/2019 demanda uma cuidadosa análise quanto à sua validade, a exemplo dos temas exemplificativos trazidos nos tópicos seguintes.**

### **3.2 Dispositivos relacionados ao “juiz de garantias”: incompatibilidades com o sistema processual acusatório estabelecido na Constituição Federal**

35. É inegável a grande contribuição que normas jurídicas estrangeiras e modelos próprios de outros países importados e incorporados à legislação nacional têm elevado e repercutido positivamente no direito interno, apontando para o constante aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro em seus mais diversos aspectos.



36. A influência da processualística penal estrangeira é salutar e necessária, e tem se mostrado importante para a evolução da ciência jurídico-processual penal como um todo. No entanto, não se pode descuidar do garantismo e da eficiência jurídica enquanto dois grandes nortes que devem guiar o processo penal nacional.

37. Quanto ao instituto do juiz de garantias, introduzido pela Lei 13.964/2019, não é diferente.

38. A partir dos movimentos de democratização na América Latina, vários países procederam à reforma de seus respectivos processos penais e instituíram o juiz das garantias, inspirados pelo Código Tipo para a América Latina e pelo Pacto de São José da Costa Rica.

39. Sua função precípua é a de salvaguardar os direitos fundamentais na fase investigativa da persecução penal, assegurando o distanciamento do magistrado que julgará a ação penal da investigação criminal que lhe precede, garantindo, na maior medida possível, a imparcialidade do julgador.

40. Nesses termos, compete-lhe zelar pela observância da estrita legalidade da investigação criminal, o que não quer dizer que devam ser submetidas ao seu crivo todas as etapas do processo investigativo, **mas apenas a decisão das questões que se submetam à reserva constitucional de jurisdição** – aquelas relativas à tutela das liberdades públicas. É o que se verifica no caso de prisões cautelares, buscas e apreensões, interceptações telefônicas etc.

41. A proposição legislativa em análise está permeada pelo espírito do sistema acusatório, eleito como espinha dorsal da sistemática processual penal. Nesses termos, e considerando que o sistema acusatório é o modelo processual penal vigente no país, a nova processualística penal nacional há de ser implementada, em qualquer das suas frentes, de maneira adequada a esse modelo, com as nuances que lhes são peculiares.



42. Assim, é preciso atribuir os devidos contornos constitucionais e legais ao mencionado instituto jurídico, de modo a corrigir os vícios e contradições no que toca ao sistema processual penal de natureza acusatória adotado pela Constituição Federal.

### 3.3 Art. 3º-B, incisos IV, VIII, IX e X, do Código de Processo Penal

43. O dispositivo legal em análise atribui ao juiz das garantias a competência para a prática dos seguintes atos:

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: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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

44. O rol de competências introduzido no art. 3º-B, do Código de Processo Penal, deixa de observar os preceitos fundamentais expostos nos tópicos anteriores, contrariando o sistema processual acusatório, ao atribuir indevidamente à figura do juiz de garantias funções que, em um direito processual constitucionalmente atrelado a esse modelo, devem ser exercidas exclusivamente pelo Ministério Público.

45. Cuida-se, assim, de inadequada ingerência no exercício das funções institucionais do *Parquet*, em prejuízo até mesmo da independência funcional de seus membros e da persecução penal.

46. Os **incisos IV e VIII**, ao prescreverem que o juiz de garantias deve ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal, bem como que terá competência para prorrogar o prazo de duração do inquérito, lesionam o princípio



acusatório, que, aplicado, impõe que tanto o controle da instauração como do prazo de tramitação das investigações criminais sejam atribuições do Ministério Público. O órgão ministerial, além de ser o titular da ação penal pública (art. 129, I, CF), é também fiscal da ordem jurídica e responsável pelo controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF), sendo o destinatário das investigações realizadas direta ou indiretamente.

47. **Com efeito, a inovação legislativa amplia, sem amparo na Constituição e em prejuízo ao sistema acusatório, os atos submetidos à reserva de jurisdição.**

48. Ressalte-se, ainda, que, via de regra, as investigações criminais são públicas e asseguram o devido acompanhamento pelo investigado e pela sociedade. Além de estarem sujeitas às medidas judiciais cabíveis nas hipóteses de ilegalidade, as hipóteses tratadas não configuram, por si só, lesão a direitos fundamentais a reclamar a ingerência do juiz de garantias.

49. Essa compreensão, com as devidas harmonizações, foi alcançada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 593.727-RG/MG, sob o rito da repercussão geral, em que reconhecida a possibilidade de o Ministério Público instaurar procedimento de investigação criminal.

50. A tese foi consolidada nos seguintes termos:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, **desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição** e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.



51. No que se refere aos **incisos IX e X**, em um sistema processual acusatório, a possibilidade de se determinar o trancamento da investigação e a de requisitar judicialmente documentos, laudos e informações de investigações também dependem de provocação, sob pena de se configurar ingerência indevida no exercício da atividade-fim dos órgãos de persecução criminal e no curso do processo investigatório. Ademais, o Ministério Público, instituição de garantia dos direitos fundamentais, deve zelar pela legalidade da persecução penal e pela estrita observância dos direitos dos investigados/acusados (art. 129, II, CF), sendo essas características também condizentes com a adoção de um sistema de viés acusatório.

52. Nesse sentido, em voto apresentado no INQ 4420 (DJ 21.8.2018), citando, entre outros, o precedente estabelecido no HC 88.589/GC, o eminente Ministro Celso de Mello registrou (grifos aditados):

***Tratando-se de delitos perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, é do “Parquet”, no contexto do sistema acusatório, a legitimidade exclusiva para pedir o arquivamento de inquérito ou de peças que consubstanciem a “informatio delicti”.***

*Na realidade, não compete ao Poder Judiciário, em anômala substituição ao órgão estatal de acusação, avaliar se os elementos de informação já produzidos no âmbito de uma dada investigação criminal revelam-se suficientes, ou não, para justificar a formação da “opinio delicti” e para autorizar, em consequência, o oferecimento de denúncia, eis que “O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação da ‘opinio delicti’, separando a função de acusar daquela de julgar” (RHC 120.379/RO, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei).*

***É por esse motivo que falece ao Poder Judiciário competência para ordenar, “ex officio” (portanto, sem prévia e formal provocação do Ministério Público), o arquivamento de investigações penais, de inquéritos policiais ou de peças de informação, pois tal procedimento judicial, como o que se verificou nestes autos, importaria em clara ofensa a uma das mais expressivas funções institucionais do Ministério Público, a quem se conferiu, em sede de “persecutio criminis”, o monopólio constitucional do poder de acusar, sempre que se tratar de ilícitos perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública.***



### 3.4. Art. 28-A, § 8º, e art. 581, XXV, do Código de Processo Penal

53. Os dispositivos legais em análise dizem respeito ao acordo de não persecução penal, instituto inspirado em experiências exitosas, nacionais e estrangeiras, de ampliação da consensualidade no âmbito do direito sancionador.

54. As linhas gerais para a sua aplicação foram inseridas no caput e incisos do art. 28-A, do Código de Processo Penal:

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: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

55. Embora inegavelmente proveitosa ao aperfeiçoamento da persecução penal no país, a disciplina do instituto apresenta algumas regras incompatíveis com o sistema processual acusatório, que, como visto, possui amparo constitucional.



56. Isso porque, no âmbito da consensualidade penal, conquanto relevante a atuação do Poder Judiciário, o seu juízo homologatório, por força do sistema processual acusatório, não pode resultar em uma indevida substituição das partes.

57. Não por acaso, ao disciplinar o arquivamento do inquérito policial, o art. 28 do CPP, **tanto na sua redação anterior quanto na atual**, reserva o seu juízo definitivo ao Ministério Público, ao estabelecer que “*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*” (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

58. Em razão da sua correspondência com o sistema acusatório, a aludida regra tem sido aplicada também aos casos de não homologação de propostas de suspensão condicional do processo e transação penal, entendimento que resultou na edição do enunciado 696 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

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.

59. Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes dessa Corte Suprema:

**A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário conceder os benefícios da Lei 9.099/1995 à revelia do titular da ação penal.** A esse respeito, a Súmula 696 deste Supremo Tribunal Federal: “*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*”. Como a manifestação nos presentes autos provém do próprio Procurador-Geral da República, ainda que esta Colenda Turma dela dissentisse, a negativa deveria prevalecer, porquanto a Constituição Federal conferiu a titularidade da ação penal ao Ministério Público, à qual intimamente ligada a possibilidade de propor a suspensão condicional do processo e a transação.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> STF, Inq 3.438, Rel.: Min. Rosa Weber, 1ª T, j. 11-11-2014, DJe 27 de 10.2.2015. Grifos aditados.



Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: violação do art. 129, I, da Constituição Federal. **1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, Pertence, RTJ 177/1293 -, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I).** **2. Daí que a transação penal - bem como a suspensão condicional do processo - pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público.**<sup>6</sup>

60. Contrariando os precedentes do Supremo Tribunal Federal, os arts. 28-A, § 8º, e 581, XXV, do Código de Processo Penal, introduzidos pela Lei 13.694/2019, malferem o sistema constitucional acusatório, apresentando a seguinte redação:

Art. 28-A. [...]

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[...]

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

[...]

XXV - que recusa homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

61. A opção legislativa, ao possibilitar o manejo do recurso em sentido estrito contra a decisão que recusa homologação à proposta de acordo de não persecução penal (art. 581, XXV), transfere ao Poder Judiciário a análise final concernente ao cabimento do instituto, cuja iniciativa é exclusiva das partes processuais.

62. Não se pode perder de vista que a celebração do acordo de não persecução penal resulta no encerramento da investigação preliminar, ordinariamente realizada por meio dos inquéritos policiais.

63. A intervenção judicial não constitui regra no inquérito policial, mas situação excepcional e devidamente justificada na ordem jurídica brasileira. Nesse sentido,

<sup>6</sup> STF, RE 468.161, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T, j. 14-3-2006, DJ de 31.3.2006. Grifos aditados.



somente as diligências e medidas que envolverem possível conflito ou lesão a direitos fundamentais possuem o condão de atrair a atuação do juiz

64. Demais disso, a nova legislação viola o disposto na Lei Complementar 75/1993, cujo art. 62, inciso IV, dispõe competir às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal “manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral”. **Não se pode admitir que a legislação ordinária retire essa função do órgão ministerial, cuja disciplina é constitucionalmente reservada à legislação complementar (art. 128, § 5º, da Constituição Federal<sup>7</sup>).**

65. A revisão do arquivamento pelas Câmaras de Coordenação e Revisão, sem manifestação do órgão judicial, concretiza as garantias constitucionais e convencionais relativas ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, previstas nos artigos 5º, LIV, LV, § 2º, da Constituição Federal, 8º do Decreto 678/1992 e 14 do Decreto 592/1992, bem como viabiliza uma adequada investigação criminal.

66. A exigência de prévio pronunciamento judicial ao controle revisional constitui ingerência indevida e desnecessária no desempenho da função ministerial, bem assim afronta ao sistema acusatório, que privilegia a divisão orgânica das funções de acusar, defender e julgar.

67. Entre os precedentes que ensejaram a edição do enunciado 696 da Súmula do STF, destaca-se o julgamento do HC 75.343-4/MG (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 18.6.2001). Na oportunidade, essa Corte Suprema registrou:

A natureza consensual da suspensão condicional do processo — ainda quando se dispense que a proposta surja espontaneamente do Ministério Público — não prescinde do seu assentimento, embora não deva este sujeitar-se ao critério individual do órgão da instituição em cada caso.

Por isso, a fórmula capaz de compatibilizar, na suspensão condicional do processo, o papel insubstituível do Ministério Público, a independência funcional dos seus membros e a unidade da instituição é aquela que — uma vez reunidos os

<sup>7</sup> Art. 128 [...] § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: [...]



requisitos objetivos da admissibilidade do sursis processual (art. 89 caput) ad instar do art. 28 C. Pr. Penal — impõe ao Juiz submeter à Procuradoria-Geral a recusa de assentimento do Promotor à sua pactuação, que há de ser motivada.

68. Em face do exposto, hão de ser declaradas inconstitucionais as regras dos artigos 28-A, § 8º, e 581, XXV, do Código de Processo Penal, com a redação que lhes atribuiu a Lei 13.964/2019, aplicando-se ao acordo de não persecução penal a regra revisional estabelecida no art. 28 do Código de Processo Penal.

### 3.5 Art. 3º-B, inciso XI, do Código de Processo Penal

69. O dispositivo legal em análise atribui ao juiz das garantias a competência para a prática do seguinte ato:

- XI - decidir sobre os requerimentos de: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)  
[...]
- d) acesso a informações sigilosas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

70. O texto legislativo é excessivamente amplo, abrindo margem para uma (indevida) interpretação no sentido de que todo e qualquer acesso a informações sigilosas deveria ser previamente autorizado pelo Poder Judiciário.

71. Essa Corte Suprema, porém, já consolidou o entendimento de que o repasse direto de dados sigilosos aos órgãos de persecução penal – tal como previsto no art. 9º da Lei Complementar 105/2001<sup>8</sup> (sigilo bancário), art. 15 da Lei 9.613/1998

<sup>8</sup> Art. 9º Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos.



(COAF) e art. 15 da Lei 12.850/2013<sup>9</sup> (dados cadastrais) – é medida proporcional garantidora do dever constitucional de promover a segurança pública.

72. **Cuida-se de orientação reafirmada no recente julgamento do Recurso Extraordinário 1.055.941 (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 10.12.2019), em que discutida a constitucionalidade do repasse de dados sigilosos oriundos de órgãos de fiscalização e controle – como o COAF, o BACEN, a CVM e outros – diretamente ao Ministério Público, sem a intermediação do Poder Judiciário.**

73. É atualmente majoritário o entendimento<sup>10</sup> de que o direito ao sigilo de dados (como os fiscais e bancários) consiste em verdadeiro direito fundamental<sup>11</sup>, de matriz constitucional, sendo uma decorrência do direito fundamental à privacidade e à intimidade, previsto no artigo 5º, X, da CF, ao dispor que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

74. Considerando-se que o sigilo de dados fiscais e bancários ostenta natureza de direito fundamental, o repasse dessa espécie de dados diretamente ao MP ou à Polícia, por parte de órgãos que os detenham, configura uma espécie de **restrição** a esse direito – entendida como qualquer conduta do Poder Público que afete o direito fundamental de modo desvantajoso, por exemplo, diminuindo-lhe o âmbito de proteção.

75. Todavia, não há dúvidas de que nenhum direito fundamental é absoluto<sup>12</sup>. Nas palavras de Robert Alexy, “*há muito já se ultrapassou, no sistema da ciência do*

<sup>9</sup> Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

<sup>10</sup> STF, Pleno, MS 23639-6/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.02.2001.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 4ª edição ampliada, Saraiva, 2015, p. 444.

<sup>12</sup> Conforme ensina Rafael Lorenzo-Fernandes Koatz, “*a liberdade de expressão não é um direito absoluto, nem ilimitado, Nenhum direito fundamental o é. Como diria o Justice Oliver Wendell Holmes, a liberdade de expressão não protege alguém que grite ‘fogo’ falsamente no interior de um teatro lotado. Assim, em caso de conflito, ela poderá, eventualmente, ceder lugar em favor de outros bens e valores constitucionalmente protegidos*” (As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo tribunal federal, in: Direitos Fundamentais no Supremo tribunal Federal. Lumen Juris, 2011, p. 401).



*direito, a fase dos denominados direitos absolutos*<sup>13</sup>. Disso decorre que os direitos fundamentais, aí se incluindo o direito ao sigilo de dados fiscais e bancários, podem sofrer **restrições extrínsecas, desde que observadas determinadas condições – sendo essa a medida da sua legitimidade.**

76. Valendo-se das lições de Joaquim Gomes Canotilho, as condições para que uma restrição a direito fundamental seja legítima são as seguintes, alternativamente: (i) ela deve estar prevista diretamente na Constituição, (ii) na lei<sup>14</sup> (iii) ou decorrer da colisão de um direito fundamental com outro da mesma categoria – situação em que o sacrifício de um direito terá por finalidade a promoção de outro<sup>15</sup>. E, em quaisquer dessas hipóteses, a restrição deve ser preservar o chamado “núcleo essencial” do direito fundamental e observar o princípio da proporcionalidade (ou seja, não ser excessiva ao fim pretendido) – naquilo que Canotilho chama de “*terceira instância do procedimento de restrição de direitos*”<sup>16</sup>.

77. Vale lembrar que a Constituição Federal **não** submeteu eventuais restrições ao sigilo de dados fiscais e bancários à chamada cláusula de reserva de jurisdição – que impõe que determinados atos restritivos de direitos fundamentais apenas sejam praticados mediante prévia autorização judicial. Tal cláusula somente incide quando expressamente prevista na Constituição, conforme bem salientado pelo Pleno do STF no julgamento do MS 23452/RJ<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 276.

<sup>14</sup> A Suprema Cortem já teve a oportunidade de decidir que as exceções ao sigilo constitucional podem ser previstas em norma infraconstitucional: “*CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, ART. 5º, X.I. Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege - art. 5º, X - não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com o respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II. RE não conhecido*”. (STF, RE nº219.780-55/PE, Relator Min. Carlos Velloso, D. J. 10.09.1999).

<sup>15</sup> Referindo-se diretamente à classificação de Canotilho, essas restrições podem ser divididas em: restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei restritiva) e restrições não expressamente autorizadas pela Constituição (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 450).

<sup>16</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 451.

<sup>17</sup> POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA



78. Além disso, o repasse, por órgãos de fiscalização e controle, de dados sigilosos ao MP e à Polícia, sem intermediação do Poder Judiciário, está previsto em **legislação infraconstitucional**, além de estar respaldado em regramentos internacionais de observância interna obrigatória e detalhado em normas infralegais.

79. No caso do COAF, esse repasse se funda mais diretamente no **art. 15 da Lei 9.613/1998**. Já no caso da RFB, o repasse está previsto no **art. 83 da Lei 9.430/1996**.

80. Tal arcabouço normativo, ao permitir ao MP e à Polícia acesso direto a dados sigilosos detidos pelos órgãos de fiscalização e controle, como o COAF e a RFB, o faz sem suprimir o núcleo essencial dos direitos aos sigilos de dados fiscais e bancários e em atenção ao princípio da proporcionalidade.

81. É que tais órgãos de persecução penal não têm acesso à integralidade dos dados fiscais e bancários dos contribuintes, mas apenas àqueles dados específicos cujo repasse se faça necessário a atingir os fins legais, no caso, a possibilitar que o Estado atue na prevenção e repressão de ilícitos penais.

82. Com isso, a legislação restringe apenas uma parte do direito ao sigilo de dados do contribuinte, justamente aquela parte referente a dados que consistem em indícios da prática de crimes. Todo o restante do sigilo continua preservado, inclusive em face dos órgãos de persecução penal.

83. Por conseguinte, em razão do cenário legal e jurisprudencial exposto, a fim de preservar o exercício responsável da persecução penal de inseguranças jurídicas advindas de uma interpretação literal do art. 3º-B, inciso XI, do CPP, é conveniente que essa Corte Suprema exerça o juízo abstrato de constitucionalidade, **firmando a interpretação conforme a Constituição no sentido de que a atribuição do juiz de garantias para decidir sobre os requerimentos de "acesso a informações sigilosas"**

PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". (...)



consiste em uma mera regra de competência que diz respeito, exclusivamente, às hipóteses já reconhecidas de cláusula de reserva de jurisdição.

- IV -

84. Em razão do exposto, tendo em vista a inadmissibilidade do *writ* e a necessidade de ser assegurado o regular exercício da jurisdição constitucional em caráter abstrato por essa Corte Suprema, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL manifesta-se pela **denegação da ordem**.

Brasília, 19 de janeiro de 2021.

HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS  
Vice-Procurador-Geral da República

Impresso por: 367.735.158-82 HC 195807  
Em: 19/01/2021 - 10:32:10