

DA INCONVENCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA OFERTA DE PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA¹

Marcos A. R. Peixoto
Juiz de Direito - TJRJ

Em artigo escrito no ano de 2017 sobre a temática da justiça penal consensual, atualmente disponível em meu site www.marcospeixoto.com, tive o ensejo de lembrar que segundo a lenda (relatada originalmente por Timeu de Tauromênio e, depois, eternizada por Cícero em suas *Tusculan Disputations*), Dâmocles, um dos melhores amigos e conselheiro de Dionísio, tirano de Siracusa, costumava sempre dizer a este que o monarca possuía uma vida invejável e plena de fortuna. Certo dia, Dionísio convidou Dâmocles a assumir seu trono por um dia. Sentado no trono, Dâmocles desfrutava de todos os prazeres da corte quando, ao olhar para cima, viu que pendia exatamente sobre sua cabeça uma pesada espada suspensa por um único fio de rabo de cavalo. Assustado, de pronto Dâmocles se levantou e se afastou do trono. Dionísio, então, explicou-lhe que via aquela espada todos os dias pendente sobre sua cabeça, pois sempre haveria a possibilidade de alguém ou algo partir o fio.²

Assim é que (aqui repito) pode ser entendida a chamada justiça penal negocial. Onde alguns veem, sem maiores reticências e muitas vezes com louvores, “consenso”, o que existe na verdade é um “acordo” celebrado de um lado pelo Estado e de outro por um cidadão que tem sobre sua cabeça a pesada Espada de Dâmocles, ali posicionada pelo próprio Estado, representativa da ameaça seja de um processo criminal, seja de condenação. De tal modo, diuturnamente dezenas de avenças que seriam consideradas inválidas por qualquer bom civilista por vício de vontade são homologadas acriticamente pelos penalistas ao argumento de que a alternativa de correr o risco da condenação criminal seria pior – quando este é justamente o fundamento a viciar o “acordo”.

Mais recentemente, através do chamado Pacote Anticrime (nomenclatura de todo infeliz posto que incogitável partisse do Congresso Nacional algum pacote de leis “pró-crime”, mas enfim...), foi enxertado no ordenamento processual penal pátrio mais um instrumento da dita justiça penal negocial, intitulado acordo de não persecução penal (ANPP), regulamentado pelo artigo 28-A e parágrafos do Código de Processo Penal – acordo este de *nomen juris* igualmente criticável, como destaca Marcos Paulo Dutra Santos ao sustentar que melhor seria chamá-lo de “acordo de não deflagração da ação penal” pois, diz o doutrinador, “a persecução, em si, encontra-se em curso já desde a formalização da investigação pela autoridade policial ou pelo Ministério Público”.³

Idealizado para ser aplicado em conformidade e concomitância com o também novel instituto do juiz de garantias (como veremos mais à frente), este lamentavelmente suspenso por liminar concedida por Ministro do Supremo Tribunal Federal, decisão que também lamentavelmente não é levada a Plenário daquele órgão para ratificação ou exame de mérito há mais de dois anos, o ANPP prevê a possibilidade de, não sendo o 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 propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante algumas condições ajustadas cumulativa e alternativamente (aqui mais um exemplo de má redação, pois ao que parece se disse “e” quando se queria dizer “ou”...).

¹ Trabalho apresentado ao Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, aos 16 de maio de 2022.

² Informações retiradas da internet em <http://www.brasilescola.com/biografia/damocles.htm>, consultado aos 03 de setembro de 2015.

³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao Pacote Anticrime*. Rio de Janeiro : Forense / São Paulo : Método, 2020, p. 150.

Como se percebe, prioriza o texto legal a celebração do ANPP na fase inquisitorial, ainda que se admita o acordo já após o recebimento da denúncia, sobretudo em processos em tramitação à época da entrada em vigor do instituto, em aplicação da retroatividade benéfica em prol do réu por se tratar de instrumento despenalizador que afastaria a própria propositura da ação penal. Portanto, o momento idealizado para as tratativas de acordo seria, sem dúvida, a fase pré-processual, anterior mesmo à mera oferta da inicial acusatória.

O problema vem à tona quando alguns pretendem antecipar ainda mais a oferta do benefício, não para a fase de análise quanto ao arquivamento ou não do inquérito, como dita claramente a lei, mas para o momento da realização da audiência de custódia (AC).

Portanto aqui, de pronto, se verifica um primeiro vício de qualquer intenção que vise antecipar a oferta de ANPP para o momento da AC: sua ilegalidade. Isto porque reservando a análise quanto ao cabimento do ANPP para o momento de oferta da denúncia ou arquivamento do inquérito policial (ou quaisquer peças de informação), o fez sabiamente o legislador porquanto somente então, encerradas as investigações, poderá o órgão acusatório aferir a existência de justa causa para a oferta ou não da inicial e, assim, de justa causa também para, presentes os demais requisitos, ofertar o acordo, já que incogitável a aplicação concreta de qualquer instituto de justiça penal negocial sem que se tenha um mínimo de certeza quanto à autoria dos fatos e existência de crime.

Ocorre que não raro constatamos na prática forense a seguinte situação: preso um cidadão em flagrante, é apresentado em AC quando, mantida a prisão cautelar, remetem-se os autos à livre distribuição a determinada vara criminal onde, aberta vista ao promotor natural, este pleiteia a revogação da prisão para a elaboração de novas diligências.

Também não raro deparamo-nos com outra situação: remetidos os autos com o indiciado mantido preso na AC à vara competente, posteriormente chegam aos autos novas diligências encetadas neste meio tempo (entre a prisão e a distribuição do feito) seja pela autoridade policial, pelo próprio Ministério Público ou por decorrência de investigação defensiva (Provimento nº188/2018 do Conselho Federal da OAB), levando o Ministério Público a pleitear, afinal, o arquivamento do inquérito policial com o relaxamento da prisão (exemplo: vem à tona informação quanto à insignificância da conduta, ou ter sido o fato praticado sob contínuo monitoramento a ensejar o reconhecimento de crime impossível, etc.).

Como ficaríamos se, nestas duas situações meramente exemplificativas, já se tivesse açodadamente celebrado e, pior, integralmente cumprido um ANPP (na hipótese, v.g., de uma prestação pecuniária plenamente adimplida dias depois)?

Não obstante tais dificuldades aqui trazidas já em caráter preambular em torno da (i)legalidade da ideia, o e. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ)⁴ editou em março do corrente ano a Resolução n. 05/2022 que “disciplina a celebração e a homologação, ou não, do Acordo de Não Persecução Penal no âmbito das Centrais de Audiências de Custódia - CEAC'S - a envolver os custodiados presos em flagrante delito”, cujos dispositivos abaixo transcrevo:

Art. 1º Acrescentar o Art. 4º-A e seus parágrafos na Resolução TJ/OE nº 17, de 23/07/2021 que passa a ter a seguinte redação:

(...)

⁴ Na esteira do parágrafo 7º do artigo 18 da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (alterada profundamente pela Resolução n. 183/18), e do item 4.5 da Orientação Conjunta 03/2018 do Ministério Público Federal – perceba-se: dois órgãos da persecução criminal, não jurisdicionais.

Art. 4º-A Nas hipóteses de fato criminalmente tipificado passível de formulação de proposta do acordo de não persecução penal - ANPP, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, e sendo lavrado o auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, com o encaminhamento do flagrante e do auto de prisão em flagrante às Centrais de Audiências de Custódia, o representante do ministério público com atuação junto às CEAC'S poderá ofertar proposta do acordo ao custodiado, que deverá estar assistido por sua defesa técnica. As tratativas ocorrerão antes da audiência de custódia e, em caso de celebração do Acordo, a homologação ou não do ANPP se dará pelo juiz em atuação junto às CEAC'S.

§1º. A autoridade policial, caso seja arbitrada fiança, e o flagrante tenha sido posto em liberdade antes de se submeter a audiência de custódia, e o fato ilícito for criminalmente tipificado e passível de formulação de proposta do Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, deverá cientificar o envolvido ao órgão do ministério público com atribuição junto ao juiz natural para processo e julgamento da causa, visando o início das tratativas para o acordo, que obrigatoriamente dependerá da presença da defesa técnica, sendo imperiosa a adequada orientação do envolvido e esclarecimento de eventuais dúvidas.

§2º. Homologado o acordo, o membro do ministério público celebrante, nos termos da Resolução GPGJ nº 2.429/2021, extrairá dos autos os arquivos necessários à instrução da execução e os encaminhará:

I - ao promotor de justiça com atribuição junto ao juiz natural competente, caso o acordo se restrinja à prestação pecuniária;

II - na comarca da capital, caso o acordo envolva outras medidas previstas nos incisos do art. 28-A, do CPP, ao promotor de justiça, com atribuição para a execução e fiscalização perante a Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas (VEPEMA), que promoverá o necessário cadastramento no Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU);

III - nas comarcas do interior, caso o acordo envolva outras medidas previstas nos incisos do art. 28-A, do CPP, ao promotor de justiça com atribuição junto ao juízo vinculado à Central de Penas e Medidas Alternativas - CPMA, que promoverá a sua execução e fiscalização.

§3º Descumprida quaisquer das condições estipuladas no acordo homologado, o Juízo da Execução Penal deverá promover a intimação judicial do investigado para apresentar justificativa no prazo a ser fixado.

§4º Em caso de concordância com a justificativa apresentada será determinado o prosseguimento da execução do acordo.

§5º Se o investigado, regularmente intimado, deixar de apresentar justificativa no prazo regulamentar, ou não haja anuência à justificativa apresentada, será promovida a rescisão do acordo.

§6º O juízo da execução penal extinguirá o feito ao decretar a rescisão do acordo de não persecução penal, encaminhando a decisão de extinção ao juiz natural competente para que seja promovida a intimação do ministério público com atribuição junto ao respectivo juízo, visando o oferecimento da denúncia.

Art. 2º Esta Resolução começará a vigor a partir da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Inadequada ao texto expresso do Código de Processo Penal, como já aqui demonstrado, tampouco adequada à Convenções firmadas pelo nosso país podemos reputar a Resolução do TJRJ.

Dita o Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 7.5 que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais (...)”, restando assentado ter por objetivo tal condução a pronta análise da situação prisional inclusive (e talvez sobretudo) sob o prisma da aferição da regularidade da prisão visando coibir torturas ou abusos de autoridade.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por sua vez, traz em seu artigo 9.3 regra quase idêntica, *verbis*: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

O Pacote Anticrime corroborou tal natureza das ACs ao trazer ao Código de Processo Penal as seguintes alterações:

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

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:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 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.

§ 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.

A natureza precípua das ACs também resta estampada na Resolução n. 213/2015 do e. Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao estatuir, já em seus *consideranda*, “que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”.

Não por outra razão estatui o parágrafo 1º do artigo 8º da citada Resolução do CNJ que “após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação” (grifei).

O próprio CNJ já teve o ensejo de se debruçar em específico sobre a tormentosa questão ora analisada quando, em Despacho proferido pelo colega Carlos Gustavo Vianna Direito (então juiz auxiliar da Presidência daquele Conselho) em autos de Consulta (Processo n. 0884169, de 27/05/2020) formulada por Juíza de Direito perante o DMF (Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas), concluiu: “Assim, à luz do quanto exposto, não há de se conceber a audiência de custódia como momento adequado para ato complexo como o Acordo de Não Persecução Penal previsto no novel art. 28-A do CPP” (cabe ressaltar que o entendimento é adotado e citado literalmente no “Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos”, do mesmo Conselho Nacional de Justiça, logo, foi adotado como política e posicionamento do próprio órgão superintendente e de governança do Poder Judiciário).⁵

Como se percebe nitidamente, todos estes dispositivos convencionais, legais e regulamentares apontam no sentido de que o momento da realização das ACs deve ser resguardado com exclusividade para aferir a regularidade e necessidade da prisão cautelar, inclusive sendo vedadas indagações em torno do mérito dos fatos em apuração, o que torna de todo incompatível com tal sistemática que, naquele momento e sob tamanha pressão e carga emocional, seja submetida ao indiciado ainda preso (ressalto: a Resolução do TJRJ afirma expressa e claramente que “as tratativas ocorrerão antes da audiência de custódia” [grifei], logo, estando o indiciado ainda detido) proposta de ANPP que, como bem se sabe, tem como prerequisite *sine qua non* nada mais nada menos que ter “o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal” (*caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal).

Assim, ofertado ANPP no contexto da AC, sobretudo antes de sua realização (como preconiza a Resolução do TJRJ), poderá não estar expressa, mas certamente estará implícita a seguinte insinuação: “sabe essa espada pendente sobre sua cabeça? Envolvendo sua prisão em local desumano e eventual denúncia com possibilidade de condenação criminal? Podemos retirá-la aqui e agora bastando que você confesse e aceite o acordo que te propomos”.

Tal situação ganha um potencial gravoso ainda maior se levarmos em conta que o ANPP foi idealizado para ser realizado perante os juízes de garantia (inciso XVII e parágrafo 1º do artigo 3º-B do Código de Processo Penal) e, nesta situação, eventualmente rescindido o

⁵ A bem da verdade vale lembrar que o CNJ, excepcional e especificamente durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19, admitiu a realização de AC com a oferta de ANPP em seu artigo 19 parágrafo 3º (com a redação atribuída pela Resolução n. 357/2020) dispondo: “A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal”.

acordo e recebida a denúncia por aquele (parágrafo 1º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal), teríamos o desapensamento dos autos que abarcam as matérias de competência do juiz das garantias (parágrafo 3º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal), pelo que o magistrado competente para julgar o mérito da demanda jamais teria contato com a prévia confissão do então indiciado, sobretudo se exarada em condição tão delicada como numa AC, arcabouço legal que restou fortemente abalado pela já mencionada liminar que, no Supremo Tribunal Federal, suspendeu aparentemente *sine die* os artigos 3º-B e 3º-C (dentre outros), dando ensejo a que o juiz da causa tome contato direto com aquela prévia confissão, sendo (talvez) desnecessário salientar os gravames daí decorrentes para o exercício da ampla defesa constitucionalmente assegurada.

“Há outro fundamento para o rechaço do ANPP na audiência de custódia”, como lembram Nathalia Parente de Azevedo e Tiago Abud da Fonseca:

O órgão do Ministério Público carece de atribuição e o órgão jurisdicional não tem competência para, respectivamente, propor e homologar o ANPP. Isso porque, quando se remete o auto de prisão em flagrante ao juízo para realização da audiência de custódia, encerrado o ato, os autos são remetidos para o juízo criminal competente, que aguarda a vinda da denúncia ou proposta do ANPP, ofertada pelo promotor natural, seguindo-se, com isso, as regras de competência fixadas pelo CPP no artigo 69 e seguintes.⁶

Sob tal ótica, não nos parece minimamente razoável que mera Resolução de um Tribunal altere regra de competência firmada em Lei, isto sem mencionar em pormenores a incontornável inconstitucionalidade (por violação ao princípio da separação dos poderes) de Lei Estadual que delegou ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a indelegável função legislativa em torno da fixação e alteração de competências de órgãos jurisdicionais – o que, todavia, seria matéria para outro (longo...) artigo.

Voltando ao nosso tema, Vinicius Gomes de Vasconcellos entende viável a oferta de ANPP em AC excepcionalmente, em casos de menor complexidade nos quais claramente já esteja presente a justa causa para a oferta da denúncia e, assim, do acordo, salientando contudo que (grifei)

no caso excepcional em que o ANPP possa ser aventado já no momento da audiência de custódia, a sua negociação e formalização deve ocorrer depois de encerrada a análise sobre a legalidade do flagrante e a necessidade de decretação de prisão cautelar. Ou seja, após a realização da audiência de custódia. Isso é relevante para evitar o desvirtuamento de tal ato e a utilização do juízo sobre as medidas cautelares como pressão para o aceite do imputado ao acordo.⁷

Nessa esteira sustentam informalmente alguns nobres colegas magistrados que, ao contrário do que restou expresso na Resolução do TJRJ, o ANPP não será celebrado antes da AC mas, sim, após sua realização, estando o réu já solto e em outro ambiente que não aquele em que momentos antes realizada a audiência: dos males o menor, o que não quer dizer que deixe de ser um mal, pois mesmo que realizada nestas circunstâncias e não como preconizado literalmente pela Resolução, ainda assim estaremos em contexto de abalo psicológico e de ansiedade acerca de se ver livre o indiciado daquela situação opressora a ensejar profundo vício de vontade, e potencialmente sem que se tenha ainda em mãos todos os subsídios indispensáveis à aferição de eventual arquivamento do inquérito policial, pelo que se, por aquela

⁶ AZEVEDO, Nathalia Parente de; FONSECA, Tiago Abud da. *O ANPP na audiência de custódia e o teatro dos horrores*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/opiniao-anpp-audiencia-custodia-teatro-horrores>, consultado aos 15 de maio de 2022.

⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de Não Persecução Penal*. São Paulo : Thomson Reuter, 2022, p. 154.

via (da oferta do ANPP logo após a AC), se tenta salvar a inconvenção da Resolução, paira no ar, a meu modesto sentir, como aqui fundamentado, sua intransponível ilegalidade.

A Resolução do TJRJ, assim, de uma maneira ou de outra fatalmente dará ensejo à celebrações de ANPPs viciadas, quase que meros contratos de adesão, ora açodadas, ora emocionais, ora draconianas, ora inexecutáveis, a serem mais adiante infelizmente rescindidas não pelo juiz natural a quem distribuído o processo (que poderia, antes da rescisão, por exemplo, designar audiências especiais inclusive para eventual repactuação da avença) mas, pelo que consta também de forma expressa e clara daquela Resolução, pela Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas (VEPEMA), Juízo notoriamente assoberbado de trabalho, composto por poucos magistrados e que dificilmente terá condições de realizar, antes da rescisão, tantas audiências especiais quantas forem indispensáveis à manutenção ou repactuação de tão importante instituto despenalizador que, mais que isto, tem o condão de afastar a própria propositura da ação penal.

Em suma, resguardadas todas as ressalvas à assim chamada justiça penal negocial, não merece a mesma ser potencializada justamente em seus deméritos e é exatamente, com todas as vênias, o que faz a Resolução n. 05/2022 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, portanto, de impositiva e urgente revogação ou, assim não ocorrendo, de imperioso afastamento a sua aplicação pelos sujeitos processuais envolvidos na realização de audiências de custódia em nosso Estado seja pela clara incompatibilidade com as orientações normativas do Conselho Nacional de Justiça, seja pela indisfarçável ilegalidade, seja pela flagrante inconvenção.