

NOTA TÉCNICA ANPR Nº 001/2020-FG

Nota Técnica sobre o Projeto de Lei (PL) 5282/2019

EMENTA: 1. Projeto de Lei (PL) 5282/2019

2. Sugestão de rejeição.

AUTOR: Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG)

SITUAÇÃO ATUAL: 3. Aguardando votação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

O Projeto de Lei (PL) 5282/2019 objetiva alterar o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado. Segundo o projeto, o Ministério Público deve “alargar o inquérito ou procedimento investigativo a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal”, inclusive “as circunstâncias que interessam (...) à defesa”. E completa que o descumprimento desta determinação “implica a nulidade absoluta do processo”.

É inegável que o papel do MP na investigação não é de um investigador ou acusador despreocupado com os interesses e direitos do imputado. Não se trata, assim, “de

mero acusador, mas sim de órgão de justiça obrigado a buscar todos os elementos de prova relevantes para a justa decisão”.¹

O ordenamento nacional impõe que, no exercício de suas funções, o MP considere os direitos e interesses do imputado e atue como fiscal do ordenamento jurídico, investigando sempre em busca da verdade. Isto já deflui não apenas do texto constitucional (em especial do art. 127, caput, da CF²), mas dos dispositivos do CPP já em vigor (em especial do art. 257, inc. II³), sendo reforçado pela normativa internacional que trata do papel do Ministério Público.⁴ Assim, é papel do MP fazer uma investigação que demonstre a autoria e a materialidade de um delito, de maneira isenta e objetiva.

1 Corte Constitucional italiana. Sentenza 88/1991. Giudizio di Legittimità Costituzionale in via Incidentale. Presidente: CONSO. Camera di Consiglio del 09/01/1991; Decisione del 28/01/1991; Deposito del 15/02/1991; Pubblicazione in G. U. 27/02/1991 n. 9

2 “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

3 “Art. 257. Ao Ministério Público cabe: (...) II - fiscalizar a execução da lei”.

4 Vladimir Aras lembra importante normativa de *soft law* internacional, os princípios 13 e 14, das Regras de Havana de 1990, aprovadas pelas Nações Unidas no seu VIII Congresso Criminal. Segundo o autor, “nos ‘Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público’ lê-se que no exercício das suas funções tais autoridades devem dar prova de imparcialidade e agir com objetividade, tomando em consideração a posição do suspeito e da vítima, tendo em conta ‘todas as circunstâncias pertinentes, quer sejam favoráveis ou desfavoráveis ao suspeito’. O Princípio 14 das Regras de Havana exorta os ‘magistrados do Ministério Público’ a não encetar nem continuar investigações criminais ou a fazer o possível para as suspender ‘se um inquérito imparcial revelar que a acusação não é fundada’. (ARAS, Vladimir. *O projeto Streck-Anastasia de Ministério Público*. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-projeto-streck-anastasia-de-ministerio-publico/>. Acesso em 18.02.2020) No mesmo sentido, a Recomendação Rec (2000)19, adotada pelo Comitê de Ministro do Conselho da Europa em 6 de outubro de 2000, afirma, ao tratar da função do MP, que esta é “uma autoridade pública, encarregada de zelar, em nome da sociedade e no interesse público, pela aplicação da lei, quando o incumprimento da mesma implicar sanção penal, tendo em consideração os direitos individuais e a necessária eficácia do sistema de justiça penal” (item 1). Ademais, assevera, ao tratar dos *deveres do MP para com os cidadãos*, que deve, no exercício de suas funções atuar de modo justo, imparcial e objetivo (item 24) e “deve inteirar-se de todas as circunstâncias relevantes, incluindo as que afectem o suspeito, independentemente de o favorecerem ou prejudicarem” (item 26). Por sua vez, “o MP não deve iniciar ou prosseguir o procedimento criminal quando em instrução imparcial se revelar que a acusação é infundada” (item 27). O item 29 ainda impõe que o MP revele à outra parte, salvo quando a lei estipular em contrário, “qualquer informação que possua e possa afectar o desenrolar de um processo equitativo”. Vladimir Aras ainda lembra o art. 5º, §4º, do Regulamento

O investigador naturalmente deverá extrair várias hipóteses acusatórias a partir das evidências que existam, com o intuito de apurar uma infração e sua autoria. A partir dos elementos obtidas no curso da apuração, irá confirmar algumas hipóteses acusatórias, refutar outras, até chegar à melhor explicação para todos os elementos de prova obtidos, concluindo a investigação e apontando ou não para a ocorrência de uma infração e seu(s) autor(es).⁵

Nessa dinâmica, é natural que o investigador tenha que apurar fatos e circunstâncias que possam levar à exclusão de responsabilidade do investigado, até mesmo para que possa apurar o que realmente ocorreu. Caso a investigação não se desincumba de apurar as diversas hipóteses levantadas, inclusive que possam levar à isenção de responsabilidade de determinado investigado, haverá uma diminuição do seu próprio valor de convencimento, com o provável e concreto risco de que eventual acusação se mostre infundada e liminarmente rejeitada pelo juiz.

Conforme Vladimir Aras leciona, “Não sendo um néscio, o investigador razoável haverá de fazer e fará exatamente isto. É assim que se procede corriqueiramente nas promotorias, nas procuradorias e nas delegacias do País: levantamos e checamos hipóteses; testamos teorias do caso, em busca de plausibilidade, da credibilidade e da viabilidade probatória; buscamos o verdadeiro autor do crime, e não um ‘laranja’, que lhe assumas as vezes. Esse procedimento prévio à acusação, natural na rotina do investigador, fortalece a construção da tese acusatória, na medida em que permitirá afastar álibis e

to (UE) 2017/1939 do Conselho da União Europeia, que “cria o Ministério Público europeu (*European Public Prosecution Office* ou ‘Procuradoria Europeia’), como órgão supranacional da comunidade, ordena que a nova instituição, que terá sua sede em Luxemburgo, conduza ‘as suas investigações de forma imparcial’ e procure ‘todos os meios de prova pertinentes, tanto incriminatórios como ilibatórios’, tanto por iniciativa própria como a pedido da defesa” (Idem)

⁵ DALLAGNOL, Deltan M. *As lógicas das provas no processo. Prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 115/116.

defesas processuais, assim como antecipar respostas probatórias a eventuais teses de 'inocentação', exculpatórias ou dirimentes. E é assim pela só razão de que cabe ao Ministério Público, usualmente com o inestimável apoio da Polícia, o ônus de afastar a presunção de inocência, especialmente em torno de excludentes de ilicitude e causas extintivas de punibilidade, por exemplo".⁶

Portanto, já existe um dever para os órgãos persecutórios de realizar uma investigação que apure a infração penal e sua autoria, o que passa, necessariamente, pelo eventual afastamento de teses defensivas que possam levar à exclusão de responsabilidade.

Imagine, por exemplo, situação em que o principal suspeito de um delito de homicídio alegue que se encontrava no exterior na data dos fatos. Uma investigação que deixe de apurar devidamente este álibi não terá, por óbvio, força para indicar a autoria delitiva, prejudicando o próprio oferecimento da ação penal. E o resultado dessa apuração deve ser juntado aos autos e estar disponível à defesa, pelo dever de *disclosure* estabelecido na Súmula Vinculante n. 14 do STF, que dispõe ser "direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

Seria, no mínimo, violação dos deveres funcionais dos órgãos de persecução ocultar provas que possam levar à isenção de responsabilidade do investigado.⁷ Assim, à

6 ARAS, Vladimir. *O projeto Streck-Anastasia de Ministério Público*.

7 Em 2009 o Ministro Celso de Mello já asseverava a existência deste dever de *disclosure* por parte dos órgãos investigatórios: "O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o 'Parquet', sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório" (STF, 2ª Turma, HC 94173/BA, Relator Min. Celso de Mello, j. em 27/10/2009)

luz do ordenamento interno e internacional e em qualquer modelo processual – de *common law* ou *civil law* –, há dois deveres do Ministério Público. “O primeiro é um dever ético, o de investigar o caso objetivamente sem preconceções, recolhendo e registrando provas e informações *de cargo y descargo*, favoráveis à acusação, segundo sua teoria do caso, ou à defesa. O segundo é um dever processual, relacionado à revelação de todas as evidências colhidas durante a fase investigativa, sejam aptas a suportar a tese acusatória ou capazes de debilitá-la. Este é o campo da *disclosure*”.⁸

Mas a necessidade de investigar objetivamente e o dever de *disclosure* não podem chegar ao ponto de desvirtuar a própria finalidade da investigação, que tem por objetivo, nos termos do próprio art. 4º do CPP, “a apuração das infrações penais e sua autoria”. Do contrário, a persecução extrajudicial poderá se transformar em uma perpétua e perene apuração, em detrimento do interesse social e do próprio investigado, de investigação célere das infrações penais. É interessante notar que o próprio investigado acabará sendo prejudicado, pela ampliação temporal das investigações, em prejuízo do princípio constitucional da rápida duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal).

Ao invés de se atribuir ao MP a responsabilidade pelo levantamento e apuração de *todas as* circunstâncias defensivas, melhor e mais adequado é atribuir à própria defesa a possibilidade de fazê-lo. E há inúmeras maneiras de fazê-lo, que são mais idôneas a alcançar o objetivo buscado pelo Projeto e sem os riscos inerentes a este.

Há uma tendência legítima em assegurar à defesa a possibilidade de cada vez mais participar na investigação, solicitando diligências ao Delegado (art. 14 do CPP⁹) e

⁸ ARAS, Vladimir. *O projeto Streck-Anastasia de Ministério Público*.

⁹ “Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

apresentando razões e quesitos na respectiva apuração, nos termos do art. 7º, inc. XXI, do Estatuto da OAB. Segundo parte da doutrina, haveria até mesmo a possibilidade de a defesa investigar (inclusive o Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB regulamentou a investigação defensiva).

Nesse sentido, o Projeto de Novo CPP (Projeto de Lei n. 8045/2010, versão de outubro de 2019) previu, no art. 13, a possibilidade de investigação defensiva¹⁰ e o art. 27 faculta ao defensor a possibilidade requerer à autoridade policial qualquer diligência, quando reconhecida a sua necessidade. Na hipótese de indeferimento deste requerimento, será cabível representação à autoridade superior ao órgão responsável do MP¹¹ (o que já se mostra possível à luz do atual ordenamento).

Além destas alternativas, não se pode olvidar que a defesa pode solicitar ao juiz a realização de medidas que permitam isentá-lo de responsabilidade ou demonstrar suas teses defensivas durante as investigações, inclusive a realização de provas antecipadas e urgentes (art. 3º-B, inc. VII, do CPP), o afastamento de sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico, a realização de busca e apreensão, acesso a informações sigilosas (inc. XI) e outras diligências de interesse da defesa. Tudo será decidido pelo juiz de garantias ou ao juiz responsável por zelar pelas investigações, a quem incumbe controlar a legalidade da investigação e a pela salvaguarda dos direitos fundamentais do investigado.

10 "Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa. Parágrafo único. O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial, que fundamentará eventual indeferimento de juntada".

11 "Art. 27. A vítima ou seu representante legal e o investigado poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada quando reconhecida a sua necessidade. § 1º Se indeferido o requerimento de que trata o caput deste artigo, o interessado poderá representar ao Ministério Público ou requerer administrativamente à autoridade policial superior".

À luz destas alternativas, certamente o melhor caminho não é conferir ao MP a atribuição de investigar a favor do acusado, como lembra o professor Gustavo Badaró.¹² Até mesmo porque impor ao MP tal ônus não será efetivo para alcançar o resultado que se busca. Em verdade, mostrou-se irrealizável na prática dos países que adotaram essa regra (como Itália, Espanha e Portugal), pois é natural que os órgãos de persecução tenham vocação para apurar a infração e sua autoria, como lembra o professor Antonio Scarance Fernandes, e não levantar fontes de prova e hipóteses defensivas.¹³

Não se deve atribuir aos órgãos persecutórios uma atividade que, por natureza, é de incumbência da defesa, que se desincumbirá dela muito melhor que a acusação. Como leciona Paolo Tonini, “É preciso dizer que os órgãos públicos são incapazes de realizar as investigações necessárias para proteger o direito de defesa. Por um lado, eles estão sobrecarregados de trabalho; por outro lado, em um processo dialético não cabe a eles avaliar quais elementos devem ser buscados para apurar esses fatos, os quais a parte privada tem interesse em clarear. Em um sistema que aceita a separação de funções, o defensor é o órgão que melhor pode avaliar, por exemplo, quais evidências são as mais adequadas para demonstrar a existência de um fato afirmado por uma parte privada e quais perguntas devem ser feitas a uma testemunha para esclarecer se ela é confiável”.¹⁴

12 BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 156.

13 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2012, 7ª ed, p. 241/242. No mesmo sentido, BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 156.

14 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penal*. Giuffrè: Milano, Tredicesima edizione, p. 592. Tradução livre. No original: “Occorre premettere che gli organi pubblici non sono in grado di svolgere le indagini necessarie a tutelare il diritto di difesa. Da un lato, esse sono oberati di lavoro; da un altro lato, in un processo di tipo dialettico non spetta a loro il compito di valutare quali elementi devono essere ricercati per accertare quei fatti, che la parte privata ha interesse a chiarire. In un sistema che accoglie la separazione delle funzione, il difensore è l'organo que meglio di tutti può valutare, ad esempio, quali prove sono le più indicate per dimostrare l'esistenza di un fatto affermato da una parte privata e quali domande devono essere rivolte ad un testimone per chiarire se egli è attendibile”

Inclusive, há situações em que o MP não teria como exercer esse dever. Imagine-se a hipótese em que a defesa alegue que o investigado não recolheu os tributos em razão de inexigibilidade de conduta diversa, pois não tinha condições financeiras de realizar o pagamento dos tributos, dando preferência ao pagamento de dívidas trabalhistas, por exemplo. É impossível ao MP acessar toda a contabilidade e toda a documentação da empresa, visando apurar se realmente era viável ou não o pagamento do tributo. Exigir que o MP o fizesse seria impor uma devassa fiscal, financeira e contábil na empresa por parte do órgão de persecução, o que, além de ser prejudicial à defesa e ao imputado, poderia esta atividade ser desempenhada como muito mais propriedade, rapidez e menos restrição a direitos fundamentais pela própria defesa.

Como leciona Vladimir Aras, ao tratar do presente projeto, o que se exige do MP, no direito comparado, é que documente ou registre as provas e informações favoráveis à defesa, encontradas durante a investigação, no seu caminho natural de elucidação da autoria e da materialidade. “Não se pode transformar o promotor ou o procurador em investigador da defesa. Ao contrário, nos modelos contemporâneos de processo, é a defesa que tem tido cada vez uma participação maior na investigação criminal. Esta é uma grave falha de redação do projeto”.¹⁵

Mesmo no âmbito do Tribunal Penal Internacional – modelo inspirador do presente projeto - há quem questione se a atribuição de funções ao MP de investigar elementos no interesse da defesa seria realista, por impor uma tarefa esquizofrênica à

¹⁵ ARAS, Vladimir. O papel do Ministério Público no processo penal: o precedente Brady vs. Maryland e a normativa do Conselho da Europa. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2019/10/02/o-papel-do-ministerio-publico-no-processo-penal-o-precedente-brady-vs-maryland-e-a-normativa-do-conselho-da-europa/>. Acesso em 11.02.2020.

Promotora.¹⁶ Por isto, “no contexto nacional, esse papel investigativo *pro reo* deve ser reservado às Defensorias Públicas e aos advogados em geral, sem prejuízo do compromisso ético do Ministério Público de registrar e reportar tudo aquilo que beneficiar o investigado ou o réu”.¹⁷

De outro giro – e aqui está o ponto mais alarmante e merecedor de atenção – esse projeto trará o sério risco de contaminar todas as investigações existentes de nulidade, em razão da previsão equivocada de uma causa de nulidade de “todo o processo”.

Por mais eficiente e intelectualmente honesto que seja o investigador, é simplesmente *impossível* coletar todas as fontes de prova e todas as circunstâncias que interessem à defesa, como exige o projeto. Primeiro, porque a estratégia defensiva e tais circunstâncias sequer são conhecidas no momento da investigação. Segundo, porque a finalidade precípua do inquérito é apurar a ocorrência de uma infração e sua infração – e não se tornar uma instrução antecipada do feito e sem fim das hipóteses defensivas. Terceiro, porque, mesmo que o órgão de persecução tente fazê-lo, certamente a defesa argumentará *a posteriori*, legitimamente, que uma circunstância que lhe interessava não foi investigada, à luz da estratégia defensiva desenvolvida – que, repita-se, sequer era

16 Neste sentido leciona Caroline Buisman, ao questionar se é realista a expectativa de que procuradores de tribunais internacionais investiguem de igual modo circunstâncias incriminatórias e exculpatórias, nos termos do art. 54(1)(a) do Estatuto de Roma. Nesse contexto, diz Buisman, talvez seja “idealista demais” esperar que um promotor se empenhe para coligir informações contrárias à sua percepção dos fatos e ao caso que conduz. Não seria da natureza da instituição investigar, com alto nível de diligência e dedicação, os elementos que prejudicam sua própria hipótese de trabalho. Por outro lado, à defesa incumbe promover os interesses do acusado em toda a sua extensão. Para a autora, é mais provável que a defesa, e não a Promotoria, dê os passos adicionais normalmente necessários para encontrar provas exculpatórias. Segundo Buisman, a defesa é claramente o ator processual mais adequado para cumprir essa tarefa, não o Ministério Público. Por isso, propõe que a ampla função da Procuradoria do TPI – este é o contexto processual no qual se coloca a questão da investigação de elementos defensivos – seja revista, concedendo-se à defesa de investigados e réus perante cortes internacionais os meios financeiros necessários a esse fim (BUISMAN, Caroline. *The Prosecutor’s Obligation to Investigate Incriminating and Exonerating Circumstances Equally: Illusion or Reality?*)

17 ARAS, Vladimir. *O projeto Streck-Anastasia de Ministério Público.*

conhecida pelos órgãos de persecução. Consequência: haverá “nulidade de todo o processo”.

Essa previsão, além de desconsiderar que as nulidades da investigação não alcançam o processo e a ação penal,¹⁸ acabará por inculcar um vício em praticamente todas as investigações, nas quais haverá algum fato ou prova pertinente, na visão da defesa, que o órgão de persecução não buscou. Inclusive, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional - que inspirou o presente projeto - não previu tal sanção de nulidade.¹⁹

Ademais, na Itália, em que o art. 358 do CPP italiano impõe uma obrigação de lealdade processual ao MP,²⁰ que deve realizar apurações “sobre fatos e circunstâncias a favor da pessoa submetida à investigação”, nos termos do Projeto ora proposto, inexistente a previsão de qualquer nulidade para a não observância dessa obrigação. Inclusive, a questão foi levada à Corte Constitucional italiana, alegando-se que a ausência de previsão de sanção processual no dispositivo malferiria diversos dispositivos constitucionais, como a ampla defesa e a presunção de inocência.

No entanto, a Corte Constitucional afastou a alegação e deu a verdadeira interpretação do dispositivo. Asseverou que “na realidade, na lógica do processo penal atual, a obrigação do promotor público de realizar investigações também a favor da pessoa sob investigação não visa à realização do princípio da igualdade entre ação penal e defesa, nem à aplicação do direito de defesa, mas se baseia na natureza do órgão público do

18 Nesse sentido é a jurisprudência pacífica do STF. Veja, v.g.: “As nulidades eventualmente ocorridas na fase inquisitorial não se comunicam para ação penal. Precedentes” (STF, Inq 3621 ED-segundos, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/05/2019). No mesmo sentido: STF, RHC 143997 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/11/2018.

19 No mesmo sentido, cf. ARAS, Vladimir. *O projeto Streck-Anastasia de Ministério Público*.

20 TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penal*. Giuffrè: Milano, Tredicesima edizione, p. 595.

Ministério Público, sendo funcional a um correto e racional exercício da ação penal, exclusivamente para o fim “de evitar a instauração de um processo supérfluo”.²¹

Ademais, a mesma Corte Constitucional asseverou que o art. 358 deve ser interpretado juntamente com o art. 326 do CPP italiano – que trata da finalidade da investigação preliminar²² - e determina que o MP tem o dever de realizar “toda atividade necessária” para fins de “determinações inerentes ao exercício da ação criminal”, incluindo “constatações de fatos e circunstâncias em favor da pessoa sob investigação”, atuando como uma barreira contra qualquer prática de exercício “aparente” da ação criminal, com base em investigações muito superficiais, lacunosas ou incompletas.²³

Nesse ponto, a sanção de nulidade do processo é absolutamente inadequada e desproporcional para o fim buscado. Imagine um caso em que existem, no processo, provas de autoria e materialidade para além de qualquer dúvida razoável, mas a defesa demonstre que a investigação não considerou alguma circunstância atenuante de seu interesse (por exemplo, não se juntou certidão que demonstre que o investigado era menor de 21 anos na data do fato, nos termos do art. 65, inc. I, do CP). Seria absurdo imaginar a possibilidade de se anular um processo penal em situação como esta, mas a norma prevista no projeto abrirá tal possibilidade.

Na mesma linha, Vladimir Aras lembra que “evidentemente não se pode abalar todo o processo penal, com uma nulidade fulminante, a partir de uma previsão geral

21 Ordinanza 96/1997, Giudizio di Legittimità Costituzionale in via incidentale. Presidente - Redattore GRANAATA. Camera di Consiglio del 12/02/1997 26/03/1997. Deposito del 11/04/1997 16/04/1997. Pubblicazione in G. U.

22 “Art. 326. Finalità delle indagini preliminari. 1. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell’ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale”.

23 Sentenza 88/1991. Giudizio di Legittimità Costituzionale in via incidentale. Presidente: CONSO - Camera di Consiglio del 09/01/1991; Decisione del 28/01/1991. Deposito del 15/02/1991; Pubblicazione in G. U. 27/02/1991n. 9.

e cabal, porque em várias situações poderá haver provas condenatórias **suficientes**, para além daquele quadro viciado, para além daquela informação que dolosamente deixou de ser registrada ou foi suprimida dos autos.

Ademais, a situação questionável pode estar perfeitamente encapsulada num determinado incidente processual, sendo desproporcional prever a anulação de todo o processo como regra única ou geral".²⁴ Esta desproporcionalidade é ainda mais evidente porque existem técnicas processuais menos gravosas e mais adequadas para alcançar tal escopo, conforme visto, para tornar efetivo o objetivo buscado pelo projeto. Tais alternativas, além de muito mais efetivas, resguardam o direito de defesa e a própria integridade da investigação. O próprio CPP italiano, buscando assegurar os interesses do investigado, prevê uma medida diversa da nulidade: caso o MP entenda que não deve determinar a diligência solicitada pela defesa, deve transmitir a questão, com o seu parecer, ao juiz responsável pela investigação.²⁵

Destaque-se que o autor do projeto invoca o art. 54, alínea a, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional como fundamento para a incorporação da norma em nosso ordenamento. No entanto, é necessário destacar que o Estatuto de Roma busca criar um modelo de persecução penal transnacional híbrido, com o intuito de compor modelos processuais antagônicos.²⁶ Esta solução de compromisso, visando compatibilizar os sistemas inquisitórios e acusatórios dos diversos países submetidos à sua jurisdição,

24 ARAS, Vladimir. O papel do Ministério Público no processo penal: o precedente Brady vs. Maryland e a normativa do Conselho da Europa. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2019/10/02/o-papel-do-ministerio-publico-no-processo-penal-o-precedente-brady-vs-maryland-e-a-normativa-do-conselho-da-europa/>. Acesso em 11.02.2020.

25 Dispõe o art. 368: "Provvedimenti del giudice sulla richiesta di sequestro. 1. Quando, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero ritiene che non si debba disporre il sequestro richiesto dall'interessato, trasmette la richiesta con il suo parere, al giudice per le indagini preliminari".

26 ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP. 2006, p. 139.

evidencia que se trata de modelo com diretrizes e fundamentos diversos daqueles que orientam nosso ordenamento.

A previsão do princípio da objetividade, por meio do dispositivo mencionado, busca compatibilizar o papel do juiz de instrução, existente em alguns sistemas de civil law, e a concepção de *prosecutor* do modelo processual adversarial da *common law*.²⁷ Inclusive, David Bakibinga leciona que há uma outra justificativa para a previsão desta norma no Estatuto do TPI. Isto porque, nos procedimentos perante tribunais criminais internacionais, é muito mais fácil para a procuradoria obter informações e provas incriminatórias do que seria para a defesa alcançar provas de exoneração. Essa a razão de ser do art. 54 (1)(a) e (f) do Estatuto de Roma, que busca compensar tal desvantagem defensiva com a imposição de deveres adicionais à Procuradoria do TPI, para investigar de igual modo as circunstâncias incriminadoras e exoneratórias.²⁸

Atento a tal *ratio*, Vladimir Aras conclui que o “projeto Streck-Anastasia ignora completamente o pano de fundo do art. 54 do Estatuto de Roma e sua notória e crucial razão de ser. A realidade da apuração de crimes internacionais compreende desafios às vezes incontornáveis para defesas privadas ou para defesas subsidiadas pelo restrito orçamento de tribunais permanentes ou cortes *ad hoc*. Isto é ainda mais verdadeiro e grave quando se tem em conta situações de exceção democrática ou de deterioração do tecido social e de *débâcle* da institucionalidade que marcam o cenário dos crimes de competência do TPI”.²⁹

Ademais, conforme dito, não há no Estatuto a previsão de nulidade em caso de descumprimento do princípio da objetividade. Em síntese, a importação da norma

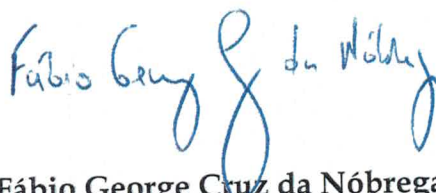
27 ARAS, Vladimir. *O projeto Streck-Anastasia de Ministério Público*.

28 BAKIBINGA, David. *Prosecutorial discretion and independence of the ICC prosecutor: concerns and challenges*.

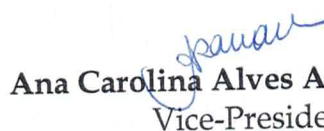
29 No mesmo sentido, ARAS, Vladimir. *O projeto Streck-Anastasia de Ministério Público*.

mencionada é um transplante acrítico de uma normativa que não deve servir de parâmetro para reformas legislativas gerais no âmbito interno. E mesmo que seja utilizado, é relevante verificar que o próprio Estatuto não prevê a sanção de nulidade em caso de não observância do art. 54, alínea a.

À vista destas considerações, a presente nota técnica é no sentido da **não aprovação do Projeto de Lei (PL) 5282/2019**, uma vez que terá como efeito prático apenas inocular uma causa de nulidade em praticamente todas as investigações.



Fábio George Cruz da Nóbrega
Presidente



Ana Carolina Alves Araújo Roman
Vice-Presidente