

BOLETIM DOS PROCURADORES E DAS PROCURADORAS DA REPÚBLICA

vol. 1, no 1 janeiro/março de 2023





anpr

50
anos

EXPEDIENTE

BOLETIM DOS PROCURADORES E DAS PROCURADORAS DA REPÚBLICA

DIRETORIA BIÊNIO 2021-2023

Ubiratan Cazetta
Presidente

Ana Carolina Alves Araújo Roman
Vice-presidente

Bruna Menezes Gomes da Silva
Diretora Cultural

Bruno Nominato de Oliveira
Diretor Financeiro

Daniel Cesar Azeredo Avelino
Diretor de Assuntos Institucionais

Gustavo Kenner Alcântara
Diretor-Secretário

Igor da Silva Spindola
Diretor de Assuntos Corporativos

Julio José Araujo Junior
Diretor de Comunicação Social

Lauro Pinto Cardoso Neto
Diretor de Assuntos Legislativos

Luciana Loureiro Oliveira
Diretora Jurídica

Manoela Lopes Lamenha Lins Cavalcante
Diretora de Eventos

Oswaldo José Barbosa Silva
Diretor de Aposentados

CONSELHO EDITORIAL

Daniel de Resende Salgado
(coordenador)

Andrea Walmsley Soares Carneiro

Nathália Mariel Pereira

Ronaldo Pinheiro de Queiroz

EXPEDIENTE

COORDENAÇÃO E SUPERVISÃO

André de Carvalho Ramos e Bruna
Menezes Gomes da Silva

ORGANIZAÇÃO

Clara Oliveira Fidelis

Juliana Lôbo de Almeida Pinho

PROJETO GRÁFICO

Pedro Henrique Lino

CÓDIGO ISSN Nº

ISSN 2965-3266

Periodicidade da publicação:
trimestral

**Associação Nacional dos
Procuradores da República**

SAF Sul, Quadra 04, Conjunto C
Bloco B, Sala 113/114,
CEP 70.050-900, Brasília-DF

**BOLETIM DOS
PROCURADORES E DAS
PROCURADORAS DA
REPÚBLICA**

S U M Á R I O

Ainda sobre a lista tríplice e o dilema do redimensionamento da figura do procurador-geral da república. O que a sociedade pode esperar do Ministério Público Federal?	9
Common law: formação e significados	17
O avanço da Justiça Penal Negociada, a proposta despenalizadora brasileira e o papel fundamental dos sujeitos processuais	20
Da tipificação criminal da violência política de gênero e atuação dos órgãos de persecução criminal	26
O Boletim Indica	32

APRESENTAÇÃO

Ubiratan Cazetta
Presidente da ANPR

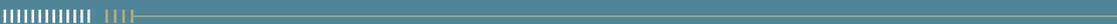
Relançar o Boletim dos Procuradores e das Procuradoras da República é um sonho que se converte em realidade, trazendo de volta à circulação um instrumento de divulgação da produção acadêmica sobre a atividade do Ministério Público Federal, em um momento em que discutir os contornos da instituição, divulgar o pensamento dos seus membros sobre temas jurídicos atuais e provocar o diálogo com a sociedade e entre os próprios integrantes da carreira, ativos ou aposentados, mostra-se essencial para o fortalecimento de nossos laços.

O Boletim carrega uma tradição iniciada em 1998 e que, com alguma regularidade maior ou menor, se manteve ativa até 2013, em um trabalho editorial conjunto da ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República e da FPJ – Fundação Pedro Jorge.

Temos o orgulho de ter ajudado a difundir o pensamento sobre temas os mais diversos, mas sempre com qualidade e com o olhar para a diversidade, para os assuntos que desafiavam o pensamento jurídico do momento.

Relembrar os autores que tiveram seus textos publicados nos diversos Boletins é um exercício que reúne um misto de orgulho pela produção e satisfação por

OPINIÃO



Ainda sobre a lista tríplice e o dilema do redimensionamento da figura do procurador-geral da república. O que a sociedade pode esperar do Ministério Público Federal?

Eduardo Pelella

Procurador Regional da República

Mestre em direito

1. Este texto deve ser iniciado com algumas premissas *negativas*. Primeiramente, não pretendo alinhar novos argumentos capazes de convencer quem quer que seja sobre a adequação de se estabelecer alguma forma de filtragem institucional relativamente à indicação do Procurador-Geral da República. A esta altura todos sabemos que eles, válidos ou não, já foram apresentados à exaustão pelos partidários desta ou daquela corrente e são mais ou menos convincentes segundo os que os ouvem, muitas vezes oscilando a depender do grupo político dominante de ocasião.

Segundo, também não pretendo enumerar considerações *ad personam* sobre o tema, apontando pontuais ou sistemáticas inadequações desta ou daquela figura para o cargo, para o regozijo ou demérito de quem as houver indicado, considerações estas que seriam de fácil assimilação e de muito efeito retórico, mas superficiais e transitórias como devem ser as pessoas em relação às instituições.

É preciso, entretanto, desfazer alguns equívocos maiúsculos - na verdade, falsificações - que permeiam o debate, normalmente tiradas a partir de apresentações parciais de dados da realidade institucional, com roupagem pseudo-científica, e daí apresentar a correlação institucional entre a forma de indicação do Procurador-Geral da República e sua capacidade de tracionar de forma independente o conjunto dos membros e de inculcar na sociedade legítimas aspirações acerca de seu comprometimento com o bem comum.

2. Em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo em 04.04.23 intitulado *Lula fará melhor se ignorar lista tríplice na indicação do novo procurador-geral*⁰¹, republicado na edição impressa de 16.04.2023 sob o título *Lula e a lista tríplice para PGR*, dois dos mais respeitados pesquisadores sobre a estrutura, o papel e a dinâmica do Ministério Público brasileiro após seu redesenho pela Constituição de 88, **Rogério Arantes** e **Fábio Kerche**, alinham-se, pelo menos neste momento histórico, aos que defendem a adequação da regra constitucional que não prevê a formulação de lista tríplice para a indicação do Procurador-Geral. Em resumo do próprio artigo, afirmam:

A escolha do procurador-geral da República por meio de lista tríplice, procedimento não previsto na Constituição, carrega vícios como a primazia de diretores da Associação Nacional dos Procuradores Federais (sic), entidade corporativa que organiza a votação, e a exclusão de membros de outros ramos do Ministério Público da União. Lula precisa indicar, para suceder Augusto Aras, um procurador-geral comprometido com a democracia e os direitos humanos, o que não significa seguir a tradição e transferir a responsabilidade para os membros de carreira da instituição.

01 Acessível em <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2023/04/lula-fara-melhor-se-ignorar-lista-triplice-na-indicacao-do-novo-procurador-geral.shtml>. Acesso em 10.04.2023.

De forma articulada, os argumentos defendidos pelo autores podem ser resumidos nos quatro itens a seguir:

a. a regra prevista na Constituição quanto à indicação do Procurador-Geral da República não prevê a composição de lista, apesar de ter sido adotada para os Ministérios Públicos estaduais e haverem sido cogitados diversos modelos quando da elaboração do texto constitucional;

b. a escolha do Procurador-Geral da forma como prevista decorre da dificuldade em combinar autonomia, legitimidade e responsabilização na escolha do chefe do Ministério Público. Isso se deve ao fato de que o Ministério Público se agigantou como órgão de atuação em diversas áreas, conquistou autonomia funcional e administrativa, e seus integrantes têm as mesmas garantias da magistratura. Além disso, por não ter uma estrutura hierárquica típica, os procuradores têm independência funcional e podem desencadear operações capazes de afetar todo o país;

c. a Associação Nacional dos Procuradores da República assumiu a tarefa de organizar a lista tríplice para escolha do procurador-geral da República, já que a Constituição de 1988 não incorporou essa lista. Desde 2001, a Associação Nacional dos Procuradores da República produziu a lista tríplice 11 vezes, mas apenas quatro indicações envolveram procuradores que não haviam sido diretores da associação. Isso demonstraria que participar e se tornar liderança da política corporativa é uma pré-condição para figurar na lista que será levada ao presidente. Além disso, a participação feminina na Associação Nacional dos Procuradores da República é baixa e não houve casos de gestão paritária;

d. embora a figura do procurador-geral seja associada ao ramo do Ministério Público Federal, o fato é que ele chefia o Ministério Público da União como um todo: além do Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal. Há anos, as associações dos membros dessas carreiras reivindicam participação efetiva na elaboração da lista tríplice, mas a Associação Nacional dos Procuradores da República ignora olímpicamente a inclusão dos irmãos.

Sua conclusão é a de que *transferir para pouco mais de mil procuradores federais (sic) a responsabilidade da escolha de um cargo da importância do procurador-geral não é mais democrático nem garantia de qualidade.*

3. Os argumentos alinhados pelos articulistas bem sintetizam o complexo de objeções levantados por aqueles que entendem adequada a regra constitucional que não prevê nenhuma forma de filtragem por parte da carreira quanto às indicações para sua chefia e dada a relevância e o perfil de seus autores, merecem um detido escrutínio.

Preliminarmente, contudo, é de se notar que a necessária análise institucional realizada pelos autores não os colocou ao abrigo de uma silabada, que merece atenção. Nos momentos em que se referem aos membros da carreira do Ministério Público Federal, os autores fazem referência a *procuradores federais* que, como se sabe, são membros de outra respeitável carreira, da Advocacia-Geral da União, que nada têm em comum com os *procuradores da República*. O deslize terminológico não é incomum, daí a relevância de proceder a observação.

Passo à análise sintética dos argumentos expendidos.

3.1 Primeiramente, é óbvio que os autores têm razão quanto ao fato de que a Constituição não prevê a lista tríplice como etapa necessária à indicação do Procurador-Geral da República e ainda bem que observam que este modelo é dissonante do que ocorre com *todos* os demais ramos do Ministério Público brasileiro em nível federal e estadual. Com razão também, apontam que a previsão da lista chegou a ser cogitada

quando da redação original da Constituição e não foi acolhida.

Mas há que se levar em conta, e o texto não o faz, que esse desenho de escolha do Procurador-Geral da República foi amplamente condicionado por diversas circunstâncias presentes na época da promulgação da Constituição.

Dentre elas, há de se lembrar que foi precisamente a Constituição de 1988 que criou a *Advocacia-Geral da União*, retirando do plexo de atribuições do Ministério Público Federal a defesa judicial e extrajudicial da União e demais entes federais⁰².

Esta separação, contudo, teve de se efetivar apenas cinco anos depois, quando da edição da LC 73/93. Até então, o Ministério Público Federal continuou a exercer as atribuições plenas, de órgão remodelado pela Constituição Federal e de advocacia da União.

Os constituintes tiveram, portanto, que resolver um dilema. Logicamente, a estrutura conferida pela Constituição ao Ministério Público apontava para o caminho de escolha de sua chefia por um mecanismo de filtragem preliminar interna - no caso, a melhor candidata seria a lista. No entanto, esse modelo apresentaria problemas na escolha do Procurador-Geral da República, uma vez que o Ministério Público Federal desempenhava o papel que mais tarde seria da Advocacia-Geral da União, mas não havia um prazo definido para essa mudança. A solução adotada foi um meio-termo: não seria utilizada uma lista, mas também não seria escolhido alguém de fora da carreira.

Obviamente o problema poderia ter sido solucionado após a edição das hoje trintenárias Leis Complementares 73 e 75/93 com uma emenda constitucional de revisão⁰³, por exemplo, que teria resolvido além desta, outra questão mais grave e hoje menos abordada, que é a da *inexistência de limite do número de reconduções*. Mas o sistema foi deixado como estava e a escolha permaneceu nos mesmos moldes

3.2 O enquadramento histórico do problema tratado no item anterior também responde em grande medida ao segundo argumento. Como visto, diferentemente do que afirmam os articulistas, não é exatamente verdadeiro que a forma de escolha do Procurador-Geral da República tenha sido pensada para equacionar a dificuldade em combinar legitimidade, responsabilização com a autonomia/independência do órgão e de seus membros mas decorre, ao menos parcialmente de um problema conjuntural na transição do antigo para o novo modelo de Ministério Público.

Mas o que chama a atenção no ponto é a forma como se narra o problema.

Os autores parecem ver como uma virtude do atual modelo a maior permeabilidade do chefe da instituição aos influxos políticos como forma de *contenção* das iniciativas de seus membros. Contudo devem saber que um Procurador-Geral que tenha noção de suas atribuições e limites não deve se imiscuir no juízo dos demais membros da carreira, que detêm garantias semelhantes às dele próprio. O sistema não prevê dentre as funções do Procurador-Geral da República a faceta de *interventor-geral*.

E mais adiante, de forma contraditória, enumeram uma série de problemas decorrentes, na sua visão, quanto à indicação do atual Procurador-Geral da República, em um procedimento que classificam como *pouco transparente*, mas que seguiu exatamente o roteiro legal que defendem.

Por outro lado, os aperfeiçoamentos que sugerem estão apenas no plano da vontade ou da maior ou menor consciência institucional dos envolvidos - especialmente do Presidente da República e do Senado - do que propriamente numa proceduralização coerente que previna as anomalias.

02 V. ADCT, art. 29.

03 ADCT, art. 3º.

3.3 Quanto ao terceiro argumento, este não resiste a uma pesquisa mínima acerca da história institucional e chega a ser ofensivo à carreira em geral e em particular aos membros que compuseram até hoje as listas promovidas pela Associação Nacional dos Procuradores da República.

Segundo o que defendem os articulistas, o fato de a maioria dos que figuraram nas listas até hoje ter composto em algum momento os quadros da diretoria da associação, seria, repito o termo, uma *precondição* para o sucesso eleitoral. Não parece ser verdade.

A lista promovida pela Associação Nacional dos Procuradores da República tem, grosso modo⁰⁴, como *colégio eleitoral* o equivalente ao que está previsto na LC 75/93 como o *Colégio de Procuradores da República*⁰⁵, que dentre as suas atribuições como órgão do Ministério Público Federal, detém a tarefa de *eleger, dentre os Subprocuradores-Gerais da República e mediante voto plurinomial, facultativo e secreto, quatro membros do Conselho Superior do Ministério Público Federal*⁰⁶.

Como se sabe, o Conselho Superior do Ministério Público Federal é formado por dez membros, dois natos - o Procurador-Geral da República e seu Vice - e oito eleitos. Destes oito, todos Subprocuradores-Gerais, quatro são eleitos pelo Colégio de Procuradores da República e os outros quatro pelos Subprocuradores-Gerais⁰⁷.

Uma rápida pesquisa à base de dados dos eleitos ao Conselho Superior de 1993 até hoje nas quatro vagas reservadas à eleição pelo Colégio de Procuradores⁰⁸, mostra que *onze* dos doze membros⁰⁹ que já figuraram até hoje nas listas tríplexes promovidas pela Associação Nacional dos Procuradores da República foram também eleitos, pelo menos duas vezes cada, para as vagas do Conselho reservadas à eleição pelo Colégio. A única exceção é a de **Blal Yassine Dalloul**, que figurou na lista tríplex de 2019 e integrava naquele momento - e até hoje - o nível intermediário da carreira e como Procurador Regional da República não detém a condição de elegibilidade para o Conselho Superior.

É, portanto, no mínimo apressada a conclusão dos autores sobre o caráter corporativo da lista. De fato, os nomes até hoje lembrados nas votações são de membros cujo perfil demonstra histórico engajamento e liderança na vida institucional do Ministério Público Federal.

Quanto à questão de gênero, os articulistas têm razão quando apontam o déficit de representatividade feminina nos quadros da Associação Nacional dos Procuradores da República, o que deve ser motivo de imediato enfrentamento pelos seus associados.

Mas, curiosamente, quando se analisam as eleições para as listas tríplexes e para o Conselho Superior, a correlação que fazem os autores parece não fazer sentido. Isso porque a sub-representação feminina nos quadros da Associação Nacional dos Procuradores da República é maior do que aquelas verificadas nas eleições mencionadas.

Apesar de terem sido até hoje apenas quatro as mulheres que figuraram nas listas tríplexes e apenas

04 Entre os anos de 2009 e 2019 foram admitidos como votantes também os membros aposentados, associados da entidade.

05 LC 75/93, arts. 43, II, 52 e 53.

06 LC 75/93, art. 53, III.

07 LC 75/93, art. 54.

08 Acessível em <https://www.Ministério Público Federal.mp.br/o-Ministério Público Federal/csMinistério Público Federal/institucional/historico-eleicoes/quadro-geral-desde-1993-colorido.pdf>. Acesso em 10.04.2023.

09 De 2001 até hoje foram onze listas e doze os membros que tiveram seus nomes sufragados.

uma ter sido escolhida, pelo menos uma mulher integrou dez das onze listas até hoje. No âmbito da eleição para o Conselho Superior, de 2001 (ano da primeira lista tríplice) para cá, foram vinte e três votações que resultaram em quarenta e seis mandatos, visto que a representação é renovada de duas em duas vagas. Foram eleitas neste período dez mulheres, que exerceram ao todo vinte e três mandatos, , exatos 50% do total.

Obviamente há muito o que caminhar, mas o ponto é que a correlação feita no artigo é mais uma vez falsa. Pela lógica esposada, aliás, os autores deveriam alinhar dentre o que se esperaria da indicação que se avizinha o compromisso de escolha de uma mulher para a cadeira. Mas curiosamente não o fazem.

Quanto ao problema da participação ou não dos demais ramos no processo de escolha, deve-se lembrar que pelo desenho da LC 75/93, o Ministério Público da União não é uma carreira, mas é composto de quatro carreiras distintas¹⁰. Três delas têm seus Procuradores-Gerais escolhidos mediante lista¹¹ e, portanto, já votam *institucionalmente* para a escolha de sua chefia.

O Procurador-Geral da República, é verdade, exerce a chefia *administrativa* da instituição¹². Mas toda a estrutura legal o coloca dentro da órbita funcional do Ministério Público Federal¹³. Assim, por exemplo, ele preside o Colégio de Procuradores da República, integra e preside o Conselho Superior do Ministério Público Federal, integra e preside a banca para o concurso de ingresso na carreira e exerce a coordenação geral das atividades do Ministério Público Federal, dentre outras atribuições previstas no art. 49 da LC 75/93.

Portanto, ao menos a partir deste marco normativo, soa diversionista a objeção neste ponto. A promoção da lista nos termos realizados pela Associação Nacional dos Procuradores da República emula o que seria a lista institucional não prevista pela Constituição nos precisos termos de todos os demais ramos do Ministério Público brasileiro.

Mas se a lista não está prevista constitucionalmente, qual a utilidades desta discussão?

A meu ver, o verdadeiro ponto oculto nos debates diz respeito à real dimensão da figura do Procurador-Geral da República e sua relação com as expectativas que a sociedade pode ter quanto ao desempenho das funções do Ministério Público Federal.

Uma indicação feita diretamente, sem nenhum processo de filtragem institucional - e aqui não me refiro necessariamente à lista, mas a qualquer um -, traz inúmeros inconvenientes que tornam difícil, senão impossível, a governança institucional. Sintetizo-os em dois aspectos, um interno e outro externo.

Em primeiro lugar, o processo de filtragem mediante lista permite um mais cuidadoso escrutínio dos que se apresentam como aptos à indicação e funciona como um antídoto parcial à tentativa de captura institucional pelos grupos de interesse que devem ser objeto da atuação do Ministério Público Federal.

Num ambiente em que a disputa não se dá às claras, é tendência natural dos aspirantes procurarem apoios externos de forma discreta, sem nem mesmo colocarem aos demais integrantes da carreira suas ideias que impactarão efetivamente o trabalho de todos.

Para alguém que exercerá a *coordenação geral*¹⁴ das atividades da instituição, tal procedimento não se mostra adequado e apegueira o alcance interno da atuação do Procurador-Geral, pois sua legitimação para

10 LC 75, arts. 32 a 34.

11 LC 75/93, arts. 88, 94, 121, 127, 156 e 162.

12 LC 75, art. 25.

13 LC 75, art. 45.

14 LC 75/93, art. 49, XXII.

a tarefa envolve a criação de efetivos laços institucionais, não considerados ou testados antes da assunção do cargo.

Isso diminui consideravelmente sua capacidade de tracionamento na direção da coesão institucional e do enfrentamento sistemático e coerente, tanto quanto possível, de desafios complexos que demandem a articulação em nível nacional. Em grande medida, a unidade institucional depende da *liderança* do Procurador-Geral da República e não de sua mera chefia.

Por outro lado, na face externa, por mais capacitado que seja o escolhido, e, ainda bem, temos vários nomes que se encaixam nessa qualificação, seus atos, opiniões e gestos podem apenas dificilmente ser efetivamente correlacionados ao que pensam e como agem o conjunto de membros da instituição.

Posto de forma um tanto grosseira, uma manifestação brilhante ou uma estupidez dita pelo Procurador-Geral da República não representarão o sentimento médio da instituição, o que reduz seu peso e deve ser interpretado em sua real dimensão pela sociedade.

Em resumo, mais do que uma discussão estéril e meramente corporativa, como pretendem alguns, a forma de escolha do Procurador-Geral é essencial para determinar o modelo de Ministério Público que temos e teremos, especialmente quanto ao seu grau de independência e sua capacidade de dar respostas efetivas às demandas que se põem.

A sociedade precisa ser corretamente informada a respeito para calibrar suas expectativas.



ENSAIOS



Common law: formação e significados

Marcelo Alves Dias de Souza

Procurador Regional da República

Doutor em Direito (*PhD in Law*) pelo King's College London – KCL

Mestre em Direito pela PUC/SP

Bacharel em Direito pela UFRN

Cadeira 19 da Academia Norte-rio-grandense de Letras – ANRL

Cadeira 28 da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte – ALEJURN

Articulista dos jornais Tribuna do Norte (Natal/RN) e Diário de Pernambuco (Recife/PE)

1. Algumas palavras sobre a formação do *common law* inglês.

No período anterior à conquista normanda pelas mãos de Guilherme, o Conquistador (1028-1087), por volta de 1060, o direito inglês era, até para os padrões da época, bastante rudimentar.

Com a conquista normanda, começou a se desenvolver, enfrentando muitos obstáculos, um direito com abrangência em todo o Reino da Inglaterra: o *common law*. Esse direito, consoante SÉROUSSI, “que entrou em conflito com os diferentes costumes locais do país, é aquisição exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, os tribunais de Westminster; eles se opuseram, durante cinco séculos, às inumeráveis jurisdições señoriais, que baseavam seus princípios no Direito Feudal, e às jurisdições eclesiásticas, que fundamentavam seus princípios no Direito Canônico”⁰¹.

No que diz respeito à origem histórica do termo, eis o que afirma Sesma: “este foi na sua origem o direito desenvolvido nos *Kings' Courts*, para distingui-lo do direito dos tribunais eclesiásticos; o conceito de *common law* foi diferenciado do *canon law* da Igreja Cristã (que era o direito comum para os batizados). Para isto, o termo *common law* começou a usar-se no reinado de Eduardo I (1272-1307) ou pouco depois. Significa ‘geral’ como se opondo a ‘especial’; o direito comum de todo território, direito não promulgado, diferentemente das leis e ordens; o direito do temporal como oposto aos tribunais eclesiásticos. Mais adiante o *common law* chegou a ser contrastado com a *equity*. O *common law* foi, em suas origens, o direito elaborado pelos Tribunais do Rei com base no direito consuetudinário e se transformou mais tarde no *common law* de Inglaterra”⁰².

01 SÉROUSSI, Roland. Introducción al Derecho inglés y norteamericano. Tradução de Enrique Alcaraz Varó. Barcelona: Ariel, 1998. Tradução de: *Introduction aux droits anglais et américain*, p. 13: “que entró en conflicto con las distintas costumbres locales del país, es obra exclusiva de los Tribunales Reales de Justicia, los tribunales de Westminster; los cuales se opusieron durante cinco siglos a las innumerables jurisdicciones señoriales, que basaban sus principios en el Derecho feudal, y a las jurisdicciones eclesiásticas, que fundaban los suyos en el Derecho canónico”.

02 SESMA, Victoria Iturralde. El precedente en el common law. Madrid: Civitas, 1995. p. 14: “este fue en sus orígenes el derecho desarrollado en los Kings' Courts, para distinguirlo del derecho de los tribunales eclesiásticos; el concepto de common law fue diferenciado del canon law de la Iglesia Cristiana (que era el derecho común de los bautizados). Para tanto, el common law comenzó a usarse en el reinado de Eduardo I (1272-1307) o poco después. Significa ‘general’ como opuesto a derecho ‘especial’; el derecho común de toda tierra, derecho no promulgado, a diferencia de las leyes y ordenanzas; el derecho de lo temporal como opuesto a los tribunales eclesiásticos. Más adelante el common law llegó a estar contrastado con la equity. El common law fue, en sus orígenes, el derecho elaborado por los Tribunales del Rey en base al derecho consuetudinario y se convirtió más tarde en el common law de Inglaterra”.

De fato, como os conquistadores, por sua tradição, não eram dados a legislar, tanto é que a própria Magna Carta só surge num momento bem posterior, os tribunais exerceram um papel fundamental na criação e desenvolvimento do *common law*. Com o passar do tempo, as decisões dos juízes e tribunais criaram um verdadeiro direito jurisprudencial. Aquilo que foi dito pelos tribunais era tido por direito. Evolui-se do costume, incerto e de difícil aplicabilidade, para o precedente judicial, como revelação do direito e sua fonte por excelência.

Um acontecimento bastante significativo ocorrido no final do século XV foi a criação de um “sistema” jurídico paralelo para corrigir as imperfeições do *common law*, a *equity*, no qual as decisões, por sua natureza, devem ser mais maleáveis e levar em conta as circunstâncias do caso concreto. Esse duplo sistema jurídico perdurou até o final do século XIX, quando, de modo apenas parcial, se fundiram os dois sistemas⁰³.

Já em 1707, ocorre o importante fato da criação do Reino Unido. Curiosamente, a Escócia conserva um direito com características próprias, bem mais próximas da tradição romano-germânica. Mas a Inglaterra e o País de Gales consagram para si o *common law*.

2 – Os vários significados da expressão *common law*

Atualmente, mais corriqueiramente, a expressão *common law* é usada para reunir os sistemas jurídicos de certos países (a Inglaterra e outros que a seguiram, como os Estados Unidos) em uma “família ou tradição jurídica” com características próprias e comuns, em contraposição à “família jurídica” do *civil law*, também com seus caracteres comuns, à qual estão filiados os sistemas jurídicos da maioria dos países da Europa Ocidental e também o Brasil⁰⁴. Entretanto, o termo *common law*, ainda que se levando em consideração apenas o direito anglo-americano, possui mais de um significado, a depender do contexto em que é utilizado.

Segundo SESMA⁰⁵, são pelo menos quatro os sentidos.

Primeiramente, como já foi dito, pode significar uma contraposição à tradição jurídica do *civil law*. Quer dizer, assim, a família jurídica a que pertencem os sistemas ligados à tradição anglo-americana, que, além desses países, inclui outros, como a Nova Zelândia, a Austrália e o Canadá. Nesse sentido, Rheinstein definiu *common law* como “o sistema de conceitos jurídicos anglo-americanos e a técnica tradicional que forma a base do direito dos estados que o adotaram”⁰⁶. Assim também definiu Castán, ao afirmar ser o *common law* “o direito da Inglaterra e de todos aqueles sistemas que tomaram como modelo o direito inglês e se formaram inspirados nele, cuja estrutura jurídica é fundamentalmente jurisprudencial”⁰⁷.

Por um segundo prisma, afirma Sesma, “por *common law*, pode entender-se o elemento casuístico do direito anglo-americano (*case law*) constituído pelos precedentes judiciais, ou seja, a jurisprudência dos tri-

03 Ascensão, ao comentar o *Judicature Act* de 1873, afirma: “É certo que os tribunais superiores aplicam quer o *Direito comum* quer a *equity*”, e que o tribunal da Chancelaria foi suprimido. Mas a antiga distinção sobreviveu, pois a aplicação das soluções da *equity* foi confiada a uma das três seções do *High Court of Justice*, a *Chancery Division*. Esta incongruência está todavia atenuada através da incorporação no Direito Comum de muitas das regras que tinham sido elaboradas através da *equity*”. ASCENSÃO, J. Oliveira. *Fontes do direito no sistema do common law*. RDP, n. 35-36, p. 05-24, jul./dez. 1975.

04 McLEOD, Thomas Ian. *Legal Method*. 2ª ed. London: Macmillan, 1996. p. 32.

05 SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente...op. cit.*, 1995, p. 14.

06 “el sistema de conceptos jurídicos angloamericanos y la técnica jurídica tradicional que forma la base del derecho de los estados que lo han adoptado”. *Apud* SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente...op. cit.*, 1995, p. 15.

07 “el derecho de Inglaterra y todos aquellos sistemas que han tomado como modelo el derecho inglés y se han configurado inspirándose en éste, cuya estructura jurídica es fundamentalmente jurisprudencial”. *Apud* SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente...op. cit.*, 1995, p. 15.

bunais anglo-americanos”⁰⁸. Trata-se, assim, de uma forma de Direito escrito, que não leis, códigos, decretos etc., e que, portanto, não advém da autoridade de um corpo legislativo ou mesmo do Executivo.

Numa terceira acepção, a expressão *common law* quer dizer o direito formado pelas decisões emanadas dos tribunais ou juízos do *common law*, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, em contraposição ao direito criado pelas “*courts of equity*”, sendo a *equity* um tipo de prestação de Justiça “baseada num sistema de regras e princípios que se originaram na Inglaterra como uma alternativa para as duras regras do *common law* e que eram baseadas naquilo que era justo numa particular situação”⁰⁹.

Por último, o termo *common law* pode significar o antigo direito existente na Inglaterra e nos Estados Unidos, em contraposição ao direito atual desses países, recentemente forjado pelas autoridades legislativas ou mesmo por decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

SÉROUSSI, Roland. **Introducción al Derecho inglés y norteamericano**. Tradução de Enrique Alcaraz Varó. Barcelona: Ariel, 1998. Tradução de: *Introduction aux droits anglais et américain*.

SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente en el common law**. Madrid: Civitas, 1995. ASCEN-
SÃO, J. Oliveira. **Fontes do direito no sistema do common law**. *RDP*, n. 35-36, p. 05-24, jul./dez. 1975.

McLEOD, Thomas Ian. **Legal Method**. 2^a ed. London: Macmillan, 1996.

BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 6^a ed. St. Paul: West Publishing, 1990.

08 SESMA, Victoria Iturralde. El precedente...*op. cit.*, 1995, p. 15: “*por common law, puede entenderse el elemento casuístico del derecho angloamericano (case law) constituido por los precedentes judiciales, o sea, la jurisprudencia de los tribunales angloamericanos*”.

09 BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6. ed. St. Paul: West Publishing, 1990. p. 540: “*based on a system of rules and principles which originated in England as an alternative to the harsh rules of common law and which were based on what was fair in a particular situation*”.

O avanço da Justiça Penal Negociada, a proposta despenalizadora brasileira e o papel fundamental dos sujeitos processuais

Priscila Pinheiro de Carvalho

Procuradora da República em São Paulo.

Ex-Procuradora do Município de São Paulo.

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da USP (2001).

Formação na área de Justiça Restaurativa e capacitação como facilitadora em círculos de construção de paz.

Membro da comissão de estruturação do setor de Acordos da PR/SP.

Presidente da Comissão de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Moral, ao Assédio Sexual e à Discriminação da Procuradoria da República no Estado de São Paulo.

Participante convidada da Comissão de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral e do Assédio Sexual da Justiça Federal na Seção Judiciária de São Paulo.

Orientadora pedagógica na área de Justiça Restaurativa junto à Escola Superior do Ministério Público da União (2022/23).

Já há algumas décadas avança sobre os ordenamentos jurídicos ocidentais um movimento geral e consistente de mudança no que respeita ao tratamento conferido aos casos criminais. Os paradigmas tradicionais de gestão do conflito penal têm, numa tendência mundial de renovação da Justiça Criminal, cedido espaço à justiça penal negociada, descrevendo-se o que alguns autores reconhecem como uma Revolução Consensual.⁰¹

Com efeito, os acordos em processo penal, nascidos no ambiente da *common law*, passaram, a partir dos anos 70 do século XX⁰², a ganhar os ordenamentos da Europa Continental⁰³ e América do Sul, acentuando-se tal movimento nos anos 90, a partir da troca de influências entre as realidades diversas, propiciada pela

01 Por todos, ZILLI: “De fato, o olhar sobre o sistema de justiça penal nas últimas décadas revela uma ruptura de paradigmas na gestão do conflito penal. Cuida-se de um verdadeiro movimento que transcende barreiras projetando-se sobre ordenamentos jurídicos filiados a diferentes matizes e tradições jurídicas. Modelos processuais penais que até então fundavam-se na dinâmica do processo disputado (conflituoso), como caminho único e compulsório de enfrentamento do conflito penal, vêm abrindo significativos espaços para a incorporação de formas de solução consensuadas”. ZILLI, Marcos. Tudo o que é sólido desmancha no ar. Do processo penal disputado à revolução consensual. Presente, passado e futuro do processo penal brasileiro. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schiatti [Orgs.]. Código de Processo Penal: estudos Comemorativos aos 80 anos de vigência: *volume 1*. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2021.

02 LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, 45, 2004, p.1-64.

03 A respeito, WIEGAND, Wolfgang. The reception of American Law in Europe. 39, *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 229-248.

globalização, bem como em resposta à insuficiência crescente da justiça disputada – assim nos sistemas da *civil law* como nos da *common law* – para fazer frente a uma demanda criminal quantitativamente maior e mais complexa⁰⁴.

Assim, conforme a realidade de cada sistema, tal abertura à justiça penal negociada foi assumindo formas e perfazendo avanços de sentidos e ritmos diversos, alterando-se a intensidade e a abrangência das formas consensuais e ainda o papel reservado aos sujeitos do processo nas novas dinâmicas de gestão do conflito, de acordo com a tradição jurídica de cada ordenamento.

Coerente com a realidade americana – da *common law*, de traços fortemente adversariais, amplo protagonismo das partes, e inércia do Poder Judiciário, equidistante delas, próprio de um Estado reativo e de um sistema penal de resolução de conflitos (em contraponto com um sistema penal que tem por função ser instrumento de execução de políticas públicas) –, prolifera fartamente nos EUA o acordo penal notadamente no formato do *plea bargain*, consonante com o ideário individualista e liberal norte-americano, e com os desenhos de Estado e estrutura de poder característicos daquela sociedade⁰⁵: um instituto de justiça penal de fato negociada, marcado por uma “contratualidade”, e uma ampla discricionariedade das partes, na busca pela solução do conflito criminal, o que inclui uma total disponibilidade sobre o objeto do processo, da qual faz parte a assunção de culpa e a decorrente aplicação de penas privativas de liberdade negociadas. O foco é a resolução do conflito, o que tem se dado em 97% dos casos criminais por acordo entre as partes⁰⁶.

Diversa é a realidade brasileira, e seu caldo cultural próprio, determinante de diferenças fundamentais no desenvolvimento dos espaços de consenso, que vêm se abrindo na seara criminal, sendo relevante tal percepção para a sua adequada ocupação.

Tratando-se, o Brasil, de um país com traços predominantes de um Estado ativo, de bem estar, caracterizado por uma estrutura hierarquizada de poder, em que o ordenamento jurídico, e nele o sistema processual penal, figura como instrumento, não de resolução de conflitos propriamente, mas de implementação de política criminal, desenharam-se no ordenamento brasileiro institutos de consenso – primeiro previstos pela Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo), e mais recentemente também pela Lei 13.964/19 (acordo de não persecução penal) – em que prepondera o aspecto da consensualidade em detrimento do viés negocial típico do *plea bargain*; presente em certa medida na chamada segunda onda consensual brasileira, representada pela colaboração premiada (haja vista a barganha que de fato existe na colaboração em torno de elementos de prova e sua precificação punitiva), tal aspecto negocial não caracteriza a transação penal, a suspensão condicional do processo, tampouco o acordo de não persecução penal – ANPP.

Nos três institutos – que formam o microsistema do consenso no Brasil⁰⁷ – a margem de

04 Em setembro de 1.987, o Comitê de Ministros do Conselho Europeu editou a Recomendação R (87)18 (disponível em <https://rm.coe.int/16804e19f8>. Acesso em: 10 de abril de 2023), pela qual orientou os Estados a implementarem medidas de simplificação dos respectivos sistemas de Justiça Criminal, destacando-se entre as providências sugeridas alterações legislativas que adotassem mecanismos consensuais de solução de conflitos mediante o cumprimento de condições não privativas de liberdade e reparação do dano.

05 A respeito, os ensinamentos de DAMASKA, a identificar os diferentes sistemas de processo penal, e o papel neles exercido pelos atores processuais, como reflexos dos valores e tradições políticas de cada sociedade. Vide DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*. Yale University Press, 1996.

06 A respeito, vide STITH, Kate. *The Arc of the Pendulum: judges, prosecutors, and the exercise of discretion*. *The Yale Law Journal*, v. 117, p. 1420-1497, 2008.

07 Acerca do microsistema do consenso brasileiro já incluindo o ANPP, vide MENDONÇA, Andrey Borges de. *Acordo de não persecução penal e o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019)*. In: GONÇALVES, Antonio Baptista. *Lei Anticrime — Um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

discricionariedade dada às partes é estreita, ditada no detalhe pela lei, e controlada nesses limites pelo Poder Judiciário. Para além de tal discricionariedade regrada, são visíveis em tais institutos as marcas de uma política criminal despenalizadora e não estigmatizante, que busca a evitação ou abreviação do processo, bem como de uma sentença condenatória, não envolvendo qualquer deles assunção de culpa por parte do investigado, nem negociação de penas privativas de liberdade. Formas de consenso, portanto, bastante diversas daquelas que dominam a solução de casos penais desde há muito nos EUA⁰⁸.

Os institutos da Lei 9.099/95 - mirando à eficiência do aparato persecutório, bem como à evitação do estigma do processo e de uma condenação criminal, e ainda a uma despenalização racional de condutas de menor e médio potencial ofensivo, sem descurem da coerência que haveriam de guardar com a realidade e a história do ordenamento brasileiro -, foram os responsáveis por romper com a mítica da obrigatoriedade da ação penal pública no Brasil e assim promoveram a abertura do monopólio do processo penal disputado no país, o que impactou substancialmente o comportamento a ser desenvolvido pelos sujeitos processuais a partir de então.

Em tal cenário, ao qual se somaram mais recentemente os acordos de não persecução penal, sobrepuja a importância do papel reservado ao Poder Judiciário pela lei (embora diverso do papel tradicional tipicamente exercido no contexto da justiça disputada): atribui-lhe a norma a função de fiscal na aplicação dos institutos de consenso, a quem incumbe o controle da voluntariedade e legalidade dos acordos, e da discricionariedade a ser exercida nos limites da lei e fundamentadamente pelo órgão acusatório, que então, por sua vez, restou transferido para o centro gravitacional da solução do conflito, junto ao investigado.

A compreensão do desenho legal dos institutos que formam o chamado microsistema do consenso, assim como da política criminal subjacente a eles e do papel - diverso do tradicional (da justiça disputada) - reservado a cada um dos atores processuais na dinâmica da justiça penal acordada é fundamental ao bom funcionamento de tais instrumentos de gestão de conflitos criminais, e assim à efetiva consecução dos fins que os inspiraram⁰⁹.

Nesta nova dinâmica, dos institutos consensuais, propõe a lei uma troca de papéis, assumindo o juiz um papel de fiscal, enquanto o protagonismo na solução do conflito passa ao Ministério Público e ao imputado.

Os instrumentos de consenso, portanto, exigem do Poder Judiciário, do órgão acusatório, e também da defesa, que se desloquem dos papéis e modos de atuação conhecidos, próprios dos processos disputados, para o desempenho de uma dinâmica nova, imantada por um paradigma diverso.

São mudanças radicais na estrutura do processo e nas posturas dos seus atores, que demandam que estes assimilem que o paradigma da disputa pela verdade, nestes instrumentos, foi substituído pelo paradigma do consenso despenalizador, e que, com a abertura dos espaços de acordo, deve se dar um deslocamento do centro gravitacional do processo, da figura do juiz para as partes, que irão juntas protagonizar a solução do caso, sendo este um desafio fundamental que enfrenta o tema, diante da forte tradição de controle judicial

08 Neste sentido, encontra-se expressa na exposição de motivos da Lei 9.009/95, que previu os primeiros institutos consensuais brasileiros, a intenção deliberada de descartar, como fonte de inspiração para estes, o modelo norte-americano, não consentâneo com princípios fundamentais da cultura política e da tradição jurídica brasileiras. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicao-demotivos-149770-pl.html> Acesso em: 10 de abril de 2023.

09 A esse respeito, elucidativas as palavras de ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e interseções. Propostas para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. [Orgs.] Justiça Consensual. Acordos criminais, cíveis e administrativos. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 27-60.

das soluções no âmbito do processo penal brasileiro¹⁰.

Nesta realidade jurídica é que surgiram desde logo, com a entrada em vigor da Lei 9.099/95, questões que agora têm se replicado em relação ao acordo de não persecução penal, girando em torno, por exemplo, da possibilidade ou não de controle judicial sobre a recusa do uso da via consensual pelo órgão acusatório, e, em caso positivo, o modo como tal controle deveria se dar.¹¹

Ainda entre as questões que (res)surgiram com os ANPPs, tem se observado uma enorme dificuldade não apenas em considerar a propositura, mas também na assunção do protagonismo no entabulamento dos acordos pelo Ministério Público junto ao imputado, em razão da formação da mentalidade dos órgãos, e também dos gabinetes, voltados à judicialização das demandas, e assim materialmente insuficientes ao desempenho das várias tarefas atinentes à centralização da solução do conflito (*v.g.* localização e intimação do investigado, garantia de que ele terá uma defesa técnica a assessorá-lo na análise da alternativa consensual, realização das reuniões para tratativas e formalização do acordo, levantamentos necessários à adequada construção das cláusulas da avença junto ao imputado etc.)¹².

Soluções têm que ser e têm sido pouco a pouco engendradas¹³, no sentido de se garantir uma melhor estrutura, assim como uma melhor compreensão do acordo de não persecução penal, com vistas à atuação adequada dos membros ministeriais diante da proposta do novel instituto de consenso trazido pela Lei 13.964/19.

Também no que tange ao Poder Judiciário e à defesa a decantação dos novos valores de que se trata encontra grandes desafios, e se faz premente, havendo de ser vencida a relutância de todos os atores processuais – movidos por valores arraigados da cultura jurídica tradicional do processo disputado e pela lógica punitivo-retributiva de justiça penal – em colocar em prática uma política criminal de consenso despenalizadora, prevista em lei e na CF há décadas.

Nesse sentido, importa destacar que, com a entrada em vigor dos acordos de não persecução, quando finalmente alcançadas a propositura da via consensual, e a entabulação do acordo, tem se visto com frequência juízes proferindo decisões arbitrárias, em avanço à margem de discricionariedade reservada às

10 Vide ZILLI, Marcos. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 22, n. 57, p. 221-239, janeiro-março/2021.

11 A respeito, o teor da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal, que teve como *leading case* o HC 75343-4/MG, donde se tira, mais especificamente do voto preponderante do então Ministro Sepúlveda Pertence, que a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal conseguiria uma “compatibilização entre o papel insubstituível do Ministério Público na suspensão condicional do processo, a independência funcional de cada um dos seus membros e a unidade que se quer da instituição, que, aí, sim, pode fazê-la, com muito maior legitimidade, o agente criativo e não arbitrário de uma política penal, que, nos limites da lei, seja variável conforme as circunstâncias de tempo e de espaço a considerar” (disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75917>. Acesso em: 10 de abril de 2023). No mesmo voto, lê-se ainda que “não há política criminal abstrata, cuja implementação dispense o esforço de concretização-atualização necessariamente criador do intérprete-aplicador qualificado da norma.” De fato, o que se tem constatado é que a atuação dos sujeitos do processo é absolutamente fundamental na consecução da política criminal que informa as regras de processo penal, incluindo as de um processo penal consensuado.

12 SALGADO, Daniel de Resende. A horizontalização do Acordo de Não Persecução Penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. [Orgs.] Justiça Consensual. Acordos criminais, cíveis e administrativos. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 449-483.

13 Cito no ponto o exemplo da Procuradoria da República em São Paulo/SP, que recentemente formalizou um núcleo permanente de apoio aos gabinetes para a realização dos acordos no âmbito do Ministério Público Federal em SP. Vide Portaria PRSP 608, de 30 de setembro de 2022, e Manual de Procedimentos - Núcleo de Apoio aos Acordos de Não Persecução da Procuradoria da República em São Paulo. Disponíveis, respectivamente, em <https://mpfdrive.mpf.br/filr/public-link/file-preview/8a0086af86e767b701876ca043b16b50/509932/9081606013203707885> e <https://mpfdrive.mpf.br/filr/public-link/file-preview/8a0086af86e767b701876c9d1b1d6b3c/509931/6574694414090792728>. Acesso em: 10 de abril de 2023.

partes, de modo a interferir sobre condições regularmente acordadas, o que há de ser e felizmente tem sido revisto pelos Tribunais¹⁴.

Tais celeumas, reavivadas e multiplicadas com a entrada em vigor dos ANPPs, revelam com clareza que, se a política criminal que informa o microsistema consensual brasileiro está baseada em um novo paradigma, o ponto central de sua implementação será a assimilação, pelos atores do processo e respectivas instituições, do novo parâmetro proposto (em contraponto com os valores antigos da justiça tradicional), para que possam, a partir disto, e só então, ajustar as condutas de modo a dar concretude ao espírito dos institutos.

O momento, da terceira onda consensual no Brasil consubstanciada pela entrada em vigor do art. 28-A do CPP, é propício à reflexão: como é possível avançar no movimento de decantação dos novos valores e dinâmicas para a solução do conflito criminal, trazidos pela chamada Revolução Consensual?

A experiência já de décadas vividas na vigência dos institutos da Lei 9.099/95 sinaliza caminhos a serem seguidos, e outros a serem evitados, no sentido de se atingir a política consensual despenalizadora que mobilizara o constituinte de 1988.

É preciso que estejamos dispostos a aprender através da reflexão sobre a experiência vivida, no Brasil e também no direito comparado, a fim de ponderar rumos para onde podemos, e para onde devemos ir, considerando tal política criminal já ventilada desde 1988, na Carta Constitucional, a incluir entre os destinos então democraticamente escolhidos para o sistema penal brasileiro uma estação consensual, despenalizadora e eficiente¹⁵.

Com a lei 13.964/19 um novo passo no ordenamento brasileiro foi dado nesta direção: a terceira onda consensual está em curso e a atuação dos sujeitos do processo é fundamental ao atingimento dos fins planejados.

REFERÊNCIAS

DAMASKA, Mirjan. **The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process.** Yale University Press, 1996.

DIAS, Jorge Figueiredo. Acordos sobre a sentença em processo penal - um caso exemplar das relações entre o direito processual penal e o direito constitucional. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, José Carlos [Orgs.]. **Estudo em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.** Coimbra Editora, Vol. II, 2012, p. 259-280.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo: o novo modelo consensual de justiça criminal: Lei 9099, de 26/09/1995.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

14 Nesse sentido, o julgado recentemente proferido à unanimidade pela Quinta Turma do Egr. Tribunal Regional Federal da 3 Região, nos autos de n.5004240-08.2020.4.03.6181: “não cabe ao Poder Judiciário adentrar no âmbito de discricionariedade conferido ao Ministério Público, tanto em razão da função deste como titular da ação penal e formulador de políticas criminais como, também, pela natureza de ‘conceitos jurídicos indeterminados’ de alguns dos requisitos legais, notadamente quanto à ‘suficiência do acordo para reprovação e prevenção’ do crime, nos termos do art. 28-A, caput” (disponível em <https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=384b944f1ba613ffd5340113654429a2f7131f9ab2b33d9f>. Acesso em: 10 de abril de 2023).

15 A respeito as palavras de Figueiredo DIAS, a apontar para a necessidade, por parte dos atores processuais, de uma “mudança radical que nem a Constituição nem a Lei têm força para impor: um espírito e uma atitude novos - posso dizer tranquilamente: morais - dos juízes, dos procuradores, dos defensores, face à renovada intencionalidade e funcionalidade comunitária das suas missões”, in DIAS, Jorge Figueiredo. Acordos sobre a sentença em processo penal - um caso exemplar das relações entre o direito processual penal e o direito constitucional. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E.M.; LOUREIRO, José Carlos [Orgs.]. Estudo em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Coimbra Editora, Vol. II, 2012, p. 259-280.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES; Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, 45, 2004, p.1-64.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Acordo de não persecução penal e o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). In: GONÇALVES, Antonio Baptista. **Lei Anticrime — Um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SALGADO, Daniel de Resende. A horizontalização do Acordo de Não Persecução Penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. [Orgs.] **Justiça Consensual. Acordos criminais, cíveis e administrativos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 449-483.

STITH, Kate. The Arc of the Pendulum: judges, prosecutors, and the exercise of discretion. **The Yale Law Journal**, v. 117, p. 1420-1497, 2008.

WIEGAND, Wolfgang. The reception of American Law in Europe. 39, **American Journal of Comparative Law**, 1991, p. 229-248.

ZILLI, Marcos. A justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Propostas para uma tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. [Orgs.] **Justiça Consensual. Acordos criminais, cíveis e administrativos**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 27-60.

_____. Rumo à estação acusatória do processo penal. Leituras a partir da Lei 13.964/19. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 22, n. 57, p. 221-239, janeiro-março/2021.

_____. Tudo o que é sólido desmancha no ar. Do processo penal disputado à revolução consensual. Presente, passado e futuro do processo penal brasileiro. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schiatti [Orgs.]. **Código de Processo Penal: estudos Comemorativos aos 80 anos de vigência: volume 1**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2021.

Da tipificação criminal da violência política de gênero e atuação dos órgãos de persecução criminal

Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento

Procuradora Regional da República na Procuradoria Regional da República da 1ª Região.
Coordenadora do Grupo de Trabalho para Enfrentamento da Violência Política de Gênero da Procuradoria Geral Eleitoral do MPF. Coordenadora do Núcleo de Ações Criminais Originárias da PRR 1ª Região.

Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista UNESP.
Mestre em Direito Penal pela Universidade Católica de Brasília.

1. Introdução

No ano de 2021 duas novas legislações passaram a tutelar, na esfera criminal, situações de discriminação, assédio, constrangimento, humilhação, perseguição, ameaça e violência contra mulheres candidatas e detentoras de mandato eletivo, visando garantir não apenas a incolumidade física, moral, sexual, emocional das vítimas, mas sobretudo, o próprio sistema democrático mediante a participação livre e em igualdade de condições do gênero feminino no pleito eleitoral e no desempenho dos respectivos mandatos.

Tratam-se da Lei 14.192, promulgada em 04 de agosto de 2021 e da Lei 14.197, promulgada em 01 de setembro de 2021.

Ambas as normas possuem dispositivos penais que, pelo princípio da especialidade, aplicam-se, a depender das circunstâncias fáticas, às situações de violência vivenciadas pelas candidatas e detentoras de mandato eletivo.

No entanto, não obstante a vigência dessa legislação e o esforço de determinados atores do sistema de justiça e da sociedade civil para alcançar a efetividade dessas normas penais e, com isso, diminuir os graves e recorrentes casos de violência sofridos pelo gênero feminino na esfera política e eleitoral no Brasil, o fato é que o desconhecimento das normas e também a inércia dos órgãos responsáveis pela persecução criminal nessa matéria específica é causa de revitimização e maior violência contra essas mulheres.

Objetiva-se, neste breve ensaio, apresentar, a partir de dados produzidos no âmbito do Grupo de Trabalho de Enfrentamento da Violência Política de Gênero da Procuradoria-Geral Eleitoral⁰¹, algumas causas da ineficiência do sistema de justiça e de providências para superá-las na busca de maior efetividade dessas normas para se alcançar uma contenção da escalada de violência contra esse público feminino, muitas vezes pelos mecanismos hoje conhecidos como “discurso de ódio”.

01 Sobre o GT de Enfrentamento da Violência Política de Gênero vide: <https://www.mpf.mp.br/pge/institucional/gt-violencia-de-genero>

2. Violência política de gênero: tutela penal específica. Competência federal.

Conforme pontuado no início deste texto, a violência política contra a mulher, ou seja, a violência política de gênero, possui um tratamento criminal específico no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei 14.192/2021, dentre outras disposições de uma política pública de maior participação feminina nas esferas pública e política, também estabelece normas para prevenção, combate e repressão à violência política contra a mulher, promovendo uma alteração sistemática no ordenamento jurídico eleitoral brasileiro e estabelece, no artigo 326 B do Código Eleitoral, o crime de violência política de gênero nos seguintes termos:

Art. 326 B - Assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, **por qualquer meio**, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de **menosprezo ou discriminação** à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, **com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo**.

Pena: reclusão de 1 a 4 anos, e multa.

Também introduziu, no artigo 327 do Código Eleitoral, uma causa de aumento de pena bastante representativa dos métodos utilizados por agressores, que é o discurso de ódio através de mídias e outros meios de comunicação em massa:

Art. 327. As penas cominadas nos arts. 324, 325 e 326 aumentam-se de 1/3 (um terço) até metade, se qualquer dos crimes é cometido:

(...)

V - por meio da *internet* ou de rede social ou com transmissão em tempo real.”

Já a Lei 14.197/2021, norma que revogou e substituiu a antiga Lei de Segurança Nacional, ao tutelar a democracia e o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral, criminaliza a conduta de violência política nos seguintes termos:

Art. 359-P. Restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

As duas normas são autônomas, tutelam bens jurídicos específicos⁰², no primeiro caso, a democracia representativa eleitoral, no segundo caso, a ampla liberdade do exercício dos direitos políticos, não havendo que se falar em revogação do tipo penal do artigo 326-B do Código Eleitoral, como pretenderam alguns

02 Sobre o tema, destaco artigo intitulado “Conflito de normas de crimes de violência política de gênero e <https://www.conjur.com.br/2022-jun-23/lunardellie-casarotto-crime-violencia-politica-genero> de violência política”, de autoria de Ana Laura Bandeira Lins Lunardelli e Moisés Casarotto. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-23/lunardellie-casarotto-crime-violencia-politica-genero>. Acesso em 11.04.2023.

doutrinadores no início, posto que a resolução de eventual conflito ocorre pelo princípio da especialidade, tão bem conhecido e aplicado no direito penal brasileiro.

Ou seja, quando a vítima, candidata ou detentora de mandato sofrer algum tipo de restrição, impedimento ou dificuldade no exercício do mandato eleitoral ou durante o período de candidatura eletiva, por meio de violência física, sexual ou psicológica, o tipo penal incidente, pela especialidade em decorrência da violência, será o do crime do artigo 359-P do Código Penal, que estabelece, inclusive, penas mais severas, sem prejuízo da aplicação de outras penas decorrentes dos crimes conexos.

A competência dos órgãos judiciais para a persecução criminal e a consequente atribuição dos membros do Ministério Público e da Polícia Judiciária para a investigação e persecução também se diferencia nesses crimes, sendo que o tipo penal do artigo 326-B, que criminaliza a violência política de gênero, situa-se no Código Eleitoral Brasileiro, sendo, assim, um crime de competência da Justiça Eleitoral. Já o tipo penal do crime do artigo 359-P, foi inserido no Código Penal brasileiro e, assim, em se tratando de um crime de natureza política, a competência para o seu processamento é da Justiça Federal.

Ambos os crimes possuem a polícia federal como a polícia judiciária com atribuição para a investigação, pois a Justiça Eleitoral é um ramo especializado da Justiça Federal brasileira. No entanto, o membro do *parquet* com atribuição para a investigação e persecução criminal, no caso do crime do artigo 326-B do CE, é o Ministério Público Eleitoral, que se divide nas suas atribuições entre os Promotores de Justiça Eleitoral e os Procuradores Regionais Eleitorais. Já na hipótese do crime tipificado no artigo 359-P do Código Penal, a atribuição para a persecução criminal é do órgão do Ministério Público Federal com atribuição criminal.

Vê-se, assim, que a violência política de gênero constitui crime de competência federal, seja por atingir interesse primário da União Federal na tutela dos direitos político e eleitorais representativos, no âmbito da justiça federal especializada, ou seja, a Justiça Eleitoral, seja por atingir interesse da União Federal na defesa do Estado democrático, pela tutela do amplo exercício do direito político por qualquer cidadão, neste caso, na esfera de competência da justiça federal não especializada.

3. Desconhecimento e não aplicação da lei: revitimização e ineficiência do sistema de justiça criminal.

Não obstante o esforço contínuo de vários setores do sistema de justiça brasileiro, do próprio Parlamento federal e da sociedade civil para que as normas penais acima tenham efetividade, a realidade da vida demonstra que, salvo situações específicas, a violência política contra a mulher ainda é tratada, na esfera criminal, como crimes de pequeno potencial ofensivo, que demandam representação e uma atuação ativa da própria vítima, para obter a aplicação da lei e a mínima reparação dos danos sofridos, sejam esses morais ou materiais.

O Grupo de Trabalho de Violência Política de Gênero da Procuradoria-Geral Eleitoral acompanha algumas representações e comunicações dos crimes ora referidos no âmbito do Ministério Público Federal, na esfera específica de atuação das Procuradorias Regionais Eleitorais e das Promotorias de Justiça Eleitoral nos Estados.

Um quadro resumo desse acompanhamento, com a última atualização em março de 2023, demonstra a seguinte situação:

CLASSIFICAÇÃO	TOTAL DE CASOS
Ofício enviado à PRE solicitando informações (março/2023)	64
Em andamento	5
Denúncias apresentadas	7
Sentença/Acórdão	1
Ação AIJE/AIME	2
Inquérito policial	15
Arquivado	14
Casos que estão na PGE	5
	113

Os dados acima representam uma pequena amostragem das diversas situações de violência política, vivenciadas por parlamentares do gênero feminino no Brasil, nas diversas esferas de atuação político representativa e também de candidatas a cargos eletivos, estas no período específico entre o registro da candidatura e o final do período eleitoral.

No entanto, mesmo nessa pequena base amostral, e é assim que o Direito Penal funciona, por amostragem, constata-se dificuldade do sistema de justiça criminal em dar resultados efetivos nessa área de enfrentamento da violência, não obstante a clareza e objetividade da legislação ora vigente.

De início, verifica-se que as próprias vítimas e o seu entorno, inclusive advogados, têm dificuldade em identificar que as situações vivenciadas caracterizam o crime de violência política e, assim, de início, procuram a polícia civil estadual e são instadas a apresentar representações por crimes contra a honra ou crimes de ameaça, crimes de menor potencial ofensivo, de ação penal privada ou mesmo pública condicionada à representação.

Nesses casos, é de responsabilidade da própria vítima assumir o protagonismo da persecução criminal, contando com altos custos financeiros e emocional, diante das audiências e de um trâmite procedimental diferenciado que exige a presença e acompanhamento constante.

Não obstante, o fato é que, em regra, essas representações e apurações por crimes contra a honra ou crimes de ameaça que se instauraram desde a vigência da Lei 14.192/21 caracterizam o tipo penal do artigo 326-B do Código Eleitoral ou mesmo, se houver violência, o crime do artigo 359-P do Código Penal, que são crimes de ação penal pública incondicionada. Ou seja, não dependem de representação da vítima, da

contratação de advogados, etc, mas apenas da comunicação de crime aos órgãos encarregados da persecução criminal.

Inclusive, seja por disposição legal, seja pela própria recomendação do Protocolo para Atuação Conjunta no Enfrentamento da Violência Política de Gênero firmado, em 01 de agosto de 2022, pelo Tribunal Superior Eleitoral e pela Procuradoria-Geral Eleitoral⁰³, a investigação deverá ser iniciada de ofício pelo órgão de persecução criminal, quando tiver conhecimento da ocorrência dessa hipótese criminal.

O acompanhamento dos casos originários de representações ou comunicações de crimes após a edição de ambas as leis evidenciou a ausência de um protagonismo autônomo dos órgãos de persecução, seja Polícia Federal seja Ministério Público eleitoral, diante da ausência de informação de instauração de ofício de investigações dos casos que têm mais repercussão na mídia e assim, são de conhecimento público. Ademais, as representações e comunicações de crime têm demandado um tempo relativamente demorado para sua conclusão, inclusive em casos menos complexos. E, ainda, o aparato policial civil dos Estados instaura investigações mediante representações por crime contra a honra ou ameaças mesmo em situações em que, de forma clara e evidente, a hipótese criminal é de crime de violência política de gênero, o que impõe à vítima maior exposição e fragilidade diante do fato ilícito e de seus agressores, quando, na realidade, deveria ser protegida pelo Estado, limitando-se a comunicar o crime e essa é a finalidade dessa nova legislação, combater a violência política de gênero pela tutela e proteção das vítimas.

4. Considerações finais

Os dados obtidos por diversas fontes de informação e pesquisas e o noticiário diário em nosso país⁰⁴ explicita uma situação crescente de violência contra o gênero feminino em todas as esferas da vida, inclusive na esfera política.

A Lei 14.192/2021 integra um microsistema eleitoral de ações afirmativas, destinado a mudar a realidade brasileira pela implementação da igualdade de gênero na esfera política, direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, mediante o aumento da representatividade feminina no Parlamento.

No entanto, é necessário que o sistema de justiça criminal esteja preparado para lidar com essa nova legislação, primeiramente, aplicando, de forma adequada, as tipificações criminais, com a garantia de um processo penal justo, mas rápido e eficaz.

Verifica-se a premente necessidade de capacitação dos diversos atores do sistema de justiça, advogados, aparato policial, Ministério Público e Poder Judiciário para que as situações que caracterizam a hipótese criminal de violência política de gênero sejam, de início, classificadas de forma adequada, diante da repercussão nas regras constitucionais do devido processo penal notadamente sobre competência e foro e que a persecução criminal ocorra sob a perspectiva de gênero, seguindo orientações das Cortes Internacionais de

03 Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Agosto/tse-e-procuradoria-geral-eleitoral-assinam-acordo-para-atuacao-conjunta-no-combate-a-violencia-politica-de-genero>. Acesso em 11.04.2023.

04 Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2023/03/09/estudo-mostra-como-as-parlamentares-sao-ofendidas-nas-redes-sociais.ghtml>, Acesso em 11.04.2023. <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/pais/politica-e-genero-como-alcancar-a-representatividade-democratica/> Acesso em 11.04.2023. <https://www.brasildefato.com.br/2020/09/30/violencia-contra-agentes-politicos-cresce-no-pais-mulheres-sao-principais-vitimas>. Acesso em 11.04.2023. <https://oglobo.globo.com/politica/violencia-de-genero-atinge-81-das-parlamentares-no-congresso-25125079>. Acesso em 11.04.2023

Direitos Humanos e, inclusive, recente Resolução do Conselho de Justiça Nacional⁰⁵.

O direito penal é a última ratio da busca civilizatória da igualdade e da igualdade de gênero em uma sociedade marcada pela discriminação, pela violência e por um machismo e patriarcado estrutural.

A inefetividade da norma penal para conter a escalada de agressões sofridas no âmbito da tutela criminal dos artigos 326-B do Código Eleitoral e 359-P do Código Penal representará um reforço às condutas violadoras de direito e essa mudança de paradigma ora se encontra sob a responsabilidade do sistema de justiça criminal, mais especificamente dos órgãos encarregados da persecução criminal, os quais precisam, urgentemente, aprimorar seus mecanismos de atuação nessa área.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva: 2009.

CAPEZ, Fernando. Sistema acusatório e garantias do processo penal. **Revista Conjur**. 7 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistemaacusatorio-garantias-processo-penal#:~:text=O%20sistema%20acusat%C3%B3rio%20caracteriza%2Dse,livre%20convic%C3%A7%C3%A3o%2C%20desde%20que%20fundamentada>> Acesso em março de 2023.

COMPARATO, Fábio Konder: *Para Viver a Democracia*, São Paulo: Brasiliense, 1989, p.51.

CORRÊA, Thiago Pinheiro. **Para Além da Acusatoriedade: Passado e presente da investigação criminal no Brasil**. Salvador: Editora JusPoivm, 2020.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5 ed. Rev., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARCHIONATTI, Daniel. **Processo Penal Contra Autoridades**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARQUES, José Frederico. **Da Competência em Matéria Penal**. São Paulo: Edição Saraiva, 1953.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. 1. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1960.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

05 Resolução n. 492, de 17.03.2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original-1144414202303206418713e177b3.pdf>. Acesso em 11.04.2023.

O BOLETIM INDICA



Neste número, o Boletim indicia a recente coletânea organizada pela ANPR Mulheres em conjunto com demais associações (ANADEF, AJUFE Mulheres, ANPT e ANAFE) intitulada “Reflexos: as mulheres e suas imagens no sistema de justiça”. A obra reúne artigos científicos com o objetivo de fomentar a discussão sobre a paridade de gênero nas carreiras jurídicas bem como trabalha diversos outros debates ligados ao tema que se apresentam e se fazem necessários no dia a dia dos operadores do direito.

O livro é dividido em 6 partes que contemplam, inicialmente, apanhados gerais sobre igualdade e gênero. Adiante, passa pelos impactos da representatividade, as formas de violência de gênero, a inclusão de minorias e grupos vulneráveis em sistemas de justiça e o uso da ferramenta da interseccionalidade para ampliação da temática. Finaliza com reflexões sobre o gênero e seu impacto nas carreiras jurídicas como um todo.

Diversas autoras colaboram na obra. A coletânea contempla a salutar preocupação atual sobre o pensar com gênero no direito. Sua leitura é indispensável.

O livro pode ser acessado de maneira gratuita por meio do link: bit.ly/reflexos-mulheres-justica





anpr

50
anos