



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

INQUÉRITO POLICIAL (279) Nº 5003448-88.2019.4.03.6181 / 8ª Vara Criminal Federal de São Paulo

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP

INVESTIGADO: ROGÉRIO SABBAG POLCHOWICZ

DECISÃO

Trata-se de “acordo de não-persecução penal” firmado com ROGÉRIO SABBAG POLCHOWICZ e submetido pelo Ministério Público Federal à homologação judicial (ID 23902001).

I – Da Nulidade do acordo e de seu fundamento “normativo”

Transparece à obviedade a natureza inconstitucional e ilegal do “acordo” submetido a este juízo, haja vista que a pseudonorma sob a forma de “resolução” que o “sustenta” consiste em violação acintosa à Constituição da República e atenta contra os pilares do Estado Democrático de Direito. Senão, vejamos.

Com efeito, a competência legislativa da União em legislar sobre Direito Penal e Processual Penal (art. 22, I, CF) é realizada por meio do Congresso Nacional, a quem incumbe o exercício do Poder Legislativo (art. 44, CF), cujo exercício regular de edição de leis em sentido estrito (art. 59, II, III e IV) obedece a um rígido processo legislativo (art. 61 a 69, CF), que alcança ainda a prática de atos do chefe do Poder Executivo, o qual pode sancionar ou vetar a lei, no todo ou em parte, cabendo ainda a derrubada do veto pelo Poder Legislativo (art. 66 e §§, CF).

Nessa vereda, a inovação primária do ordenamento jurídico em Direito Penal e em Direito Processual Penal, com fundamento de validade extraído diretamente da Constituição Federal, **pressupõe a edição de lei em sentido estrito**, na forma estabelecida na própria Carta Magna.

Cumprе destacar, por oportuno, que a matéria penal e a matéria processual penal possuem tal relevância que a própria Constituição veda a sua



disciplina por meio de Medida Provisória (art. 62, § 1º, “b”, CF), vale dizer, nem mesmo o chefe do Poder Executivo, com o controle *a posteriori* do Poder Legislativo, pode editar norma sobre direito penal e processual penal.

De fato, a nítida repartição das funções do Estado entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, aliado ao exercício de atividades atípicas por parte de cada um desses poderes *exclusivamente* nos casos em que a própria Constituição os autoriza consiste no alicerce imprescindível à separação de Poderes harmônica e independente (art. 2º, CF) que, por sua vez, corresponde a um dos pilares para a efetividade de um *verdadeiro* Estado Democrático de Direito.

Sucede que, em manifesto desprezo à Constituição da República Federativa do Brasil e ao Estado Democrático de Direito, o CNMP[1], o qual nem sequer Poder de Estado é, cujo estrito feixe de atribuições está claramente delimitado no art. 130-A da Constituição Federal, sob o pretexto de regulamentar o tal “PIC”[2], insere na malsinada Resolução nº 181/2017, em seu art. 18, normas com nítido conteúdo penal e processual penal.

Com efeito, o tal “acordo de não persecução” nada mais é do que um nome dissimulado de um instituto que já existe no ordenamento jurídico, devidamente disciplinado em lei, denominado *transação penal* (art. 76, Lei 9.099/95).

Em suma, a aplicação da supracitada resolução implica, explicitamente, derrogação de lei mediante regramento próprio de instituto já existente (transação penal), de modo a reconfigurar totalmente a estrutura jurídica do instituto e, especialmente, os *limites* de atuação do órgão ministerial.

Além disso, é cediço que a própria disciplina de tramitação do mencionado procedimento investigativo não possui fundamento legal algum, vale dizer, na ausência de lei em sentido estrito que disponha sobre o tema (*in casu*, Direito Processual Penal), é de rigor a aplicação das normas Código de Processo Penal que disciplinam o Inquérito Policial (art. 4º a 23 do CPP), o qual consiste em instituto que lhe é assemelhado, porquanto ambos possuem a mesma natureza, a saber, procedimento investigativo criminal pré-processual.

Como se nota, trata-se de uma afronta ao **Estado de Direito** em si – ainda que não fosse democrático art. 1º, CF), o qual se funda no império da lei.

De fato, se cada instituição, órgão ou indivíduo passa a criar as próprias normas, conferindo a si próprios poderes por autoproclamação e autolegitimação, à margem da ordem jurídica posta e pactuada como sociedade politicamente organizada, com primazia da Constituição, temos a **antítese** do Estado de Direito.

No entanto, a bizarrice não termina aí. Em verdadeiro devaneio, o art. 18, *caput* e seus §§ da aludida resolução ousam, pasme-se, regulamentar, a atuação do PODER JUDICIÁRIO na homologação do tal acordo. Nessa toada, limita a atuação jurisdicional a apenas a aferir se as condições são “adequadas” e “suficientes”; em



caso de “discordância” do juízo, prevê risível envio a órgãos internos do próprio Ministério Público, como câmaras de coordenação e revisão ou à Procuradoria-Geral respectiva.

Como se nota, para além de invadir competência do PODER LEGISLATIVO, a resolução em comento pretende também ditar normas ao PODER JUDICIÁRIO, por meio de norma infralegal emanada de órgão que não possui ingerência alguma para além do âmbito da disciplina institucional dos Ministérios Públicos, consoante deflui de forma cristalina da mera leitura do art. 130-A da Constituição Federal.

Não bastasse, o art. 18 da resolução em testilha outorga ao membro do órgão ministerial poderes para oferecer e elaborar o conteúdo do acordo ao seu talante, à míngua de qualquer critério, bem ainda contempla o escancarado constrangimento à confissão. Em remate, franqueia-lhe a criação e imposição de penas desprovidas de qualquer balizamento, de sorte a estimular o subjetivismo e exercício de parcela do poder estatal sem legitimidade, sem freios, sem controle efetivo e sem limite.

Trata-se, pois, da consagração do arbítrio, em manifesta violação ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF).

De fato, o vício tal acordo atinge o grau máximo de invalidade, de modo que é possível alçá-lo à categoria de ato *inexistente*, consoante a doutrina sói classificar, haja vista que o órgão ministerial sequer possui poderes para sua realização, porquanto o faz alicerçado em norma igualmente inválida, pois quem a editou também não possui poderes para fazê-lo, isto é, não tem poder algum para legislar sobre Direito Penal e Direito Processual Penal.

Sucede que essa imensurável violação à ordem constitucional e acintosa afronta aos Poderes da República Federativa do Brasil acarretam consequências jurídicas que não se restringem ao pronunciamento do vício insanável do ato explicitado acima, porquanto maculam de forma indelével a própria persecução penal. Senão, vejamos.

II – Da Nulidade da persecução penal.

No âmbito do Direito Processual Penal Constitucional, assim entendido como o complexo de normas de natureza processual penal interpretado e aplicado em consonância com os pilares constitucionais que lhes conferem fundamento e validade, o sistema de nulidades tem por escopo assegurar que o exercício do *ius puniedi* do Estado desenvolva-se com inexorável respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal (art. 5º) e às normas processuais penais



estabelecidas em lei.

Referidos direitos e garantias constitucionais exsurgem como verdadeira limitação ao poder estatal e correspondem a um núcleo rígido de proteção do *indivíduo* contra o arbítrio no exercício desse poder.

Assim, para que o Estado exerça o seu poder punitivo *validamente* e aplique sanções penais, é de rigor a observância intransigente do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) em toda a sua extensão, quer no que concerne ao seu extrato constitucional, quer no que toca à lei processual penal em sentido estrito.

Nesse contexto, é de inferir-se que o sistema de nulidades do Direito Processual Penal tem por finalidade assegurar que o Estado (*lato sensu*) respeite os limites normativos impostos à sua atuação. Dessa forma – e somente dessa forma, o exercício do *ius puniendi* estatal será válido e legítimo; caso contrário, seus atos serão inválidos e não hão de produzir efeito algum, já que praticados em desconformidade ao ordenamento jurídico.

Posto isso, constato que os atos que fazem parte do conteúdo da celebração do acordo ilegal, bem como os atos que lhe precedem constituem um conjunto de violações profundas de normas constitucionais de modo a acarretar a nulidade insanável da própria persecução penal veiculada no instrumento denominado “procedimento investigatório criminal”.

De início, observo flagrante violação ao art. 5º, LXIII, da Constituição Federal que consagra o direito ao silêncio, haja vista que um dos “pressupostos do acordo” é a *confissão formal e circunstanciada* da prática do crime por parte do investigado.

Em verdade, o direito ao silêncio insere-se em uma garantia mais abrangente, consagrada no princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual implica vedação de sujeição a qualquer revés jurídico em virtude de negativa auxiliar o órgão acusatório na produção de prova. Desse modo, essa “exigência” que órgão ministerial faz em troca do “benefício” do acordo é manifestamente inconstitucional.

Nessa vereda, a supracitada garantia constitucional é malferida haja vista que confissão ocorre em âmbito de um “acordo” ilegal, vale dizer, esta “tratativa” entre o órgão ministerial e o investigado é manifestamente nula, porquanto consubstancia-se em exercício de poderes que o órgão ministerial não possui, sustentado em norma igualmente nula, na qual pratica afronta a garantia constitucional.

Impende ressaltar a questão nuclear ora posta: não se sustenta aqui a mera nulidade da confissão (ato praticado pelo investigado) e do acordo em si, cuja obviedade é ululante, mas sim **a nulidade dos atos praticados pelo órgão ministerial** que culminam na extração da confissão e é a nulidade desses atos que ensejam a nulidade da persecução penal em si.



Em outras palavras, a própria conversa, com tal conteúdo e finalidade, nessa situação de exercício de uma atribuição sem amparo legal é mais que suficiente para inquinar de nulidade a persecução penal *in totum*, a partir da prática destes atos, haja vista a **evidente e irrefragável inexistência de lei que autorize o órgão ministerial** – nem mesmo a pedido do investigado, com informação acerca do seu direito ao silêncio e na presença de advogado - **a negociar com estes a aplicação de pena em troca de confissão, indicação de bens e abdicação de eventual propositura de ação penal. E mais: tudo isso homiziado do Poder Judiciário.**

Em suma, a barganha é, em si ilegal, e a **sujeição do investigado** à barganha mediante exercício de atribuições/poderes inexistentes é manifestamente ilegal; a primeira ilegalidade torna nulo o acordo; a segunda, a própria persecução penal concernente àquele fato que é objeto da barganha.

Ademais, este aspecto em específico contamina de forma integral e indelével a persecução penal, porquanto a existência de tal confissão circunstanciada (ainda que evidentemente desconsiderada) tem o condão de aniquilar, ou no mínimo, debilitar a defesa do investigado em ulterior ação penal, razão pela qual está demonstrada a violação do princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, CP), pois, no mínimo, ela não será *ampla*.

Na realidade, a *efetiva* de defesa de mérito no que concerne à materialidade, autoria e dolo restaria comprometida em sua consistência - ainda que em tese ela possa (e deva) existir, porquanto ainda que seja determinada pelo magistrado a exclusão da confissão circunstanciada, bem como o seu próprio afastamento do caso por entender conspurcada a sua imparcialidade, remanesceria outra violação à norma constitucional, insculpida no art. 5º, II, da Constituição Federal, que consagra o *princípio da isonomia*, que se revela no âmbito processual penal mediante a paridade entre as partes, quer no aspecto do tratamento, quer no tocante aos *instrumentos jurídicos* [3] disponíveis.

Dessa forma, resta evidente que a situação decorrente da realização de tal acordo nas bases inconstitucionais e ilegais acima explicitadas acarreta a derrocada da paridade de instrumentos jurídicos disponíveis às partes, haja vista que o órgão acusador passa a deter, de fato, um conjunto de informações que podem servir de base para a reconstrução da prova e seu lançamento, por via oblíqua, no processo, como se desvinculada daquela base informativa inicial, de modo a desprover a defesa técnica e a autodefesa de aptidão de reação, o que arrefece, consequentemente, o princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF).

Nessa ordem de ideias, exsurge outra violação constitucional, consubstanciada na obtenção de prova por meio ilícito, visto que toda a informação colhida na confissão circunstanciada é obtida por meio ilícito por idêntico fundamento, a saber, prática de atos concernentes à persecução penal por parte do órgão ministerial **desprovido de poderes** para fazê-lo, de sorte a malferir o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.



Destarte, todo e qualquer elemento probatório advindo daquelas informações seria imprestável, visto que ilícito por derivação (art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal).

Além disso, em se tratando de ato praticado em fase incipiente de investigação, resta evidente que não haveria elementos neste momento para oferecimento de denúncia **sem** a confissão circunstanciada do investigado.

Destarte, o acervo probatório da investigação jamais teria o condão de atingir, **validamente**, o “estado” de *justa causa* – prova cabal de materialidade e indícios de autoria – uma vez que todo elemento probatório colhido *a posteriori* seria inexoravelmente decorrente da prova ilícita obtida, consubstanciada na extração de confissão circunstanciada mediante exercício ilegal de atribuições.

Nesse passo, a persecução penal é fulminada pela nulidade em virtude de contaminação por mácula indelével *ab initio*, razão pela qual nada de lícito ou válido poderá nascer a partir daí, vale dizer, o veneno está na *raiz* da árvore que, conseqüentemente, torna-se inidônea para algo hígido.

Não bastasse, transparece à obviedade o desrespeito ao princípio do devido processo legal, insculpido do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, o qual assinala: *Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

Ora, o que se negocia em tal acordo é exatamente a *restrição da liberdade*, pois o indivíduo há de “aceitar” submeter-se a uma pena restritiva de direitos, assim como a negociação atinge seus bens, tendo em vista previsão na malfadada resolução de “renúncia a bens” que o órgão ministerial *indicar* (ao seu talante) como produto ou proveito do crime.

Ainda no âmbito do desrespeito ao devido processo legal, ao perscrutar o teor da tal resolução, exsurge nítida intenção de concentrar no órgão ministerial os poderes de persecução (investigar e acusar) e poderes de “julgar” e aplicar penas, invadindo escancaradamente atividade reservada exclusivamente à jurisdição. E mais: sem a necessidade processo; de contraditório; de fundamentação e de observância a critérios legais previamente estabelecidos para aplicação da sanção penal *et cetera*, em afronta ao art. 109, *caput*, e ao art. 5º, XLVII, CF

Em face do expendido acima, retomamos a questão acerca da finalidade do sistema constitucional de garantias fundamentais e do escopo do sistema de nulidades no processo penal. O primeiro, consubstancia-se em núcleo de proteção do indivíduo contra o exercício arbitrário de poder pelo Estado; o segundo, colima **assegurar o cumprimento das normas** insertas na Constituição Federal e nas leis processuais penais que foram **impostas ao Estado** como **limite** ao exercício do poder.

Dessa forma, o sistema de nulidades no processo penal confere



efetividade a essas garantias mediante cassação da validade de todo e qualquer ato que lhes desrespeite, de sorte a fulminar os efeitos jurídicos dos atos defeituosos.

Nesse contexto, exsurge a nulidade com duplo aspecto: por um lado, corresponde a vício ou defeito que torna o ato inválido; por outro, exsurge como *sanção*, assim entendida como *modo de garantia do cumprimento da norma*.

Portanto, o sistema de nulidades no processo penal visa a **compelir** a observância das normas constitucionais e processuais penal, já que a inobservância implicará a consequência jurídica de *invalidade* do ato praticado pelo violador.

Posto isso, constato que a mera declaração de invalidade do acordo e da confissão ilegais em nada aproveita ao indivíduo, subjugado ilegalmente à elaboração de um acordo em que “confessa circunstanciadamente” o fato - que teve seus direitos constitucionais malferidos e em cujo favor o sistema de direitos e garantias constitucionais existe - ao passo que em nada afeta o violador da norma, a saber, o Estado, apresentado pelo órgão ministerial, que sairia indene de consequência jurídica por sua violação, vale dizer, estar-se-ia diante de uma nulidade estéril.

Ora, referida situação contraria o fundamento e a finalidade do conjunto normativo que estabelece o sistema de nulidades como meio assegurar que o Estado atue nos limites que lhe foram dados pelo ordenamento jurídico, haja vista que o pronunciamento de nulidade adstrito ao acordo e confissão ilegais **não** garante a observância de tais limites; ao contrário, estimula a reiteração da violação, notadamente em virtude da tosca “regra” prevista na resolução no sentido de que, em caso de “discordância” (?) do juiz, a questão se resolveria no âmbito do próprio órgão ministerial.

Com efeito, em casos tais, em que a atuação do órgão ministerial lastreia-se em norma inválida, atentatória à Constituição Federal e ao Direito Processual Penal como um todo, a declaração de nulidade insanável da própria persecução penal veiculada em procedimento de investigação criminal exsurge como **única forma de garantir o cumprimento da Constituição e da lei processual penal** por parte do Ministério Público.

Ante o exposto:

(i) **DECLARO A NULIDADE** do “acordo de não persecução penal” em todos os seus termos, especialmente da confissão nele contida, por manifesta ausência de amparo constitucional e legal e;

(ii) **DECLARO A NULIDADE da persecução penal** veiculada no presente procedimento investigativo por violação ao art. 5º, incisos II, LXIII, LIV, LV, LVI; art. 22, I; art. 44; art. 59, II, III e IV e art. 109, todos da Constituição Federal, razão pela qual, de ofício, **CONCEDO ORDEM DE HABEAS CORPUS**, nos termos do art. 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal e no art. 654, §2º, do Código de Processo Penal, para o fim de determinar o trancamento do Procedimento Investigatório Criminal em



epígrafe, observadas as formalidades pertinentes.

P.R.I.C.

São Paulo, 19 de dezembro de 2019.

MÁRCIO ASSAD GUARDIA
JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO NA TITULARIDADE

[1] Conselho Nacional do Ministério Público

[2] Procedimento de Investigação Criminal

[3] Reputo inadequada a expressão doutrinária “paridade de *armas*”, já que no processo a contenda se dá através de instrumentos jurídicos, não com “armas”, mesmo que obviamente no sentido figurado.

