

COLÉGIO NACIONAL DE DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS
NOTA TÉCNICA
AO PROJETO DE LEI Nº 882/2019
("PACOTE ANTICRIME – CRIME ORGANIZADO")

Produção

Comissão Criminal do CONDEGE

Aportes Técnicos

Anna Karina Freitas de Oliveira (DP-RN)

Elias Cesar Kesrouani (DP-MS)

Emanuel Queiroz Rangel (DP-RJ)

Fernando Antunes Soubhia (DP-MT)

Fernando Luís Camargos Araújo (DP-MG)

Gustavo Henrique Pinheiro Silva (DP-MS)

Mario Silveira Rosa Rheingantz (DP-RS)

Mateus Oliveira Moro (DP-SP)

Michele Tonon Barbado (DP-DF)

Patrícia de Sá Leitão e Leão (DP-CE)

Paulo Freire d'Aguiar Viana de Souza (DP-RO)

Ricardo André de Souza (DP-RJ)

Formatação e Redação Final

Ricardo André de Souza (DP-RJ)

Março de 2019.

SUMÁRIO

I. <u>INTRODUÇÃO</u>	4
II. <u>ALTERAÇÕES DESTINADAS AO CÓDIGO PENAL</u>	12
II.I. RELACIONADAS ÀS EXCLUDENTES DE ILICITUDE	12
DO EXCESSO PUNÍVEL	12
DA LEGÍTIMA DEFESA DOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA	16
CONCLUSÕES	19
II.II. RELACIONADAS AO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA	21
DO REGIME INICIALMENTE FECHADO OBRIGATÓRIO	21
DA FIXAÇÃO DISCRICIONÁRIA DE PERÍODO MÍNIMO	31
II.III. RELACIONADAS AO PERDIMENTO DE BENS	35
DO CONFISCO DE BENS INCOMPATÍVEIS COM OS RENDIMENTOS	35
II.IV. RELACIONADAS À PRESCRIÇÃO PENAL	44
DAS CAUSAS IMPEDITIVAS	44
DAS CAUSAS INTERRUPTIVAS	45
II.V. RELACIONADAS AO CRIME DE RESISTÊNCIA - AUMENTO DE PENAS	49
III. <u>ALTERAÇÕES DESTINADAS AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</u>	52
III.I. RELACIONADAS À INTRODUÇÃO DO ACORDO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO	52
DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	52
DO ACORDO PENAL PROPRIAMENTE DITO.....	57
III.II. RELACIONADAS AO USO DE BENS PELOS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA	64
DA ANTECIPAÇÃO DA EXECUÇÃO DO PERDIMENTO DE BENS	64
DA UTILIZAÇÃO DE BENS SUJEITOS A MEDIDAS ASSECURATÓRIAS	68
CONCLUSÕES	70

III.III. RELACIONADAS À BANALIZAÇÃO DO SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA	72
DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE	81
III. IV. RELACIONADAS À EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA	88
DAS MEDIDAS REFERENTES ÀS DECISÕES DE ÓRGÃOS COLEGIADOS	89
DAS MEDIDAS REFERENTES A RECURSOS DIRIGIDOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES ..	100
DAS MEDIDAS REFERENTES À DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA (JÚRI)	104
III.V. RELACIONADAS ÀS ALTERAÇÕES DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE	109
III.VI. RELACIONADAS AO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI	114
III.VII. RELACIONADAS AOS EMBARGOS INFRINGENTES	121
IV. <u>ALTERAÇÕES DESTINADAS À LEI DE EXECUÇÕES PENAIS</u>	125
IV.I. RELACIONADAS À IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA	125
IV.II. RELACIONADAS À EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA	130
V. <u>ALTERAÇÕES DESTINADAS À LEI DE CRIMES HEDIONDOS</u>	132
DA AMPLIAÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO DE PENA	133
DA REPRISTINAÇÃO VELADA DO EXAME CRIMINOLÓGICO	135
DA VEDAÇÃO ÀS SAÍDAS TEMPORÁRIAS	137
VI. <u>ALTERAÇÕES DESTINADAS À LEI DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS</u>	139
VII. <u>ALTERAÇÕES DESTINADAS À AÇÃO DE AGENTES INFILTRADOS</u>	143
VIII. <u>ALTERAÇÕES DESTINADAS AO ESTATUTO DO DESARMAMENTO</u>	150
IX. <u>ALTERAÇÕES DESTINADAS A PRESÍDIOS FEDERAIS DE SEGURANÇA MÁXIMA</u>	154
DAS RESTRIÇÕES AO DIREITO DE VISITAS	159
DO MONITORAMENTO DAS COMUNICAÇÕES	163
DO COLEGIADO DE JUÍZES	166
DA EXTENSÃO DAS MEDIDAS DE EXCEÇÃO AOS ESTADOS	168

I. INTRODUÇÃO:

O Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais, por intermédio de sua Comissão Criminal, após reunião realizada em Brasília-DF no dia 8 de fevereiro de 2019, deliberou manifestar-se sobre as matérias contidas no Projeto de Lei nº 882/2019 por meio da presente Nota Técnica, tendo em vista que as modificações propostas terão, caso aprovadas, severos impactos no sistema de justiça criminal e penitenciário do Brasil.

Para tanto, pontuará destacadamente os aspectos da proposta que, após o desmembramento, tem como objeto o “crime organizado”. Deste modo, impende sejam SUPRIMIDOS todos os dispositivos adiante analisados do Projeto de Lei (PL) cuja ementa é assim redigida:

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Chama a atenção, de plano, **na forma**, o art. 1º do PL, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

Aparentemente, as alterações se destinariam aos três feixes delitivos mencionados (corrupção, crime organizado e crimes com grave violência a pessoa). Todavia, como se verá adiante, as alterações propostas são sistêmicas e globais, não se restringindo às infrações penais expressamente apontadas no dispositivo.

Evidente que, exegese literal do art. 1º cindiria o direito penal e processual brasileiro em dois, a saber: um, com disposições relacionadas a “*corrupção*”, “*crime organizado*” e “*crimes praticados com grave violência a pessoa*” e; dois, com disposições relacionadas a todos os demais crimes, como por exemplo, o furto, a receptação, o estelionato etc. Trata-se de interpretação possível ante a redação utilizada no Projeto.

Além disso, **no conteúdo**, o art. 1º do PL faz uso de uma noção pouco usual em nossas leis penais, a saber: a de “*grave violência a pessoa*”. A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm consolidadas as noções de *violência* e de *grave ameaça*. Porém, a fusão dessas categorias (“grave violência”) é nova e desnecessária, na medida em que caberia ao intérprete (magistrado) verificar em cada caso concreto se o desvalor da conduta violenta é de gravidade ordinária (e inerente à elementar objetiva do tipo penal) ou estaria a demandar resposta penal mais drástica, caso em que se poderia tratar como *grave violência*.

Em outras palavras, trata-se de uma valoração acerca da *culpabilidade* do agente, inexistente como elementar objetiva de quaisquer tipos penais. Quando é o caso, insere-se na redação do tipo a *violência* e/ou a *grave ameaça*, jamais a noção fundida de *grave violência*.

Em síntese, o art. 1º é absolutamente despiciendo na medida em que, de todo modo, as alterações destinadas aos diplomas legais arrolados na ementa alcançam o direito e o processo penal de maneira integral e não apenas no que diz respeito

à trinca delitiva expressada na redação do mencionado artigo.

Como se verá mais adiante, isso fica evidente na análise das propostas, notando-se mais claramente o **impacto global das mesmas, impregnadas por objetivos de aumento do período de privação de liberdade em regime fechado, da subversão de regras inerentes ao devido processo legal** (transformadas em exceção e vice-versa) **e do alargamento da discricionariedade judicial**. Por exemplo, quanto ao período de cumprimento de pena nos regimes fechado e semiaberto (introdução do parágrafo único ao art. 59 do Código Penal), a disposição é desacompanhada de quaisquer ressalvas quanto ao tipo penal ao qual se destina, aplicando-se a todos de modo indistinto.

Expressar que o PL se dirige aos “*crimes praticados com grave violência a pessoa*” é um equívoco dogmático. Ao confundir uma categoria própria do *tipo penal* (elementar objetiva) com uma categoria própria da *culpabilidade* (na dimensão da reprovabilidade da conduta concreta) introduz elemento não se harmoniza com o ordenamento penal, gerando instabilidade e insegurança ao sistema jurídico.

Também não podemos deixar de pontuar questões relacionadas à **política criminal** que tem grassado no Brasil. A atual conjuntura política brasileira, pautada pela **reafirmação da cultura do medo e do punitivismo, tem como pano de fundo o “direito penal do inimigo”**, sendo certo que se planeja enrijecer ainda mais a legislação penal e processual penal. Tudo sem base técnica e científica, o que é temerário.

A errônea noção, no entanto, costuma haurir o apoio popular. Com efeito, esse tipo de solução encontra eco nos meios de comunicação de massa, mormente em vista dos chamados vespertinos policiais. A resposta para as situações-problema atacadas, assim, se dá exclusivamente no contexto do par crime-pena. Deste modo, as questões de segurança pública estariam circunscritas ao fortalecimento da punição e, por conseguinte, de algumas instituições do sistema de justiça criminal: a polícia, o judiciário e os estabelecimentos prisionais.

Com medidas que aprofundarão as mazelas da já superlotada realidade carcerária brasileira (*endurecimento do regime de execução de penas e ampliação das próprias penas e tipos penais*), o Projeto responde ao sentimento de insegurança da coletividade, basicamente, através da supressão de direitos e garantias assegurados pela legislação penal e pela própria Constituição da República.

Eivado de inúmeras inconstitucionalidades, **o projeto não inova em relação à política criminal brasileira dos últimos anos, pelo contrário**. Dessa forma, os resultados não serão diferentes dos colhidos nas últimas três décadas.

Estudos que dirigem o olhar para a prática legislativa concluem pela tendência unívoca ao recrudescimento punitivo-criminal. Referimo-nos à “*Análise das Justificativas para a Produção de Normas Penais*”, publicado no volume 32 da Série Pensando o Direito do Ministério da Justiça¹ e à tese de doutoramento de André Pacheco Teixeira Mendes, publicado sob o título de “*Por que o Legislador quer aumentar penas? Populismo penal legislativo na Câmara dos Deputados: análise das justificativas das proposições legislativas no período de 2006 a 2014*”².

Os mencionados trabalhos são complementares. Nas palavras de André Pacheco, sua tese “*possibilita a continuidade na produção de conhecimento científico em matéria de produção legislativa de normas penais, considerando pesquisa publicada pelo Ministério da Justiça, na Série Pensando o Direito número 32 (...), que abrangeu o estudo de proposições legislativas no período de 1987 a 2006. O marco final de 2014 se justifica por duas razões: encerramento da quinquagésima quarta legislatura da Câmara dos Deputados*

¹http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-32_serie_pensando_o_direito_convocacao_1_2009_analise_das_justificativas_para_a_producao_de_normas_penais.pdf

² FGV, 2019, 286 páginas. ISBN: 978-85-34405-31-3.

(2011 a 2015) e necessidade de pôr termo à etapa de levantamento de dados para este trabalho acadêmico.”

O Projeto parece ignorar tal material, suficiente à conclusão de que **as últimas três décadas foram marcadas pelo recrudescimento punitivo no âmbito legislativo**. A insofismável *ineficiência* dessas políticas é inegável. **Ninguém em sã consciência dirá que os níveis de violência urbana, letalidade policial e segurança pública melhoraram nesse período**. No entanto, **o PL carrega a falsa ideia de que essas mesmíssimas políticas são *insuficientes e não ineficientes***.

As estatísticas deveriam assustar, mas não têm sido páreo para as mistificações. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), entre 1994 e 2016, a taxa de encarceramento em São Paulo aumentou quase 500% (quinhentos por cento!), de modo que um em cada 183 paulistas está na prisão. Cerca de um terço da população carcerária nacional está em São Paulo; até junho de 2016, o estado mantinha 240 mil pessoas privadas de liberdade.

O Brasil tem hoje a terceira maior população carcerária do mundo, com quase 800mil presos, além de número equivalente de mandados de prisão por cumprir. Se somarmos a esses números, o das pessoas mantidas sob tação judicial em cumprimento de penas restritivas de direito, certamente mais de dois milhões de pessoas estão, em maior ou menor grau, sob a fiscalização criminal do Estado. Não é pouco. Considerando as consequências estigmatizantes do cárcere e seus reflexos na biografia e nos horizontes de oportunidade de reinserção social daqueles que passam pela traumática e deletéria experiência do encarceramento, é inócuo e caro.

O número de presos provisórios no Brasil é insustentável. “*Prende-se muito e prende-se mal.*” é *slogan* repisado por autoridades que têm se manifestado a propósito de contribuir com soluções para o problema. Há estatísticas suficientes à demonstração de que o abuso e a precipitação do uso da prisão cautelar se

dão de modo irrefletido e desnecessário, citando-se, por exemplo, a Pesquisa do IPEA intitulada “A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas”³; o Estudo do ISER, “Imparcialidade ou Cegueira – um ensaio sobre prisões provisórias e alternativas penais”⁴; e a Pesquisa da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em parceria com o SENAD, “Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas na Cidade e Região Metropolitana do Rio De Janeiro”⁵.

Nos mencionados trabalhos está presente a demonstração de acusados que aguardavam presos preventivamente os desfechos de seus processos, ao final, mesmo que condenados, são libertados porque as penas aplicadas são restritivas de direito e não privativas de liberdade. Em alguns casos, o percentual de soltura é superior à 50%, incluindo absolvições. Não há espaço para detalhar os achados estatísticos, relevando alertar para as disfunções estruturais do sistema de justiça criminal.

O quadro deveria espantar, mas não causa comoção. **Se a questão humanitária não convence, talvez a questão orçamentária seja capaz de sensibilizar os homens e mulheres responsáveis pela elaboração e implementação das políticas criminais.** Basta lembrar que “um preso no Brasil custa R\$ 2,4mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano” como afirmara a Ministra Carmen Lúcia no ano passado, enquanto presidente do Supremo Tribunal Federal⁶.

³ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em:

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf

⁴ ISER – Instituto de Estudos da Religião. Disponível em:

https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Artigo-Audiencias-de-custodia_Comunicacoes-ISER.pdf

⁵ Diretoria de Pesquisa da DP-RJ e SENAD – Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas. Disponível em:

<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>

⁶<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>

A despeito desse lamentável cenário, longe de apostarem em soluções alternativas, Executivo, Legislativo e Judiciário têm vocalizado soluções alinhadas à manutenção do *status quo*. Com efeito, não são raras manifestações de representantes dos três poderes no sentido da *construção de mais unidades prisionais* (Executivo), do *aumento de penas e dos períodos de privação de liberdade, acompanhados da restrição aos meios de defesa e da antecipação da execução penal* (Legislativo) e daquilo que pode ser sintetizado na expressão “*punição exemplar*” (Judiciário), como se a pena e o corpo do apenado pudessem ser instrumentalizados com o propósito de dissuadir as práticas delitivas.

Caso aprovado, o PL 882/2019 tende a aprofundar o quadro, impactando drasticamente no orçamento de todos os entes públicos, principalmente nos Estados, cujas unidades prisionais abrigam a maioria das pessoas privadas de liberdade no Brasil. É sintomático, neste sentido, que o carro-chefe das propostas seja a execução antecipada das penas, com diversos dispositivos voltados à legalização de um expediente frontalmente inconstitucional, o que ensejará enormes dificuldades hermenêuticas ante a estrutura político-jurídica inaugurada pela Constituição da República. Em suma, caso aprovadas, as medidas introduzirão *insegurança jurídica* ao ordenamento jurídico.

Ante à propalada intenção do Governo Federal de responder às inaceitáveis 60 mil mortes violentas anuais, que estampam diariamente manchetes nos mais variados veículos de comunicação, é preciso lembrar que esses números são verdadeiros, mas o diagnóstico é incompleto quando não se apontam quem são as vítimas da violência.

Não se pode ignorar que os mortos são majoritariamente jovens, negros, pobres, de baixíssima escolaridade e moradores das periferias dos grandes centros urbanos brasileiros. É o que demonstra o Atlas da Violência 2018⁷, onde se apreende que atingimos em 2016 o índice de 71,1% de mortes causadas por armas de fogo. Constata-se

⁷ Publicação do IPEA em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Relatórios e Infográficos disponíveis em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/atlas-da-violencia-2018/>

também “*que o Estatuto do Desarmamento, ainda que não seja uma panaceia para todos os problemas de violência letal, interrompeu a corrida armamentista no país*”. Assim, “*se não fosse essa lei, os homicídios teriam crescido 12% além do observado*”.

Neste caminho, espanta que o enfrentamento desse gravíssimo problema social, confiado à aprovação do PL, se pretenda fazer ao mesmo tempo em que o Executivo Federal advoga publicamente a flexibilização do acesso às armas. A racionalidade científica recomenda a adoção de políticas públicas diferentes das propaladas.

O perfil da maioria de presos e mortos de forma violenta no Brasil é rigorosamente o mesmo: são os jovens negros das periferias brasileiras as maiores vítimas das políticas de superencarceramento e de ampliação das possibilidades de uso da violência de Estado. Dizer que são 60mil mortos por ano e 800mil presos não basta. É preciso desvendar a *seletividade* por trás dessas permanências históricas em respeito à memória, à vida e à liberdade das negras e negros deste país.

Buscar a equidade do sistema a partir do paradigma da privação de liberdade e da letalidade policial a *pretexto de combater a violência, a corrupção de colarinho branco e o crime organizado* significa estender a morte e a prisão de *muitos* à pontual e rarefeita impunidade de *poucos*. É, nesta ordem, um projeto fadado a ampliar a marginalização *de todos*. Neste aspecto, o PL está em franca oposição a um dos objetivos fundamentais da República (CR, art. 3º, III).

Ressalvamos que nem todas as propostas foram esmiuçadas e escrutinadas na presente Nota Técnica, a qual não tem a pretensão de esgotar as críticas e ponderações técnicas que certamente caberiam inserir num trabalho de maior fôlego. Esperamos colaborar para o debate público e parlamentar a respeito do PL 882/2019; colaboração que se legitima no atendimento diuturno de milhões de pessoas pelas Defensoras e Defensores Públicos de todo o Brasil.

II. ALTERAÇÕES DESTINADAS AO CÓDIGO PENAL

II.I. RELACIONADAS ÀS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

DO EXCESSO PUNÍVEL

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 23.

Excesso Punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

REDAÇÃO DO PROJETO:

Art. 23.....

Excesso Punível

§ 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção.”

NOTA TÉCNICA – pela SUPRESSÃO da proposta, mantendo-se a redação atual:

Vê-se que modificação alcança as quatro espécies de excludentes legais de ilicitude previstas no Código Penal (*estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito*). Revoga-se expressamente (art. 15, I do PL) o parágrafo único do art. 23 que é substituído pelos §§ acima reproduzidos.

A despeito da indeterminação de conceitos introduzidos sob a noção de “medo” e “surpresa”, a alteração pode levar à aplicação de penas mais razoáveis ou proporcionais ao desvalor de condutas praticadas sob as circunstâncias em questão, notadamente em vista do fato de que contemplam quaisquer acusados.

Em que pese as críticas relativas ao conceito de “violenta emoção”, preferindo-se a noção de “perturbação de ânimo”, é certo que o Código Penal traz em seu texto a mesmíssima expressão (porém apenas como *atenuante*⁸ ou como *minorante*⁹; uma variação de grau), consolidada em comentários doutrinários e jurisprudenciais. Todavia, além de ampliar a escala de diminuição de pena no caso da minorante (de “*um sexto a um terço*” para “*até a metade*”), espraia a possibilidade para a isenção da pena (“*deixar de aplicá-la*”) prevista para quaisquer delitos, inclusive para aqueles cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Neste aspecto, abre uma zona de conflito¹⁰ entre a proposta de redação do §2º do art. 23 e o próprio art. 1º do PL, nomeadamente “*contra [...] crimes praticados com grave violência à pessoa*”.

Neste ponto, como a disposição se aplicaria a quaisquer delitos e, tratando-se de norma penal mais benéfica (inclusive a definitivamente condenados com a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 121, §1º do *codex*, por exemplo), esta retroagiria (CP, art. 2º, parágrafo único). Tal efeito, que talvez tenha passado despercebido pelo autor da proposta, é também gerador de insegurança jurídica porque, em vigor, certamente ensejará uma enxurrada de Revisões Criminais voltadas à aplicação da lei penal mais favorável ao agente.

Não se olvida que a proposta traz disposições específicas e com *ratio legis* análoga, voltada especificamente aos agentes de segurança pública – das quais trataremos adiante –, inclusive lançando mão dos mesmos termos (*medo, surpresa e violenta emoção*). Contudo, malgrado a redação do §2º não os mencione expressamente, é certo que tais disposições se aplicariam também aos agentes de segurança pública, inclusive fora das hipóteses previstas nas disposições restritas à legítima defesa. Explica-se.

⁸ Art. 65, III, c) - sob a *influência* de violenta emoção.

⁹ Art. 121, §1º; Art. 129, §4º - sob o *domínio* de violenta emoção.

¹⁰ A bem da verdade, a isenção de pena conflitaria ainda com o que dispõe o art. 28, I do Código Penal, intocado pelo projeto.

O proposto §2º do art. 23 amplia a possibilidade de diminuição/isenção de pena no caso de excesso escusável praticado em *todas* as causas legais de exclusão de ilicitude, o que inclui o *estrito cumprimento do dever legal* e o *exercício regular de direito*. Na prática, tais excludentes se aproximam do cotidiano funcional dos agentes de segurança pública. Isto é, estes agentes, como qualquer outro, seriam alcançados pelo dispositivo do mesmo modo que hoje fazem jus à aplicação das excludentes de ilicitude de modo usual e incontroverso sem que tais profissionais sejam textualmente mencionados pela lei penal.

No entanto, a legislação atual não dispõe de expressões tão vagas quanto *medo* ou *surpresa*, estados anímicos com os quais não convém o legislador revestir a ação de agentes de segurança pública. Isto porque estes profissionais são preparados e treinados pelo Estado justamente para que executem suas funções de modo *intrépido*, *atento* e que *mantenham o controle de suas emoções*, qualidades inerentes às funções.

Como se vê, tais características, inerentes às funções que permeiam a atividade de segurança pública são diametralmente opostas às de medo, surpresa e violenta emoção.

Temerário, *ad argumentandum*, reservar ao intérprete a conclusão de que o §2º não se aplica aos agentes de segurança pública – solução voltada à defesa da proposta tal como ofertada ao Parlamento. Embora o intérprete tenda a solução que vocalize a especialidade da norma (prevista no art. 25 e seus parágrafos) para afastar os agentes de segurança pública do arco dos parágrafos do art. 23, estas disposições cingem-se ao instituto da legítima defesa. Além disso, a partir desta constatação, em circunstâncias que venham a se caracterizar como excesso escusável relacionadas às outras três excludentes de ilicitude, a lei penal garantiria aos agentes de segurança pública a possibilidade de atuar

na contramão das nobilíssimas funções para as quais o Estado lhes prepara e deles exige regular cumprimento.

Por fim, aduza-se que a prática judicial revela uma incidência maior das discussões relacionadas às excludentes de ilicitude no crime de homicídio (CP, art. 121), submetido ao rito processual especial de competência do Tribunal do Júri. Nesta seara, a possibilidade de isenção da pena caracteriza afronta à Soberania dos Veredictos (CR/88, art. 5º, XXXVIII, alínea c) na medida em que o Juiz togado estaria esvaziando por completo a decisão dos jurados. Estes, a despeito da presença de autoria e materialidade, caso entendam que o agente não deve ser punido, poderão responder afirmativamente ao quesito obrigatório (CPP, art. 483, §2º: “O jurado absolve o acusado?”). Alcança-se, com isso, solução idêntica à contida na proposta sem introduzir no ordenamento jurídico a indeterminação conceitual e os riscos para a segurança jurídica carreados na proposta.

Neste exato sentido, ou a proposta deve ser SUPRIMIDA ou, no mínimo, deve contemplar a ressalva de que o §2º não se aplica aos agentes de segurança pública, com a introdução de uma norma explicativa no §3º para excluir expressamente essa possibilidade.

DA LEGÍTIMA DEFESA DOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA

REDAÇÃO ATUAL (dada pela Lei nº 7.209/84):

Legítima Defesa

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Legítima Defesa

Art. 25.....

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I - o agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

NOTA TÉCNICA – pela SUPRESSÃO da proposta, mantendo-se a redação atual:

Diante do que dispõe o art. 5º, *caput* da Constituição da República (“*Todos são iguais perante a lei...*”) convém ao legislador penal o uso cauteloso e pontual de normas voltadas a determinadas categorias profissionais, devendo primar pela universalidade das disposições legislativas no que diz respeito aos seus destinatários: brasileiros, brasileiras e toda e qualquer pessoa que se encontre em território nacional.

Nas disposições em comento a expressa menção a “*agentes de segurança pública*” sublinha o descompasso entre a atividade desempenhada por estes profissionais e a salvaguarda apriorística estampada na proposta. Tal salvaguarda à conduta típica (“*matar*” ou “*ofender a integridade corporal*”, por exemplo) perpetrada por agentes de segurança pública que se vejam atuando em circunstâncias nominadas como “*conflito armado ou em risco iminente de conflito armado*” é incompatível com a noção de segurança pública estatuída na Constituição da República, que deve ser “*exercida para a preservação [...] da incolumidade das pessoas*” (CR, art. 144).

As situações limítrofes, voltadas à preservação inadiável da vida ou integridade física – de *qualquer pessoa* que, por exemplo, *mata* ou *ofende a integridade física* de outra – são excessivamente alargadas pela introdução de uma outra noção indeterminada, a de “prevenção”.

Note-se que a ideia de prevenção aparece no Código Penal para demarcar as finalidades da pena, cujo *quantum* deve se limitar ao “*necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*” (CP, art. 59, *in fine*) concretamente reconhecido como praticado após o devido processo legal. A dosimetria da pena é de competência exclusiva do Poder Judiciário, imprescinde de fundamentação (CR, art. 93, IX), sendo certo que nem mesmo nos crimes dolosos contra a vida (de competência do Júri) é retirada do Juiz togado a função de aplicação e dosagem do *quantum* de pena.

Assim, dogmaticamente e do ponto de vista da estrutura processual penal, a proposta contida no inciso I do parágrafo único do art. 25 associa a noção de *prevenção* à de *iminência* para exacerbar perigosamente a zona de licitude de condutas típicas praticadas por agentes de segurança no calor de acontecimentos conflituos (“*conflito armado*”). Tomando em consideração a operacionalidade prática e cotidiana das políticas de segurança pública que vêm sendo adotadas no Brasil na última década, a proposta confere aos agentes de segurança pública uma licença para *matar* ou *ofender a integridade física* de terceiros a partir de uma apriorística, antecipada e circunstancial exclusão de ilicitude, reeditando a “legítima defesa presumida” (prevista no remoto Código Penal de 1890¹¹, voltada à impunidade daquele que matava o ladrão noturno).

¹¹ Art. 35. Reputar-se-ha praticado em defesa propria ou de terceiro:

§ 1º O crime commettido na repulsa dos que á noite entrarem, ou tentarem entrar, na casa onde alguém morar ou estiver, ou nos pateos e dependencias da mesma, estando fechadas, salvo os casos em que a lei o permite; (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 – Código Penal)

Considerando a expressa referência a “conflito armado”, vale lembrar ainda que o parágrafo único do art. 2º da Lei 13.060/14 não reputa legítimo o uso de arma de fogo contra pessoa “*que não represente risco imediato de morte ou lesão corporal aos agentes de segurança pública ou a terceiros*” (inciso I), contrariando a ideia de prevenção carreada no Projeto.

No dispositivo mencionado no parágrafo anterior, também tem-se como ilegítimo o uso de arma de fogo “*contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando represente risco de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros*” (inciso II), o que revela o contrassenso de se ampliar também o cobertor de licitude contido no projeto quanto à *prevenção* de agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. Ou a agressão é *atual* ou é *iminente*; a “*prevenção de um risco de agressão*” é dogmaticamente inconveniente dado o alto grau de subjetividade conferido ao agente de segurança pública no exercício de suas funções, notadamente ampliando as possibilidades da prática de condutas típicas que, embora lícitas, vulneram a vida e a incolumidade física de modo geral, afastando-se de direitos, garantias fundamentais e regras de tratamento aos cidadãos previstos na Constituição da República.

Neste diapasão o categorial consolidado e afixado na memória e tradição doutrinário-jurisprudencial brasileira é suficiente para o agasalho jurídico das mais variadas situações fático-concretas que possam vir a desaguar no Judiciário. As noções de “atualidade” e “iminência” são complementares entre si e, quando relacionadas à *injunta agressão*, mostram-se suficientes à não-incriminação daqueles que praticam a *conduta típica*, mas não propriamente *crimes*, dada a *licitude* de seu agir. Este formato de há muito foi contemplado no *caput* do art. 25 do Código Penal, o qual não demanda reforma.

CONCLUSÕES

Considerando as ponderações voltadas à reserva judicial de análise da *culpabilidade* (na dimensão *dosimetria* ou mesmo na dimensão da *reprovabilidade* da conduta), é importante anotar que, pelo Código de Processo Penal (art. 310, parágrafo único e art. 314), apenas à autoridade *judicial* é dado conceder a liberdade ao agente que tenha praticado o fato nas condições previstas no art. 23 do Código Penal (excludentes de ilicitude).

Todavia, o Projeto de Lei pretende inovar também neste aspecto ao introduzir um art. 309-A no CPP, cuja redação, se aprovada, conferiria à *autoridade policial* a mesma possibilidade hoje privativa do Poder Judiciário (CPP, art. 310, p.ú.).

Em outros termos, teríamos um agente de segurança pública com possibilidades amplíssimas de, vitimando terceiros amparado pela lei penal, livrar-se solto por determinação-interpretação de outro agente de segurança pública, praticamente eliminando a possibilidade de controle externo da atividade policial.

É fundamental salientar que atualmente raríssimos casos registrados como “*morte em decorrência de oposição a intervenção policial*” (ou simplesmente “*autos de resistência*”) vêm a ser alvo de denúncia por parte do Ministério Público. A maioria das ocorrências é arquivada¹². E não são poucos os casos desse tipo.

Ressalte-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Favela Nova Brasília, determinou ao Brasil a adoção de medidas para que o Estado do Rio de Janeiro estabelecesse metas de redução da letalidade e da violência policial, além de determinar a abolição da noção de “oposição” ou “resistência” nos registros policiais em que

¹² Pelo menos dois trabalhos acadêmicos trataram do tema.

O primeiro, “Assassinatos em Nome da Lei”, VERANI, Sergio. Disponível para *download* em: https://www.academia.edu/37204397/VERANI_Sergio_Assassinatos_em_nome_da_lei.pdf

O segundo, “Indignos de Vida – A forma jurídica de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro”, ZACCONE, Orlando. Ed. Revam.

houver lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial, sejam estes registros provenientes da polícia ou do Ministério Público. O PL, contudo, palmilha senda oposta, estimulando a violência de Estado ao invés de estabelecer as bases legais de sua necessária e urgente contenção dada a realidade brasileira.

Levantamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública aponta que em 2015, 2.320 pessoas foram mortas em intervenções policiais. Na outra ponta, no mesmo ano, 350 policiais morreram assassinados no país, sendo dois terços deles fora de serviço. Tais dados constam no 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública¹³, colocando o Brasil no topo do ranking entre os países com maior letalidade policial, tanto na condição de vítima quanto de algoz. Assim, sociedade e polícia espelham a violência um do outro.

Segundo Benedito Mariano¹⁴, ouvidor da Polícia de São Paulo, que ao assumir a função em 2018, encomendou um estudo para analisar 2017, ano do segundo maior índice de letalidade da polícia no estado. A análise abrangeu 80% dos boletins com ocorrência de morte e o resultado revelou que, em 48% dos casos, houve indício de excesso da legítima defesa; em 26%, a legítima defesa do policial se mostrou correta; e nos 26% restantes, a vítima estava sem arma de fogo. Será que são esses excessos que está se tentando legitimar?

A aprovação de legislação que amplia de modo desmesurado essas possibilidades é, portanto, absolutamente desnecessária e um desserviço à sociedade, vez que a realidade histórica vem revelando elevados índices de violência policial e de mortes ocasionadas por disparos de arma de fogo.

Portanto, recomenda-se a SUPRESSÃO do dispositivo.

¹³ Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/10o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/>

¹⁴ Mariano, Benedito. Riscos no pacote anticrime de Moro. Disponível em <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-riscos-no-pacote-anticrime-de-moro-23451079>. Acessado em 15.02.19.

II. II. RELACIONADAS AO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA

DO REGIME INICIALMENTE FECHADO OBRIGATÓRIO

REDAÇÃO ATUAL (dada pela Lei nº 7.209/1984):

Reclusão e detenção

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;*
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;*
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.*

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

REDAÇÃO DO PROJETO DE LEI:

Reclusão e detenção

Art. 33 -

§ 5º Na hipótese de reincidência ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo.

§ 6º Na hipótese de condenação pelos crimes previstos nos art. 312, caput e § 1º, art. 317, caput e § 1º, e art. 333, caput e parágrafo único, o regime inicial da pena será o fechado, exceto se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no caput do art. 59 forem todas favoráveis.

§ 7º Na hipótese de condenação pelo crime previsto no art. 157, na forma do § 2º-A e do inciso I do § 3º, o regime inicial da pena será o fechado, exceto se as circunstâncias previstas no art. 59 forem todas favoráveis.”

NOTA TÉCNICA – pela SUPRESSÃO dos dispositivos, mantendo-se a redação atual:

A individualização da pena é princípio de raiz humanista, fundante do Estado Democrático de Direito e tem expressa previsão no art. 5º, XLVI, da Constituição da República.

Individualizar uma pena é empreender esforço para racionalizar a resposta estatal para o crime ocorrido, de maneira que haja proporcionalidade entre a punição e o desvalor da conduta delitiva no caso concreto. Estabelecer previamente o obrigatório cumprimento do regime fechado retira do intérprete a análise casuística, dando margem a desproporcionalidades.

A redação atual do art. 33 do Código Penal e de seus parágrafos traz escalonamento razoável e proporcional no que tange à fixação do regime de cumprimento de pena – última fase da aplicação da pena privativa de liberdade. O §4º é

suficiente à fixação de regime mais gravoso para o caso de situações concretas recomendarem o recrudescimento, sendo certo que as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) norteiam o intérprete a partir de critérios aferíveis pela acusação e defesa, o que empresta equilíbrio ao controle dos atos jurisdicionais relacionados a este imprescindível capítulo da sentença penal condenatória.

Assim, a introdução dos parágrafos 5º a 7º no artigo 33, além de desnecessária, viola flagrantemente a individualização das penas por estabelecer afastamento da análise do caso concreto, impondo o *regime inicial fechado obrigatório* em desacordo, inclusive, com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁵.

Por sua vez, efeitos práticos da fixação do regime fechado obrigatório serão sentidos no sistema penal. Atualmente no Brasil há mais de 720mil¹⁶ pessoas privadas de liberdade em unidades prisionais cuja realidade existencial é sabidamente precária. O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu em sede de ADPF o Estado de Cosias Inconstitucional¹⁷ de nossas cadeias, onde há violação generalizada e permanente de direitos fundamentais.

Além disso, pragmaticamente, existirá maior ônus orçamentário a impactar nos Estados, considerando que cada preso custa em torno de R\$ 2,4 mil *por mês*, já que a alteração obriga a prisão de pessoas que antes, com base num juízo individualizado e proporcional em relação à pena a ser aplicada, não ficariam no regime fechado obrigatoriamente. A título de referência, registre-se que um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil *por ano*.¹⁸

¹⁵ Conf. STF, Plenário. HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, 27.06.2012. E mais recentemente o ARE 1.052.700 RG, Rel. Min. Edson Fachin, 31.01.2018.

¹⁶ Conforme dados de 2016 publicados em 2017 pelo Governo Federal. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em 17.02.2019.

¹⁷ STF, Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9.9.2015.

¹⁸ Valores referidos pela Ministra Cármen Lúcia no ano de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819->

Como se não bastasse o problema exposto, a proposta de parágrafo 5º do artigo 33 do Código Penal traz expressão absolutamente vaga e indeterminada (“*havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*”) além de fazer referência a “provas” de fatos estranhos ao processo de conhecimento do qual emerge a condenação. A expressão – que alude à superada noção de *criminoso habitual* (ou *por tendência*) – se repete em outros dispositivos do PL, e suas possibilidades de definição, seu arco semântico, coloca o sistema de justiça criminal em marcha à ré, retrocedendo aos tempos do determinismo criminológico, além de impedir que a defesa se manifeste acerca dos tais “*elementos probatórios*” senão em sede recursal, ofendendo o princípio do contraditório, de matriz constitucional (CR, art. 5º, LV) em vista da potencial *supressão de instância* que pretende ver na dinâmica do rito processual.

Demais disso, pensar um conceito de *criminoso habitual* remonta a concepção determinista de Enrico Ferri, criminólogo superado há décadas, cujos estudos têm como cenário percepções deterministas e racistas da criminologia positivista (etiológica), com a crença de que alguns seres humanos são superiores a outros, ideário incompatível com a dignidade da pessoa humana – princípio nuclear no projeto constitucional (CR, art. 3º, III).

Igualmente, escapa a toda racionalidade legislativa em matéria penal o emprego da expressão “*conduta criminal reiterada*”, dada a ausência de balizamentos que possam defini-la e limitá-la. Não tem como conviver, por outro lado, com os atuais parâmetros de reincidência (CP, arts. 63 e 64). Dessa forma, falar de criminalidade reiterada traz indeterminação¹⁹ que pode suprimir arbitrariamente a taxatividade da teoria da norma penal, com a conseqüente violação do princípio da legalidade (CR, art. 5º, XXXIX).

carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil. Acesso em 17.02/.019.

¹⁹ Quantas condutas são suficientes para configurar uma reiteração? Reiterado é o mesmo que recorrente? Atinge maus antecedentes? Precisa de trânsito em julgado?

Vale dizer ainda que a investida legislativa tem o condão de avançar sobre sério debate travado no Supremo Tribunal Federal, cujo objeto é a o estabelecimento de limites temporais para a circunstância judicial dos maus antecedentes, de modo que o indivíduo não seja perpetuamente atingido por fatos ocorridos e superados em seu passado. A própria Constituição veda penas de caráter perpétuo e, desde emblemático julgado sobre o tema na Corte da Alemanha (caso Lebach), é consolidado o entendimento de que o *direito ao esquecimento* é de cunho fundamental.

Nada obstante, é certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), de modo semelhante (conquanto menos indeterminado), prevê a ideia de reiteração (ECA, art. 122, II²⁰) no que diz respeito aos adolescentes em conflito com a lei – responsabilizados por medidas socioeducativas, em tese desprovidas de caráter retributivo²¹. A oscilação com que os Tribunais lidam com a indeterminação desse conceito permite depreender a dimensão do que pode ocorrer com o seu deslocamento também para o Direito Penal. A imprecisão tem levado ao razoável entendimento de que por “reiteração” *não se pode compreender senão aquilo que se define como reincidência*, de modo a não tornar a situação do adolescente em conflito com a lei mais severa do que a do adulto, conforme disposto no art. 54 das Diretrizes de Riad²² e no artigo 35, inciso I da Lei 12.594/12 (SINASE)²³.

Para o sistema de justiça criminal (próprio dos adultos), neste sentido, a reiteração só trará incertezas e indefinição e insegurança jurídica na medida em

²⁰ Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
(...) II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; (...)

²¹ As medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade, por exemplo, assemelham-se em muito à pena. Seja porque privam a liberdade dos adolescentes, seja porque as condições das unidades sócio-educativas soem ostentar mazelas análogas àquelas do sistema penitenciário brasileiro.

²² Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil, Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm. Acesso em 22.02.2019.

²³ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:
I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; (...)

que não há quaisquer metarregras que sirvam de paradigma ao intérprete. Noutra giro, é bastante, portanto, as solidificadas noções de *reincidência* (CP, arts. 63 e 64) e de *antecedentes* (CP, art. 59) no que diz respeito à eventual prática criminal daquele ao qual se está a dosar a resposta penal diante do reconhecimento da culpa.

Quanto à indecifrável noção de “*conduta criminal profissional*” pode-se aduzir diversos questionamentos: Como definir se um sujeito é profissional? Seria aquele que se dedica a fim de auferir e manter sua subsistência com a atividade ilícita? Nestes casos, o conceito só se aplicaria aos crimes patrimoniais? Existem profissionais que têm o domínio técnico de alguma arte ou ofício, mas que não auferem renda para subsistência?

A dificuldade, devemos insistir, é ainda maior aqui na medida em que essas noções vêm acompanhadas da expressão “*elementos probatórios que indiquem...*”. Como apurar uma conduta criminal pretérita em autos nos quais o fato está delimitado pela narrativa contida na denúncia?

Em verdade, o que se vislumbra é um caótico cenário de preconceitos e imposições subjetivistas, sem qualquer rigor de legalidade, cujos principais atingidos estarão nos estratos economicamente inferiores, os quais muitas vezes não têm formação superior, nem técnica, e vivem do trabalho informal. Não sendo possível precisar a atividade, sobretudo àqueles que afirmam viver de “diárias” e “bicos”, a chance de serem alçados abusivamente ao posto de criminosos profissionais aumenta.

Ad argumentandum, especificamente no que tange à fixação do regime de cumprimento de pena, ao editar o verbete nº 718 da Súmula de sua jurisprudência dominante, o STF rechaçou a “*opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime*” pelo qual o apenado está a ter fixada a pena. Com mais razão, o legislador deve zelar para que a subjetividade do intérprete não contamine a dosimetria da pena no que tocante ao regime inicial de cumprimento. Trata-se, portanto, de mais um ponto do PL em que se

pretende legislar contra a jurisprudência do STF a fim de superá-la por via oblíqua e com fincas em conceitos jurídicos (indeterminados) cujos contornos serão dados pelo solipsismo interpretativo do julgador, o que não se recomenda.

Nesse contexto, os adjetivos externados na proposta e dirigidos ao acusado (*habitual, reiterada e profissional*) – e não aos fatos! – legaliza o chamado *direito penal do autor* (*rectius*: do inimigo) afastando o intérprete da análise *dos fatos*, hipertrofiando suas possibilidades de atuação ao arrepio do devido processo legal (CR, art. 5º, LIV) na medida em que pode impor um rigor no cumprimento da pena sem que este esteja calcado na prova dos autos, senão em registros criminais pretéritos (*habitual, reiterada*) ou em subjetividades insondáveis (*profissional*), quando o instituto da reincidência (CP, arts. 63 e 64) já agasalha, de modo muito mais razoável e racional, as preocupações contidas na proposta.

Ainda em relação ao parágrafo 5º do artigo 33, não se crê que a ressalva à *insignificância das infrações pretéritas* possa refrear a indeterminação mobilizada no dispositivo proposto. Vejamos.

O Direito Penal é a última trincheira para proteção de direitos, de modo que a intervenção mínima que deve inspirar a sua aplicação como resposta às situações-problemas que se apresentam ao Parlamento. Em outras palavras, deve-se lançar mão de leis penais com o máximo de cautela e rigor explicativo possível, reservando sua aplicação a condutas graves. Em consequência, conquanto previstas como formalmente típicas, condutas que afetam de modo insignificante o objeto jurídico tutelado pelo direito penal também não podem ser passíveis de pena (tipicidade formal x atipicidade material), podendo obstar o início do processo, já que a denúncia careceria de justa causa (condição da ação penal) em sua dimensão de controle da fragmentariedade do Direito Penal, ou mesmo afastaria a incidência do Estado Penal ante à improcedência da denúncia ao final do processo de conhecimento, o que reclamaria absolvição, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Bem compreendida a vocação fragmentária do direito penal – reservado a responder a ofensas relevantes ao bem jurídico tutelado – o que impediria o intérprete de lançar mão deste mesmo raciocínio contra o acusado (*in malan partem*)? Nada, respondemos. Porque se houve anotação, registro criminal, denúncia ou processo penal significa dizer que as condutas pretéritas não podem ser tomadas como insignificantes. Aliás, como sói acontecer, é possível inclusive que o intérprete afirme a impossibilidade de apurar a insignificância das condutas pretéritas exatamente porque não tem acesso às provas dos autos nos quais foram efetivamente apuradas, satisfazendo-se com as anotações criminais que o §5º do art. 33 pretende inserir no ordenamento jurídico revestindo-as com o peso da expressão “*elementos probatórios*”.

A insignificância deve ser reconhecida independentemente do juízo de valor que o intérprete pode dirigir ao acusado, limitado, no entanto, pelos vetores do art. 59 do Código Penal. A insignificância atende a critérios de ordem eminentemente *objetiva*, isto é, relacionado ao *fato*, jamais ao seu indigitado *autor*.

A despeito de todos esses atributos da reincidência, os Tribunais vêm afastando o reconhecimento da insignificância (para absolver ou trancar a ação penal, por exemplo) nos casos em que o acusado é reincidente, esvaziando, em certa medida, a fragmentariedade inerente ao direito penal como solução para as situações-problema judicializadas. Nada obstante, a objetividade que deve dirigir o reconhecimento da insignificância de casos que desaguam no Judiciário, ainda que mitigada pelo referido entendimento jurisprudencial, não afasta a sua função desencarceradora, já que o diminuto grau do potencial ofensivo de determinadas condutas confere ao intérprete a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, art. 44).

Pretende-se com a proposta contida no PL, portanto, justamente *alargar* possibilidades encarceradoras a partir da subjetividade judicial, habilitado à aplicação do regime inicial fechado para casos nos quais nem mesmo a reincidência estaria presente.

A reincidência (aferida por critério estritamente objetivo), caso verificada, dispensaria o recurso à “*conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*” para fixação do regime fechado em penas iguais ou inferiores a 8 (oito) anos (CP, art. 33, §2º, a) como ocorre hoje de modo reiterado no cotidiano dos Juízos criminais brasileiros.

Assim, a alusão à insignificância pretérita, hoje, é insuficiente para afastar os efeitos da reincidência²⁴ de modo que há fundados motivos para crer que, na prática, as anotações criminais ensejarão o mesmo efeito da reincidência no que diz respeito à fixação do regime de cumprimento de pena. Em síntese, introduz-se uma noção de elevada imprecisão (e difícil controle) para fazer as vezes de um instituto (reincidência) que se reveste de objetividade suficiente ao controle hermenêutico-processual pelas partes.

As disposições dos três parágrafos introduzidos pelo PL pretendem revitalizar o regime inicial fechado obrigatório. O parágrafo 5º para qualquer tipo de crime; o 6º para o peculato (CP, art. 312, *caput* e §º), corrupção passiva (CP, 317, *caput* e §1º) e corrupção ativa (CP, art. 333, *caput* e parágrafo único) e; o parágrafo 7º para o crime de roubo circunstanciado (CP, art. 157, §2º-A) e o roubo qualificado pela gravidade de lesões decorrentes da violência (CP, art. 157, §3º, I).

Atualmente, apenas os crimes hediondos e equiparados contam com tal disposição na lei. No entanto, a despeito da expressa previsão legal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a vinculação do intérprete a um regime inicial *ex lege* viola o princípio constitucional da individualização da pena (CR, art. 5º, XLVI), de modo que a Lei de crimes hediondos, neste ponto (Lei 8.072/90, art. 2º, §1º - redação dada pela Lei), fora declarada inconstitucional.

Neste aspecto, não é exagero afirmar que a introdução dos três parágrafos desafia a jurisprudência do STF, contra a qual se pretende agora legislar. Em

²⁴ Algumas decisões do STJ têm afastado os efeitos da reincidência quando a condenação se refere ao crime do art. 28 da Lei 11.343/06, tendo em vista que a lei não comina pena privativa de liberdade ao delito e veda a conversão em pena corporal mesmo em caso de descumprimento das medidas que conformam o preceito secundário do mencionado delito.

2012, o STF havia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei 8.072/90 (HC 111.840/ES), entendimento reafirmado em decisão de Fevereiro de 2018 no julgamento do ARE 1.052.700 afetado por Repercussão Geral, como já aludido acima. O tema, portanto, está pacificado com efeitos *erga omnes* sendo absolutamente inconveniente e desnecessário insistir no erro e na violação do princípio constitucional da individualização das penas.

Portanto, recomenda-se a SUPRESSÃO dos três dispositivos do Projeto.

DA FIXAÇÃO JUDICIAL DISCRICIONÁRIA DE PERÍODO MÍNIMO

REDAÇÃO ATUAL (dada pela Lei nº 7.209/1984):

Fixação da Pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

REDAÇÃO DO PROJETO:

Fixação da Pena

Art. 59 -

Parágrafo único. O juiz poderá, com observância aos critérios previstos neste artigo, fixar período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semiaberto antes da possibilidade de progressão.

NOTA TÉCNICA – pela SUPRESSÃO do dispositivo, mantendo-se a redação atual:

Além de todos os problemas de ordem sistêmica e constitucional apontados em relação ao desapareço à legalidade em seus desdobramentos por força da falta de objetividade (a lei penal deve ser escrita, estrita, certa e anterior), o parágrafo único da proposta de artigo 59 compromete o Estado de Direito quando dá permissão para que o juiz fixe período mínimo de cumprimento da pena antes da progressão.

Segundo o cientista político Guillermo O'Donnell²⁵, os sucessivos processos de centralização do poder nos países da América Latina, sobretudo com

²⁵ O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa?. In *Novos Estudos CEBRAP*, n. 31, outubro de 1991. p. 25-40.

intervenções ditatoriais, fizeram da democracia instituição pouco amadurecida nesses países, cuja principal característica é a crença mística em salvadores da república com amplos poderes, decorrentes da ideia de delegação feita pelo cidadão após o processo eleitoral. Em suma, ao invés de traços da democracia lockeana, cujo núcleo é a representação, a democracia brasileira tem características hobbesianas, com cerne na delegação.

A racionalidade apresentada é extensível a todas as instâncias da república brasileira. Não são raras as figuras messiânicas que surgem na política e no judiciário como esperança nacional, preterindo-se a busca pela consolidação dos valores constitucionais humanistas do Estado de Direito em nome da ampliação de poderes em favor dos salvadores. A lógica passa a ser a de dar mais poderes a agentes da república, com mais complacência aos abusos no uso da força.

No caso do artigo 59, parágrafo único, a aludida crença é reforçada. O juiz é visto como figura dominadora de faculdades que fogem de sua competência, podendo, a partir de seu entendimento, fixar período mínimo de cumprimento de pena antes da progressão. Pretere-se mais uma vez da legalidade decorrente do Estado de Direito, que já fixa requisitos objetivos para progressão, para dar todo poder a um agente público que, contaminado por suas pré-compreensões, pode fixar qualquer fração antes do preenchimento do requisito objetivo já existente.

Por oportuno, não só em virtude do maior volume de trabalho, mas em nome da especialização jurisdicional, competências são repartidas no Poder Judiciário, de modo que, no caso, o juízo de conhecimento avançará sobre questões do juízo da execução, o que pode ser atribuído à necessidade emergencialista da dura punição como resposta estatal à violência. Neste cenário, o processo de conhecimento ganha mais destaque do que a própria execução, a qual ocorre com menos impacto de mídia e repercussão social.

Contudo, mais uma vez sequer é mensurado o impacto econômico da medida, que enfraquece a doutrina da execução penal, dando azo a justificações com pouco critério pelos agentes da justiça, os quais também soem decidir sob a influência e pressão da mídia.

Não é demais lembrar que a fixação do requisito objetivo para progressão é garantia contra os avanços arbitrários em desfavor do apenado. Afasta-se, portanto, um subjetivismo exacerbado durante o exercício do poder pelo Estado, seus justiceiros e salvadores.

Importa comentar a menção expressa do Ministro da Justiça e da Segurança Pública em entrevista coletiva concedida na oportunidade da apresentação pública do Projeto. Nesta, causou perplexidade a fala de Sua Excelência no sentido de que o regime fechado seria a única “*prisão de verdade*”, acrescentando que o “*regime aberto e semiaberto é uma pena (sic), mas não é prisão de verdade*”. A fala representa o absoluto desconhecimento da realidade carcerária brasileira.

Além de tudo, a dilatação dos períodos de cumprimento de pena no regime fechado e semiaberto podem restar inúteis para os fins encarceradores das propostas, tendo em vista que os prazos para a obtenção do direito ao livramento condicional restam intocados. Trata-se de mais um aspecto de antinomia na estrutura da execução penal, de modo que, uma vez em vigor, as alterações levariam a incongruências sistêmicas no tocante ao cumprimento das penas privativas de liberdade.

Por todo o exposto, vê-se que o dispositivo esvaziaria todo o escalonamento legal relacionado à fixação dos regimes de cumprimento de pena – até mesmo os introduzidos pelo próprio PL – deixando-os ao talante do intérprete, na medida em que a fluidez das circunstâncias judiciais (que, em essência, ressentem-se de balizamentos objetivos) passam a substituir as frações penais e temporais objetivamente previstas em lei de modo sistêmico e razoável, inclusive permitindo que, a partir da dosimetria penal, se

alcance o período de cumprimento de pena mais dilatado em regime fechado caso a situação concreta o demande.

Como proposto, na prática, a disposição teria o condão de solapar o sistema progressivo de cumprimento das penas, distorcendo sua proporcionalidade ao hipertrofiar um regime em detrimento dos demais, o que não se mostra adequado aos próprios objetivos e às finalidades da pena.

Portanto, recomenda-se a **SUPRESSÃO** do dispositivo do Projeto.

II. III. RELACIONADAS AO PERDIMENTO DE BENS

No que tange o perdimento de bens a proposta pode ser cindida em três frentes: **1)** introdução da possibilidade de confisco de bens cuja origem não tenha relação com a prática criminal investigada mas cuja propriedade seja incompatível com os rendimentos lícitos do condenado; **2)** antecipação da execução do perdimento de bens, dispensando a necessidade de trânsito em julgado da sentença para autorizar a venda em hasta pública; **3)** permissão para utilização de bens sujeitos a medidas assecuratórias pelas forças de segurança pública.

Da primeira (CP, art. 91-A - proposta) trataremos adiante, por se inserir nas alterações destinadas a modificar o Código Penal. Das outras duas (CPP, art. 133-A - proposta) trataremos em capítulo próprio desta nota, quando das alterações relacionadas a modificar o Código de Processo Penal.

CONFISCO DE BENS INCOMPATÍVEIS COM O RENDIMENTO

REDAÇÃO ATUAL:

Efeitos genéricos e específicos

Art. 91 - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda. (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012)

REDAÇÃO DO PROJETO:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º A decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminosa.

§ 2º Para efeito da perda prevista no caput, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 3º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.”

NOTA TÉCNICA – pela SUPRESSÃO do dispositivo, mantendo-se a redação atual:

Mais uma vez, o PL lança mão da ideia de “*elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional*”, de modo que reiteramos aqui as colocações já pontuadas quando da análise da introdução de um parágrafo 5º ao art. 33 do Código Penal. A vaga expressão aparece desta vez como condicionante para a aplicação do perdimento de bens “*correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito*” desde que a pena máxima prevista seja superior a seis anos.

A imprecisão dessa locução deveria ser suficiente para a SUPRESSÃO da proposta. Há mais, no entanto.

O ordenamento jurídico brasileiro, já prevê a possibilidade de decretação do perdimento de bens em algumas hipóteses, tal como a permissão de utilização de bens apreendidos prevista no art. 62, §1º, da 11.343/06. Outras, como a antecipação da execução do perdimento não passa de um reflexo de outras alterações contidas no projeto, no caso, a possibilidade de execução provisória da sentença.

Não se ignora: o combate efetivo à criminalidade organizada, em especial às organizações criminosas ligadas ao sistema político, passa pela imobilização e confisco de ativos, cujos efeitos tendem a se dar no longo prazo. Se a efetividade da pena de prisão já é questionável para os crimes que mais privam de liberdade no país (furto, roubo, tráfico, homicídio e posse/porte de armas de fogo), quando se fala de uma estrutura criminosa que conta com milhares de soldados de reserva, a prisão de um ou cem deles faz pouca ou nenhuma diferença para o funcionamento da máquina. Nos crimes de colarinho branco, por sua vez, a criatividade dos infratores faz com que, nos raros casos em que o Estado logra a identificação e condenação do agente, exista grande possibilidade de ele usufruir dos bens adquiridos ilicitamente após o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, destaca-se a lição de Renato Brasileiro de Lima:

*“(...) o eficaz combate a certos crimes, notadamente aqueles praticados por organizações criminosas, passa invariavelmente pelo confisco do dinheiro e dos bens que possuem, pelos seguintes motivos: **a)** o confisco dos bens e valores promove a asfixia econômica de certos crimes; **b)** a insuficiência e ineficiência das penas privativas de liberdade; **c)** a capacidade de controle das organizações criminosas do interior dos estabelecimentos penitenciários; **d)** a rápida substituição dos administradores das organizações criminosas; **e)** a possibilidade de investimento ou guarda de valores para uso após o cumprimento da pena; **f)** regime legal deficiente de acompanhamento da execução da pena; **h)** inutilidade*

da prisão para a reinserção social da elite social ou econômica; i) a possibilidade de deixar a salvo dos efeitos da condenação bens transferidos a terceiros durante o processo; j) os membros da organização podem ser substituídos, mas a obtenção de dinheiro é algo lento e difícil.”²⁶

Entretanto, mesmo as medidas que visam tornar o sistema penal mais eficiente encontram limites nos direitos individuais. Não pode o legislador, prometendo melhorias no combate à criminalidade, atropelar o devido processo legal e outras garantias constitucionais.

Com todas as vênias, de plano é preciso deixar claro que o espírito da proposição nesse ponto é confiscatório.

De acordo com o Código Penal, o perdimento de bens é um efeito secundário obrigatório da sentença condenatória. A redação atual do art. 91, inciso II estabelece que, “*ressalvados os direitos do lesado e de terceiros de boa fé*”, serão perdidos em favor da União, os “*instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito*” (alínea a) e o “*produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso*” (alínea b).

No caso dos instrumentos do crime, o perdimento recairá apenas e tão somente sobre os bens que se encontravam em situação de ilegalidade no momento do cometimento do delito²⁷. Caso contrário, ainda que apreendidos, serão restituídos ao agente, respeitadas as limitações dos arts. 118 a 124 do Código de Processo Penal.

Já em relação ao produto (*producta sceleris*) ou proveito (*fructus sceleris*) da infração, não há limitação relativa à situação de ilegalidade do bem. Se houver demonstração de que o bem apreendido é produto ou proveito da infração, será perdido em

²⁶ Brasileiro de Lima, R., 2018. Manual de processo penal. JusPodivm, Salvador, p. 1150.

²⁷ Idem, p. 1359.

favor da União, respeitados os direitos do lesado ou do terceiro de boa fé.

Com as alterações introduzidas pela Lei 12.694/12 no Código Penal, passou a ser possível decretar-se a “**perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior**” (CP, art. 91, §1º). Com isso, garante-se que o ocultamento de bens, seja pela sua transferência a terceiros (“laranjas”), seja pela remessa a paraísos fiscais, não permita ao condenado o usufruto do produto ou proveito do crime apenas porque este não foi encontrado no Brasil.

Mais além, a legislação também estabelece medidas cautelares reais para assegurar o resultado útil do Confisco. O *sequestro*, previsto nos arts. 125 e seguintes do Código de Processo Penal, possibilita ao juiz decretar a inalienabilidade dos bens imóveis adquiridos com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiros. Para tanto, exige-se a “**existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens**” (CPP, art. 126), invertendo o ônus da prova e colocando sobre o acusado a obrigação de demonstrar a licitude da aquisição pela via dos embargos (CPP, art. 130, I). Permite-se, ainda, o sequestro de bens móveis quando estes não forem produto direto da infração e, portanto, não for cabível sua apreensão.

Na legislação extravagante, a Lei de Lavagem de Capitais permite a decretação de “*medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes*” (Lei 9.613/98, art. 4º - redação dada pela Lei 12.683/12) desde que haja “**indícios suficientes de infração penal**”, condicionando a liberação dos bens à comprovação de sua licitude (art. 4, §2º). O mesmo ocorre no art. 60 da Lei 11.343/06. Nada disso é objeto da proposta.

O que o PL faz é **inserir a possibilidade de se decretar o perdimento de bens não relacionados ao crime investigado**, desde que sua propriedade

seja incompatível com os rendimentos lícitos do acusado. Assim, **caso aprovada a proposta neste ponto, o Código Penal passará a permitir a presunção de origem ilícita** de todos os bens “*correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito*”, o que revela sem dificuldades a natureza confiscatória da medida.

São elementos desta nova forma de confisco, conforme o *caput*:

a) condenação por “*infrações as quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão*”; b) “*existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação a organização criminosa*”; c) existência de patrimônio incompatível com os rendimentos do condenado.

Apesar de não serem todas as infrações penais que geram produto ou proveito ao agente (v.g., homicídio ou estupro), a redação proposta ao art. 91-A opta por deixar o texto vago exatamente para não estabelecer limites. Não é difícil imaginar que o alvo seja o tráfico de drogas, corrupção, lavagem de dinheiro e outros tipos penais cuja prática possa se dar de modo organizado, estável, permanente. No entanto, em razão da gravidade da medida e para evitar intrusões injustificadas do Estado sobre o patrimônio dos cidadãos, **o ideal seria especificar a quais crimes essa medida se destina ao invés de confiar na razoabilidade de uma interpretação teleológica**. Assim, em respeito ao princípio da taxatividade e da segurança jurídica, o projeto deveria ser mais claro em relação ao seu alcance e limites.

Quanto à existência de “*elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação a organização criminosa*”, como já dissemos, trata-se de estrutura conceitual extremamente vaga, imprecisa, indeterminada. Além disso, essa noção inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, o que enseja dúvidas quanto à sua aplicabilidade. Macula-se, assim, uma vez mais, a segurança jurídica.

Quantas vezes um agente precisa praticar uma conduta para que ela seja considerada habitual? Um longo intervalo entre uma conduta e outra significará que o hábito foi quebrado? Quanto tempo um infrator deve se dedicar a atividades criminosas para ser considerado profissional? Ele deve se especializar em um delito ou pode diversificar? Admite-se a utilização de inquéritos policiais ou ações penais em curso no reconhecimento da reiteração? E atos infracionais? Enfim, novamente o princípio da taxatividade é deixado de lado para dar mais poder aos órgãos de persecução penal em detrimento dos direitos individuais dos cidadãos.

Por fim, no centro da alteração está a *existência de patrimônio incompatível com os rendimentos líquidos do acusado*. O que se propõe é uma espécie de “presunção de incompatibilidade” entre o patrimônio do condenado e seus rendimentos, a fazer com que seja qual for esse **“patrimônio incompatível” será invariavelmente tomado como produto ou proveito do crime, independentemente de qualquer “elemento probatório” nesse sentido**, até porque o a instrução probatória que antecede a condenação não se destinava à comprovação dessa incompatibilidade (presumida), mas à comprovação das práticas delitivas (fatos) imputados ao acusado.

Por outro lado, o ordenamento processual penal já possui hipóteses de inversão do ônus da prova no que se refere à demonstração da licitude do patrimônio de investigados para decretação de medidas assecuratórias que visam garantir o confisco e o STF já confirmou reiteradamente a constitucionalidade de tais medidas, *desde que reconhecida a cautelaridade* (conf., por todos, o AC 3957 AgR/DF).

No entanto, em todas as hipóteses legais exige-se ao menos *indícios* – no sentido de prova semiplena – da ilicitude do patrimônio, cabendo à *acusação* a demonstração da presença de tais indícios. Se ao acusado é garantido a presunção de sua inocência, seus bens são presumidamente adquiridos licitamente. Apenas com a apresentação de elementos que apontem em sentido contrário é que essa presunção pode ser afastada. Assim, repetimos, **os bens adquiridos como produto ou proveito da**

infração devem ser especificados e a sua relação com a infração deve ser efetivamente demonstrada. A respeito, leciona Aury Lopes Jr.:

*“Determina o art. 125 que ‘caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro’. O primeiro aspecto a ser destacado é que a medida somente incide sobre os bens imóveis ou móveis adquiridos com os proventos da infração. **Não é uma restrição sobre todo o patrimônio do imputado, senão apenas daqueles bens que foram comprados com as vantagens auferidas com o delito.** Logo, jamais poderá o sequestro recair sobre bens preexistentes, ou seja, adquiridos pelo imputado antes da prática do crime (...) eis aqui um aspecto fundamental: **incumbe ao requerente (acusador) demonstrar o nexó causal, ou seja, que os bens que se pretende sequestrar foram adquiridos com os proventos do crime.** Do contrário, a medida é descabida.”²⁸*

Aliás, o próprio autor do projeto (Ministro da Justiça e da Segurança Pública) – embora negue tratar-se de inversão do ônus da prova – justifica a possibilidade do sequestro para garantir confisco com base em meros indícios, desde que a acusação providencie efetivamente esses indícios. Foi o que lecionara alhures:

*“A prova acerca da procedência ilícita dos bens pode ser afastada por demonstração contrária por parte da defesa. A possibilidade de esta demonstrar o contrário é muitas vezes confundida com a inversão do ônus da prova. **Não é esse o caso quando se exige para o confisco um sustentáculo probatório que deve ser providenciado pela acusação**”²⁹*

No caso da proposta presumir-se-ão como ilícitos os bens do acusado com base em meras conjecturas, sem que haja um filete de prova qualquer. **A violação do princípio da presunção de inocência é evidente, afinal, o mínimo que o**

²⁸ Lopes Jr, A., 2018. *Direito processual penal*. Saraiva, São Paulo, p. 703.

²⁹ Moro, S.F., 2010. *Lavagem de Dinheiro*. Saraiva, São Paulo, p. 173.

acusador deve fazer é demonstrar, ainda que por meros indícios, a ilicitude do patrimônio. Só então será possível confiscá-lo³⁰. Da maneira como está posto, inverte-se a lógica mais comezinha e estabelece-se um *standard* probatório maior para as medidas cautelares do que para o provimento jurisdicional de mérito.

Por fim, ao permitir o confisco de bens sobre os quais não há qualquer prova de sua relação com a infração investigada, viola-se também o princípio da culpabilidade, transferindo a um bem sobre o qual não existe qualquer prova de aquisição ilícita as consequências de uma infração penal não relacionada a ele.

Em resumo, neste ponto a proposta peca pela utilização de conceitos jurídicos indeterminados, dependentes excessivamente de interpretação e, conseqüentemente, sujeitos ao arbítrio, isto é, à discricionariedade do intérprete. Ao presumir a origem ilícita de bens desacompanhada da exigência suporte indiciário mínimo, a proposta viola o núcleo fundamental da presunção de inocência, mostrando-se manifestamente contrária ao texto constitucional.

Portanto, recomenda-se a SUPRESSÃO do dispositivo do Projeto.

³⁰ Conforme ensina Gustavo Badaró, “o sequestro, como toda medida cautelar, um instrumento destinado a assegurar a utilidade e a eficácia de uma provável sentença penal condenatória, **somente poderá incidir sobre bens que tenham relação com o próprio crime objeto da investigação ou da ação penal**. Caso contrário, não haverá referibilidade, o que é uma nota característica das medidas cautelares.” Badaró, 2008. Medidas Cautelares Patrimoniais no Processo Penal in Zannetti, A.C. et al (coord.), Direito Penal Econômico – Crimes Econômicos e Processo Penal. Ed. Saraiva, São Paulo, p. 179.

II. IV. RELACIONADAS À PRESCRIÇÃO PENAL

DAS CAUSAS IMPEDITIVAS

REDAÇÃO ATUAL (dada pela Lei nº 7.209/1984):

Causas Impeditivas da prescrição

Art. 116 – Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Causas Impeditivas da prescrição

Art. 116 –

(...)

II – enquanto o agente cumpre pena no exterior; e

III – na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, estes quando inadmissíveis.

.....

NOTA TÉCNICA – pela SUPRESSÃO do dispositivo, mantendo-se a redação atual:

A novidade restringe-se à introdução de um terceiro inciso, já que o inciso II apenas atualiza a nomenclatura do Código Penal. Este inciso III, vê-se, está associado ao escopo do PL quanto à execução antecipada da pena e à eliminação de efeitos suspensivos aos recursos excepcionais (dirigidos aos Tribunais Superiores).

A razoável duração do processo é garantia constitucional do cidadão (CR, art. 5º, LXXVIII), impondo-se ao Estado que providencie “os meios que

garantam a celeridade de sua tramitação” na taxativa redação do Legislador Originário. Todavia, o PL caminha – uma vez mais – em sentido oposto à razão constitucional.

O que se verifica de plano é a completa negligência para com medidas que garantam a celeridade do processo – e não apenas quando propõe a execução antecipada das penas – acompanhadas, por outro lado, de medidas que temperem os ônus do Estado na hipótese de delonga. Neste cenário, o Estado-juiz contaria com um incentivo à letargia na medida em que o PL pretende neutralizar os institutos jurídicos voltados justamente à materialização da referida garantia constitucional.

Além disso, a proposta subverte a *ratio* recursal, agregando ônus processuais ao mero exercício de direitos pelo acusado. Pune-se o acusado pelo simples exercício de um direito seu: o de recorrer.

Pelo exposto, recomenda-se a SUPRESSÃO do dispositivo.

DAS CAUSAS INTERRUPTIVAS

REDAÇÃO ATUAL (dada pela Lei nº 7.209/1984):

Causas Interruptivas da prescrição

Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007).

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

VI - pela reincidência. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Causas interruptivas da prescrição

Art. 117 –

(...)

IV – pela publicação da sentença e do acórdão recorríveis;

V – pelo início ou continuação da execução provisória ou definitiva da pena.

.....

NOTA TÉCNICA – pela SUPRESSÃO do dispositivo, mantendo-se a redação atual:

O inciso V apenas harmoniza o Código Penal aos objetivos ínsitos ao PL quanto à legalização da execução provisória (*rectius*: antecipada) da pena, matéria que, como se sabe, será revisitada pelo Supremo Tribunal Federal no mês de Abril, quando está apazado o julgamento das ADCs que abordam a constitucionalidade do art. 283 do

Código de Processo Penal. Neste sentido, precipita-se o PL na medida em que pode inserir na legislação ordinária dispositivo que estaria em dissonância com o entendimento do STF na matéria.

Já o disposto no inciso IV, extirpa da redação do inciso a locução “condenatórios”, de modo que a sentença penal *absolutória* também interromperia a prescrição. A alteração é inusitada, para dizer o mínimo. Isto porque contraria o espírito do próprio Projeto no tocante à execução antecipada da pena.

Eis aqui um ponto no qual a ausência de uma justificativa (uma exposição de motivos) auxiliaria o debate público acerca das propostas. Ora, tem-se dito que a plausibilidade de executar-se a pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória repousaria no fato de que sucessivas condenações, instância após instância, aproximariam o acusado da condição de culpado, o que seria suficiente ao imediato início da execução da pena.

Para além de todos os problemas que tal raciocínio traz³¹ ante à taxatividade da regra de tratamento inculpada no art. 5º, LIV da Constituição da República, admitamo-lo ao menos para o que se pretende demonstrar quanto a esta disposição.

Se há uma variação no grau da culpa em caso de sucessivas condenações, deveria haver também no caso de absolvições. Bem entendido, se o acusado é absolvido, não há motivo para que se interrompa a prescrição porque, confirmada a sua inocência (constitucionalmente garantida) agora pela decisão judicial.

³¹ Por exemplo, o início da execução da pena seria possível a partir de uma decisão de segunda instância, mesmo que o acusado tenha sido absolvido na primeira instância. Neste caso, não se pode afirmar que houve uma “elevação no grau de culpa” do acusado na medida em que sua inocência fora atestada pela decisão de primeira instância. A ideia que subjaz a este tipo de proposta é a da condenação como regra, isto é, pressupõe o autor da proposta que o processo penal tende à condenação; caminha para a condenação num *continuum* que tornaria incompreensível a delonga no início da execução. O processo penal, nesta leitura, se afigura como mera formalidade.

Pelo PL, no entanto, também a sentença penal absolutória ensejaria prejuízo ao acusado pelo simples fato de ter sido acusado.

No antigo projeto das “dez medidas” havia dispositivo do mesmo jaez. Estabelecia-se o *oferecimento da denúncia* como marco interruptivo da prescrição, passando-se ao largo do crivo judicial. Hipertrofiava-se o poder acusatório, à margem de quaisquer limites fiscalizatório-jurisdicionais. Neste PL, a situação é tão grave quanto, senão pior. Embora o oferecimento da denúncia não funcione para interromper a prescrição, pode-se promover acusação desprovida de fundamento para, mesmo com o reconhecimento de que o acusado é inocente, tal fato dar início ao curso prescricional inteiro novamente.

Após toda a instrução probatória, demonstrada a inocência, o Estado-acusação teria contra o indivíduo inocente (não apenas presumidamente, mas reconhecidamente), de novo, todo o prazo prescricional de volta. Não há a menor razoabilidade nessa desmesurada proposta.

Pelo exposto, recomenda-se a SUPRESSÃO do dispositivo.

II. IV. RELACIONADAS AO CRIME DE RESISTÊNCIA - AUMENTO DE PENAS

REDAÇÃO ATUAL:

Resistência

Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos.

§ 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Resistência

Art. 329 –

Pena - detenção, de dois meses a dois anos, e multa.

§ 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

§ 2º Se da resistência resulta morte ou risco de morte ao funcionário ou a terceiro:

Pena - reclusão, de seis a trinta anos, e multa.

§ 3º As penas previstas no caput e no § 1º são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo, mantendo-se a redação atual:

A proposta acrescenta as penas de multa ao preceito secundário dos crimes de resistência e resistência qualificada pela não execução do ato legal.

Acrescenta, no entanto, uma novel figura qualificada para o caso de a violência (elementar objetiva do tipo) resultar na morte “ou risco de morte” ao funcionário encarregado de fazer cumprir a ordem ou terceiro. A escala penal prevista é inédita e absurda: de seis a trinta anos de reclusão, além da multa. Tratemos, antes, porém, do tipo penal que se pretende inaugurar.

A disposição é absolutamente desnecessária porque a legislação

atual já prevê a mesma resposta penal, inclusive com a possibilidade de se alcançar a mesma escala penal e sem as imprecisões estampadas na redação do Projeto. Vejamos.

A previsão é absolutamente desnecessária. Isto porque o atual §2º do art. 329 do Código Penal (e o parágrafo 3º do art. 329 conforme o PL) já estabelece que as penas correspondentes à violência (homicídio, lesão corporal, vias de fato etc.) serão aplicadas sem prejuízo daquelas previstas no *caput*. Naturalmente, também as suas formas tentadas.

Então, por exemplo, ausentes *animus laedendi* ou *necandi*, se o dolo no emprego da violência com o objetivo de resistir vem a ferir gravemente (CP, art. 129, §§1º e 2º) o funcionário, então o agente ficará sujeito às penas de um (mínima da lesão grave) a oito (máxima da lesão gravíssima) anos, sendo certo que o Código Penal prevê no art. 129, §1º, II, a pena de um a cinco anos caso a lesão resulte perigo de vida para o funcionário.

No caso de morte, a escala penal do homicídio qualificado vai de 12 a 30 anos. E se somaria às penas do crime de resistência. Assim, não é necessária a modificação para que o intérprete aplique as mesmíssimas penas a um caso grave de resistência que atente contra a vida do funcionário público.

A essas considerações, pode-se acrescentar que uma escala penal tão dilatada introduz no Código Penal uma tábua de desvalores que compromete a harmonia do sistema punitivo. Explica-se: os homicídios simples e qualificado têm penas cominadas de 6 a 20 e 12 a 30 anos respectivamente, sendo certo que os requisitos para a prática do homicídio qualificado têm sido objeto de análise doutrinária e jurisprudencial, há mais de 30 anos, restando sólidas e confiáveis as lições teóricas e o entendimento dos Tribunais acerca da dosimetria penal adequada às mais variadas circunstâncias concretas, as quais podem dar azo, evidentemente a penas que chegam aos 30 anos – sem prejuízo das penas relativas à resistência, visto pelo ângulo oposto.

O mesmo não se pode dizer da escala penal prevista para a nova figura proposta: um crime qualificado pelo resultado (ocorrido a título de culpa), que embute uma circunstância que constitui ou qualifica outros crimes autônomos (morte ou risco de morte), mas que traz preceito secundário amplíssimo (6 a 30 anos) sem nenhum critério objetivo (além das circunstâncias judiciais) que possa guiar o aplicador na eleição da pena-base. Eis a insegurança jurídica que a disposição inaugura.

Evidentemente, trata-se de inovação draconiana e desnecessária porque, como dito, pode-se chegar a reprimendas elevadas sem a insegurança de lançar mão de escala penal tão elástica e desproporcional quando comparada à de crimes cujo resultado decorre do dolo do agente, e não da culpa, nisto consistindo mais um dos problemas que a disposição pretendida traria ao intérprete.

Isto posto, recomenda-se a SUPRESSÃO do dispositivo.

III. ALTERAÇÕES DESTINADAS AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

III.I. RELACIONADAS À INTRODUÇÃO DO ACORDO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 28-A. O Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, se não for hipótese de arquivamento e se o investigado tiver confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, mediante o cumprimento das seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena máxima cominada ao delito a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos

termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e os motivos e as circunstâncias não indicarem ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e

posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. *O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.*

§ 12. *A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constará de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º.*

§ 13. *Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.*

§ 14. *Não correrá a prescrição durante a vigência de acordo de não persecução penal*

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo assim JUSTIFICADA:

A redação do PL corrigira a primeira versão apresentada ao público. Após a cisão do Projeto em três propostas, retificou-se a redação inicial que falava em crimes com “*pena máxima inferior a quatro anos*”, o que esvaziava completamente a possibilidade de aplicação das disposições. Na medida em que quase todos os tipos penais com tal escala penal (pena máxima *inferior a quatro anos*, i.e., igual ou inferior a *três anos*) ostentam pena mínima *igual ou inferior a um ano*, a estes já seria possível a aplicação da suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89).

Conquanto o chamado “*sursis processual*” imprescindida do recebimento da denúncia, ao contrário do contido na proposta de não persecução penal (onde não há oferecimento da denúncia, porém exige-se a confissão – o que, por si só, se revela juridicamente questionável, dada a violação do devido processo legal), são soluções negociais muito semelhantes.

Feita a correção, portanto, o PL fala em crimes com “pena máxima *não superior a quatro anos*”, passando a alcançar o Furto simples (CP, art. 155, *caput*), a Receptação simples (CP, art. 180, *caput*) e alguns crimes previstos no Estatuto do Desarmamento (vg, os arts. 12 a 15 da Lei 10.826/03), a Corrupção de Criança ou

Adolescente (ECA, art. 244-B), dentre outros, para citar apenas os crimes que mais desaguam no Judiciário brasileiro.

Todavia, também os mencionados crimes já contam com a possibilidade de substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos (CP, art. 44), de modo que, neste sentido, se trata de **proposta desnecessária**. A ampliação de soluções desencarceradoras, por óbvio, é um pressuposto da crítica aqui pontuada.

Teria andado menos mal o PL, caso (i) admitisse a possibilidade de não persecução também aos reincidentes; e (ii) não se exigir a “confissão circunstanciada” do suspeito.

Quanto à *reincidência*, cabe reiterar as ponderações já externadas em relação à imprecisa expressão que o PL vem fazendo acompanhar a noção: “*ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*” Neste aspecto, a expressão é ainda mais deletéria, uma vez que evoca “elementos probatórios” quando sequer há denúncia em relação ao fato que abre a possibilidade de acordo.

Em relação à *confissão*, viola o devido processo legal (CR, art. 5º, LIV) exigi-la quando prevê-se a possibilidade de persecução penal ulterior no caso de descumprimento das condições impostas (§10). Não há possibilidade de um processo justo quando a acusação tem em mão a confissão circunstanciada do suspeito.

Dito isso, outros empecilhos constitucionais recomendam a não introdução desse tipo de solução negociada no direito brasileiro. A importação *parcial* de um instituto que, em outras legislações, se insere num contexto mais amplo de garantias e de estrutura processual condizente com o negócio jurídico a se estabelecer entre acusador, de um lado; acusado e sua defesa, de outro. Tais garantias e ritos processuais tendem a equilibrar as forças entre o cidadão suspeito (o indivíduo) e o Estado.

Sucintamente, neste ponto, referimo-nos ao *juiz de garantias* e à regulamentada *investigação defensiva*, presentes em legislações que preveem o acordo penal, como é o caso da Itália, por exemplo. O juiz de garantias evitaria que persecuções penais frágeis, desamparadas em indícios mínimos, pudesse ser alvo das tratativas de acordo, reservada para os casos em que há elementos indiciários suficientes ao menos a uma suspeita de autoria. Já a possibilidade de investigação dos fatos pela defesa eleva a versão defensiva a patamar equidistante daquele em que se insere a acusação.

Somente a partir dessa colcha protetiva do indivíduo em face do poder punitivo estatal é que se poderia falar em um acordo penal justo, observando-se sua natureza livre-negocial. Do contrário, a proposta aproxima o que chama de “acordo” a uma espécie de *coação para aplicação antecipada da pena* ainda que, no caso do acordo de não persecução penal (art. 28-A), não se trate de aplicar pena privativa de liberdade.

A propósito, limitada a possibilidade inserta no PL a crimes sem violência ou grave ameaça com pena máxima não superior a quatro anos, resta despicienda a alteração legal, na medida em que o Código Penal já admite tal possibilidade, *ex vi* do que dispõe o seu art. 44.

Com isso, recomenda-se a SUPRESSÃO do dispositivo.

DO ACORDO PENAL PROPRIAMENTE DITO

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º *Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.*

§ 9º *Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.*

§ 10. *No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.*

§ 11. *A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.*

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo assim JUSTIFICADA:

A proposta de acordo penal insculpida no art. 395-A teria cabimento para quaisquer crimes, independente da escala penal (conf. *caput*), bem como seria aplicável também aos reincidentes (conf. §10) – ou no caso de “*haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*”. Entretanto, balizas objetivas (§2º) limitam o arco negocial à diminuição de apenas metade das penas privativas de liberdade. Por outro lado, deixa ampla margem de discricionariedade no que tange à fixação do regime de cumprimento de pena.

No tocante às penas restritivas de direito, releva anotar que o PL reproduz o desenho legal hoje vigente, a saber: as penas restritivas de direito aplicam-se *em substituição às penas privativas de liberdade*. Esta previsão orienta o intérprete a só homologar o acordo quando o consenso entre as partes estiver em harmonia com o disposto no art. 44 do Código Penal. Do contrário, não sealaria em *substituição* quanto às penas restritivas de direito, tampouco em limitação de até a metade quanto às penas privativas de liberdade.

Exige-se o recebimento da denúncia, o que aponta para a existência de indícios mínimos de autoria e materialidade dos fatos sobre os quais o acordo poderá ser entabulado. Porém, tratando-se de funda controvérsia a possibilidade de *rejeição parcial da denúncia* (*emendatio libelli*) em juízo de delibação – com aplicação quase nenhuma na jurisdição criminal brasileira – a ausência no nosso sistema processual penal de um juiz de garantias torna iníquo o acordo penal tal como proposto. Explica-se.

As exigências de *i*) confissão circunstanciada, *ii*) limite para a redução da pena corporal, *iii*) equiparação do acordo homologado a sentença penal condenatória, *iv*) impossibilidade de renúncia estatal à pena de multa, além da *v*) necessidade de estipular-se montante indenizatório mínimo a favor da vítima revelam um patente desequilíbrio na relação negocial, abstraída da equação a natural disparidade de forças e armas entre o Estado e o indivíduo.

A acusação teria apenas que abrir mão da pena tal como cominada e da produção de provas, alcançando-se com o acordo todos os efeitos da sentença penal condenatória sem se desincumbir do ônus da prova dos fatos narrados na denúncia. Fatos estes que podem ser pintados com as tintas do exagero, palmilhando a senda do excesso de imputação (*overcharging*).

Então, embora não haja empecilho legal expresso, estando ausente da tradição processual brasileira o ajuste da imputação (*emendatio libelli*) no momento do recebimento da denúncia (juízo de delibação), eventual filtragem judicial acerca da imputação se daria apenas após o encerramento da instrução probatória, conforme disposto no art. 383 do CPP. O dispositivo se insere no capítulo do *codex* relativo à sentença, inclinando o intérprete a não decotar a imputação contida na denúncia senão no momento de proferir a sentença e após a produção das provas.

Como no acordo penal não há produção de provas, seja porque as partes devem a ela renunciar expressamente, seja porque só caberia antes do início da

instrução, a prática do *overcharging* no Brasil restaria oxigenada, até mesmo para que, por meio desse tipo de expediente – reitere-se: sem nenhuma possibilidade de filtragem judicial – a acusação pudesse alcançar uma pena mais alta, por exemplo, superando por via oblíqua o balizamento proposto no §2º.

Poderia se objetar, quanto ao estímulo ao excesso de imputação, que a filtragem de que trata o §7º atenderia às preocupações aqui externadas. A vivência no cotidiano forense, no entanto, desautoriza tal conclusão.

É que a redação do §7º é também restritiva quanto às possibilidades de intervenção judicial no acordo penal, idealizado a partir da pressuposição de que acusador e acusado estão em pé de igualdade, o que não ocorre na prática. Note-se que a “*manifesta ilegalidade*” é algo de que só se tem notícias de ver reconhecida em juízo em exemplos de algibeira, hipóteses de almanaque. É expressão que tem assento legal no art. 22 do Código Penal, como excludente de punibilidade em caso de ato praticado em obediência a ordem de superior hierárquico. Trata-se de categoria com a qual apenas a justiça castrense tem intimidade. À jurisdição criminal cotidiana, a introdução da locução “*manifestamente*” terá apenas o condão de levar o intérprete a ignorar qualquer filtragem sob o fundamento de que se trata de uma proposta ilegal, salvo se estiver em desacordo com o que se dispôs alguns parágrafos antes (§2º), até porque (no §7º) se faz expressa referência às penas (“proposta de penas”). Se é assim, a previsão é despicienda. Bastaria dizer que o juiz não homologará o acordo se a proposta de penas for ilegal, o que significa que estaria em desacordo com o §2º.

O excesso de imputação, todavia, permaneceria intocado na medida em que a proposta de penas só poderia ser “manifestamente desproporcional” (não basta que seja apenas desproporcional?) à infração. Portanto, a capitulação com recurso ao concurso material (CP, art. 69); o desprezo à continuidade delitiva (CP, art. 71) e quejandos, expedientes acusatórios usuais empregados em desfavor do acusado restariam incólumes

enquanto base e ponto de partida para a solução processual negociada de casos criminais na estrutura legal e na operacionalidade prática do processo penal brasileiro.

Com o objetivo de mapear a análise judicial de casos relacionados à Lei de Drogas, pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro em parceria com o SENAD³² analisou 2.591 sentenças na Capital e Região Metropolitana do Estado, envolvendo 3.735 réus. Os números revelam que o Ministério Público estadual promove mais acusações por tráfico (art. 33) em acúmulo material (CP, art. 69) com o crime de associação para o tráfico (art. 35) do que isoladamente pelo art. 33 da Lei 11.343/06.

Em números absolutos, foram 1.595 casos (42,70%) em que a denúncia imputava de modo acumulado os dois crimes (art. 33 + art. 35) contra 1.504 casos de imputação isolada do crime de tráfico (40,27%). Até aqui, não é possível afirmar que se trata de *overcharging*. No entanto, quando cotejados estes dados com o resultado do processo em primeira instância, vê-se que em 484 casos (30,34%) a condenação se limitou ao crime do art. 33; em 50 casos (3,13%) apenas ao crime do art. 35.

Mas o que chama a atenção é que em cerca de metade (772) do total de casos (1.595) denunciados em acumulação não houve condenação por ambas os delitos imputados, o que representa um número de apenas 48,40% de acolhimento integral da imputação veiculada na denúncia. Eis um reconhecimento estatístico claro de que se trata de uma prática usual o excesso de imputação no universo pesquisado.

Ora, se a filtragem judicial não tem sido aplicada senão no momento da prolação da sentença (CPP, art. 383) e, por outro lado, o Ministério Público lança mão de imputações hipertrofiadas de modo regular, parece óbvio que as tratativas voltadas à celebração de acordo penal têm largas possibilidades de serem travadas a partir de denúncias superdimensionadas, já que estas serão recebidas como costumam ser hoje em dia.

³² Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf>

Evidentemente, em nome do pragmatismo e da busca por eficiência, a proposta se mostra sedutora, mas é preciso lembrar que o acordo penal não cairia como um raio em céu azul. Insere-se numa realidade contornada por práticas judiciais que se cristalizaram no contexto da tradição romano-germânica (*civil law*), sendo certo que a prestação jurisdicional se concentra no momento da prolação da sentença. Dado que o Judiciário, neste tema, desempenharia função meramente homologatória, sua vocação ancestral de contenção do poder punitivo em matéria criminal – vocação atualmente obnubilada por ideários bem sintetizados na expressão “populismo penal” – ficaria ainda mais esvaziada, substituindo-se de vez o Estado-acusação à ação do Estado-Juiz em curto-circuito representativo da franca desvantagem do indivíduo em face do Estado, a caracterizar violação do princípio constitucional do devido processo legal (CR, art. 5º, LIV), em síntese.

Nesta ordem de ideias, além disso, a garantia constitucional da inafastabilidade de jurisdição (CR, art. 5º, XXXV) também restaria maculada com a aprovação da proposta, na medida em que o Judiciário é relegado a posição periférica no “processo” (*rectius*: na negociação). Rebaixar-se-ia também o *status* do direito de liberdade porque submetido à vontade das partes, embora se trate de nobilíssimo direito indisponível, disposto no centro dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, *caput*) da Constituição da República.

Ad argumentandum, a heterogênea realidade nacional no que tange à estrutura e presença das Defensorias Públicas nos estados da Federação – Instituição que costuma suportar a maioria dos casos criminais que desaguam no Judiciário – poderá colocar os suspeitos/acusados enredados em tratativas de acordo penal escorchantes, ainda que venham a ser assistidos por advogados dativos, caso não possam contar com o patrocínio da advocacia pública, algo que, repita-se, já acontece hoje.

A par de todas as iniquidades e potenciais desequilíbrios processuais antevistos na proposta, também não se pode ignorar a experiência estadunidense no que diz respeito às consequências da difusão do *plea bargain* ao longo dos anos no tocante aos níveis de encarceramento nos Estados Unidos, país com a maior população privada de liberdade no mundo. Tal cenário, tem levado os EUA a rever suas políticas criminais, sendo certo que mais de 90% dos casos são resolvidos por meio de acordo penal, elitizando o processo penal (caro e espetacularizado) enquanto reserva a produção de condenações sumárias (*plea guilty*) em escala industrial a jovens negros e latinos, perfil que em muito se assemelha ao da maioria das pessoas presas no Brasil.

O Brasil tem a terceira maior população carcerária do planeta, de sorte que a introdução do acordo penal pode levar à rápida ampliação do número de presos, a impactar sobremaneira no já superlotado parque prisional brasileiro, aprofundando problemas sobretudo para os Estados, que terão de administrar um excedente ainda maior de presos, ante à reconhecida carência de vagas nos sistemas penitenciários estaduais. Sem falar na necessidade de investimento dos Judiciários estaduais nas Varas de Execução Penal, cujas competências restarão intocadas pelo advento do acordo penal, que certamente trará mais casos a serem processados.

Assim, recomenda-se a SUPRESSÃO *in totum* do dispositivo.

III. II. RELACIONADAS AO USO DE BENS PELOS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA

Como já dissemos ao tratar das alterações destinadas ao Código Penal, mais especificamente quando nos referimos à introdução do art. 91-A do referido diploma, aspectos pertinentes àquela temática encontram-se previstos no PL como alterações ao Código de Processo Penal, pelo que serão tratadas adiante. Vejamos o que diz o Projeto:

DA ANTECIPAÇÃO DA EXECUÇÃO DO PERDIMENTO DE BENS

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público.

Parágrafo único. Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 133. Iniciada a execução provisória ou definitiva da condenação, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens cujo perdimento foi decretado em leilão público.

§ 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

§ 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão diversa em lei especial.

§ 3º No caso de absolvição superveniente, fica assegurado ao acusado o direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária.

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 122. Sem prejuízo do disposto nos arts. 120 e 133, decorrido o prazo de 90 dias, após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz decretará, se for caso, a perda,

em favor da União, das coisas apreendidas (art. 74, II, a e b do Código Penal) e ordenará que sejam vendidas em leilão público.

Parágrafo único. Do dinheiro apurado será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

REDAÇÃO PROPOSTA

Art. 122. Sem prejuízo do disposto no art. 120, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do art. 133.³³

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo assim JUSTIFICADA:

Pela atual redação do art. 133 do *codex*, o Juízo deve aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para dar início – de ofício ou a requerimento do interessado – ao procedimento de alienação dos bens perdidos. Uma vez feita a alienação, os valores obtidos serão remetidos à Fazenda Nacional.

O Projeto altera esse procedimento ao: a) adicionar a possibilidade de execução antecipada do procedimento de alienação; b) acrescentar o Ministério Público ao rol de legitimados a promover o requerimento; c) destinar, como regra, os valores obtidos ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN); d) prever a possibilidade de restituição dos valores em caso de absolvição superveniente.

Seguindo a problemática lógica da execução antecipada da pena (tratada em capítulo próprio desta nota), o PL prevê também a execução antecipada do perdimento de bens. Quanto ao tema, já ventilamos o disposto no art. 62, §4º da Lei de

³³ A redação atual do art. 122 do Código de Processo Penal é a seguinte:

Art. 122. Sem prejuízo do disposto nos arts. 120 e 133, decorrido o prazo de 90 dias, após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz decretará, se for caso, a perda, em favor da União, das coisas apreendidas (art. 74, II, a e b do Código Penal) e ordenará que sejam vendidas em leilão público.

Parágrafo único. Do dinheiro apurado será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

Drogas, que prevê a alienação antecipada de bens sequestrados³⁴. No entanto, essa mesma lei também determina que essa alienação deverá ser feita apenas quando **verificada a presença de nexó de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo** (art. 62, §7º) e, ainda assim, os valores obtidos serão depositados em juízo e somente serão disponibilizados ao FUNAD ao final da ação penal, isto é, *após o trânsito em julgado da sentença condenatória* (art. 62, §9).

A dispensa do trânsito em julgado para a venda em hasta pública dos bens perdidos se mostra absolutamente temerária e sem justificativa, além de violadora do disposto no art. 5º, XXIII da Constituição da República. Não há qualquer risco ao processo ou à coletividade em aguardar o trânsito em julgado. Trata-se apenas de mais uma cerimônia degradante dentro do processo penal.

Quanto à legitimidade do Ministério Público, apesar do Juiz poder dar início ao procedimento de ofício, a atribuição para promover a execução do perdimento de bens é da União, representada juridicamente pela Procuradoria da Fazenda. Isso porque o interesse é, primordialmente, da União e a defesa jurídica das pessoas políticas deve ser realizada pelos órgãos da Advocacia Pública, conforme previsto no art. 131 da Constituição Federal. Ao prever a possibilidade de o Ministério Público promover a execução do perdimento de bens, a proposta ignora essa distribuição de funções e viola de forma evidente o art. 129, IX, da Constituição Federal, segundo o qual é vedada ao Ministério Público *a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*.

³⁴ Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.

(...)

§ 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.

Mais além, enquanto o texto vigente prevê o recolhimento do valor apurado ao Tesouro Nacional para ser utilizado conforme necessário, a reforma opta por remeter tais valores ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão legal em contrário. O FUNPEN, regulado pela Lei Complementar 79/94, limita a aplicação dos valores a ele recolhido a finalidades ligadas ao sistema penitenciário, engessando uma potencial fonte de renda da União.

Por fim, deve-se prestar atenção quanto à forma de devolução dos valores em caso de absolvição superveniente. Não parece justo determinar que além de ser submetido a um processo judicial e ter seus bens vendidos em hasta pública, a pessoa acusada seja obrigada a se submeter ao regime de precatórios para ser indenizado.

DA UTILIZAÇÃO DE BENS SUJEITOS A MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 133-A. O juiz poderá autorizar, constatado o interesse público, a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição para uso exclusivo em atividades de prevenção e repressão a infrações penais.

§ 1º O órgão de segurança pública participante das ações de investigação ou repressão da infração penal que ensejou a constrição do bem terá prioridade na sua utilização.

§ 2º Fora das hipóteses anteriores, demonstrado o interesse público, o juiz poderá autorizar o uso do bem pelos demais órgãos públicos.

§ 3º Se o bem a que se refere o caput for veículo, embarcação ou aeronave, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento em favor do órgão público beneficiário, o qual estará isento do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores à disponibilização do bem para a sua utilização, que deverão ser cobrados de seu responsável.

§ 4º Transitada em julgado a sentença penal condenatória com a decretação de perdimento dos bens, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, o juiz poderá determinar a transferência definitiva da propriedade ao órgão público beneficiário ao qual foi custodiado o bem.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo assim JUSTIFICADA:

No Código de Processo Penal, não há previsão para utilização dos bens apreendidos antes da decretação de seu perdimento e venda em hasta pública. No entanto, essa possibilidade está prevista na legislação esparsa.

O Estatuto do Desarmamento permite a doação de armas de fogo apreendidas aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas quando não mais interessarem à persecução penal (Lei nº 10.826/03, art. 25).

Já a Lei de Drogas admite que, comprovado o interesse público, os órgãos ou “*entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas*” possam utilizar os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes nela previstos (Lei 11.343/06, art. 61).

O PL, no entanto, busca expandir essa dinâmica aos crimes comuns, criando a possibilidade de utilização de quaisquer bens, por qualquer órgão público, independentemente da natureza da infração e da vinculação do bem à natureza do crime imputado.

Assim, por exemplo, um acusado de praticar crimes contra a ordem tributária, proprietário de luxuoso imóvel em local onde o Governo do Estado considere estratégico para quaisquer finalidades da Administração Pública, será possível o sequestro desse bem – independentemente da existência de elementos que indiquem ter sido adquirido com proventos da infração penal – bem como sua utilização antecipada, isto é, no limite, antes mesmo da prolação da sentença.

Desde que garantida a indenização dos danos causados aos bens constrictos em caso de absolvição, a medida não parece ser tão nociva quanto as demais. No entanto, a análise do que constitui interesse público deve ser feita com rigor, sob pena de se custear e manter as forças de segurança pública (e órgãos estatais em geral), ainda que parcialmente, com o patrimônio alheio, incentivando o esvaziamento de dotação orçamentária própria para a aquisição regular de bens próprios às atividades desenvolvidas pela máquina pública.

CONCLUSÕES

Num primeiro momento, a facilitação do perdimento e a possibilidade de utilização dos bens constrictos por órgãos públicos pode parecer benfazeja no tocante ao combate à criminalidade. Há efeitos positivos, por óbvio, já que não se pode perder de vista que, diferentemente da criminalidade organizada, o orçamento das forças de segurança pública é limitado.

No entanto, admitindo-se que o combate à criminalidade seja protagonizado pelo sistema de justiça criminal (Ministério Público e Judiciário), a dinamização dessas atividades não pode sobrepor-se a direitos e garantias individuais. As evidentes violações procedimentais fragilizam a presunção de inocência e o devido processo legal, além de que as 'facilidades' que se pretende ver inauguradas com a aprovação do PL tendem a fomentar um comportamento predatório, onde a lógica do sistema de justiça seria subvertida: as pessoas passam a ser alvo de investigação não por indícios da prática de ilícitos, mas pelo interesse estatal em seu patrimônio. No mesmo sentido, a utilização de bens constrictos pode incentivar uma dependência das forças de segurança pública em relação a essas apreensões.

Deve-se prestar atenção nos exemplos internacionais onde essas táticas foram adotadas durante anos e hoje estão sendo revistas, dados os resultados práticos negativos – e não previstos. Aqui, ao contrário, a experiência de outras nações nos servem de exemplo e alerta.

Nos Estados Unidos, Michelle Alexander cita o perdimento de bens – *civil forfeiture* – como um dos principais fatores de incentivo por trás da Guerra às Drogas, gerando inúmeros casos de corrupção e mal comportamento policial³⁵.

Por fim, reconhece-se a necessidade de agilização do

³⁵ Alexander, M., 2012. *The new Jim Crow – Mass incarceration in the age of Colorblindness*. The New Press, Nova York.

procedimento relacionado à decretação do perdimento de bens. No entanto, insiste-se: as normas constitucionais e os princípios de um processo democrático devem ser respeitados. A utilização de conceitos jurídicos indeterminados e a criação de hipóteses em que o perdimento dos bens poderia ocorrer sem provas de sua origem ilícita ou sem a demonstração de vínculo com a infração apurada, extrapolam as balizas da razão e as finalidades do instituto, corrompem a sua essência e tais consequências não podem ser ignoradas pelo Parlamento.

II. III. RELACIONADAS À BANALIZAÇÃO DO SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

§2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de

instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.
(Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.
(Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1o e 2o deste artigo.
(Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§8º Aplica-se o disposto nos §§ 2o, 3o, 4o e 5o deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§9º Na hipótese do § 8o deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Art. 185.
(...)

§2º O juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso

tecnológico de transmissão de som e imagens em tempo real, desde que a medida seja suficiente para atender a uma das seguintes finalidades:

(...)

IV - responder à questão de ordem pública ou prevenir custos com deslocamento ou escolta de preso. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

(...)

§8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, audiência de custódia e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

(...)

§10 Se o réu preso estiver recolhido em estabelecimento prisional localizado fora da comarca ou da subseção judiciária, o interrogatório e a sua participação nas audiências deverão ocorrer na forma do §2º, desde que exista o equipamento necessário.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo, mantendo-se a redação atual:

As alterações propostas resumem-se, aqui, a quatro: primeiro, extirpa do §2º a locução “*excepcionalmente*” no que diz respeito à possibilidade de realização de videoconferência de *todos os atos processuais que dependam da participação da pessoa presa* (conf. §8º); segundo, extirpa do inciso IV do §2º a locução “*gravíssima*” que qualificava a noção de ordem pública (conceito jurídico indeterminado por excelência) e acrescenta a *prevenção de custos de deslocamento ou escolta* dos presos, tudo para ampliar a possibilidade de uso da videoconferência em detrimento do direito do acusado de estar presente nos atos processuais; terceiro, introduz, no §8º, a **audiência de custódia** no rol de atos passíveis de serem realizados por videoconferência; e, quarto, estatui a possibilidade de realização da videoconferência pelo fato de o acusado estar **preso em comarca distinta** daquela na qual tem curso o processo de conhecimento.

Todas as disposições somadas, **resta claro que o objetivo das alterações é promover uma banalização da videoconferência, que deve ser excepcional**, como disposto na redação atual do Código de Processo Penal.

Tomemos como ponto de partida de nossas considerações acerca do PL neste ponto, a audiência de instrução e julgamento. É nela que o acusado tem a oportunidade de exercer sua autodefesa, seja apresentando sua versão dos fatos, seja questionando testemunhas ou ofendidos. Caso o acusado responda o processo em liberdade, é seu direito estar presente ao ato. No caso dos acusados presos, o direito de comparecer implica necessariamente a obrigação do Estado de conduzi-los ao local de sua realização. Evidentemente, a garantia desse direito traz custos.

Diante dos crescentes gastos com o transporte de presos para os atos nos quais devam estar presentes – reflexo direto da política de superencarceramento adotada pelo Brasil a partir dos anos 90 –, em 2009, após intensos debates e tentativas inconstitucionais de alguns estados legislarem sobre o assunto, o Congresso Nacional aprovou a Lei 11.900/09, possibilitando a realização do interrogatório por videoconferência.

Assim, a atual redação do art. 185 do CPP é recente. O juiz pode, *excepcionalmente* e por decisão fundamentada, realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência. Reforçando a excepcionalidade da medida, a lei trouxe um rol *taxativo* de hipóteses para realização do ato de forma virtual (CPP, incisos I a IV do §2º do art. 185).

Apesar da polêmica, o ritmo de implementação da estrutura necessária à realização do interrogatório por videoconferência corresponde às realidades estaduais (reconhecidamente heterodoxas) e em muitos estados os atos continuam sendo realizados na sede do Juízo em muitos casos, a bem do direito dos acusados privados de liberdade.

Ao eliminar a excepcionalidade do interrogatório, contudo, o PL incentiva e acelera a necessidade de estruturação do Judiciário na direção de um descumprimento sistemático da garantia processual de estar presente aos atos processuais.

Eis aqui um sintoma da temeridade do PL em seu propósito voluntarista de reforma: ao mesmo tempo em que retira da possibilidade de videoconferência a excepcionalidade – atributo que se harmoniza com a *regra* de que o acusado deve estar presente ao *ato que depende de sua presença* (perdoado o truísmo) – mantém locuções legais que tornam o Código um diploma desarmônico. Um *ato que depende da presença do acusado* só pode ser realizado sem a sua presença de modo excepcional. Pelo Projeto, no entanto, tais atos (que se caracterizam justamente *necessidade de presença* do acusado) podem ser realizados *sem a presença* do acusado.

É uma questão de forma: legaliza-se a contradição em termos. Mas é fundamentalmente uma questão de conteúdo.

A redação proposta para o inciso IV do §2º (“*responder à questão de ordem pública ou prevenir custos com deslocamento ou escolta de preso*”) ao mesmo tempo em que erige qualquer “*questão de ordem pública*” a requisito – por eliminar a locução “*gravíssima*” do dispositivo –, põe também a “*prevenção de custos com deslocamento e a escolta de presos*” à disposição do juiz que prefira o acusado longe do perímetro forense.

Neste sentido, somada à eliminação da “*excepcionalidade*” o espírito do Projeto repousa em transformar o que há de mais corriqueiro na prática judiciária criminal em requisito para a “*higienização o processo criminal*”, a partir da eliminação da presença física do acusado nos atos processuais que lhe dizem respeito.

Some-se a isso a vagueza e indeterminação da noção de ordem pública – *reconhecidamente utilizada de modo automatizado e mecânico na decretação de prisões preventivas, mazela que faz com que o número de presos sem condenação no país alcance níveis alarmantes* –, agora destinada também a justificar a realização de atos por videoconferência sem quaisquer freios. A “*prevenção de custos*”, por si só, serviria de motivação idônea a ser mobilizada em desfavor do direito de presença do acusado em

Juízo. Sequer se especifica tais custos seriam elevados, desnecessários ou evitáveis. Havendo “custos”, cabe a videoconferência. E custos, claro, sempre haverá.

Fomenta-se a expansão da tecnologia (gerando custos) em detrimento de direitos e garantias fundamentais (CR, art. 5º, LIV – devido processo legal substantivo, princípio do *his day in Court*, dentre outros), sob o argumento de que a medida, assim, representaria economia. Isto fica claro quando até o mesmo o natural deslocamento da pessoa privada de liberdade por ordem do próprio Estado(-Juiz) seja alijada da possibilidade de estar presente a um ato necessário ao exercício regular do poder punitivo. Não se trata de uma questão contábil apenas.

Como se sabe, a *garantia constitucional da ampla defesa* compõe-se da obrigatoriedade de defesa técnica e da autodefesa. Esta é exercida pelo próprio acusado, subdividindo-se em *direito de audiência* e *direito de presença*³⁶. O Projeto fragiliza a garantia constitucional enfeixada pelos referidos direitos. Vejamos.

O *direito de audiência* é o direito do acusado ser ouvido pelo Juiz da causa para apresentar sua versão dos fatos. A Constituição da República garante de forma genérica a ampla defesa (CR, art. 5º, LV), mas o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabelece expressamente que “*toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente*” (art. 14.1) e a Convenção Americana de Direitos Humanos é ainda mais clara quanto ao ponto (CADH, art. 8.1), *in verbis*:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

³⁶ Brasileiro de Lima, R., 2018. Manual de processo penal. JusPodivm, Salvador.

Em nosso ordenamento processual, o direito de audiência se aperfeiçoa e concretiza com o interrogatório do réu, momento em que ele decidirá se fará uso do seu direito de apresentar sua versão dos fatos, negando ou confirmando a hipótese acusatória (narrada na denúncia), ou se fará uso do seu direito constitucional e legal de permanecer em silêncio (CR, art. 5º, LXIII; CPP, art. 186, parágrafo único).

A presença física do acusado no momento do interrogatório, além de prevista expressamente no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, decorre claramente do devido processo legal e do próprio sistema acusatório, onde o *acusado é sujeito de direitos* e não apenas objeto de investigação³⁷. Isso porque, além de apresentar sua versão sem intermediários, o acusado tem o direito de exercer influência sobre o ânimo do julgador com sua presença, não por acaso, o próprio *codex* impõe a obrigatoriedade de se questionar ao interrogado “*se tem algo a mais a acrescentar em sua defesa*” (CPP, art. 187, VIII), direito que se exerce de modo amplo a partir da imediação com o julgador, algo que a videoconferência solapa por tornar distante e asséptico os atos processuais que, de acordo com a redação do próprio PL, “*dependam da participação da pessoa que esteja presa*”.

Como ensina Stanley Milgram, o fato de estarmos fisicamente próximos ou afastados uns dos outros pode ter um poderoso efeito sobre os processos psicológicos que mediam nosso comportamento em relação a terceiros³⁸. Aplicando esse raciocínio ao processo penal, é possível concluir que a proximidade física entre os sujeitos processuais e o julgador afeta os níveis de empatia e impede um descolamento emocional por parte dos envolvidos, evitando, assim, a prática de arbitrariedades.

Ao levar em consideração o impacto psicológico que a presença física traz, a realização do interrogatório por videoconferência acaba afetando negativamente

³⁷ Tucci, R.L., 2004. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. RT, São Paulo.

³⁸ Milgram S., 1974. Obedience to authority: an experimental view. New York: Harper & Row.

a própria paridade de armas no processo, uma vez que as testemunhas e as vítimas estarão presentes para prestar seus depoimentos e influenciar o juiz, ao passo que o acusado não terá o mesmo direito.

O direito de presença, além de entrelaçado ao direito de audiência, garante a presença física do acusado no momento da produção da prova em juízo, especialmente a prova testemunhal, permitindo a integração entre a autodefesa e a defesa técnica³⁹. Isso porque, apenas o acusado poderá apontar de forma hábil e eficaz eventuais excessos, inverdades e omissões no depoimento de uma testemunha e realizar o exame cruzado no que toca ao depoimento prestado pelas testemunhas arroladas pela acusação. Por mais que seu defensor esteja familiarizado com os autos e com a própria versão do acusado, não há como antecipar tudo o que será dito por cada uma das testemunhas ou mesmo pela vítima.

Novamente, apesar de nossa Constituição Federal garantir de forma genérica a ampla defesa e o devido processo legal, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.3, “d”) estabelece de forma cristalina que

“Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade (...) de estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha (...).”

Mais além, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos garantem aos acusados o direito ao confronto ao prever o direito de interrogar ou inquirir as testemunhas presentes no tribunal (art. 14.3, “e” e art. 8.2, “f”, respectivamente). Ora, ao garantir o direito ao confronto, os Tratados reforçam o direito de o acusado estar presente, na medida em que sua presença é essencial ao exercício do direito ao confronto. A respeito, destaca-se a lição de Diego Rudge

³⁹ Giacomolli, N.J., 2014. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: casos da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. Atlas, São Paulo

Malan:

Confrontar denota a necessidade da presença física simultânea de duas ou mais pessoas (no caso, acusado e testemunhas de acusação) em um mesmo espaço físico (sala de audiências), onde elas interagem entre si em uma situação de antagonismo.⁴⁰

Apesar da reforma proposta não se dirigir diretamente a este ponto, não é necessário esforço argumentativo para concluir que se o acusado não for conduzido para seu interrogatório com fundamento na redução de custos ou por questão de ordem pública, certamente também não será conduzido ao fórum para presenciar a inquirição das testemunhas e vítimas.

Destarte, é inegável que a ausência do acusado da sala de audiência prejudica de sobremaneira a integração entre a defesa técnica e a autodefesa e inviabiliza-se o direito ao confronto, implicando, assim, em séria violação do direito de defesa como um todo.

⁴⁰ Malan, D.R., 2009. O direito ao confronto no processo penal. Lumen Juris, Rio de Janeiro.

DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

No que tange à expansão da tecnologia às audiências de custódia, **a violação ao direito de presença se torna ainda mais evidente**, haja vista que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) estabelece expressamente em seu art. 7. 5. que toda pessoa detida ou retida deve ser **conduzida**, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais. A mesma determinação (“*deverá ser conduzida*”) está insculpida também no art. 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), originado na Organização das Nações Unidas (ONU). Ambos os diplomas mencionados foram internalizados, respectivamente pelos Decretos 678/1992 e 592/1992, cujo *status* normativo supralegal restou reconhecido pelo STF (RE 466.343-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe 05.06.2009).

A própria noção de “*condução*”, empregada nos dois diplomas internacionais, já deixa evidente a **necessidade de imediação entre a pessoa privada de liberdade e a autoridade judicial**. A *condução à presença* de um juiz **é da essência da audiência de custódia**. Qualquer forma distinta dessa configuração procedimental esvazia a finalidade do ato.

Em obra de análise de sua jurisprudência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) aponta que o simples conhecimento pelo Juiz de que uma pessoa está presa não satisfaz a garantia estabelecida no art. 7º.5. da CADH, pois é necessário que o preso compareça pessoalmente e preste declarações diante de um juiz ou autoridade competente⁴¹.

Como se sabe, a Audiência de Custódia se destina a permitir o *contato direto* do Juiz com a pessoa privada de liberdade – seja ela presa em flagrante (Resolução CNJ nº 213/15, art. 1º), ou por mandado de prisão cautelar ou definitivo

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Corte IDH, São José da Costa Rica.

(Resolução CNJ nº 213/15, art. 13). Portanto, à obrigação da autoridade policial remeter às partes cópia do Auto de Prisão em Flagrante em até 24 horas (CPP, art. 306, *caput* e §1º) é acrescentada a obrigação do Estado de se estruturar para efetivamente *conduzir* a pessoa privada de liberdade à presença física do juiz.

Esta condução, cuja *ratio essendi* repousa em oportunizar à autoridade judicial que profira decisão com o maior grau de acurácia e eficiência possível acerca de dois pontos: primeiro, sobre as providências a serem adotadas diante de indícios de tortura; segundo, sobre a necessidade-adequação da custódia cautelar (CPP, art. 310 e incisos).

Abusos perpetrados por parte dos agentes de segurança pública⁴² precisam ser fiscalizados com mais rigor, tendo em vista que o Estado brasileiro ocupa uma das piores posições no ranking mundial nesse tema, de acordo com a *Human Rights Watch*⁴³, sendo certo que o Plano de Ações Integradas para a Prevenção e Combate à Tortura no Brasil⁴⁴, documento de 2006, listou quatro condições para a permanência dessas odiosas práticas até os dias atuais, são elas: (i) a resistência dos funcionários em denunciar seus pares; (ii) a resistência dos atores do sistema de justiça criminal em reconhecer que há uma tolerância à tortura; (iii) o medo das vítimas em denunciar, em ir até as últimas consequências; (iv) a percepção equivocada de que a tortura produz efeitos imediatos (obtenção de informações ou manutenção da ordem nos locais de privação de liberdade).

Pesquisa da Defensoria Pública do Rio de Janeiro⁴⁵, reúne achados estatísticos importantes para a compreensão da permanência da tortura como uma

⁴² Giacomolli, N.J., 2014. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. Atlas, São Paulo.

⁴³ Human Rights Watch, 2018. World Report. Seven Stories Press, Nova York.

⁴⁴ Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/prevencao-e-combate-a-tortura/plano-de-acoes-integradas-para-a-prevencao-e-o-combate-a-tortura-no-brasil.pdf/view>

⁴⁵ Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/e3cea99e501d4dc8b8354a28cdfc3d8c.pdf>

realidade cotidiana na dinâmica de aprisionamento no Estado. A realidade estadual não discrepa do que ocorre em outros Estados.

A Pesquisa – que extraiu dados das declarações prestadas pelas pessoas privadas de liberdade por ocasião da realização das audiências de custódia em cerca de dez mil casos – revelou que 35% dos presos narra ter sofrido agressões, destas, 15,5% fala expressamente em tortura. Em 60% dos casos essas práticas são atribuídas à polícia militar. E o mais chocante é as vítimas de tortura ou maus tratos são em sua maioria negros (79%), um percentual maior até do que o de negros privados de liberdade em relação aos brancos.

A condução do flagranteado à presença física do juiz é o único modo de materialização da audiência de custódia com estrita observância de sua essência, de sua razão de existir. Neste contexto de violação estrutural à integridade física dos presos, a fiscalização da ocorrência de tortura ou maus tratos é absolutamente dependente da presença do flagranteado. Aliás, em relação à fiscalização da tortura, cabe lembrar a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, comprometendo-se perante a comunidade internacional a tornar mais eficaz a luta contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Como sustentam Daniella Vitagliano e Ricardo André de Souza, os diversos diplomas legais que preveem a audiência de custódia, nacionais e convencionais, trazem disposições expressas a respeito da necessidade da efetiva presença da pessoa detida, especialmente em razão da necessidade de analisar, *icto oculi*, o estado em que ela se encontra após a intervenção estatal que retirou o seu direito à liberdade.⁴⁶

⁴⁶ Vitagliano, D. e Souza, R.A., 2018. *Audiência de custódia por videoconferência: incompatibilidade a luz da Convenção Americana de Direitos Humanos*. In *Cadernos Estratégicos – Análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. (226-245). Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação Geral de Programas Institucionais, Centro de Estudos Jurídicos - CEJUR. – Rio de Janeiro, p. 233.

Assim, a proposta de realização da audiência de custódia *pelo sistema de videoconferência* não passa pelo controle de convencionalidade⁴⁷ e, caso aprovada, prejudicará ambas as finalidades do ato, esvaziando-o de qualquer sentido.

Por fim, saliente-se que o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) órgão que compõe a estrutura institucional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), emitiu Nota Técnica⁴⁸ no sentido da “*impossibilidade de utilização do sistema de videoconferência para a realização das audiências de custódia*”. O parecer, aprovado à unanimidade pelos Conselheiros do CNJ, debruçara-se sobre a redação do substitutivo do PLS 554/2011 (altera o Código de Processo Penal), aprovado pelo Senado e encaminhado à Câmara, precisamente quanto ao dispositivo relacionado à audiência de custódia. Vejamos.

O referido PL, caso aprovado, insere o seguinte §11 ao art. 306 do Código de Processo Penal: “*Excepcionalmente, por decisão fundamentada do juiz competente e ante a impossibilidade de apresentação pessoal do preso, a audiência de custódia poderá ser realizada por meio de sistema de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão de som e imagem em tempo real, respeitado o prazo estipulado no §10.*” De plano, vê-se a preocupação do legislador em manter-se, como regra, a imediação do juiz com a pessoa presa. O Projeto aqui comentado, no entanto, foge a essa regra e pretende tornar cotidiano e usual o que deve ser excepcional e esporádico.

O DMF deixou clara a “*finalidade protetiva e garantista*” do ato, atributos que se extraem dos Tratados Internacionais. Salientando que “*a tortura, ainda, é prática endêmica em nosso país*” ressalta que “*abdicar da apresentação pessoal da pessoa presa à autoridade judicial é desperdiçar um instrumento e uma oportunidade eficazes para*

⁴⁷ Mazzuolli, V., 2010. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica. 3a Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo

⁴⁸ Nota Técnica – 0004468-46.2014.2.00.0000 (Requerente: Humberto Sergio Costa Lima; Requerido: CNJ).

impedir e coibir práticas de tortura e maus tratos, eis que a ‘transmissão de som e imagem’ não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona.”

Há, além disso, dificuldades de operacionalização prática do ato por videoconferência. Banalizada a sua prática, o quadro se agravará.

Não bastassem as críticas dogmáticas à videoconferência, cabe lembrar que a operacionalização da tecnologia encontrará imensas dificuldades de ordem prática. Por exemplo, em quaisquer atos realizados por videoconferência (mesmo na atual redação do art. 185 do *codex*), o acusado deverá contar com pelo menos dois defensores: um dentro da sala de audiências, outro dentro da unidade prisional.

Em se tratando de acusados que possuem condições financeiras de contratar um advogado, a questão se resolverá com, no mínimo, um acréscimo nos honorários advocatícios para que o acusado possa ser acompanhado por dois causídicos. Porém, tratando-se de acusados hipossuficientes – imensa maioria do sistema carcerário – deve-se reconhecer que nem todas as Defensorias Públicas têm estrutura e orçamento para fazer frente à demanda. Isso porque, apesar do imenso avanço normativo trazido pela emenda constitucional n. 80, ainda falta muito para atingir a meta de ao menos um defensor público em cada unidade jurisdicional.

De acordo com o Diagnóstico da Defensoria Pública feito pelo Ministério da Justiça em 2015, das 2.750 unidades jurisdicionais, havia defensores públicos em apenas 1.064 (40%). O número atual (2019) de defensores chegou a 6.013, ao passo que hoje há no Brasil 11.807 magistrados e 10.874 membros do Ministério Público. Mesmo que houvesse um núcleo da Defensoria Pública em cada comarca, pouquíssimas são as instituições estaduais (DPEs) em número suficiente à designação de dois para uma única audiência. Assim, considerando que a Defensoria Pública não pode atuar em casos onde o acusado constitui advogado e que não podem ser nomeados advogados para acompanhar

atos em benefício de acusados hipossuficientes onde há Defensoria Pública, a realização da videoconferência se afigura de difícil operacionalização. Banalizar a videoconferência não é uma opção legislativa que se harmonize ao projeto constitucional.

A transformação da videoconferência em regra é inconstitucional. Viola o devido processo legal (CR, art. 5º, LIV) e a garantia da ampla defesa (CR, art. 5º, LV). A expansão da tecnologia à Audiência de Custódia viola de maneira ainda mais direta a CADH e o PIDCP, bem como reiterada jurisprudência da CortelDH. Por fim, a proposta aparenta não ter levado em consideração as imensas dificuldades de operacionalização da videoconferência na prática forense, em especial em comarcas de pequeno porte.

Não se ignora que a Convenção de Palermo prevê expressamente a produção de prova oral por videoconferência (art. 24.2, *b*) ou que o Código de Processo Penal preveja a possibilidade de retirada do acusado da sala de audiências quando sua presença puder “*causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido*” (CPP, art. 217). No entanto, **tais previsões existem em caráter de exceção** e restritas a casos específicos como forma de ponderar os direitos do acusado e os direitos das testemunhas ou ofendidos no processo penal. Ainda que o interrogatório por videoconferência seja passível de críticas severas, estas poderiam ser amenizadas com a previsão limitada e *taxativa* de suas hipóteses de cabimento. A previsão geral e abstrata, no entanto, não possui espaço no ordenamento.

Como acertadamente sustentou o Decano do STF ao tratar do tema, *alegações de mera conveniência administrativa* (RTJ 142/477-478, Rel. Min. Celso de Mello) não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição. Reiterando seu entendimento, o Ministro recorreu às seguintes lições para decidir o HC 86.634/RJ, *in verbis*:

“O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia

constitucional do “due process of law” **e que asseguram**, por isso mesmo, ao acusado, **o direito de comparecer** aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, **ainda que situado este em local diverso daquele em que esteja custodiado o réu** (...)

Essa prerrogativa processual **reveste-se** de caráter fundamental, **pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa**, quanto complexo de princípios e de normas que amparam **qualquer** acusado **em sede** de persecução criminal, **mesmo que se trate** de réu processado por **suposta** prática de crimes hediondos **ou** de delitos a estes equiparados. **Precedentes.**”

A bem da verdade, nos termos em que veio a lume, o PL pretende promover verdadeira ressignificação do papel do acusado dentro do processo. Ao transformar em regra a possibilidade de que *atos que dependem da presença do acusado* possam ser realizados sem a presença do acusado, para além da contradição inescapável que a proposta engendra, retira-se o acusado preso da sala de audiências e relega sua existência ao plano abstrato, desumanizando-o em larga medida.

Em um movimento de cunho claramente inquisitório e avesso ao devido processo legal, o acusado reverte à sua posição de *mero objeto* de investigações ao invés de sujeito de direitos. Tudo com fincas no interesse inconfessável de higienizar-se os fóruns da presença de “pessoas indesejáveis”.

Por todo o exposto, recomenda-se a SUPRESSÃO do dispositivo.

III. IV. RELACIONADAS À EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

O PL tem por objetivo introduzir na legislação infraconstitucional a execução provisória (*rectius*: antecipada) da pena. E o faz a partir da introdução ou alteração da redação em diversos dispositivos legais, a saber: no **Código de Processo Penal**, art. 133, art. 283, art. 492, inciso I, alínea e) e §4º, bem como art. 617-A e ainda os art. 637 e art. 638; na **Lei de Execuções Penais**, art. 50 e art. 164. As alterações pretendem se antecipar à filtragem constitucional que se dará de modo definitivo quando do julgamento, pelo STF, das ADCs 43 e 44, aprazado para o dia 10.04.2019.

Nada obstante, enxerga-se no teor das propostas adiante escrutinadas o nítido propósito de cristalizar em lei aquilo que o STF decidira no julgamento dos HC 126.292/SP e HC 126.292/PR, por apertada e oscilante maioria. Tudo a despeito do contundente teor do art. 283 do *codex*, cuja redação é dada por lei relativamente recente: nº 12.403/2011⁴⁹.

Nesta ordem, passa-se à análise pontual dos dispositivos (adiante agrupados por pertinência e afinidade temática), esclarecendo que os artigos relativos ao perdimento de bens (CPP, arts. 133 e 133-A, este introduzido pelo PL) já foram enfrentados em capítulo anterior e que os relacionados à Lei de Execuções Penais (LEP, arts. 105, 147 e 164) também serão analisados em capítulo próprio, adiantando-se, contudo, quanto a estas que se limitam a introduzir locuções que objetivam agasalhar a execução antecipada da pena nos dispositivos que, atualmente, referem-se ao trânsito em julgado.

⁴⁹ O diploma promovera a assim chamada “minirreforma” do CPP, relacionada à prisão provisória. Ao introduzir a possibilidade de adoção de *medidas cautelares diversas da prisão* com vistas à redução do aprisionamento provisório, o legislador viu seu intento (política criminal) restar esvaziado pela operacionalidade prática do sistema de justiça criminal brasileiro. De 2011 até hoje o número de presos provisórios no Brasil só fez crescer. Estima-se que, hoje, cerca de metade das pessoas privadas de liberdade no Brasil não tenha sido condenada com trânsito em julgado.

DAS MEDIDAS REFERENTES ÀS DECISÕES DE ÓRGÃOS COLEGIADOS:

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude sentença condenatória transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado.

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa levar à provável revisão da condenação.

§ 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO dos dispositivos, mantendo-se a redação atual:

Como dito, a redação do art. 283 do Código de Processo Penal foi dada pela Lei 12.403/11. A redação anterior fora deslocada para o §2º, de modo que o legislador, em 2011, deixou claras as hipóteses de prisão no ordenamento jurídico brasileiro. Justamente, por isso, o PL pretende modifica-la para ampliar tais hipóteses.

Saliente-se que a Lei 12.403/11 vem a lume após e *em harmonia* com a decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 84.078/MG, em fevereiro de

2009. Relatado pelo Min. Eros Grau, o voto condutor da tese vencedora foi claro em afirmar que *“a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”*

Como se sabe e já foi dito, tal entendimento restou modificado diante do que se decidira nos HCs 126.292/SP e 126.292/PR, pendendo de julgamento, no entanto, as igualmente já mencionadas ADCs 44 e 45.

É imperiosa a análise da matéria a partir do texto constitucional, que aliás é taxativo em seu art. 5º, inciso LVII quando estatui: ***ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.***

O texto Constitucional é de uma clareza ímpar, de forma que não se pode dar ao texto outra interpretação além da literal. Somente após o trânsito em julgado alguém pode ser considerado culpado. Assim, não cabe ao STF nem ao legislador infraconstitucional exigirem o cumprimento de penas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Se recursos são cabíveis, ainda que dotados de efeitos meramente devolutivos, é porque o sistema admite a possibilidade de reforma, total ou parcial do édito condenatório.

A privação de liberdade, o tempo passado no cárcere é irresgatável. Até mesmo a lei processual civil – que rege, em regra, direitos disponíveis – impede a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional *“quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”* (CPC, art. 300). Por óbvio, ninguém há de considerar reversíveis os impactos vivenciais e biográficos do cárcere na trajetória de quem quer que seja. A Constituição, portanto, inadmitte a antecipação do cumprimento de pena porque a regra (de tratamento) nela insculpida está atenta e hígida no que toca aos efeitos deletérios e estigmatizantes da privação de liberdade.

O PL, inclusive, vai mais além do que a execução “provisória” das penas privativas de liberdade. Prevê o cumprimentando *antecipado* de penas pecuniárias e das restritivas de direitos. Tudo sem que estejam revestidas de qualquer espécie de cautelaridade. Estranha-se, tendo em conta que a pretensão legislativa não é acompanhada de requisitos relacionados a riscos ou prejuízos decorrentes da delonga relacionada ao aguardo do esgotamento das vias recursais (trânsito em julgado), presumidamente protelatórios pelas forças interpretativas que têm advogado a solução estampada na Proposta em comento.

Argumentos de ordem pragmática, ou utilitaristas – em síntese, consequencialistas, mas que desprezam a garantia fundamental pétrea (CR, Art. 5º, LVII) destinada ao indivíduo, ao cidadão – também vêm à baila, tais como aqueles que pretendem “*tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado*” (conf. voto do Min. Roberto Barroso no HC 126.292/SP) como se tal desiderato pudesse se alcançado ao arrepio do projeto constitucional e à reboque da violência institucional (embora legítima) representada pela antecipação da privação de liberdade.

Outros argumentos, notadamente casuísticos, porém alçados à universalidade a partir de retóricas alarmistas e ocasionais também têm entrado em cena no esforço de descumprir a Lei Maior (como é o caso do recurso à opinião pública de que lançara mão o Min. Luiz Fux no já citado HC 126.292/SP) ao suporem que “*a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer*”. Como se “a sociedade” tivesse de ser representada pelo Supremo Tribunal Federal – cuja missão, aliás, é de *guardar* (CR, art. 102, *caput*) o texto constitucional ainda que de modo contramajoritário.

As ponderações alinhadas à proposta em comento não se dão fora de contexto. Estão visceralmente ligadas ao propalado “combate à corrupção”, tema que, nas palavras do Min. Roberto Barroso, “*entrou no ‘radar’ da sociedade brasileira e tem*

*potencial de melhorar o patamar ético do país*⁵⁰.

Quanto ao contexto de momento, impende rememorar as percucientes lições do Min. Eros Grau no já mencionado HC 84.078 quando aponta para o “casuísmo do legislador” na edição das Leis 8.072/90 e 8.038/90. Neste ensejo, citara a crítica de Alberto Silva Franco⁵¹, cuja relevância e pertinência exige reprodução integral aqui. *In verbis*:

“É mister, portanto, que se denuncie com eloqüência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal. [...] Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90”

É certo que, observados determinados requisitos, o PL *excepciona* a execução antecipada das penas. Em verdade, transforma em regra o que deve ser exceção e vice-versa. Assim, na forma do proposto art. 617-A, “*excepcionalmente*” seria possível “*deixar de autorizar a execução provisória*” quando houver (§1º do art. 617-A): “*questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa levar à provável revisão da condenação*”.

Neste cenário legal, restaria pouca margem ao juiz que tivesse a inteireza de ânimo e a firmeza de propósitos para agir da forma recomendada por Silva Franco nas lições acima, ainda que, nos tempos em que estamos pudéssemos os magistrados se manter “*indiferentes às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de*

⁵⁰ Palavras do Ministro no lançamento do prêmio JOTA INAC de combate à corrupção, em <http://jota.uol.com.br/jota-lanca-premio-de-combate-corrupcao-em-parceria-com-inac-e-new-yorkuniversity>

⁵¹ Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 98/99.

seus próprios colegas”.

É que as disposições empregadas no PL para um novel art. 617-A revestem-se de noções jurídicas indeterminadas, as quais, além disso, criam *discriminem* inexistente no ordenamento jurídico: por acaso, *contrario sensu*, se poderia falar em “questões constitucionais irrelevantes”, mormente quando em disputa estariam a culpabilidade e a liberdade mesma do acusado? Evidente que não. Portanto a referência à “relevância” das questões *constitucionais* jamais poderia admitir gradientes como os que o PL pretende inaugurar para temperar a inconstitucional alteração do *codex*. Do mesmo modo, as questões *legais* com potencial de interferir no destino processual do acusado não admitem o escalonamento proposto.

Importa demonstrar, a par de tudo isso, que as propostas de execução antecipada da pena, a pretexto de impactarem na *impunidade que serviria de incentivo à criminalidade do colarinho branco* terá, em verdade, o preocupante efeito de afetar aqueles que já são usualmente capturados pela malha criminal; os que respondem pelos crimes que mais encarceram no Brasil. Trata-se dos delitos previstos na Lei de Drogas, dos crimes contra o patrimônio, dos crimes dolosos contra a vida e daquelas condutas incriminadas pelo Estatuto do Desarmamento.

O perfil das pessoas condenadas pelas condutas aludidas no parágrafo anterior é conhecido porque revelado por inúmeras pesquisas: são jovens, negros (pretos e pardos), de baixíssima escolaridade e residentes nas regiões periféricas dos grandes centros urbanos brasileiros. **Buscar a equidade do sistema a partir do paradigma da privação de liberdade, como se pretende, significa estender a escorchante e cotidiana privação de liberdade de *muitos* à pontual e rarefeita impunidade de *poucos*. É, nesta ordem, um projeto fadado a ampliar a marginalização de *todos*.** O PL, neste aspecto, está em franca oposição a um dos objetivos fundamentais da República (CR, art. 3º, III).

Documento acostado às ADCs 43 e 44 pelas Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo (DP-SP) e Rio de Janeiro (DP-RJ) demonstra o seguinte:

- nos meses de fevereiro, março e abril de 2015, a DP-SP observou que 60% dos REsp e 25% dos AREsp interpostos junto ao STJ obtiveram resultados positivos do ponto de vista do direito dos acusados;

- entre maio de 2014 e dezembro de 2015, 1.476 casos foram levados ao conhecimento do STJ pela DP-RJ, divididos em HC, RHC, REsp. e AREsp. Em 41% dos casos de REsp ou AREsp houve atenuação, quantitativa ou qualitativa das penas impostas pelas instâncias inferiores; no caso dos HCs e RHCs este percentual chegou a 49%. Em relação ao regime de cumprimento de pena, em 53% dos casos houve atenuação ou reconhecimento da inadequação do regime fixado, com a determinação de que a instância inferior promovesse a justa adequação;

- a DP-RJ também apurou que em 7% dos casos houve a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, a revelar que a antecipação da privação de liberdade é precipitada e impactará sobremaneira sobre a clientela usual do sistema de justiça criminal.

São dados reveladores da iniquidade de uma política criminal que se pretende ver legalizada nos termos contidos nos dispositivos em comento. Por outro lado, ao contrário das soluções recursais preconizadas – com atribuição de efeito suspensivo aos recursos excepcionais ou mesmo a impetração de *habeas corpus* substitutivos – para sanar casos de manifesta ilegalidade ou teratologia decisória, tais expedientes não se mostram eficazes. Isto fica claro quando se depreende que, mesmo nos HCs que tiveram resultados favoráveis aos impetrantes, apenas em 16% deles a liminar foi deferida, diferindo-se o espancamento das “evidentes” ilegalidades e teratologias para o julgamento de mérito em 74% dos casos.

O tempo médio entre a data do acórdão da Corte local e a decisão do STJ fora de cerca de 5 (cinco) meses, observado a partir da análise de 87 medidas cautelares manejadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de conferir efeito suspensivo aos REsp, os quais em sua quase totalidade buscavam a observância da jurisprudência remansosa dos Tribunais Superiores, sistematicamente desprestigiadas pelos órgãos fracionários do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em outras palavras, o acusado teria de aguardar, em média, cerca de cinco meses preso até que seu caso viesse a ser analisado pelo STJ, tudo porque a jurisprudência desta mesma Corte (ou do STF) não fora prestigiada pelas instâncias inferiores.

Para o acusado, a privação de liberdade é uma e apenas uma, pouco importando se esta decorre de mera captura, prisão provisória (temporária ou cautelar) ou decreto condenatório (transitado em julgado ou não); o corpo está preso. As distinções são *meramente* jurídicas; acompanhadas de seus respectivos *nomen juris*, derivam das abstrações necessárias à racionalização do poder punitivo, historicamente contido pelo Estado e suas instituições. Em outras palavras, são construções categoriais destinadas a conferir contornos técnicos processuais à legítima violência do Estado em face do indivíduo.

Assim, por exemplo, erigiram-se os pressupostos (“*prova da existência do crime*” e “*indício suficiente de autoria*”) e requisitos (“*garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal*”) insculpidos no art. 312 do Código de Processo Penal. Uma vez presentes, de fato e de direito, admite-se a decretação da prisão preventiva, de verniz (jurídico) eminentemente cautelar. A *cautelaridade*, em essência, busca resguardar a eficácia de ato jurisdicional futuro. Daí porque se admite a privação de liberdade antes do trânsito em

julgado da sentença penal condenatória ante a presença dos requisitos e pressupostos que a lei processual penal estabeleceu como necessárias à configuração da imprescindível cautelaridade destinada à privação de liberdade.

Ausentes esses pressupostos e requisitos – ou aqueles relacionados à prisão temporária (Lei nº 7.960/89, art. 1º, por exemplo) – a Constituição da República veda a prisão, como já destacado acima, a partir da compreensão do que dispõem as cláusulas pétreas insculpidas nos incisos LVII e LXI de seu art. 5º. Além disso, o que se pretende com a alteração do art. 283 do Código de Processo Penal é inaugurar a possibilidade de *antecipação* da pena e não de sua execução provisória, porque de provisória a privação de liberdade nada tem como visto.

Nesta ordem de ideias, não se pode antecipar o cumprimento de um título executivo precário, passível de alterações com significativo potencial de impacto nas condições de cumprimento da pena que afinal (quando não couber mais recursos) restar cristalizada pelo trânsito em julgado. Não se trata propriamente de evidenciar a remota possibilidade de *absolvição-inocência* em vista do esgotamento das possibilidades de reexame do acervo fático-probatório sobre o qual as instâncias inferiores (monocrática e colegiada) se debruçaram para concluir pela *condenação-culpa* do acusado.

Este binômio, que vem sendo brandido como ponto de partida do raciocínio segundo o qual a *presunção* que se extrai do inciso LVII – mais expressamente do art. 8.2. da CADH – restaria espancada pelo reconhecimento da culpa nos órgãos jurisdicionais inferiores, é insuficiente para a apreensão integral da situação-problema que mais uma vez se apresenta aos senhores Parlamentares e será revisitada pelo STF no dia 10.04.2019.

Nada obstante, os votos vencedores no julgamento do HC 126.292/SP escoram-se exatamente neste insuficiente e limitado ponto de partida. Ignorando as variáveis e o arco de possibilidades de reforma e dimensionamento relacionados à

dosimetria e ao regime de cumprimento e até mesmo à espécie de pena (que incluem a substituição das penas corporais por restritivas de direito), admitiram a antecipação do cumprimento de uma pena (precária) sustentados no perfunctório binômio culpa/inocência. Vejamos, por exemplo:

“É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado (...). Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória.” (Min. Teori Zavascki, Relator do HC 126.292)

“No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas (...) o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas.” (Min. Roberto Barroso, voto do HC 126.292)

É certo que as estatísticas talvez deem razão ao Ministro Barroso no tocante ao binômio condenação/absolvição, sobre o qual seu raciocínio foi desenvolvido. Mas os números que demonstramos acima revelam a temeridade da conclusão externada em seu voto. Como procuramos demonstrar, **o binômio condenação/absolvição é insuficiente para dar conta de todas as variáveis relacionadas à dosimetria e a potencial substituição das penas corporais por restritivas de direito, incluindo o regime inicial de cumprimento das penas privativas de liberdade.**

A solução encontrada pelo PL para, talvez, contemplar as questões (constitucionais ou legais) estranhas ao mencionado binômio, isto é, aquelas capazes de alterar, quantitativa ou qualitativamente, as penas é inócua. O Projeto pretende que as questões com tal potencial sejam reconhecidas como “relevantes”, casos nos quais a segunda instância (ou o colegiado) poderia deixar de “excepcionalmente” determinar o início da execução da pena.

Todavia, não é preciso esforço intelectual para perceber, diante da realidade revelada pelas estatísticas, que colegiados estaduais useiros e vezeiros na inobservância da jurisprudência dos Tribunais Superiores jamais veriam *relevância* nas questões constitucionais e legais acerca das quais acabaram de proferir decisão, menos ainda se, conforme se extrai da redação proposta para o §1º do art. 617-A, tiverem de fazê-lo *ex officio* (ou espontaneamente).

Além disso, as questões às quais se poderia atribuir *relevância legal ou constitucional* para deixar de determinar o imediato cumprimento da decisão condenatória estão presentes *em todos os processos*. Não se pode pensar uma sentença ou acórdão que, condenando o acusado, deixe de decidir sobre o tipo de pena (multa, prisão simples, detenção, reclusão etc), dosar a quantidade temporal desta ou estabelecer a forma como será cumprida (regime fechado, semiaberto, aberto, substituição por restritiva de direitos, multa, suspensão condicional da pena etc). Todas são questões relevantes do ponto de vista prático.

Porém, se o PL busca amenizar a determinação de prisão imediata por um lado; por outro a restringe à “*provável revisão da condenação*”. Aqui, expressamente, as questões mais reformadas pelos Tribunais Superiores ficam expressamente de fora. É, portanto, ainda mais remota a possibilidade de um colegiado de segunda instância (última a tratar de fatos e provas) considerar “provável” uma revisão *absolutória* pelo STJ ou mesmo pelo STF, até mesmo pelo que rezam as Súmulas nº 7 e nº

279 destes Tribunais quanto aos respectivos recursos excepcionais de sua competência.

Portanto, tanto as propostas de modificação da redação do art. 283 quanto o acréscimo do art. 617-A demandam rechaço, de modo que se recomenda a SUPRESSÃO das disposições aqui enfrentadas.

DAS MEDIDAS REFERENTES A RECURSOS DIRIGIDOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório não terão efeito suspensivo.

§ 1º Excepcionalmente, poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão constitucional ou legal relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

§ 2º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente no recurso ou por meio de petição em separado, dirigida diretamente ao relator do recurso no Tribunal Superior, instruída com cópias do acórdão impugnado, das razões do recurso e de prova da sua tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 638. O recurso extraordinário será processado e julgado no Supremo Tribunal Federal na forma estabelecida pelo respectivo regimento interno.

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos.”

NOTA TÉCNICA – pela SUPRESSÃO dos dispositivos, mantendo as redações atuais:

Tanto o art. 637 quanto o art. 638 do Código de Processo Penal mantém a redação original, de 1941. A obsolescência das disposições advém, primeiro, da incompatibilidade com a estrutura jurisdicional inaugurada pelo advento da Constituição de 1988; segundo, da entrada em vigor da Lei 8.038/90; e, terceiro, da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 que revogara expressamente, no ponto, a Lei 8.038/90 ao disciplinar minuciosamente o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial (CPC, do art. 1.029 ao art. 1.035).

Sobre os recursos em tela, além disso, os Tribunais Superiores, além de atualizarem seus respectivos regimentos internos, têm consolidado sua jurisprudência com a edição de inúmeras Súmulas, contribuindo para a estabilização das expectativas recursais e, em larga medida, para a segurança jurídica que do Poder Judiciário se espera.

As questões são ainda mais delicadas no que toca ao julgamento dos Recursos Extraordinário e Recurso Especial porque se aplicam tanto aos processos de natureza penal quanto aos de natureza civil, na medida em que ambos se destinam à análise de inobservância do texto constitucional ou da negativa de vigência de lei federal o que, não raro, enseja fundos debates quanto aos lapsos temporais dos prazos ou ao cômputo destes dado que os diplomas processuais (civil e penal) se distanciam nestes tópicos.

Apenas para que se depreenda da complexidade das discussões, citemos, por todos, os dois excertos selecionados pelo STF (em seu *site*⁵²) em comentário ao verbete nº 699 da súmula de sua jurisprudência dominante, em vista das controvérsias surgidas com o advento do novo Código de Processo Civil:

⁵² <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1482>

*Inicialmente, importa observar que o prazo para a interposição do agravo de instrumento contra decisão que não admitia recurso extraordinário estava estabelecido no art. 28 da Lei 8.038/1990, que previa o prazo de 05 (cinco) dias. Com as alterações trazidas ao Código de Processo Civil pela Lei 8.950/1994, esta Corte pacificou o entendimento de que o art. 28 da Lei 8.038/1990 não foi revogado em matéria penal, permanecendo em 05 (cinco) dias o prazo de interposição do agravo, nos termos da Súmula 699 do STF (**AI 197.032-QO**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 05.12.1997). Na mesma linha, a despeito da controvérsia suscitada quando da edição da Lei 12.322/2010, o Plenário desta Corte, no julgamento do **ARE 639.846-AgR-QO**, firmou o entendimento no sentido de que a edição da referida lei não afetou o prazo de interposição do agravo em matéria criminal, restando mantidos, portanto, os termos da Súmula 699 desta Corte. (...). Ocorre que o novo Código de Processo Civil alterou toda a sistemática recursal e, especificamente quanto ao recurso extraordinário, revogou expressamente os arts. 26 a 29 e 38 da Lei 8.038/1990 (art. 1.072 do NCPC). (...). Logo, diante da nova sistemática processual, o prazo para interposição do agravo que almeja destrancar recurso extraordinário criminal inadmitido na origem passou a ser de 15 (quinze) dias, face ao NCPC. Porém, a contagem continua regida pelo CPP. [ARE 993.407, rel. min. Edson Fachin, 1ª T, j. 25-10-2016, DJE 200 de 5-9-2017.]*

“Ab initio, teço algumas considerações a respeito da tempestividade do agravo em recurso extraordinário, em matéria penal, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Observe-se, por oportuno, que o artigo 28 da Lei 8.038/1990 – que fixava o prazo de 5 (cinco) dias para a interposição do agravo interposto em face da decisão denegatória de recurso extraordinário e que vinha sendo aplicado aos processos de natureza penal – foi expressamente revogado pelo artigo 1.072, IV, do Código de Processo Civil de 2015. Assim, a teor do artigo 3º do Código de Processo Penal, bem como do artigo 314 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o agravo em recurso extraordinário, em matéria penal, passa a ser regido pelo Novo Código de Processo Civil, que fixa o prazo de 15 (quinze) dias para sua interposição (artigo 1.003, § 5º, combinado com o artigo 1.042 do CPC/2015). No entanto, a forma de contagem dos prazos do processo penal mantém-se regida pelo artigo 798 do CPP, que dispõe: “todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado”. ARE 1.009.351 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 7-3-2017, DJE 56 de 23-3-2017]

Apenas por isso, já seria despicienda a alteração proposta. Há mais, no entanto. No afã de temperar a modificação estrutural do sistema de justiça criminal operada com as propostas de modificação dos arts. 283 e 617-A (adrede criticadas), o PL traz ao Parlamento uma contradição expressa em dois dispositivos sequenciais. Vejamos.

No que propõe para o art. 637, insatisfeito com o regramento codificado pelo legislador civil (CPC, arts. 1029 a 1035), o Projeto traz limitações à possibilidade de concessão do efeito suspensivo aos recursos excepcionais. Para tanto, elenca matérias próprias do processo penal e, portanto, estranhas ao processo civil. A técnica legislativa é casuística, bastante distinta das locuções empregadas na lei processual civil com o fito de municiar o intérprete de balizas pertinentes à análise da pretensão recursal de urgência.

Já no art. 638 (do CPP, não percamos isso de vista), o PL estabelece que os recursos em questão serão “*processados e julgados [...] pela lei processual civil*”. A proposta esvazia de sentido a redação do artigo imediatamente antecedente. É mais um momento do PL em que, uma vez em vigor, haveria severas discussões não apenas quanto ao diploma regente, mas, por exemplo, quanto à eventual reafirmação do cômputo dos prazos no processo penal. Explica-se.

Ao reafirmar o legislador, agora no seio do Código de Processo Penal, que o regime jurídico dos recursos excepcionais é aquele previsto nas leis especiais e *na lei processual civil*, passaria o cômputo dos prazos recursais pertinentes, no processo penal, a se dar conforme o disposto no art. 219 do Código de Processo Civil (em dias úteis)? Ou seu cômputo permanecerá regido pelo art. 798 do CPP (contínuos)? *Quid?*

Tais proposições não contribuem sequer para assegurar a razoabilidade da execução antecipada de penas e trazem mais problemas do que soluções no que toca ao cotidiano da jurisdição criminal.

Por isso, recomenda-se a SUPRESSÃO dos dispositivos.

DAS MEDIDAS REFERENTES À DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA (JÚRI):

REDAÇÃO ATUAL (dada pela Lei nº 1.720-B, de 31.11.1952)

Art. 492. *Em seguida, o presidente proferirá sentença que:*

I – no caso de condenação:

(...)

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva;

(...)

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Art. 492.

I -

(...)

e) determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

(...)

§3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão substancial cuja resolução pelo Tribunal de Apelação possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri não terá efeito suspensivo.

§5º Excepcionalmente, poderá o Tribunal de Apelação atribuir efeito suspensivo à apelação, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator da apelação

no Tribunal, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo, mantendo-se a redação atual:

Na primeira versão divulgada pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública, as alterações correspondiam a “medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri⁵³”. Na versão tripartite afinal apresentada ao Parlamento, o terço em comento não trouxe a inusitada divisão temática que o precedera. Assim, será tratada, dada a pertinência com o tema da execução antecipada da pena, neste capítulo.

Com efeito, a medida se alinha à questionável conclusão de que a efetividade do sistema de justiça criminal equivale à antecipação da privação de liberdade do acusado *independente da cautelaridade*. Não por acaso, elimina-se a parte final do art. 492, I, e), que condiciona a decretação da prisão à presença dos requisitos da prisão preventiva e a substitui pelo mandamento expresso: “*determinará a execução provisória das penas*”.

Trata-se de medida deveras temerária, porque admitiria a prisão em primeira instância, sem cautelaridade, a partir do veredicto adotado por um órgão que não tem o dever de fundamentar suas decisões.

Além disso, de modo semelhante à regra geral (art. 617-A, §1º - “*questão constitucional ou legal relevante*”), se lança mão de conceito jurídico igualmente indeterminado, agora com nova locução – “*questão substancial*” (§3º) –, igualmente destinada a obtemperar a ordem de prisão *ex lege* da citada disposição. Mas não basta que se trate de *questão substancial*, é preciso que o ponto jurídico controvertido (a questão) “*possa plausivelmente levar à revisão da condenação*”. E tudo isso apenas “*excepcionalmente*”.

⁵³ Outras alterações com o mesmo propósito constam dos artigos 421 e 584, criticados em capítulo próprio, mais adiante porque não estão diretamente relacionados ao tema da execução antecipada da pena.

A redação enseja muitas dificuldades. Parece claro que a intenção fora impedir a execução da pena ante a verossimilhança das teses defensivas em contraste com a decisão dos jurados. Neste desiderato, melhor seria empregar expressões consolidadas na legislação, doutrina e jurisprudência relacionadas à tutela de urgência aliadas àquela prevista no art. 593, III, alínea d) do CPP: “*decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos*”.

Podemos conjecturar que o pretense legislador tenha tido o justo receio de, com o emprego de tal expressão legal, evitar que o Juiz Presidente do Tribunal do Júri, pudesse endossar o apelo defensivo ao deixar de determinar a prisão de imediato. A pretensão de reforma, no mérito (“*revisão da condenação*”), apenas é possível se estiver relacionada à decisão manifestamente contrária à prova dos autos. O juiz que deixasse de prender, estaria convencido de que a decisão dos jurados, então, contrariara manifestamente a prova dos autos.

É certo que o *codex*, para resguardar a soberania dos veredictos não adstritos à lei (ou às provas dos autos), admite o apelo de mérito única vez (CPP, art. 593, §3º, *in fine*), sendo certo que os jurados decidem de acordo com a própria consciência (CPP, art. 472). Mas a estreita via de discussão de mérito não bastara para o PL; pretende-se ver executada de plano, como regra, a pena fixada *pelo juiz togado* (CPP, art. 492, inciso I) e quanto a esta não há limites temáticos ao reexame em sede de apelação. Nesta ordem de ideias, reiteramos o que já foi pontuado quanto ao art. 617-A do PL.

As dificuldades aqui ventiladas representam com nitidez as instabilidades que, caso aprovado, o Projeto inauguraria no sistema processual do Júri. Este, é bom lembrar, já fora reformado, após longos e judiciosos debates técnicos, com a edição da Lei 11.689/2008. Não demanda, portanto, outras mudanças, menos ainda tomadas de afogadoilho.

Por fim, acrescente-se que o PL pretende instituir a prisão antecipada já em decorrência da decisão *de primeira instância*. A contrapartida em respeito à casuística que não recomende a prisão, é limitada e superficial. Já as enfrentamos quando das críticas externadas ao art. 283 do CPP: o binômio condenação/absolvição é insuficiente ao versado propósito. A “legalização” da subversão da regra constitucional *in casu*, precipitaria os mesmos problemas abordados adrede. Vejamos sucintamente.

Incumbe ao juiz presidente (togado) a aplicação da pena. Esta é passível de reforma tal quanto qualquer outra, não por acaso está expressamente prevista como fundamento do apelo no Tribunal do Júri (CPP, art. 593, III, alínea *c*: “*houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança*”). Por outro lado, a única temperança trazida pelo PL, como visto, se apoia na “plausibilidade” de uma “*revisão da condenação*”.

A lógica aqui, *concessa venia*, é perversa. Mas corrobora o que dissemos antes em relação à inovação que se pretende dar vigência com a redação do art. 617-A. Explica-se.

Parece-nos óbvio que o juiz presidente jamais questionaria a plausibilidade de reforma da pena que acabara de aplicar. O mesmo não se pode dizer da decisão dos jurados, da qual pode intimamente discordar por compreender que está em desacordo com a prova dos autos, enxergando que seria plausível a sua cassação pela instância revisora. Daí porque a parte final do §3º do art. 492 refere-se apenas à *revisão da condenação* quando esta é sempre sucedida da dosimetria da pena.

Como dito anteriormente acerca da “*questão constitucional ou legal relevante*”, o juiz que acabara de decidir num determinado sentido, não reputaria *plausível* a revisão de sua decisão pelo órgão *ad quem*. Dizemo-lo por amor ao debate porque, também aqui, esta *excepcional* possibilidade vincula-se exclusivamente à “*revisão da condenação*”, silenciando acerca da aplicação da pena.

Como se sabe, as regras de hermenêutica guiam o intérprete no sentido de que as exceções devem ser lidas restritivamente, o que, de mais a mais, faz evanescer por completo o tímido tempero ensaiado no §3º do art. 492, agigantando-se a execução antecipada da pena ao arrepio do taxativo texto constitucional (CR, art. 5º, LVII).

À instância revisora (“Tribunal de Apelação”) caberá a concessão “*Excepcionalmente*” de efeito suspensivo à apelação. Aqui, porém, se admite que a discussão ocorra dentro de limites mais amplos, para além da absolvição (“*anulação da sentença, novo julgamento, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto*”). Todavia, é preciso que além de veicular “questão substancial” – esta incógnita – o recurso “*cumulativamente*” não tenha “*propósito meramente protelatório*”.

Difícilimo conciliar a efetividade da garantia constitucional e convencional ao duplo grau de jurisdição (CR, art. 5º, LV; CADH, art. 8.2., alínea *h*) com a excepcionalidade do primeiro, único e limitadíssimo (CPP, art. 593, III, alínea *d*) recurso à disposição do acusado para questionar a decisão do Conselho de Sentença.

A subversão da regra de tratamento pétreo segundo a qual “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*” que inspira o Projeto nos pontos aqui abordados, insistimos, trará ao sistema de justiça criminal enorme insegurança jurídica, dado que a tradição universal da jurisdição criminal repousa na presunção de inocência dos acusados até o exaurimento das instâncias recursais, admitindo-se a privação de liberdade apenas (e, aqui sim, excepcionalmente – CPP, art. 310, II, *in fine* combinado com art. 492, I, alínea *e*) ante a presença de elementos concretos que a justifiquem lançar mão da constrição cautelar.

Por todo o exposto, recomenda-se a SUPRESSÃO do dispositivo.

II. V. RELACIONADAS ÀS ALTERAÇÕES DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE:

REDAÇÃO ATUAL (dada pela Lei nº 12.403, de 2011):

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Art. 309-A. Se a autoridade policial verificar, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, que o agente manifestamente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da investigação cabível, e registrar em termo de compromisso a necessidade de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão.

Art. 310.

§1º. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais ou que integra organização criminosa, ou que porta arma de fogo de uso restrito em circunstâncias que indique ser membro de grupo criminoso, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, exceto se insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo as condutas.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo, mantendo-se a redação atual:

Como já foi dito quando dos comentários à proposta de alteração do art. 23 do Código Penal, “o Projeto de Lei pretende inovar também neste aspecto ao introduzir um art. 309-A no CPP, cuja redação, se aprovada, conferiria à *autoridade policial* a mesma possibilidade hoje privativa do Poder Judiciário”. Esta possibilidade, privativa da autoridade judicial, continua prevista no renumerado §1º do art. 310 da proposta (atual CPP, art. 310, parágrafo único).

A conclusão é clara e reiteramos o que também já dissemos antes: “*teríamos um agente de segurança pública com possibilidades amplíssimas de, vitimando terceiros amparado pela lei penal, livrar-se solto por determinação-interpretação de outro agente de segurança pública, praticamente eliminando a possibilidade de controle externo da atividade policial.*” É que a própria autoridade policial poderia reconhecer, para efeitos de concessão da liberdade, que o agente se excedera por “*escusável medo, surpresa ou violenta emoção*” (conforme disposto no §2º do art. 23 que o PL pretende introduzir no Código Penal).

Para que se depreenda o alcance da ampliação dos poderes da autoridade policial no que toca à concessão de liberdade do flagranteado – o que, em si, não é propriamente um problema, mas se mostra temerário quando a proposta vem acompanhada das mencionadas alterações relativas às excludentes de ilicitude (CP, arts. 23 e 25) –, observe-se que a liberdade do preso em flagrante só pode ser conferida pela autoridade policial, mediante fiança, nos casos em que a infração penal preveja pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos.

Com as alterações, a autoridade policial poderá “*deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da investigação cabível*” em relação a crimes cuja pena máxima pode chegar a 30 (trinta) anos de reclusão – caso do homicídio qualificado, por exemplo. Trata-se de desmesurada ampliação dos poderes da autoridade policial ante ao panorama atual e a tradição legal no ponto.

Por outro lado, o PL insiste **na vedação ex lege da liberdade provisória** quando o agente for “*reincidente*” ou, valendo-se da recorrente e imprecisa expressão já criticada na presente, “*ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais*”. Aqui, a redação é ainda mais vaga na medida em que lança mão de uma noção absolutamente estranha à dogmática jurídica no que toca à autoria: a de “*envolvido*”. Embora comum no campo jornalístico, trata-se de termo inadequado à lei penal ou processual penal justamente pela sua imprecisão; indeterminação.

A redação prossegue listando as hipóteses de vedação ao indicar também o flagranteado que “*integra organização criminosa*” ou o que “*porta arma de fogo de uso restrito em circunstâncias que indique ser membro de grupo criminoso*”. Trata-se de evidente redundância na medida em que a segunda hipótese está contida na primeira.

O PL peca, também, pela insuficiência de sua redação no ponto em que pretende ver mantido preso, apenas aquele que “*integra*” organização criminosa, mas silencia em relação àquele que vem a “*promover, constituir ou financiar*” a organização criminosa, núcleos do tipo previsto no art. 2º da Lei 12.850/13, cujo §1º sujeita ainda às mesmas penas, aquele que “*impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa*”.

Ora, se a intenção do legislador é manter preso quem se insere na organização criminosa, deveria contemplar as demais condutas típicas na sua previsão.

Eis aqui mais um ponto no qual a apresentação açodada e não discutida do PL se mostra capaz de ensejar insegurança jurídica.

O ponto nevrálgico, contudo, repousa, como dito, na vedação legal à liberdade provisória. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que “*o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente*” (ADI 3.112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2.5.2007, DJ de 26.10.2007).

Por último, observe-se que a redação incorre em manifesta contradição, a saber: esforça-se em listar, mediante conceitos jurídicos inadequados (imprecisos e indeterminados), condutas cujo desvalor estaria a demandar resposta penal mais incisiva, para ao final admitir a possibilidade que essas mesmas condutas possam ser “insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo”. Talvez a expressão se refira apenas à vaguíssima previsão do “*envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais*” como ocorre em outros pontos do PL analisado.

Quanto a esta expressão, ao tratar das propostas de alteração do art. 33 do Código Penal (momento de aplicação da pena), já dissemos que tais noções, acopladas à necessidade de demonstração por meio de elementos probantes, trazem dificuldades ao intérprete na medida em que a instrução probatória não se debruçara sobre a habitualidade, a reiteração ou o profissionalismo criminoso (seja lá o que isso queira dizer em termos jurídicos), mas sobre fatos descritos na denúncia, daí advindo sua absoluta inadequação; afora a insegurança jurídica que inaugurariam.

No proposto §2º do art. 310 a expressão se afeiçoa ainda mais temerária na medida em que está presente *no nascedouro da persecução penal*. Pior. Da persecução penal que tem início a partir de uma prisão em flagrante dada a topografia do dispositivo. Talvez por isso não se fale aqui em “*elementos probatórios*” (como no §5º do art. 33; no art. 91-A, §1º; no art. 28-A, §2º, II ou; no art. 395-A, §10, todos do PL), mas em

“*envolvimento*”. Esta locução denota antecipação analítica absolutamente estranha ao processo acusatório e ao devido processo legal (CR, art. 5º, LIV), em vista da já mencionada vagueza e inadequação da noção de “envolvimento” quando relacionada à autoria da infração penal apurada.

Em síntese, pelo só fato de insistir na admissão da privação de liberdade *ex lege*, a disposição seria, mais uma vez, alvo de questionamento junto ao STF, gerando enxurradas de recursos em vista das prisões inconstitucionais que seriam decretadas ou mantidas a partir de dispositivos indecifráveis como o que se pretende ver introduzido na lei processual penal brasileira.

Por todo o exposto, recomenda-se a SUPRESSÃO dos dispositivos em questão.

II. VI. RELACIONADAS AO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

REDAÇÕES ATUAIS:

Art. 421. Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri.

§1º Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.

§2º Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para decisão. (dadas pela Lei nº 11.689, de 2008)

Art. 584. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV do art. 581.

§ 1º Ao recurso interposto de sentença de impronúncia ou no caso do no VIII do art. 581, aplicar-se-á o disposto nos arts. 596 e 598.

§ 2º O recurso da pronúncia suspenderá tão-somente o julgamento.

§ 3º O recurso do despacho que julgar quebrada a fiança suspenderá unicamente o efeito de perda da metade do seu valor.

REDAÇÕES DA PROPOSTA:

Art. 421. Proferida a decisão de pronúncia ou de eventuais embargos de declaração, os autos serão encaminhados ao juiz-presidente do Tribunal do Júri, independentemente da interposição de outros recursos, que não obstarão o julgamento.

§1º Se ocorrer circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público.

§2º.....

Art. 584.

(...)

§ 2º O recurso da pronúncia não terá efeito suspensivo e será processado por meio de cópias das peças principais dos autos ou, no caso de processo eletrônico, dos arquivos.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo, mantendo-se a redação atual:

O Projeto prevê a exclusão do efeito suspensivo atualmente atribuído ao recurso interposto contra decisão de pronúncia. Na primeira versão, a alteração constava das chamadas “*medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri*”, sendo certo que a “efetividade” buscada por meio da medida proposta trará mais problemas ao rito do Júri do que soluções de efetividade como se verá adiante.

Como cediço, o rito do Tribunal do Júri compõe-se de duas fases. A decisão de pronúncia marca o encerramento da primeira fase e encaminha o rito para a segunda fase, quando se dará o julgamento em Plenário.

Hoje, *somente depois de preclusa a decisão de pronúncia*, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri (art. 421, do CPP) para que dê início à segunda fase do *iter* procedimental, tendente ao julgamento em Sessão Plenária pelo Conselho de Sentença. Assim é que o recurso contra a decisão de pronúncia é dotado de efeito suspensivo no tocante apenas ao julgamento (art. 584, § 2º do CPP), prosseguindo-se em todos os demais atos que antecedem a designação de data para a realização do Plenário.

Trata-se de uma lógica básica: é necessária a *estabilização da decisão* de pronúncia para que o caso seja submetido ao Tribunal do Júri, isto porque, até tal estabilização, não é possível saber quais os limites do caso (limites objetivos e/ou subjetivos) que a ser levado ao crivo do Conselho de Sentença.

Pelo Projeto, contudo, tão logo proferida a decisão de pronúncia, o processo estará apto para julgamento pelo Plenário do Tribunal do Júri, ainda que qualquer das partes (ou ambas) interponha recurso visando alterar os limites da decisão de pronúncia. Em outras palavras, admite-se um julgamento acerca de fatos ainda não escrutinados pelo Judiciário em duplo grau de jurisdição.

Não é somente o acusado (ou sua defesa técnica) quem tem interesse em recorrer da decisão de pronúncia. Também a acusação (ou seu assistente) pode pretender sua reforma. Não são raras as vezes em que as instâncias recursais vêm a reformar a decisão de pronúncia.

O maior gargalo dos processos de competência do Tribunal do Júri não deriva de eventuais recursos das partes, como a proposta faz parecer ao confundir efetividade com celeridade. No mais das vezes, a delonga processual decorre da incapacidade fática e sistêmica dos juízes em conseguirem pautar um grande número de processos para serem julgados perante o Tribunal do Júri.

Diz-se incapacidade fática e sistêmica porque as Varas judiciais têm uma capacidade máxima para pautar julgamentos em Plenário. Tal limitação advém quase sempre da própria agenda judicial, de modo que o Juiz precisa conciliar o calendário de julgamentos em Sessão Plenária com as regulares audiências de instrução da primeira fase do Júri. A situação se agrava se o Juízo em questão conta com outras competências além daquelas que envolvem o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Com isso, a exclusão do efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito (RESE) apenas encurta, para as Varas de Júri o caminho dos processos em curso até o seu julgamento em Plenário, os quais, por óbvio, sempre e sempre, estarão condicionados à integral manutenção do teor da decisão de pronúncia pelas instâncias recursais revisoras. Do contrário, o julgamento em Plenário terá de ser refeito porque realizado sobre bases que restaram modificadas pela decisão de segunda instância. Admita-se o julgamento com base numa decisão revestida da precariedade. Daí porque o legislador mantém a exigência de preclusão da decisão de pronúncia.

Do contrário, pode acontecer de as atividades processuais e jurisdicionais serem tomadas como imprestáveis por terem se desenvolvido sobre fatos estranhos aos autos - porque não contemplados na decisão de pronúncia. Assim, o já

assoberbado Juízo de primeiro grau pode vir a ter que repetir um julgamento anteriormente levado a cabo com fundamento numa decisão que veio a ser reformada posteriormente por força do provimento de recurso interposto por quaisquer das partes.

Pesquisa divulgada pelo próprio Ministério da Justiça⁵⁴ mensurou o tempo médio de duração dos processos de homicídio doloso em cinco capitais brasileiras. Pelas conclusões do laborioso trabalho de pesquisa, verifica-se que o PL passa ao largo dos principais entraves para o rápido processamento dos feitos nos Tribunais do Júri. Vejamos:

“O quarto e mais expressivo gargalo de todos ocorre entre a sentença de pronúncia e o julgamento pelo júri. Mesmo em situações em que inexistente qualquer tipo de recurso, o tempo entre essas duas fases chega a alcançar a marca de três anos, sem que o processo tenha passado por qualquer movimentação. O motivo dessa estagnação prolongada é a agenda dos presidentes dos Tribunais do Júri, que contam com poucas vagas para a realização dessa modalidade de julgamento.”

De acordo com o CNJ, as maiores taxas de congestionamento dos processos residem exatamente no primeiro grau de jurisdição, instância que receberá o influxo e a incumbência de pautar os processos de crimes dolosos contra a vida para julgamento em Plenário tão logo seja proferida a decisão de pronúncia. Conforme o CNJ:

“O primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário e, por conseguinte, aquele que presta serviços judiciários mais aquém da qualidade desejada. (...). Enquanto a taxa de congestionamento do 2º grau é de 54%, no 1º grau é de 20 pontos percentuais a mais: 74%.”

De acordo com os dados do CNJ, em 2017, mesmo após múltiplos e anuais mutirões temáticos no Tribunal do Júri e sob a vigência do atual sistema (com remessa a julgamento em Plenário *somente dos casos em que a decisão de pronúncia*

⁵⁴ O trabalho teve a coordenação de Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro, Vinícius Assis Couto. Brasília. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014.

já está preclusa) ainda havia 285.261 processos pendentes de julgamento. Destes, 54.916 contavam com decisões de pronúncia preclusas.

São dados que roboram a conclusão aqui delineada: a exclusão do efeito suspensivo ao recurso não ataca o real entrave dos processos e, além de gerar problemas em caso de reforma ulterior ao julgamento realizado, agravará o congestionamento dos juízos de primeira instância. Neste ponto, a inocuidade da proposta é estreme de dúvidas.

O sistema já está sobrecarregado com o julgamento de processos com juízo de admissibilidade estável. Neste contexto, o acréscimo de novo acervo de processos – ainda não maduros para julgamento – materializa o desperdício de recursos públicos, além de contribuir para o reconhecido colapso das pautas de julgamento.

Não bastasse o já aduzido, a proposta tende a transformar a via recursal relativa à decisão de pronúncia em via oblíqua para a reforma do veredicto do Tribunal do Júri. Por outro lado, em nome da eficiência, a instância revisora poderia tender para a manutenção ou reforma da decisão de pronúncia com vistas a interferir na soberana decisão dos jurados. Por todos os ângulos que se olhe, a proposta é malsã. Ofende, em última análise, a própria garantia fundamental da soberania dos veredictos (CR, art. 5º, XXXVIII, alínea c).

Isto porque, considerando a referida cláusula pétrea (e a derivada limitação das hipóteses de recurso contra a decisão proferida pelos jurados), tem-se um superdimensionamento do recurso previsto para a decisão de pronúncia, a ampliar as hipóteses de anulação do decidido pelo Conselho de Sentença. É natural que as partes, estrategicamente, voltem suas atenções para isso: buscar, a reboque da reforma da decisão de pronúncia, a submissão do caso a um novo Plenário de Júri.

O referido projeto é, portanto, um estímulo à criação de um cipoal

recursal, que, a depender do resultado, gerará efeitos em cascata sobre todos os atos já praticados, até mesmo sobre a soberania dos veredictos. Aliás, *mutatis mutandis*, por estas e outras, o legislador processual civil entendeu por bem sepultar o recurso de agravo retido.

Além dos prejuízos financeiros e logísticos acima expostos, podemos identificar, ainda, que a proposta acaba por colocar em xeque a credibilidade da Justiça e, repita-se, a salvaguarda constitucional à soberania dos vereditos. Outra vez o PL enseja insegurança jurídica.

Por ser a decisão de pronúncia uma matéria anterior, de verniz *prejudicial ao julgamento do mérito*, e apesar de ser garantido aos jurados a soberania de seus vereditos, tal garantia será meramente virtual ou condicionada à confirmação integral da decisão de pronúncia pela instância revisora.

Para contornar a problemática acima, a solução desaguaria em outro inconveniente. Este sim ontologicamente injusto. É que, observando-se que houve *error in iudicando* na decisão de pronúncia em processo no qual já se dera o julgamento em Plenário, a instâncias recursal terá que optar por: **a)** priorizar a estabilidade da decisão anterior de pronúncia, a despeito do *error* – solução utilitarista (evitar o rejuízo da causa) em prestígio à soberania de um veredicto tomado com base em decisão total ou parcialmente imprestável (ou, no mínimo, equívoca); ou **b)** reconhecer o *error* e reformar a decisão de pronúncia com a consequência de tornar nulo o veredito já proferido (e todos os atos e custos operacionais daí decorrentes) fora das hipóteses do art. 593, III do Código de Processo Penal.

Em ambas as hipóteses as consequências são negativas. De um lado (a) teremos, em nome de um eficientismo consequencialista, solapada a credibilidade do sistema de justiça, celeridade processual, economia de gastos públicos e respeito débil aos vereditos e, de outro (b), teremos o que é o juridicamente correto e essencialmente justo contrastando com o reconhecimento concomitante da inutilidade dos ritos e custos

processuais realizados após a decisão de pronúncia.

Conclui-se, de tudo, que: primeiro, longe de gerar a pretendida efetividade do Tribunal do Júri, a exclusão do efeito suspensivo ao RESE gerará, ao contrário, a ineficiência do sistema, asoberbando ainda mais os Juízos de primeira instância e gerando desperdício de gastos públicos.

Segundo, o PL servirá de incentivo ao manejo do RESE, na medida em que sua interposição viabiliza e fomenta a experimentação em Plenário, mormente porque se mantém aberto o caminho para, por via transversa, submeter o caso a uma nova Sessão Plenária – fora das hipóteses de cabimento da apelação (CPP, art. 593, III), o que revela a desarmonia da proposta com a racionalidade processual.

Terceiro, o Projeto coloca na berlinda a *efetiva* soberania dos vereditos, tendo em vista que a decisão dos jurados só pode ser tida como genuinamente soberana caso a decisão de pronúncia seja mantida incólume quando do julgamento do recurso que sua prolação desafiara.

Por fim, o projeto trará inevitável insegurança jurídica vez que as instâncias recursais, em muitos casos estarão a julgar *a admissibilidade* da acusação (ou seus limites objetivos e/ou subjetivos) somente *após* um veredicto de mérito já ter sido proferido pelo Conselho de Sentença, caso em que os colegiados revisores terão que optar entre o eficientismo utilitarista ou a Justiça *stricto sensu*.

Por todo o exposto, recomenda-se a SUPRESSÃO do dispositivo.

II. VII. RELACIONADAS AOS EMBARGOS INFRINGENTES:

REDAÇÃO ATUAL (dada pela Lei nº 12.403, de 2011):

Art. 609. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Art. 609.

§ 1º Quando houver voto vencido pela absolvição em segunda instância, serão admitidos embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos no prazo de dez dias, contado da publicação do acórdão, na forma do art. 613.

§ 2º Os embargos a que se refere o § 1º serão restritos à matéria objeto de divergência e suspenderão a execução da condenação criminal.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo, mantendo-se a redação atual:

Pretende-se alterar o art. 609 do Código de Processo Penal para impor limitações ao cabimento dos embargos infringentes e de nulidade. Revoga-se, para tanto, o parágrafo único do art. 609, conforme art. 15, II, alínea c) do Projeto de Lei, cuja redação é substituída pela do §1º da Proposta.

Pelo PL, o recurso passaria a ser cabível apenas se o voto vencido contrariasse a maioria do colegiado *no tocante à absolvição*. Assim, caso o voto divergente reconheça uma nulidade, aplique uma pena corporal menor ou um regime de cumprimento mais brando, ou mesmo a suspendesse (CP, art. 77) ou viesse a substituí-la por restritiva de direitos, seria determinada a prisão de imediato – consequência que se extrai, pelo PL, do art. 617-A. Assim, bastaria o voto de dois desembargadores pela condenação para executar a pena de imediato.

Cabe reiterar aqui todas as considerações já formuladas acerca dos artigos 617-A, §1º, *in fine* e 492, §3º que o PL pretende introduzir no Código de Processo Penal quanto aos seus estreitos limites, exclusivamente voltados à “revisão da condenação”, mas não aos possíveis desacertos relacionados à dosimetria da pena.

Em relação aos embargos infringentes a limitação é ainda mais drástica porque, bem compreendido, pelo menos um dos julgadores que compõem o colegiado – para ficarmos na usual tríplice composição do colegiados julgadores – teria aquilatado a pena de modo distinto da maioria. Isto, por si só, seria suficiente ao reconhecimento de que haveria “*plausibilidade*” na reforma do ponto de divergência; ou, em outras palavras, faria do ponto de divergência uma “*questão relevante*” do ponto de vista legal ou constitucional conforme o caso.

O caráter idiossincrático do recurso em tela – exclusivo da defesa –, cuja interposição é desafiada por cizânia interna ao colegiado, *prima facie* denota maiores chances de reforma do decidido. Talvez por isso, o PL tenha se referido de modo mais incisivo à absolvição em vez de “*revisão da condenação*” para se alcançar o mesmo propósito.

O propósito último, no entanto, é de eliminação dos Embargos Infringentes e de Nulidade. No antigo PL 4.850/16 (impropriamente alcunhado “Dez Medidas

Contra a Corrupção”), optou-se pela revogação expressa e integral do parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal. Aqui, porém, esta revogação é encaminhada de modo muito mais sutil. Vejamos.

A começar pelo *nomen iuris* do recurso, embargos infringentes e *de nulidade*, vê-se que esta última faceta recursal passaria a existir apenas no nome, tendo em vista sua limitação ao campo absolutório. Assim, caso um dos julgadores contrarie a maioria por entender presente uma nulidade processual, de duas uma: ou o recurso restaria inadmitido por incabível na hipótese – dada a expressa referência ao “*voto vencido pela absolvição*” – ou, mais provável, ensejará discussões hermenêuticas e decisões judiciais nos dois sentidos até que venha a ser, pela jurisprudência, sanada a antevista contradição entre o nome do recurso e o fato de o texto legal o limita à absolvição.

A discussão partiria do seguinte raciocínio: se o legislador quisesse extirpar dos embargos infringentes a discussão acerca das nulidades, deixaria de assim chamá-lo. Neste caso, a única interpretação possível seria: no mérito, a única discussão cabível nos infringentes é a do voto vencido *absolutório*, porém, quanto à higidez processual, o debate não encontra limites, de modo que havendo voto vencido reconhecendo nulidade, cabem os embargos... Enfim, a alteração é desnecessária e geradora de insegurança jurídica.

Quanto ao mais, já o dissemos antes: as divergências raramente repousam sobre a polarizada questão da culpa/inocência; dito de outro modo, de seu binômio siamês condenação/absolvição. Referem-se no mais das vezes à dosimetria e demais questões relacionadas às penas, conforme as estatísticas revelaram: trata-se de questões enfrentadas na maioria dos recursos providos, de modo que obstar a possibilidade de discuti-las impactará diretamente no sistema carcerário brasileiro.

Ademais, limitar os embargos infringentes à discussão da absolvição contradiz o próprio texto do PL ao prever a possibilidade concessão de efeito

suspensivo a recursos excepcionais quando se trate de “*anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto*” (art. 637, II, da proposta).

A desarmonia é evidente: num recurso no qual a discussão de provas e *da culpa* é perfeitamente possível e ampla (embargos infringentes) restringe-se a discussão à absolvição; já nos recursos *excepcionais*, onde o reexame da matéria fático-probatória é vedado, os horizontes de discussão são alargados.

Como já foi dito quando dos comentários aos artigos 637 e 638, bem como às disposições relativas à contrapartida do PL à execução antecipada da pena, a eventual aprovação dos textos propostos traria inegável insegurança jurídica em debates que levariam a decisões conflitantes que fomentariam, além disso, pretensões envolvendo o controle de constitucionalidade e de convencionalidade das leis.

Por tudo isso, recomenda-se aos parlamentares a SUPRESSÃO dos dispositivos.

IV. ALTERAÇÕES DESTINADAS À LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

IV.I. DA IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA DOS CONDENADOS POR CRIMES DOLOSOS

REDAÇÃO ATUAL (incluído pela Lei 12.654/12):

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

REDAÇÃO PROPOSTA (incluído pela Lei 12.654/12):

Art. 9º-A. Os condenados por crimes praticados com dolo, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional.

.....
§ 3º Os condenados por crimes dolosos que não tiverem sido submetidos à identificação do perfil genético quando do ingresso no estabelecimento prisional poderão ser submetidos ao procedimento durante o cumprimento da pena.

§ 4º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo assim JUSTIFICADA:

O PL pretende inovar, mais uma vez, após a introdução, em 2012, da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético e formação de banco de dados correspondentes. Para tanto, o Projeto amplia o arco de delitos sujeitos à medida – pela redação atual, apenas os definidos crimes hediondos e os dolosos praticados com “*violência de natureza grave*” contra a pessoa estariam sujeitos à medida –, além de admitir que a providência se dê antes do trânsito em julgado, em consonância com a linha adotada no PL, de admitir a execução *antecipada* da pena, isto é, de antecipar efeitos penais que a ordem jurídico-constitucional brasileira reserva para depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CR, art. 5º, LVII).

Outra vez, a Proposta introduz instabilidade no sistema na medida em que inaugura antinomia com o art. 7º-A da Lei 12.037/09 cuja interpretação, por óbvio, se harmoniza com a exigência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Formalmente, portanto, há um nítido problema em todos os dispositivos introduzidos no PL voltados à regulamentação da execução antecipada da pena, tônica e carro chefe do Projeto.

Quanto à questão de fundo, a matéria é controversa. Em que pese o STJ venha acatando a possibilidade de extração do material para a *formação de banco de dados* (LEP, art. 9º-A – redação atual; e Lei 12.037/09, art. 5º-A e §§, redação dada pela Lei 12.654/2012) e *identificação criminal* (Lei 12.037/09, arts. 5º, p.ú., redação dada pela Lei 12.654/2012)⁵⁵, o STF reconheceu a repercussão geral no enfrentamento do tema (RE 973.837/MG), uma vez que a discussão envolve o princípio constitucional da não autoincriminação (*nemo tenetur se detergere*).

Tal panorama (na forma e no conteúdo) já seria suficiente para se recomendar a SUPRESSÃO do dispositivo na medida em que pretende atravessar a iminência de pacificação do tema pelo STF. Todavia, impende pontuar brevemente algumas

⁵⁵ Conf. o HC 407.627/MG – pendente o julgamento de mérito.

considerações em relação aos §§ 3º e 4º do Projeto.

No §3º, o PL dá a entender que a coleta se daria no ambiente penitenciário, ou seja, caberia à direção das unidades prisionais providenciar tudo o que fosse necessário à extração, acautelamento e encaminhamento do material biológico à instância adequada à formação, manutenção e organização do banco de dados de que trata a Lei 12.654/2012.

Nunca é demais lembrar que o STF reconheceu o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro (ADPF 347), sendo certo que as unidades prisionais do país não têm condições de suportar tal incumbência sem que o Poder Público promova investimentos monumentais para a materialização da estrutura imprescindível ao cumprimento da lei. É bom lembrar que em ambientes nos quais costuma haver carência de materiais de higiene para os presos – incluindo absorventes íntimos nas unidades femininas, a ponto das mulheres terem de improvisar com miolo de pão para conter o fluxo menstrual –, atribuir às unidades prisionais essa tarefa é ignorar a realidade carcerária do Brasil.

Certo é, porém, que o Decreto Presidencial nº 7.950/2013 instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos e Perfis Genéticos, além de confiar a inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos a um Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Este, órgão, por sua vez, padronizou os procedimentos relativos à coleta compulsória do material biológico por meio da Resolução nº 9, de 13.04.2018. Nesta, não consta que deva estar a cargo das unidades prisionais, sendo temerário que a LEP o determine de modo vertical, ignorando, além de tudo, a realidade de cada Estado. É uma conta que os Executivos estaduais irão pagar.

Além disso, a prosaica leitura da Resolução nº 9 em cotejo com o mínimo contato com a realidade das prisões brasileiras (principalmente em vista das precárias condições de trabalho a que são sujeitos os agentes penitenciários) deixa ver que

é impossível assumirem mais este encargo, ante as peculiaridades e cautelas técnicas que devem revestir a gestão dos dados desde a coleta, passando pela remessa até a efetiva manutenção do banco de dados erigido pela lei.

Por fim, parece-nos claro que o §3º traz ainda uma violação ao princípio da legalidade (CP, art. 1º) e da irretroatividade da lei penal que desfavorece o agente (CP, art. 2º. p.ú., *contrario sensu*). Assim, além de inconveniente do ponto de vista político e questionável do ponto de vista jurídico, a medida é, sobretudo, inconstitucional (CR, art. 5º, XL).

Quanto ao §4º, pretende-se criar uma hipótese de “falta grave” estranha ao rol do art. 50 da LEP, pecando neste ponto pela desarmonia que introduzirá na legislação. A construção do art. 50 se dera a partir de “tipos” abertos, voltados a agasalhar situações tendentes a perturbar a ordem e a disciplina no ambiente do cárcere. A previsão de uma falta grave pela negativa em se submeter ao procedimento de coleta – por menos invasivo que se afirma ser (“suabe oral”) ou mesmo por meio de objetos de higiene pessoal do apenado –, a cargo da administração penitenciária, introduz, por si só, elemento de instabilidade e tensão no cotidiano da cadeia.

O cometimento de falta grave traz consequências nefastas para a progressão da pena (LEP, art. 118, I, *in fine*; e 112, §4º - afetando gestantes e mães de crianças) e a ressocialização do interno. Enseja, além da necessidade de se cumprir mais 1/6 do remanescente da pena para a nova progressão (LEP, art. 118, I), a revogação da autorização de trabalho extramuros (LEP, art. 37, p.ú.) e das saídas temporárias (LEP, art. 125); esvazia o tempo de remissão que decorre do trabalho ou do estudo (LEP, art. 127 e Súmula vinculante 9 do STF) e pode inclusive ensejar o retorno ao cárcere de quem já estava em meio aberto com monitoração eletrônica (LEP, art. 146-D, II) ou cumprindo pena restritiva de direitos (LEP, art. 181, §1º, d).

Atualmente, o art. 8º da Resolução nº 9, de 13.04.2018 (editada

pelo Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos) deixa a cargo da autoridade judiciária definir as consequências da recusa em se submeter à coleta, não havendo quaisquer razões de ordem prática ou técnico-jurídica para que tal questão seja determinada *ex lege*, notadamente ante as inúmeras consequências que podem advir ao apenado a depender das condições e do momento de cumprimento da pena em que se dera a recusa.

Por todo o exposto, recomenda-se a SUPRESSÃO dos dispositivos.

IV. II. RELACIONADAS À EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA:

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Art. 105. Transitada em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância de pena privativa de liberdade, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicar pena restritiva de direitos ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância de pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução e poderá requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

REDAÇÃO DA PROPOSTA:

Art. 164. Extraída certidão da decisão condenatória em segunda instância ou de trânsito em julgado da sentença condenatória, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo, mantendo-se a redação atual:

As alterações aqui agrupadas têm por escopo adaptar a legislação à execução antecipada da pena. Daí porque introduz-se a locução “*ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância*” nos artigos 105 e 147 da LEP e a locução “*decisão condenatória em segunda instância*” ao art. 164 do mesmo diploma.

Curioso notar que estas foram as adaptações que a Proposta logrou identificar na LEP, sendo certo que promove alterações do mesmo jaez em outros dispositivos. Importa lembrar, porém, que todo o ordenamento se construía em harmonia à presunção de inocência, de modo que, a despeito dessas alterações, sem dúvida alguma haverá inúmeras desarmonias e dificuldades em relação a outros dispositivos que não foram alvo do Projeto a ensejar, repetimos, insegurança jurídica e dificuldades ao intérprete.

Assim, remetendo o leitor às considerações externadas a respeito do artigo 283 do CPP, recomenda-se a SUPRESSÃO dos dispositivos.

IV. ALTERAÇÕES DESTINADAS À LEI DE CRIMES HEDIONDOS

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

II – fiança. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). (Redação dada pela Lei nº 13.769, de 2018)

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 2º.....

§ 5º A progressão de regime, para condenados pelos crimes previstos neste artigo, se dará somente após o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena quando o resultado envolver a morte da vítima.

§ 6º Observado o disposto no § 5º, a progressão de regime ficará subordinada ao mérito do condenado e à constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir.

§ 7º Ficam vedadas aos condenados, definitiva ou provisoriamente, por crimes

hediondos, de tortura ou de terrorismo:

I - durante o cumprimento do regime fechado, saídas temporárias, por qualquer motivo, do estabelecimento prisional, exceto nas hipóteses de que trata o art. 120 da Lei nº 7.210, de 1984 - Lei de Execução Penal, ou para comparecer em audiências, sempre mediante escolta; e

II - durante o cumprimento do regime semiaberto, saídas temporárias, por qualquer motivo, do estabelecimento prisional, exceto nas hipóteses de que trata o art. 120 da Lei nº 7.210, de 1984 - Lei de Execução Penal, para comparecer em audiências, sempre mediante escolta, ou para trabalho ou para cursos de instrução ou profissionalizantes.

(NR)

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo assim JUSTIFICADA:

DA AMPLIAÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO DE PENA

As medidas aqui tratadas estão alinhadas com aquelas previstas para alterar o Código Penal no tocante ao regime de cumprimento de pena. O objetivo é manter o apenado privado de liberdade pelo maior tempo possível na esteira do externado pelo Ministro da Justiça e da Segurança Pública: *“regime aberto e semiaberto é uma pena (sic), mas não é prisão de verdade”*.

Assim, estende-se a fração de 3/5 (três quintos) – hoje exigida para a progressão de regime *dos reincidentes* condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados (como o tráfico de drogas) – aos primários condenados por crimes hediondos, terrorismo ou tortura, *“quando o resultado envolver a morte da vítima”*.

No mesmo diapasão, ressuscita-se o malsinado “Exame Criminológico” ao subordinar a progressão *“ao mérito do condenado e à constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir”*. Não se pode dizer, neste ponto, que o PL é incoerente: a subversão da regra da presunção de inocência harmoniza-se à exigência de demonstração de que não voltará a delinquir.

Por fim, veda-se *ex lege* as saídas temporárias aos presos que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto. Nem mesmo com o tempero das tímidas ressalvas, é possível enxergar razoabilidade nestas propostas. Vejamos por partes.

Quanto à escorchante fração de 3/5 (**§5º**), hoje restrita aos reincidentes, há contradição interna ao próprio PL em vista da alteração proposta para o art. 59, parágrafo único do Código Penal. Neste, o juiz não está adstrito a qualquer prazo, sendo certo que a melhor hermenêutica apontará para o limite máximo de 3/5, sob pena de extrapolar-se o prudente arbítrio judicial no tocante à parcela de discricionariedade que a lei lhe garante como consequência da necessária individualização da pena, princípio que tem assento constitucional (CR, art. 5º, XLVI).

Seja como for, o desiderato do PL neste ponto pode restar esvaziado pelo simples fato de que as frações relativas ao Livramento Condicional (CP, art. 83) não foram alvo de alteração, de modo que seriam implementadas antes – salvo no caso dos reincidentes (CP, art. 83, p.ú. combinado com art. 2º, §2º, *in fine* da Lei 8.072/90) – culminando com a liberdade condicional do apenado antes que viesse a progredir de regime.

Eis aí uma evidência de que o esforço do Projeto em “combater o crime” mediante a ampliação e antecipação do tempo de privação de liberdade (em todas não foi acompanhado de cuidados mínimos no tocante à harmonia do sistema, pecando por omissões que solapam até mesmo os seus objetivos mais ostensivos, como neste caso.

Quanto à *ratio* do sistema progressivo de cumprimento de penas, remetemos o leitor aos aportes relacionados à proposta de introdução de um parágrafo único do art. 59 do Código Penal, onde já expusemos com mais vagar acerca da progressão de regime e de sua imbricação com a finalidade de ressocialização do preso.

A respeito dessa estrutura, cabe acrescentar que as modificações poderão inaugurar o mesmo tipo de problemas sistêmicos antevistos em relação às

propostas de execução antecipada da pena. Antecipar e aumentar o tempo de privação de liberdade mais se aproximam da lógica de *neutralização* dos condenados, ao passo que o sistema progressivo (CP, art. 33, §2º) tende à *ressocialização* com a paulatina reinserção social do apenado ao meio aberto, passando pelo livramento condicional até que venha a, dessa forma, cumprir integralmente a pena imposta.

DA REPRISTINAÇÃO VELADA DO EXAME CRIMINOLÓGICO

Ao evidente retrocesso da ampliação dos 3/5, alia-se (§6º) a repristinação do Exame Criminológico mediante o emprego, *mutatis mutandis*, da mesma locução que a reforma de 1984 fez inserir no Código Penal (“condições pessoais que façam presumir que o libertado não voltará a delinquir”) como condição para a concessão do livramento condicional (CP, art. 83, p.ú.). Já a LEP, também de 1984, trazia como requisito para a concessão da progressão a expressão “e seu mérito indicar a progressão” (art. 112, *caput* - redação original), complementada no parágrafo único pela necessidade de fundamentação “precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”.

Com o advento da Lei 10.792/03, o art. 112 LEP foi alterado e o parágrafo único do art. 83 do Código Penal restou obsoleto, na medida em que, tanto para a progressão (LEP, art. 112, *caput*) quanto para a concessão do livramento condicional, do indulto e da comutação de penas (LEP, art. 112, §2º) a referida lei passou a exigir apenas a manifestação do Ministério Público e da defesa (LEP, art. 112, §1º).

É certo que o PL não afirma expressamente a necessidade de exame criminológico, todavia não se pode pensar em outra forma de “constatação de condições pessoais que façam presumir que ele [apenado] não voltará a delinquir” senão por meio de expediente análogo ao efetivado num exame de cariz análogo ao extirpado da Lei de Execuções Penais desde 2003. Acerca de tal expediente, vale colacionar o disposto no art. 4º da Resolução nº 9/2010 do Conselho Nacional de Psicologia, diretamente relacionado ao assunto em tela e à edição da Lei 10.792/03:

Art. 4º. Em relação à elaboração de documentos escritos para subsidiar a decisão judicial na execução das penas e das medidas de segurança:

a) A produção de documentos escritos com a finalidade exposta no caput deste artigo não poderá ser realizada pela(o) psicóloga(o) que atua como profissional de referência para o acompanhamento da pessoa em cumprimento da pena ou medida de segurança, em quaisquer modalidades como atenção psicossocial, atenção à saúde integral, projetos de reintegração social, entre outros.

b) A partir da decisão judicial fundamentada que determina a elaboração do exame criminológico ou outros documentos escritos com a finalidade de instruir processo de execução penal, excetuadas as situações previstas na alínea 'a', caberá à(ao) psicóloga(o) somente realizar a perícia psicológica, a partir dos quesitos elaborados pelo demandante e dentro dos parâmetros técnico-científicos e éticos da profissão.

§ 1º. Na perícia psicológica realizada no contexto da execução penal ficam vedadas a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexos causal a partir do binômio delitodelinqüente.

§ 2º. Cabe à(ao) psicóloga(o) que atuará como perita(o) respeitar o direito ao contraditório da pessoa em cumprimento de pena ou medida de segurança.

Portanto, os psicólogos têm limites éticos que os impedem de elaborar “*prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexos causal a partir do binômio delito delinqüente*”. A ética do profissional de psicologia se afigura incompatível com o exercício de futurologia insculpido no PL como condicionante para o deferimento da progressão de regime. Forte, ainda, nas palavras de Haroldo Caetano da Silva⁵⁶:

“O exame criminológico funda-se na ideia de que o cárcere é capaz de transformar a personalidade do homem-criminoso, transformando-o em um homem

⁵⁶ “O exame criminológico e a oportuna Resolução nº 9/2010 do Conselho Federal de Psicologia”. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/529-o-exame-criminologico-e-a-oportuna-resolucao-n-9-2010-do-conselho-federal-de-psicologia.html>

não-criminoso, e que, assim, serviria em auxílio ao juiz na concessão da liberdade ao preso a partir do diagnóstico de melhora do seu quadro criminológico. Além da expressa revogação por força de lei, em 2003, o exame criminológico parte de premissas falsas, especialmente aquela de que o psicólogo possa prever o comportamento futuro do homem, isso segundo elementos colhidos de sua subjetividade. Apresenta-se o exame criminológico, pois, como uma espécie de instrumento destinado à aferição do índice de contaminação do homem pela doença do crime.

Acontece que crime não é doença. Diversamente, p. ex., do câncer, patologia que pode ser diagnosticada a partir do exame da próstata, o crime não pode ser aferido pelo exame criminológico, essa precária avaliação da personalidade, como se um homem, por razões de natureza subjetiva, estivesse mais propenso a crimes do que outros. Essa figura de traços lombrosianos não se sustenta.”

DA VEDAÇÃO ÀS SAÍDAS TEMPORÁRIAS

As alterações seguem no objetivo explícito de minar a progressividade do sistema (**§7º e incisos**) a partir de vedações apriorísticas à reinserção regrada do apenado ao meio aberto, de modo que os condenados por crimes hediondos e equiparados teriam vedadas *ex lege* o direito às saídas temporárias, “*exceto nas hipóteses de que trata o art. 120 [da LEP], ou para comparecer em audiências, sempre mediante escolta*” ou “*para trabalho ou para cursos de instrução ou profissionalizantes*”. Vejamos.

A redação faz crer que o direito previsto no art. 120 da LEP é uma concessão humanitária do Projeto. A fugaz percepção evanesce em seguida, com a declarada subversão do direito de audiência aqui transformada em beneplácito. De fato, lida em consonância com a banalização do uso das videoconferências (vide capítulo pertinente), é natural que o PL coloque o direito de comparecer às audiências como uma exceção à (pretendida) regra de vedação às saídas temporárias. Neste ponto, não se pode acusar o Projeto de incoerente.

A vedação à saída temporária ao preso que cumpre pena em regime fechado revela desconhecimento da LEP. Isto porque já não há previsão legal (LEP,

art. 122) para que ocorra, salvo nos casos do art. 120, que o PL contempla como exceção a uma regra inexistente. É portanto uma disposição incompreensível.

O mesmo não se pode dizer quanto à vedação da saída temporária ao preso em regime semiaberto (inciso II), caso em que o trabalho ou a realização de cursos de instrução ou profissionalizantes *fora da unidade prisional* são permitidos. Na configuração proposta o apenado é presumidamente “perigoso” para visitar sua família, mas não para trabalhar ou se instruir. Ora, nos dois casos o apenado estará temporariamente solto, a demonstrar que não há qualquer lógica no que se propõe.

As saídas temporárias são permitidas pelo período total de 35 dias por prazo não superior a 7 dias (LEP, art. 124, caput) divididos ao longo do ano (com intervalo mínimo de 45 dias entre as saídas – LEP, art. 124, §3º) e costumam ocorrer nas datas em que se comemoram o dia dos pais, das mães, natal, ano novo etc.

Dados da Secretaria de Administração Penitenciária paulista revelam que no estado com maior população carcerária do Brasil a taxa média de retorno dos presos é de 93,72% - percentual aferido entre 2007 e 2017⁵⁷.

Outra pesquisa⁵⁸, realizada em 22 estados e no DF, demonstra que apenas 4,2% dos presos liberados não retornaram para a cadeia após passar as festas de fim de ano com a família. Em números absolutos, dos 52.575 liberados, os que não retornaram foram 2.249 presos. **Vê-se, portanto, que a proposta neste ponto apoia-se mais na mistificação e no pânico disseminado sem qualquer apoio na realidade demonstrada pelos dados.**

Recomenda-se a SUPRESSÃO dos dispositivos em questão.

⁵⁷ <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/01/09/96-dos-presos-beneficiados-com-saidinha-de-fim-de-ano-em-sp-retornaram-diz-secretaria.htm>

⁵⁸ <https://www.conjur.com.br/2016-jan-12/mil-presos-nao-retornaram-prisao-saida-temporaria>

VI. ALTERAÇÕES DESTINADAS À LEI DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 9º-A interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática poderá ocorrer por qualquer meio tecnológico disponível, desde que assegurada a integridade da diligência, e poderá incluir a apreensão do conteúdo de mensagens e arquivos eletrônicos já armazenado em caixas postais eletrônicas.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo assim JUSTIFICADA:

A introdução do dispositivo preocupa. Com o avanço tecnológico e a tendência de armazenamento automático de conversas em aplicativos de *smartphones*, a possibilidade de apreensão desse conteúdo traduz-se, na prática, como a legalização de devassa nos objetos apreendidos para tal finalidade.

Além disso, com a possibilidade de espelhamento *online* de aplicativos de mensagens instantâneas (como, v.g., o Whatsapp), os investigadores teriam a possibilidade de interagir em nome do investigado, bem como de apagar mensagens pretérita, sendo certo que “*assegurar a integridade da diligência*” sem qualquer disposição que permita o rígido controle de legalidade dessas mesmas diligências a fim de evitar abusos significa ampliar excessivamente o potencial de emprego arbitrário de “*qualquer meio tecnológico*” à disposição da investigação.

O tema é espinhoso. Há consenso entre os Ministros dos Tribunais Superiores de que é preciso estabelecer critérios para o acesso aos dados armazenados nos modernos aparelhos de telefonia celular (*smartphones*), tendo em vista a mudança no patamar cultural e comportamental que sua difusão em larga escala representa.

A Lei 9.296/96 veio a lume quando apenas as conversas telefônicas davam a tônica da comunicação à distância. Esse cenário sofreu alterações drásticas nas últimas duas décadas a demandar, de fato, que a legislação se

modernize para superar a obsolescência que os avanço tecnológico trouxe.

Tribunais constitucionais do mundo todo têm se deparado com essas questões, analisadas sempre à luz das garantias fundamentais individuais (direito ao sigilo das comunicações e direito à privacidade – CR, art. 5º, incisos XII e X respectivamente) e em cotejo com o direito à segurança pública. Os Ministros do STJ e do STF que tiveram a oportunidade de tangenciar ou enfrentar o tema não ignoram a complexidade e a relevância dessa discussão, tampouco os sentidos, possibilidades e limites que as Cortes internacionais têm conferido às situações concretas que se puderam a analisar.

Descabe aqui aprofundar-nos nos casos concretos nas inúmeras minúcias e sutilezas que deles se extraem. Limitamo-nos apenas à referência de um julgado da Sexta Turma do STJ (RHC 99.735/SC), de Relatoria da Ministra Laurita Faz onde fora declarada nula a decisão judicial que autorizou o “*espelhamento do WhatsApp via Código QR, bem como das provas e dos atos que dela diretamente dependam ou sejam consequência*”, medida que estaria autorizada pela redação no art. 9º-A que o PL pretende ver introduzido na Lei 9.296/96, sendo certo que caso concreto julgado no STJ aplica o referido diploma por analogia. Vejamos trecho da ementa:

“6. É impossível, tal como sugerido no acórdão impugnado, proceder a uma analogia entre o instituto da interceptação telefônica (art. 1.º, da Lei n.º 9.296/1996) e a medida que foi tomada no presente caso.

7. Primeiro: ao contrário da interceptação telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento via WhatsApp Web o investigador de polícia tem a concreta possibilidade de atuar como participante tanto das conversas que vêm a ser realizadas quanto das conversas que já estão registradas no aparelho celular, haja vista ter o poder, conferido pela própria plataforma online, de interagir nos diálogos mediante envio de novas mensagens a qualquer contato presente no celular e exclusão, com total liberdade, e sem deixar vestígios, de qualquer mensagem

passada, presente ou, se for o caso, futura.

8. **O fato de eventual exclusão de mensagens enviadas (na modalidade "Apagar para mim") ou recebidas (em qualquer caso) não deixar absolutamente nenhum vestígio nem para o usuário nem para o destinatário, e o fato de tais mensagens excluídas, em razão da criptografia end-to-end, não ficarem armazenadas em nenhum servidor, constituem fundamentos suficientes para a conclusão de que a admissão de tal meio de obtenção de prova implicaria indevida presunção absoluta da legitimidade dos atos dos investigadores, dado que exigir contraposição idônea por parte do investigado seria equivalente a demandar-lhe produção de prova diabólica.**

9. Segundo: ao contrário da interceptação telefônica, que tem como objeto a escuta de conversas realizadas apenas depois da autorização judicial (*ex nunc*), **o espelhamento via Código QR viabiliza ao investigador de polícia acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer comunicação realizada antes da mencionada autorização, operando efeitos retroativos (*ex tunc*).**

10. Terceiro: ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão de aparelho telefônico, **o espelhamento via Código QR depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da Autoridade Policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura – embora não haja nos autos notícia de que isso tenha ocorrido no caso concreto –, acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito.**

11. Hipótese concreta dos autos que revela, ainda, outras três ilegalidades: (a) sem que se apontasse nenhum fato novo na decisão, a medida foi autorizada quatro meses após ter sido determinado o arquivamento dos autos; (b) ausência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal a respaldar a limitação do direito de privacidade; e (c) ilegalidade na fixação direta do prazo de 60 (sessenta) dias, com prorrogação por igual período.

Perceba-se que a redação proposta fala em “mensagens e arquivos eletrônicos”, o que pode compreender tudo aquilo que se encontra armazenado

num *smartphone* na medida em que na noção aberta de “*caixas postais eletrônicas*” admitiria interpretação que não se restringiria ao e-mail, mesmo porque a disposição abrange a interceptação de “*comunicações em sistemas de informática e telemática*” acessados pelos investigadores “*por qualquer meio tecnológico disponível*”.

A previsão legal de amplitude desse acesso, mesmo autorizada judicialmente, deve vir acompanhada de rigoroso regramento de limites claros ou da exigência de prestação de contas das técnicas, período, espaços de armazenamento e arquivos efetivamente vasculhados, tudo sob pena de vulnerar excessivamente as garantias constitucionais; senão a do sigilo das comunicações (CR, art. 5º, XII), por óbvio o da privacidade (CR, art. 5º, X).

Portanto, consideradas as ponderações aqui aduzidas, sintetizadas na complexidade do tema e da necessidade de contrapartida regulatória que iniba excessos e possibilite o controle judicial posterior das diligências empregadas pela investigação, é o caso de rejeitar-se a alteração tal como proposta.

Com isso, recomendamos a SUPRESSÃO do dispositivo.

VII. ALTERAÇÕES DESTINADAS À AÇÃO DE AGENTES INFILTRADOS:

LEI 9.613/98

REDAÇÃO ATUAL (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012):

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

LEI 9.613/98

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 1º.....

§ 6º Não exclui o crime a participação, em qualquer fase da atividade criminal de lavagem, de agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

LEI 11.343/06

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

LEI 11.343/06

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 33.....

§ 1º

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

LEI 10.826/03

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.⁵⁹

LEI 10.826/03

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 17.....

§ 1º Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.

§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

LEI 10.826/03

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 18. Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

LEI 10.826/03

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 18.....

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

⁵⁹ Revogado expressamente pelo art. 15, III do Projeto de Lei.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo assim JUSTIFICADA:

As medidas aqui tratadas – dentre as quais, dada a pertinência com o tema, incluímos também as destinadas a alterar o Estatuto do Desarmamento, cujas inovações propostas serão devidamente abordadas em capítulo próprio adiante – estão em franca oposição à inteligência da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, a saber: “*Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.*”

Há consenso doutrinário e jurisprudencial (STF, S. 145, já citada) no sentido de que **a ação do agente provocador torna impossível a consumação do delito** (CP, art. 17). Vejamos:

“Trata-se de um arremedo de flagrante, ocorrendo quando um agente provocador induz ou instiga alguém a cometer uma infração penal, somente para assim poder prendê-la”⁶⁰

“É aquele pelo qual o agente é instigado a praticar o crime, não sabendo, porém, que está sob a vigilância atenta da autoridade ou de terceiros, que só aguardam o início dos atos de execução para realizar o flagrante. Nesta hipótese, o flagrante não poderá ser homologado, pois se trata de evidente hipótese de crime impossível, já que ao agente foram facilitadas as condições para que perpetrasse a infração, objetivando-se, deliberadamente, criar situação de flagrância.”⁶¹

*“Entende-se agente provocador aquele que por iniciativa própria ou por iniciativa da autoridade policial, induz outrem à prática de infração penal **com o fito de vê-lo punido**, ou aquele que age conjuntamente com outro agente a fim de que este, através de sua conduta, seja submetido às sanções determinadas pelo ordenamento jurídico. Na mesma linha de raciocínio, Luis Regis Prado assevera que ‘o agente provocador é o ‘indivíduo que provoca (dá lugar) a realização de um crime com o fim de ver o autor provocado*

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, p.607;

⁶¹ AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. 2ª edição. Editora Método. P.864;

punido pelo fato, sem, contudo, ter qualquer vontade de consumá-lo, tomando para tanto as medidas necessárias.’

Trata-se no caso do chamado crime de experiência ou de ocasião.

*Tem-se entendido, tanto do ponto de vista doutrinário, como do prisma jurisprudencial, **que se cuida, na espécie de crime impossível porque, embora ‘a inidoneidade não existe no meio ou no objeto, existe no conjunto das circunstâncias, adrede preparadas, que eliminam a possibilidade de constituir-se o crime’.** Há apenas um simulacro da ação que concretiza o tipo (Aníbal Bruno).*

*Somente na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito. Na realidade, o seu autor é apenas o protagonista inconsciente de uma comédia (...) **O sujeito ativo opera dentro de uma pura ilusão, pois, ab initio, a vigilância da autoridade policial ou do suposto paciente (vítima) tornam impraticável a real consumação do crime.** Um crime que além de astuciosamente sugerido e ensejado ao agente, tem suas conseqüências frustradas por medidas tomadas de antemão, **não passa de crime imaginário** (Nelson Hungria e Claudio Heleno Fragoso, in Comentários ao Código Penal, Forense, v1, p. 107).⁶²*

É evidente que a pretensão do PL é, superando toda a tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, legalizar a ação policial para incriminar o investigado pela ação premeditada e controlada do agente de segurança infiltrado, desde que “*presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente*”. Então, não basta a condenação pelos crimes preexistentes, mas também – de acordo com o Projeto - por aquele crime que decorrerá diretamente da ação do “*agente policial disfarçado*”.

Trata-se, além disso, de expediente absolutamente questionável do ponto de vista da reserva de moralidade a ser mantida pelo Estado no curso da investigação. Em verdade, descabe ao Estado alinhar-se às reprováveis práticas que pretende ver punidas.

⁶² in, Alberto Silva Franco e Rui Stoco; Código Penal e sua interpretação, RT, 8ª edição, p. 156)

Embora a proposta esteja em consonância com objetivos encarceradores que a inspiram, neste caso, não é saudável o abandono de quaisquer escrúpulos investigativos ao ponto de permitir que o poder punitivo estatal (a legítima violência de estado) possa ser aplicada *também* quando os próprios agentes estatais constroem as circunstâncias necessárias à prática delitiva.

Quanto ao tempero representado pela necessidade de *presença de elementos probatórios de conduta criminal preexistente*, é óbvio que estes sempre estarão presentes, do contrário a investigação não estaria em curso. Em outras palavras, a ressalva apenas dissimula a permanente presença de elementos que indiquem a conduta criminal prévia, sem a qual jamais se promoveria a infiltração do agente policial disfarçado.

Portanto, em síntese, o Estado passará a provocar um delito para, tendo o absoluto controle das circunstâncias, punir o agente inserto na pantomima investigativa.

Recomenda-se, sem mais, a SUPRESSÃO dos dispositivos.

VIII. DAS ALTERAÇÕES DESTINADAS AO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 20. Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º desta Lei.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 20. Nos crimes previstos nos art. 14, art. 15, art. 16, art. 17 e art. 18, a pena é aumentada da metade se:

I - forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos art. 6º, art. 7º e art. 8º; ou

II - o agente possuir registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO do dispositivo assim JUSTIFICADA:

A inovação respeito ao inciso II do art. 20 do Estatuto do Desarmamento. Trata-se de causa de aumento de pena inédita na legislação brasileira, porque aplicável em decorrência ocorridos no passado, antes da persecução penal que enseja a condenação na qual incidirá. A perplexidade é inevitável, mas é preciso enfrentá-la.

Punidos ou não, os fatos passados podem ser divididos em três e são assim definidos “registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado”. As três formas podem ser traduzidas, respectivamente pelos (i) antecedentes – prevista na lei como *circunstância judicial*; (ii) reincidência – prevista como *circunstância agravante*; (iii) *execução antecipada da pena* – não prevista em lei.

Como já se sabe, a individualização da pena em um caso concreto é feita em três diferentes etapas, que constituem o chamado sistema trifásico (CP,

art. 68⁶³). No primeiro momento, são analisadas oito *circunstâncias judiciais* (CP, art. 59⁶⁴), dentre as quais já existe a previsão dos antecedentes. Dessa forma, o magistrado, para estabelecer a pena-base do crime cometido, já considera, em desfavor do acusado, os antecedentes que possua, em atenção, sempre, ao que dispõe a **Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, a qual veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.**

Passando à segunda fase da dosimetria, são ponderadas pelo juiz as circunstâncias atenuantes e *agravantes*. Dentre as agravantes, está a *reincidência* (CP, art. 61, I). Ou seja, o acusado que tiver contra si uma sentença transitada em julgado por conduta anterior, na data da prática do novo delito, terá sua pena necessariamente incrementada em virtude da reincidência. É uma evidente violação do princípio secular do *ne bis in idem*.

Diante do que já prevê a nossa legislação, o indivíduo que ostenta registros criminais anteriores tem a sua pena fixada em patamar mais elevado, em qualquer tipo de delito, seja em razão dos antecedentes (aumento da pena-base), seja em virtude da reincidência (incidência da agravante). A nova previsão tem, com isso, o único objetivo de aumentar a pena de modo desproporcional, amparada na falsa noção de que o recrudescimento das penas diminuirá a prática dos crimes de porte de arma de fogo. Um exemplo claro de direito penal simbólico⁶⁵.

⁶³ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

⁶⁴ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível

⁶⁵ O direito penal simbólico é aquele que busca, por meio da criação de leis mais severas ou do aumento do rigor punitivo, gerar uma sensação de tranquilidade na sociedade, a qual é apenas ilusória.

Na esteira de outras disposições análogas, a proposta atenta também contra o princípio da presunção de inocência, na medida em que as decisões de segunda instância (desprovidas de trânsito em julgado) aqui tratadas meramente pelo que sói ocorrer no mais das vezes (“*proferida por órgão colegiado*”). Mas a verdade é que ao se considerar que uma decisão colegiada, sem trânsito em julgado, pode ser considerada para aumentar da metade uma pena, admite-se que decisões de primeira instância – as de competência originária dos Tribunais, por exemplo – adotadas por instâncias colegiadas de julgamento, ensejem a aplicação da majorante inculpada no inciso II do art. 20.

Na lógica do projeto, a medida só não é mais abstrusa porque a mera anotação (registro criminal) na folha de antecedentes do acusado já seria suficiente para o aumento de metade da pena aplicada para o crime tipificado na Lei 10.826/03.

O impacto carcerário da medida terá proporções que ainda não podem ser definidas, sendo certo que o aumento de penas não dá qualquer credibilidade à política criminal adotada, não diminui as estatísticas de crimes da espécie praticados e superlota um sistema falido de aprisionamento de massa como temos procurado demonstrar.

O Brasil ocupa o terceiro lugar mundial em encarceramento, somente perdendo para Estados Unidos e China que vêm reduzindo seus efetivos carcerários mediante a adoção paulatina e responsável de políticas desencarceradoras.

A presunção de inocência, além de prevista taxativamente na CR e na CADH, remontando à Roma de Justiniano⁶⁶ e ao medievo⁶⁷. É no mínimo curioso que a violação mais literal e dramática dessa conquista civilizatória histórica se dê justamente na proposta de alteração do Estatuto do Desarmamento, o que aduzimos notadamente por conta das normativas editadas pelo Executivo Federal destinadas a flexibilizar a posse de

⁶⁶ “Àquele que disse e não ao que nega incumbe a prova.”

⁶⁷ O jurista francês Jean Lemoine assentou que “uma pessoa é considerada inocente até ser provada culpada.”

armas.

Para além das críticas até aqui aduzidas, a proposta peca outra vez por lançar mão de conceitos jurídicos indeterminados. O que se entende por *registros criminais pretéritos*? Se é a sentença condenatória transitada em julgado, é a reincidência. Nada de novo.

É importante destacar, no entanto, que o nosso sistema adota a temporariedade da reincidência, a significar que nenhum indivíduo está indefinidamente sujeito ao agravamento de sua pena *em razão de uma condenação criminal pretérita transitada em julgado*. Passados cinco anos da extinção da punibilidade, não será possível considerar o registro desabonador em caso de nova prática delitiva (CP, art. 61, I⁶⁸).

Pretende-se, pois, por vias tortas, ampliar o alcance da reincidência ao permitir que o registro criminal seja considerado em desfavor do acusado *ad eternum*. Evidentemente, tal previsão não pode ser aprovada, seja pela desproporção, pela inconstitucionalidade em face do princípio da presunção de inocência e, também, em última análise, por violar a vedação de penas de caráter perpétuo (CR, art. 5º, XLVII, *b*).

Recomenda-se, pois, a SUPRESSÃO do dispositivo.

⁶⁸ Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

IX. ALTERAÇÕES DESTINADAS A PRESÍDIOS FEDERAIS DE SEGURANÇA MÁXIMA

INTRÓITO NECESSÁRIO

Os presídios federais foram idealizados em 2006 pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que tinha como objetivo criar uma alternativa ao sistema prisional ordinário, em situações específicas de risco à ordem pública ou ao ambiente carcerário, bem como quando fosse necessário garantir a segurança do próprio preso (Lei 11.671/2008, art. 3º):

Os Decretos 6.049/2007 (*Regulamento Penitenciário Federal*) e 6.877/2009, assim como a Resolução 557/2007 (*Regulamenta os procedimentos de inclusão e de transferência de pessoas presas para unidades do Sistema Penitenciário Federal*), do Conselho da Justiça Federal, fornecem as bases regulatórias práticas para a aplicação da Lei 11.671/08.

Nos últimos anos, foram inauguradas **cinco penitenciárias federais**, as quais estão localizadas no Paraná, Mato Grosso do Sul, Rondônia, Rio Grande do Norte e Brasília.

O feixe normativo aplicável estatui que, para a inclusão ou transferência a essas unidades, a pessoa presa deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características⁶⁹: ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa; ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem; estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado – RDD; ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça; ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

⁶⁹ Artigo 3º do Decreto n. 6.877 de 2009.

Além disso, a inclusão no sistema federal depende de **duas decisões judiciais convergentes**, sendo a primeira delas do Juiz de origem (seja ele o juiz da execução, em caso de preso com condenação definitiva, ou o juiz processante, no caso de preso provisório) e a segunda do Juiz federal corregedor da penitenciária.

O tempo de permanência no presídio federal segue o disposto no art. 10, caput e § 1º, da Lei n. 11.671/08, segundo o qual a inclusão da pessoa presa em estabelecimento penal federal de segurança máxima será por prazo determinado, não podendo ser superior a 360 dias, sendo admitida, porém, a renovação em casos excepcionais.

Desde já, é importante pontuar as diversas críticas que podem ser feitas ao Sistema Penitenciário Federal. Primeiramente, é certo que sua criação se deve a uma racionalidade penal baseada em **políticas penitenciárias de exceção**, que neutralizam e segregam determinadas pessoas presas, fornecendo contornos atuais à noção de “alta periculosidade” e, assim, autorizando a adoção de medidas de recrudescimento disciplinar a partir de regimes de **máximo confinamento e mínima concessão de direitos e garantias**. Nas palavras de Jefferson Cruz Reishoffer⁷⁰,

*Em nome da “defesa social” e da “disciplina carcerária”, o confinamento máximo do preso considerado de alta periculosidade instrumentaliza práticas de **pura segregação e punição** que, oficializadas por legislações do pânico, buscam justificação em princípios da criminologia positivista e se afirmam sobre o declínio do ideal ressocializador, espalhando, assim, uma ilusória sensação de que “a grande criminalidade” está sendo enfrentada de forma rígida e efetiva.*

Através de complexos arquitetônicos que reproduzem o modelo

⁷⁰ O Regime Disciplinar Diferenciado e o Sistema Penitenciário Federal: A “Reinvenção da Prisão” através de Políticas Penitenciárias de Exceção. Rev. Polis e Psique, 2013; 3(2):162-184.

de unidades de segurança máxima norte-americana, vigilância e monitoramento constantes por meio de câmeras e máquinas de raio-x, o Sistema Penitenciário Federal parece cumprir o seu **propósito desumanizador** com eficiência, isolando de forma completa as pessoas vistas como ameaça à segurança pública da sociedade, já que para o Estado tais pessoas presas **não são cidadãos** e, portanto, não merecem os mais basilares direitos.

Adiante listamos, como temos feito, a redação atual e respectivas alterações propostas para, logo em seguida analisarmos em bloco as imperfeições e problemas que a introdução das alterações propostas trarão ao sistema penitenciário federal.

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 2º A atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 2º
Parágrafo único. O juízo federal de execução penal será competente para as ações de natureza cível ou penal que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal.

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 3º Serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 3º Serão incluídos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.

§ 1º A inclusão em estabelecimento penal federal de segurança máxima, no atendimento do interesse da segurança pública, será em regime fechado de segurança máxima, com as seguintes características:

I - recolhimento em cela individual;

II - visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de duas pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações;

III - banho de sol de até duas horas diárias; e

IV - monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive correspondência escrita.

§ 2º Os atendimentos de advogados serão previamente agendados, mediante requerimento, escrito ou oral, à direção do estabelecimento penal federal.

§ 3º Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas.

§ 4º As gravações das visitas não poderão ser utilizadas como meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento.

§ 5º As gravações de atendimentos de advogados só poderão ser autorizadas por decisão judicial fundamentada.

§ 6º Os diretores dos estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou o Diretor do Sistema Penitenciário Federal poderão suspender e restringir o direito de visitas previsto no inciso II do § 1º por meio de ato fundamentado.

§ 7º Configura o crime do art. 325 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a violação ao disposto no § 4º.

§ 8º O regime prisional previsto neste artigo poderá ser excepcionado por decisão do diretor do estabelecimento penal federal de segurança máxima no caso de criminoso colaborador, extraditado, extraditando ou se presentes outras circunstâncias excepcionais.

REDAÇÃO ATUAL:

Art. 10. A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.

§ 1º O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência.

§ 2º Decorrido o prazo, sem que seja feito, imediatamente após seu decurso, pedido de renovação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, ficará o juízo de origem obrigado a receber o preso no estabelecimento penal sob sua jurisdição.

§ 3º Tendo havido pedido de renovação, o preso, recolhido no estabelecimento federal em que estiver, aguardará que o juízo federal profira decisão.

§ 4º Aceita a renovação, o preso permanecerá no estabelecimento federal de segurança máxima em que estiver, retroagindo o termo inicial do prazo ao dia seguinte ao término do prazo anterior.

§ 5º Rejeitada a renovação, o juízo de origem poderá suscitar o conflito de competência, que o tribunal apreciará em caráter prioritário.

§ 6º Enquanto não decidido o conflito de competência em caso de renovação, o preso permanecerá no estabelecimento penal federal.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 10.

§ 1º O período de permanência será de até três anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência e se persistirem os motivos que a determinaram.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 11-A. As decisões relativas à transferência ou à prorrogação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, à concessão ou à denegação de benefícios prisionais ou à imposição de sanções ao preso federal poderão ser tomadas por órgão colegiado de juízes, na forma das normas de organização interna dos tribunais.

REDAÇÃO PROPOSTA:

Art. 11-B. Os Estados e o Distrito Federal poderão construir estabelecimentos penais de segurança máxima, ou adaptar os já existentes, aos quais será aplicável, no que couber, o disposto nesta Lei.

NOTA TÉCNICA – sugere a SUPRESSÃO dos dispositivos assim JUSTIFICADA:

DAS RESTRIÇÕES AO DIREITO DE VISITAS:

Em primeiro lugar, destaca-se a imposição de mais restrições à visitação de pessoas presas (art. 3º, §1º, inciso II) que deverá ocorrer **por meio virtual ou no parlatório**, com o máximo de duas pessoas por vez, além de eventuais crianças, **separadas por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações.**

Conforme o Enunciado 30 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal, apenas os visitantes que adentrem o estabelecimento prisional na condição de *amigo* terão contato com o preso via parlatório, de modo que a nova redação da Lei tornaria essa exceção uma **regra aplicável a todos os visitantes**, nomeadamente o cônjuge, companheiro e demais parentes.

A falta de razoabilidade de tal medida é clara se tivermos em mente que os direitos das pessoas presas que cumprem pena em presídios federais também

continuam resguardados pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), segundo a qual é direito de toda pessoa presa a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados. Trata-se de mais um ponto do PL no qual as dissonâncias sistêmicas entrariam em marcha no caso de aprovação das propostas; a insegurança jurídica mais uma vez daria a tônica no tema.

Reforçando a legislação existente, a Resolução nº 1 do CNPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, publicada em 30 de março de 1999, recomendava aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres que fosse assegurado **inclusive o direito à visita íntima** aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais, direito que foi posteriormente regulamentado por diversas secretarias de administração penitenciária estaduais.

Na verdade, a alteração em tela, por não permitir contato físico, humano, ou seja, a troca de afeto, nitidamente, viola à garantia da **dignidade humana**, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 3º, III, da CF), assim como vários direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, como a proibição do **tratamento desumano ou degradante** (art. 5º, III, da CF), a proibição de **penas cruéis** (art. 5º, XLVII, da CF), a violação à **integridade moral** (art. 5º, XLIX, da CF) ou ao princípio da **proporcionalidade das penas** (art.5º, XLVI e XLVII, da CF).

O direito de visitação também foi garantido pelo Decreto Federal 6.039, de 27 de fevereiro de 2007, que aprovou o Regimento Penitenciário Federal, dispondo em seu artigo 91 que "*As visitas têm a finalidade de preservar e estreitar as relações do preso com a sociedade, principalmente com sua família, parentes e companheiros*".

O mesmo Decreto, em consonância com a LEP, também prevê que "*ao preso condenado ou provisório incluso no Sistema Penitenciário Federal serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*". Nesse sentido,

adverte Alexandre de Moraes⁷¹:

*“A Constituição Federal, ao proclamar o respeito à integridade física e moral do preso, em que pese à natureza das relações estabelecidas entre a Administração Penitenciária e os sentenciados a penas privativas de liberdade, consagra a **conservação por parte dos presos de todos os direitos fundamentais reconhecidos à pessoa livre**, com exceção obviamente, daqueles incompatíveis com a sua condição peculiar de preso, tais como a liberdade de locomoção (CF, art. 5º, XV), livre exercício de qualquer profissão (CF, art. 5º, XIII), inviolabilidade domiciliar em relação a cela (CF, art. 5º, XI), exercício dos direitos políticos (CF, art. 15, III). **Porém, o preso continua a sustentar os demais direitos e garantias fundamentais, por exemplo, à integridade física e moral (CF, art. 5º, III, V, X e LXIV), à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), ao direito de propriedade (CF, art. 5ºXXII), entre inúmeros outros, e, em especial, aos direitos à vida e a dignidade humana”.***

Neste contexto, além de violar os dispositivos constitucionais citados, tendo em vista que a pena privativa de liberdade não engloba a supressão do contato afetivo com o cônjuge e os demais familiares do preso, o qual, inclusive, colabora para a manutenção dos laços afetivos com o mundo exterior, é certo que o direito à visita não deve ser restringido.

Por fim, importante pontuar que a recente portaria nº 157, de 12 de fevereiro de 2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública⁷², já restringiu, *de forma ilegal*, as visitas. A portaria prevê que as visitas sociais em prisões federais de segurança máxima estão restritas ao parlatório e à videoconferência, e não acontecerão mais em pátio de visitação, **exceto para os presos com "perfil de réu colaborador ou delator premiado"**.

Nitidamente, a portaria é ilegal, já que restringe o direito de visitas

⁷¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. P. 242.

⁷² <https://www.conjur.com.br/dl/moro-endurece-visitas-presidios.pdf>

ao arrepio do previsto na legislação em vigor. A própria introdução dessas medidas no PL em comento corrobora a conclusão. Por outro lado, padece das mesmas inconstitucionalidades já apontadas acima. **Curiosamente, para “réus colaboradores ou delatores” as visitas podem ser feitas com contato físico em nítida coação do Estado para que pessoas presas produzam provas contra si mesmas ou contra outras pessoas.**

DO MONITORAMENTO DAS COMUNICAÇÕES:

Outra inovação totalmente descabida diz respeito ao “*monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive correspondência escrita*” e “*monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns*”, o que, conseqüentemente, inclui as gravações de todas as conversas dos presos com seus advogados.

O monitoramento das comunicações também é nitidamente inconstitucional, por violar a garantia constitucional insculpida no art. 5º, XII da Constituição da República que dispõe: **XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas**, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ofende ainda, por óbvio, a **intimidade e vida privada** (CR, art. 5º, X) e desnatura o direito do preso à comunicação com o mundo exterior (LEP, art. 41, XV, da Lei de Execução Penal).

Por outro lado, quando se trata de comunicação com advogado a inconstitucionalidade ostenta contornos ainda maiores, já que colocam em xeque a própria **democracia**.

Nesta linha, não é novo o entendimento de que a gravação de conversas dos advogados com os seus clientes é ilegal e inconstitucional, violando as garantias e princípios fundamentais contidos na Constituição Federal e que garantem o **livre exercício profissional da advocacia e do direito à defesa**.

A Constituição prevê o direito à intimidade e privacidade de todos os cidadãos (CR, art. 5º, X), além de dispor, em seu artigo 133, sobre o papel do advogado como indispensável à administração da justiça, possuindo inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Relevante destacar que a advocacia é prevista na Constituição Federal, como uma das **funções essenciais à justiça**, juntamente com o Ministério Público e a Defensoria Pública. Nesse sentido, nos termos do artigo 1º da Lei nº 11.767, de 7 de agosto de 2008, **são invioláveis o escritório do advogado ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.**

Já a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, em seu artigo 7º, inciso III, afirma ser **direito do advogado comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente**, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.

Ademais, a Resolução nº 8 do CNPCP, de 30 de maio de 2006, em obediência às garantias e princípios constitucionais, recomenda que a inviolabilidade da privacidade nas entrevistas do preso com seu advogado seja assegurada em todas as unidades prisionais, sendo que para a efetivação desta recomendação, o parlatório ou ambiente equivalente onde se der a entrevista, não poderá ser monitorado por meio eletrônico de qualquer natureza.

Todas as disposições em referência entrariam em franca antinomia ante a eventual aprovação dessas disposições sem que a Proposta tenha promovido quaisquer adaptações nas mesmas com o fito de garantir a harmonia do sistema legislativo aplicável ao enquadramento fático que usualmente se conforma na relação entre os internos e aqueles que o visitam, pessoal ou profissionalmente na defesa de seus interesses.

Em 2010, quando se descobriu a gravação indiscriminada dos contatos entre presos e visitantes (inclusive advogados) no presídio federal de Catanduvas-PR, o Conselho Federal da OAB repudiou a prática. As gravações, afrontosas à prerrogativa profissional de manter em sigilo a defesa, somente seriam admissíveis na hipótese de

investigação em andamento, cabendo ao magistrado, neste caso, individualizar e fundamentar essa intervenção em face de elementos objetivos apurados na investigação ou na ação penal que referido profissional tem participação proativa na organização criminosa⁷³ e não a esmo, como forma de patrulhar e policiar o exercício da defesa técnica criminal.

Percebe-se, portanto, que o desrespeito à inviolabilidade das conversas entre advogados e presos é também uma violação do direito à ampla defesa, sendo inadmissível em um Estado Democrático de Direito que se ignorem direitos constitucionais em nome de uma suposta necessidade de combate a organizações criminosas.

⁷³ Pedido de providências do Conselho Federal da OAB encaminhado ao Ministro Presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/acao.pdf>. Acesso em 14/02/2018.

DO COLEGIADO DE JUÍZES

O art. 11-A do Projeto busca evitar a personificação dos magistrados que irão julgar questões pertinentes à execução da pena daqueles que a cumprem em presídio federal. A ideia que subjaz à proposta é a de que, confiada a um único magistrado a situação prisional de jurisdicionados tidos como perigosos (e possivelmente envolvidos com organizações criminosas), o julgador singular estaria exposto a riscos concretos à sua integridade física.

O sistema federal já possui experiência quanto à pertinência da atuação da Corregedoria Judicial sob o modelo de colegiado, pois a Corregedoria Judicial do Presídio Federal em Catanduvas/PR, por exemplo, desde o início, funciona sob esse formato. Além disso, a Lei nº 12.694/12 instituiu a possibilidade de formação de um colegiado de juízes para a prática de qualquer ato processual nos casos em que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas.

Ocorre, porém, que a Constituição da República consagra em seu artigo 5º, XXXVII, que *“não haverá juízo ou tribunal de exceção”* e que *“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”* (artigo “5º, LIII). Não obstante, o art. X da Declaração Universal dos Direitos Humanos garante: *“Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”*.

Isso significa que, para que exista um julgamento justo e imparcial pelo Estado, deve existir um tribunal prévio, conhecido e com competência para a realização de tal apreciação e posterior julgamento. Tal garantia é conhecido como princípio do juiz natural. Seria, portanto, incompatível a figura de um “Juiz sem rosto”.

O juiz natural – investido constitucionalmente -, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello:

“traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas – atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juízes e tribunais”⁷⁴.

É certo, então, que providências a serem tomadas para garantir a proteção dos juízes não podem, de forma alguma, suprimir as garantias constitucionais. Há, inclusive, jurisprudência⁷⁵ da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Peru pela prática de julgamentos sumários com a utilização de “juízes sem rosto”, no caso “Castillo Petruzzi e outros vs. Peru”⁷⁶.

Dessa forma, em sentença de 30 de maio de 1999, a Comissão IDH confirmou a infração das garantias judiciais previstas nos artigos 8.1 – juiz natural - e 8.5 – publicidade - da CADH:

Artigo 8º - Garantias judiciais

*1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, **estabelecido anteriormente por lei**, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

⁷⁴ HC nº 69.601/SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 18 dez. 1992, p.24.377

⁷⁵ “Lla figura del juez natural ‘impone la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias; esto es, la reserva absoluta de ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias judiciales’”. [...] “La utilización de los tribunales “sin rostro” ha negado a los imputados el derecho a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial, el derecho a defenderse y el derecho al debido proceso. Este tipo de juzgamiento afecta la posibilidad de que el procesado conozca si el juez es competente e imparcial”.

⁷⁶ Corte Internacional de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 30 de maio de 1999

DA EXTENSÃO DAS MEDIDAS DE EXCEÇÃO AOS ESTADOS

Por fim, o artigo 11-B do Projeto de Lei determina que “os *Estados e o Distrito Federal poderão construir estabelecimentos penais de segurança máxima, a eles aplicando-se, no que couber, as mesmas regras previstas nesta lei.*”

Percebe-se que a referida disposição abre a possibilidade de extensão das mesmas regras aos estabelecimentos estaduais, de modo que as já discutidas violações de direitos e garantias dos presos, seus familiares e advogados não se restringiriam às penitenciárias federais, mas poderiam ser aplicada em todos os presídios brasileiros, de forma indiscriminada, barbarizando ainda mais o já caótico sistema penitenciário dos Estados.

A degradante realidade do cárcere brasileiro, violadora dos mais diversos direitos humanos, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, na qual ficou claro que o sistema carcerário opera sob um “*Estado de Coisas Inconstitucional*”.

As penitenciárias estaduais compõem o grosso do sistema penitenciário nacional. Nestas, reconhecidamente, o que dá o tom é o sistemático e cotidiano desrespeito à LEP, à Constituição da República e a diplomas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso.

Tendo isso em vista e levando em consideração as permanentes violações em curso, a maior parte dos presos brasileiros não têm seus direitos mais básicos respeitados, seja aqueles que dizem respeito a sua integridade física e psicológica, como aqueles que se referem às garantias judiciais. Ante esse panorama, não parece razoável que as normas reguladoras da execução da pena em presídios federais, de caráter totalmente excepcional e que tem sua constitucionalidade questionada, tornem-se regras nos Estados.

Em um cenário composto por uma superpopulação carcerária e um sistema prisional que não conta com atendimento médico adequado, alimentação devida, e as mínimas condições de higiene e salubridade – o que acarreta um assustador número de “mortes silenciosas”⁷⁷ –, além de não haver possibilidade de trabalho e estudo, assistência material e jurídica suficiente para todos, definitivamente não há mais espaço para mais violações dos direitos das pessoas privadas de liberdade no Brasil.

Pelas razões aqui externadas, somos pela SUPRESSÃO de todos os dispositivos em questão.

* * *

⁷⁷ <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/numero-de-presos-mortos-por-doencas-na-prisao-aumentam-a-cada-ano-no-rio.ghtml>