



NOTA TÉCNICA SOBRE
PACOTE

ANTICRIME

Comentários do Instituto Brasileiro
de Ciências Criminais (IBCCRIM)
sobre o Pacote Anticrime
(PL 882/2019 e PL 1.864/2019)

ÍNDICE

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL

1) Alargamento do instituto da legítima defesa (arts. 23 e 25 do CP)5
2) Imposição de fixação automática de regime inicial fechado (art. 33 do CP)6
3) Autorização para que o juiz fixe discricionariamente tempo mínimo para cumprimento de pena em regime mais gravoso (art. 59 do CP)7
4) Alteração da forma de execução da multa penal (art. 51 do CP)8
5) A hipótese do confisco alargado (art. 91-A do CP)8
6) Alterações da disciplina da prescrição (arts. 116 e 117 do CP)9
7) Incremento da punição pelo crime de resistência (art. 329 do CP)10

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:

1) Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância (arts. 283, 492 do CPP)11
2) Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade – primeira parte: o acordo de não-persecução penal (art. 28-A do CPP)14
3) Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade – segunda parte: o plea bargaining na fase judicial do processo (art. 395-A do CPP)19
4) Medida para permitir o uso do bem apreendido pelos órgãos de segurança pública (art. 133-A)22
5) Medidas para alargar as hipóteses de interrogatório e colheita de prova oral por videoconferência (art. 185 do CPP)23
6) Medidas para ampliação das hipóteses de decretação da prisão provisória (art. 310 do CPP)24
7) Alteração nas hipóteses de cabimento dos embargos infringentes e de nulidade (art. 609 do CPP)25
8) Medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri (art. 421, 492, 584 do CPP)26

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

1) Da identificação compulsória do perfil genético de todos os condenados (art. 9º-A da LEP)27
--	---------

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS:29
1) Alteração dos lapsos para progressão de regime e criação de critérios subjetivos para a progressão (art. 2º da LCH)	
PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA:	
1) Ampliação das hipóteses de quebra de sigilo telefônico30
PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE DROGAS, ESTATUTO DO DESARMAMENTO E LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO	
1) Criação da figura do agente encoberto (art. 1º par. 6º, da Lei 9.613/1998, art. 18, par. un., da Lei n. 10.826/2003 e art. 33, IV, da Lei 11.343/2006)31
PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LEI DOS PRESÍDIOS FEDERAIS	
1) Criação de competência da Justiça Federal, por lei ordinária, para o julgamento de crimes ocorridos no interior de presídios federais e crimes conexos (Art. 3º da Lei n. 11.671/2008)32
2) O regime fechado de segurança máxima (Art. 3º da Lei n. 11.671/2008)33
3) Monitoramento de conversas entre defensor e preso (art. 2º da Lei 11.671/2008)35
PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	
1) Autorização para criação do Banco nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais (Art. 7º-C da Lei n. 12.037/2009)36
PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	
1) Medidas para alterar o conceito de organização criminosa (Art. 1º da Lei 12.850/2013)37
2) Medidas para evitar a progressividade no cumprimento das penas (Art. 2º da Lei 12.850/2013)39
3) Medidas de extensão dos meios de investigação do crime organizado à investigação da criminalidade comum (art. 3º, 3º-A, 21-A, 21-B da Lei 12.850/2013)39
ALTERAÇÃO DA LEI 13.608/2013:	
1) Introdução do “informante do bem” ou do whistleblower (Art. 4º-A, 4º-B, 4º-C da Lei 13.608/2013)40

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM,

por meio de seus diretores(as), coordenadores(as), pesquisadores(as) e colaboradores(as), com contribuições da Defensoria Pública da União, apresenta caderno de apontamentos técnicos sobre as propostas do Projeto de Lei nº 882 de 2019, em trâmite na Câmara dos Deputados, apresentado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública. Uma cópia do projeto foi apresentada igualmente ao Senado Federal, onde tramita como Projeto de Lei nº 1.864 de 2019.

O objetivo do caderno é expor argumentos sobre as medidas de forma a apontar posicionamentos institucionais, incluindo inconstitucionalidades, problemas técnicos e de operacionalização ou possibilidade de reapresentação da medida em diferente formato.

De partida, verifica-se que não são objetivamente claros os efeitos e consequências pretendidos com a mudança proposta, deixando o Ministério de apresentar dados e/ou estudos que indiquem a relação de causalidade entre a modificação legislativa e os objetivos pretendidos. Ademais, verifica-se uma postura antedemocrática, na medida em que a academia e a sociedade civil foram alijadas de sua construção, sendo que a pouca profundidade dos debates, até o momento, não tem permitido à população entender e discutir os objetivos da reforma.

A título de exemplo, a menção, em Exposição de Motivos, de que “a maioria absoluta das propostas aqui feitas não reclamam recursos financeiros”, implicando gastos somente a criação do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, demonstra a ausência de preocupação com os efeitos encadeados pelas propostas de mudanças implicadas.

O projeto, conforme se verá adiante, consiste em um pacote geral de endurecimento penal, sem que os impactos humanos, político-criminais e orçamentários tenham sido devidamente estudados. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, o custo médio mensal envolvido na custódia de uma pessoa ao Estado é de R\$ 2.400,00¹, sendo esse valor o total do orçamento destinado ao sistema penitenciário dividido pelo total de presos. Os dados do CNJ ainda mostram que o custo aproximado da construção de uma única vaga no sistema prisional no Brasil é de R\$ 42.500,00². Assim, o projeto, que aponta para um aumento exponencial da população carcerária, descarta-se de medir os impactos de sua aprovação, o que assume especial relevância diante da Emenda Constitucional 95 e da consequente existência de um teto de gastos públicos como medida de responsabilidade fiscal.

No que diz respeito aos custos humanos e político-criminais de sua aprovação, os riscos de agravamento dos problemas de segurança pública parecem ainda maiores. O último relatório do Infopen, que traz dados já defasados de 2016, apontava que o Brasil já atingira a marca de 726 mil presos. Há um déficit de 358 mil vagas. Do total de presos, 64% são negros e 61% são analfabetos ou não possuem sequer ensino fundamental completo. Em relação ao delito de que foram acusados, 15% respondem por furto ou receptação, cerca de 24% enfrentam acusação de roubo e 28% foram acusados de tráfico (dentre as mulheres, essa porcentagem chega a 61%). A enorme maioria dos pre-

¹ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>

² <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42274201>

sof foram autuados em flagrante, a demonstrar que, no Brasil, a criminalidade que se combate é aquela mais tosca, insistindo na prisão do pequeno varejista de drogas, do punquista e do indivíduo que comprou um celular furtado. Foi mirando sua artilharia contra o contingente mais vulnerável da sociedade que o Brasil ocupou sua população carcerária nos últimos trinta anos. O projeto em comento, como se verá, à evidência, não traz nada que pretenda alterar esse estado de coisas, na medida em que propõe o *endurecimento geral na forma de cumprimento das penas e o alargamento das hipóteses de prisão provisória*, sem se atentar para a necessidade de racionalização do sistema punitivo.

Assim, buscando fomentar o diálogo e fornecer à sociedade e aos Congressistas uma leitura técnica sobre o projeto, apresentam-se posicionamentos do IBC-CRIM. Os tópicos serão organizados por temas e diplomas legislativos que o projeto pretende alterar, com menção aos artigos respectivos.

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL

1) ALARGAMENTO DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA (ARTS. 23 E 25 DO CP)

Do ponto de vista dogmático, a alteração proposta acerca do instituto da legítima defesa consiste na criação da hipótese de uma causa de diminuição de pena ou mesmo de concessão de perdão judicial ao agente que aja com excesso de legítima defesa imbuído de “medo, surpresa ou violenta emoção”. Ainda, o projeto prevê a legítima defesa para agentes de segurança em artigo específico.

A conjugação da flexibilização do excesso punível com a criação de uma agressão injusta automática, presumida pela mera declaração de que o agente teve medo ou estava emocionado, inverte de maneira ilógica e inadmissível a valoração dos bens jurídicos protegidos pelo sistema penal. Em outras palavras, na prática, a propriedade passa a ser mais importante que a vida ou a integridade física de alguém, subvertendo-se a lógica do ordenamento jurídico.

Assim, do ponto de vista constitucional, a medida parece violar a proporcionalidade e o corolário da igualdade, ao alargar as possibilidades de reconhecimento de legítima defesa aos agentes de segurança, ao subverter a racionalidade hierárquica na importância dos bens jurídicos e ao permitir que um agente de segurança acusado de excesso no uso da força letal, supostamente treinado, possa receber perdão judicial mediante a mera declaração de que estava com medo.

Nesse ponto, ainda, parecem graves as consequências da sinalização política

emitida pela proposta. Ainda que a previsão de perdão judicial por medo, surpresa ou emoção não se dê exclusivamente para agentes de segurança, trata-se de proposta alardeada como sendo destinada a esses agentes. Corre-se o risco de que essa alteração seja entendida como uma “promessa de impunidade” para a violência policial. As alterações no instituto da legítima defesa, visando ao seu alargamento nos casos envolvendo letalidade policial, assim, afiguram-se como uma grave irresponsabilidade do ponto de vista técnico, no que tange ao objetivo de redução da violência.

A mensagem política do pacote, nesse ponto, corre o risco de estimular as ocorrências de morte de civis por agentes de segurança. Dados do FBSP e do NEV-USP mostram que, em 2017, apenas no Estado de São Paulo, 19,5% das mortes violentas foram provocadas por policiais³, sendo que três quartos das vítimas são jovens negros. Tal número é inferior ao real e de difícil aferição em escala nacional, dada a subnotificação, sobretudo nos casos envolvendo grupos de extermínio ou milícias. O Atlas da Violência revela que, nos últimos dez anos, o número total de homicídios contra brancos vem caindo no país, muito embora o número de assassinatos de jovens negros venha subindo (sendo duas vezes e meia mais recorrentes que os assassinatos de pessoas de outras raças), assim como as mortes provocadas por policiais.

CONCLUSÃO:
MEDIDA INCONSTITUCIONAL E EXTREMAMENTE INOPORTUNA.

³ <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-numero-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-brasil-as-sassinatos-de-policiais-caem.ghtml>

2) IMPOSIÇÃO DE FIXAÇÃO AUTOMÁTICA DE REGIME INICIAL FECHADO (ART. 33 DO CP)

O projeto prevê a imposição automática de regime inicial fechado em algumas hipóteses, como “no caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, salvo em caso de insignificância da conduta ou “reduzido potencial ofensivo”. Além disso, há previsão semelhante para os crimes de peculato doloso, corrupção passiva (caput e § 1º) e corrupção ativa, salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias do art. 59 do CP forem favoráveis. Por fim, o regime será inicialmente fechado também em caso de roubo com emprego de arma ou explosivo, bem como se do roubo resulta lesão corporal grave (art. 157, §2º A e §3º, I).

A previsão de regime inicial fechado como regra, a priori, fere o princípio constitucional da individualização da pena, conforme jurisprudência consolidada do STF, que, no HC 111.840, declarou inconstitucional norma que previa a obrigatoriedade de regime inicial fechado em crimes hediondos. A imposição obrigatória de regime fechado inicial ao condenado reincidente, mesmo que por delito com violência ou ameaça, ainda contraria a posição do STJ, consoante súmula n. 269 daquela Corte, cujo entendimento decorre da incidência do mandamento de individualização da pena e da proporcionalidade.

CONCLUSÃO:
MEDIDA INCONSTITUCIONAL

3) AUTORIZAÇÃO PARA QUE O JUIZ FIXE DISCRICIONARIAMENTE TEMPO MÍNIMO PARA CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO (ART. 59 DO CP)

O projeto inova no ordenamento jurídico brasileiro ao prever a possibilidade de o juiz fixar na sentença penal condenatória um período mínimo de cumprimento de pena no regime inicial. O projeto não traz balizas temporais, o que dá total arbítrio ao juiz para fixar o período que bem entender. O único critério a ser observado pelo juiz são as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, já observadas para a própria fixação do regime inicial.

A previsão, no entanto, viola o princípio da legalidade. Permite que o juiz, sem critérios claros, decida, por exemplo, que, em uma condenação de 6 anos por um determinado crime, a pessoa só possa progredir de regime após 5 anos e meio de cumprimento de pena. Dadas as circunstâncias fáticas da execução penal com a notória lentidão de análise de pedidos de progressão de regime, cria-se o poder de determinar o *regime integralmente fechado*, também já declarado inconstitucional pelo STF.

As regras da execução penal no Brasil são determinadas por lei. As regras sobre a execução da pena devem ser prévias à prática do delito, de modo que se saiba a sua forma de cumprimento. Esse também é o entendimento do STJ, ao editar a súmula 471, e do STF, na súmula vinculante 26. Assim, a proposta em tela viola o princípio da legalidade ao conferir poderes discricionários para o juiz decidir, após a prática do delito, regras determinantes sobre a execução da pena.

No plano político criminal, a proposta também é inconveniente ao endurecer

o cumprimento de todas as penas diante de um quadro de colapso do sistema penitenciário, sem que com isso se tenha qualquer garantia de prevenção do delito. Pelo contrário, o processo de encarceramento em massa vivido no Brasil nas últimas três décadas demonstra que esse efeito não é alcançado por medidas como a proposta.

CONCLUSÃO:
MEDIDA INCONSTITUCIONAL E
EXTREMAMENTE INOPORTUNA.

4) ALTERAÇÃO DA FORMA DE EXECUÇÃO DA MULTA PENAL (ART. 51 DO CP)

A previsão de que a pena de multa seja executada perante o Juízo das Execuções Criminais, e não perante o Juízo da Fazenda Pública, trará empecilhos procedimentais de difícil resolução. Por extensão, seria o Ministério Público o autor das execuções de multas, cuja natureza jurídica é de dívida de valor, sendo que, em sua grande maioria, não superam 100 (cem) reais. O grande aumento de atribuições das Varas de Execução poderá ter como consequência o agravamento da lentidão no andamento dos processos de sentenciados presos, agravando ainda mais a superpopulação carcerária.

Ademais, perde-se a oportunidade de se positivar, por lei, a orientação já pacificada pelo STJ, que permite ao juiz declarar extinta a punibilidade da multa quando do cumprimento da pena privativa de liberdade. Sem a declaração de extinção da punibilidade da multa, a pessoa condenada, mesmo depois do cumprimento da pena, não consegue obter uma Carteira de Trabalho, pela manutenção da suspensão dos direitos políticos e pela impossibilidade de renovação do Título de Eleitor, documentos obrigatórios para o registro de emprego formal.

Assim, ao dificultar a execução da multa e deixar de prever a extinção da punibilidade da multa quando do cumprimento da pena principal, o projeto tende a aprofundar a marginalização dos egressos, impedindo a inserção do sentenciado no mercado formal mesmo depois de cumprida a pena, pela pendência de uma multa que, na maior parte dos casos, é inexecutável para o egresso.

CONCLUSÃO:
MEDIDA INOPORTUNA

5) A HIPÓTESE DO CONFISCO ALARGADO (ART. 91-A DO CP)

O projeto de lei propõe dois acréscimos legais concernentes a supostas medidas para ampliar as hipóteses de perdimento de bens em decorrência de condenação penal, sendo eles o art. 91-A do Código Penal, e o art. 124-A do Código de Processo Penal que, em suma, reproduzem o conceito do confisco alargado.

De tal modo, partindo da premissa de que cabe ao Estado não somente punir os responsáveis pela prática do crime, como também evitar que tenham proveito dele, o confisco alargado prevê o alcance judicial ao patrimônio do acusado que seja incompatível com seu rendimento lícito, ou melhor, ao patrimônio que o acusado não consiga demonstrar ser fruto de atividades lícitas. Ou seja, a pretexto de impedir que o crime gere benefício econômico, criou-se uma modalidade de *perdimento por presunção legal*, uma vez que está explícita a inversão do ônus da prova, que fundamentalmente pertence à acusação. Ademais, conforme pretende o projeto, a decretação do perdimento fica condicionada à existência de elementos que tão somente “indiquem” que a conduta criminosa praticada pelo acusado é habitual, reiterada ou profissional, ou ainda que possa estar vinculada ao crime organizado.

Importante notar que o alcance de tais conceitos não foi delimitado no projeto de lei, o que implica uma ampliação irrestrita da nova modalidade de confisco, além do que o mero apontamento acerca da conduta de um acusado é um “conceito” demasiadamente vago, fluido e impreciso.

A medida proposta ao artigo 91-A, do Código Penal, a dizer, aquela que impõe

a execução provisória da condenação criminal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em conjunto com o novo artigo 133, do Código de Processo Penal, prevê a possibilidade da venda antecipada dos bens confiscados, vale dizer, os bens do acusado – cuja sentença ainda não transitou em julgado. Não se prevê o que ocorreria caso revertida a condenação por via de recurso, tratando-se de lacuna legislativa relevante.

CONCLUSÃO: MEDIDA INCONSTITUCIONAL

6) ALTERAÇÕES DA DISCIPLINA DA PRESCRIÇÃO (ARTS. 116 E 117 DO CP)

Não há qualquer critério técnico para justificar a criação de novas causas suspensivas de prazos prescricionais ou tornar marcos interruptivos da prescrição mais frequentes no decorrer da persecução penal.

Como regra, quanto maior o distanciamento temporal entre o fato criminoso e sua resolução judicial, maior a possibilidade de não se encontrar uma solução adequada à imputação. Por essa razão, cabe ao Estado buscar reforçar seu aparato investigativo e não, como pretende o referido projeto, tornar o devido processo ainda mais moroso, sob pena de transferir para o acusado a culpa por incompetência que deve ser atribuída exclusivamente ao Poder Público.

Ademais, há que se pontuar que, antes da prescrição, existe o direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII da CF), que se orienta por prazos significativamente inferiores aos prescricionais. O Brasil, por conveniência dos magistrados, adotou a “teoria do não prazo”; aproveitando-se da ausência de previsão legal sobre prazos fatais para os juízes e somando-se à leniência sobre o controle dos prazos para a acusação, o cumprimento de prazos, na prática, é exigido apenas da defesa. Uma alteração nos já longos prazos prescricionais, nesse contexto de absoluto descontrole sobre a duração do processo, permitirá que os processos demorem ainda mais. Afora isso, há que se ressaltar que, por meio da Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, já houve recente alteração legislativa em relação ao tema da prescrição penal, aumentando-se consideravelmen-

te lapsos prescricionais, sendo certo que essa modificação não surtiu qualquer efeito na eficiência do sistema de justiça criminal brasileiro.

CONCLUSÃO: MEDIDA INOPORTUNA

7) INCREMENTO DA PUNIÇÃO PELO CRIME DE RESISTÊNCIA (ART. 329 DO CP)

O projeto propõe o recrudescimento de penas por meio de nova criminalização, consistente na inserção do tipo penal da resistência qualificada pela morte ou pelo risco de morte do funcionário. Aumenta, ainda, as penas do delito de resistência hoje vigentes. A nova redação prevê pena de até 30 anos quando houver mero risco de morte ao funcionário ou a terceiro. Ou seja, o risco de morte do funcionário satisfaria para consumação do tipo penal qualificado proposto, tratando-se de crime de perigo de lesão cuja pena supera aquela do homicídio.

A margem demasiadamente grande deixada ao juízo na pena cominada no par. 2º do art. 329 (seis a trinta anos) carece de coerência sistêmica em relação ao restante do Código Penal, sendo uma pena visivelmente desproporcional para um crime de perigo. É evidente que o risco de morte não pode ser punido com reprimenda maior que a do próprio homicídio.

Há que se considerar, ainda, a criminalização em tela em conjunto com o quadro de ineficiência no controle da atividade policial. O projeto cria um crime cuja pena admite prisão em flagrante e cuja prova de sua ocorrência ficaria, na maior parte das vezes, exclusiva à palavra do próprio policial ou funcionário público que figurará como vítima, mormente quando se tratar de mero “risco de morte do funcionário ou de terceiro”, algo de difícil aferição, ou no caso em que o ato de ofício não se realize em razão da resistência. Nesse passo, seriam necessárias formas de evitar que a previsão legal ora proposta seja utilizada por parte de alguns funcionários públicos para efetuarem prisões em flagrante ilegais ou forjadas. Nesse passo, é digna de nota a inexistência, no projeto, de qual-

quer previsão tendente a aumentar a eficiência do controle da atividade policial.

CONCLUSÃO:
MEDIDA INCONSTITUCIONAL

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:

1) MEDIDAS PARA ASSEGURAR A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO CRIMINAL APÓS JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA (ARTS. 283, 492 DO CPP)

A Constituição Federal garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII). Por mais de vinte anos após a promulgação da Constituição, prevalecia na jurisprudência brasileira a ideia de que a presunção constitucional de inocência vedaria o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, mas não impediria a execução penal antecipada da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo.

A despeito do texto constitucional, somente em 2009 o STF passou a sufragar o entendimento de que a execução da sanção penal só pode ser levada a cabo após o esgotamento das possibilidades de modificação do veredicto condenatório. A mudança de orientação assentou-se na ideia de que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar (HC 84.078 e 83.868), o que, de resto, deflui da literalidade do texto constitucional.

É bem verdade que, em 2011, o então presidente do STF, Min. Cezar Peluso, a partir da avaliação de que “*a causa principal dos atrasos dos processos no Brasil é a multiplicidade de recursos*” (e não o mau funcionamento do sistema de Justiça), apresentou proposta de Emenda Constitucional para autorizar a imediata execução das decisões judiciais, logo após o pronunciamento dos tribunais de segunda instância.

Em 2016, o STF retrocedeu à interpretação anterior a 2009, para consagrar a tese de que a “*execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência*” (HC 126292).

A fundamentação dos votos vencedores foi bastante diversificada, dissociando o conceito de presunção de inocência da literalidade de seus parâmetros constitucionais: esgotada a discussão acerca de fatos e provas após o duplo grau, não haveria justificativa para manutenção, enquanto pendente o julgamento de recursos extraordinários, das limitações impostas pelo princípio da presunção de inocência; o núcleo essencial do direito fundamental à presunção de inocência consistiria em impor o ônus da prova do crime à acusação, não condicionando a execução da pena ao trânsito em julgado; a culpabilidade dependeria da qualidade de imutabilidade da condenação, não a execução da sanção; a interpretação constitucional deve encontrar ressonância no meio social, sob pena de tornar-se disfuncional; a mudança de entendimento obstaría a interposição de recursos protelatórios, valorizando a jurisdição criminal ordinária, tornando mais igualitário o sistema punitivo e quebrando o paradigma da impunidade, entre outros argumentos.

É bem verdade que o próprio STF, por intermédio de decisões monocráticas de alguns de seus Ministros (inclusive de quem formou a maioria), passou a conceder liminares impedindo a execução provisória da pena em nome da tutela da presunção constitucional de inocência. A coerência e a segurança jurídica, assim, passaram ao largo da orientação do STF sobre essa questão: note-se que a mudança a respeito da execução provisória da pena ocorreu logo após o plenário da mais alta corte do país declarar o sistema

penitenciário brasileiro, onde cada vaga é ocupada por duas pessoas, um “*estado de coisas inconstitucional*”, caracterizado pela sistemática violação de direitos fundamentais em decorrência de deliberada omissão estatal (ADPF 347 MC).

É nesse contexto que o projeto em comento pretende, atravessando a decisão sobre a correta interpretação da Constituição, prever a execução antecipada da pena em sede de lei ordinária.

De largada, verifica-se que a apresentação de projeto de lei nesse sentido é açodada, já que ainda pendentes de julgamento as Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, no bojo das quais o STF irá delimitar o alcance do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Logo, ao apresentar um projeto nesse sentido, o Ministro da Justiça corre o risco de produzir norma que, caso aprovada, sequer tenha validade, eis que a decisão final sobre essa matéria cabe, indubitavelmente, ao STF.

No mais, o projeto baseia-se sobre a concepção equivocada segundo a qual o suposto excesso de recursos protelatórios seria causa do mau funcionamento dos Tribunais Superiores e da alegada “*sensação de impunidade*”.

Pesquisa da lavra da FGV Direito Rio⁴ demonstra que, no período entre 2010 a 2015, dos 399.540 Recursos Especiais julgados pelo STJ, apenas 38.547 diziam respeito à matéria criminal. Assim, mais de 90% dos recursos apreciados pelo STJ dizem respeito à matéria cível, com destaque para a Fazenda Pública, que figura como maior litigante do país. A imensa maioria dos recursos especiais, assim, diz respeito a indenizações, questões previdenciárias, regime de servidores públicos etc. As procuradorias dos Estados, nesse sentido, bem como a AGU e

⁴ Disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>

procuradorias autárquicas, têm como padrão a apresentação de recursos até às últimas instâncias, sendo que, em relação aos débitos fazendários, a execução antecipada é vedada pela lei processual.

Mesmo dentre os recursos criminais, a pesquisa aponta a predominância do Ministério Público, e não da defesa, como principal ator a provocar a jurisdição dos Tribunais Superiores.

Logo, ao restringir a utilidade dos recursos em matéria criminal, já que, caso aprovada a proposta, a grande maioria das penas estará integralmente cumprida quando do julgamento dos recursos especial e extraordinário, faz-se a opção política por se tratar a liberdade como um bem de menor relevância que o patrimônio, fomentando-se que os grandes litigantes, como a Fazenda Pública, planos de saúde e companhias de telefonia móvel, continuem valendo-se de abuso no direito ao recurso, ao passo que, em relação à pessoa acusada de um crime, o acesso aos Tribunais Superiores fique materialmente obstado, tornando-se medida inútil ao cidadão.

Ainda, é necessário mencionar os altos índices de provimento de recursos pelo STJ. A pesquisa da FGV aponta que, nos recursos interpostos pela defesa, houve procedência do pedido recursal, no todo ou em parte, em 45,99% dos casos. A rigor, a entender-se pela possibilidade de execução antecipada da pena, isso significaria que, em quase metade dos casos de condenações mantidas pelo Tribunal, reconhecer-se-ia a ilegalidade do acórdão após o cumprimento de tempo substancial da pena. Ou seja, é possível prever que, em quase metade dos casos que ensejariam a interposição de recursos aos Tribunais Superiores, estará configurado o erro judiciário.

Tomando-se por base os índices extraordinários de encarceramento no Brasil, essa medida afigura-se como evidentemente contrária à racionalidade que se quer impor ao sistema punitivo.

**CONCLUSÃO:
MEDIDA INCONSTITUCIONAL
E EXTREMAMENTE INOPORTUNA.**

2) MEDIDAS PARA INTRODUIR SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA LEI DE IMPROBIDADE— PRIMEIRA PARTE: O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP)

O acordo de não-persecução não constitui uma inovação total no sistema processual penal brasileiro, mas sim, uma espécie de “nova transação penal” (art. 76, da Lei 9.099/95), na medida em que ambos os institutos possuem as características comuns respectivamente ao momento, requisito e iniciativa da proposta de solução consensual:

1. São realizados antes do oferecimento de denúncia, finda a investigação preliminar e não sendo caso de arquivamento;
2. São regulados pela pena máxima prevista para o suposto crime (máxima de dois anos para transação penal; máxima inferior a quatro anos para acordo de não-persecução) e dependem de uma análise subjetiva acerca dos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime;
3. Apresentam a limitação de que seja feito um acordo a cada cinco anos, limitando-se também a possibilidade de outras medidas de solução consensual da lide penal;
4. São propostos por iniciativa do Ministério Público e só podem ser aceitos se o indivíduo for assistido por advogado ou Defensor Público;
5. São homologados pelo juiz, em audiência, o qual tem poderes de rejeitar a proposta formulada;

6. A aceitação da proposta não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para fins da realização de uma nova composição negociada da lide penal. Por outro lado, há diferenças entre o acordo de não-persecução e a transação penal:

1. O acordo de não-persecução exige a confissão do indivíduo, ao passo que a transação penal não;
2. O acordo de não-persecução possui um requisito específico de que o crime investigado não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, ao passo que a transação penal não;
3. As condições a que estará submetido o indivíduo são distintas:

ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO	TRANSAÇÃO PENAL
REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO	NÃO HÁ PREVISÃO DE REPARAÇÃO DO DANO (UMA VEZ QUE A TRANSAÇÃO PRESSUPÕE A NÃO REALIZAÇÃO DE COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS, PREVISTA NO ART. 74, DA LEI 9.099/95)
RENÚNCIA A BENS INDICADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTOS, PRODUTO OU PROVEITO DO CRIME	NÃO HÁ PREVISÃO DE PERDA DE BENS (IDEM ACIMA, POIS ISSO SERIA OBJETO DA COMPOSIÇÃO CIVIL)
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM LOCAL A SER INDICADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO;	POSSIBILIDADE DE QUALQUER PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, INCLUSIVE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, EM LOCAL DETERMINADO PELO JUIZ E SUJEITO À FISCALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EM FAVOR DE INSTITUIÇÃO INDICADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE TENHA POR FINALIDADE A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS ESPECÍFICOS	PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EM FAVOR DE INSTITUIÇÃO DETERMINADA PELO JUIZ E SUJEITA À FISCALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
CUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO INDETERMINADA A SER INDICADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.	

De todo o exposto, evidenciam-se diferenças marcantes entre os institutos, sendo a principal delas o incremento do poder do Ministério Público em detrimento do Poder Judiciário, o que se verifica pelos seguintes elementos: (1) o MP passaria a indicar o local da prestação de serviços; (2) o MP poderia estabelecer qualquer condição extraordinária, sem previsão taxativa da lei; (3) o MP obteria a confissão do crime mesmo sem ter sequer apresentado uma denúncia formal; (4) o descumprimento do acordo traria consequências mais gravosas para o indivíduo do que ocorre com a transação penal.

Nesse sentido, *o acordo de não persecução constitui uma versão piorada da transação penal*, na medida em que reduz as garantias individuais ao limitar o poder do juiz (agente imparcial) e aumentar o poder do Ministério Público (parte processual) retirando essa corporação do controle realizado pelo Poder Judiciário.

Nesse passo, a exigência de confissão contida na proposta em nada contribui para sua eficiência, além de vulnerar-lhe quanto à constitucionalidade. Na prática, ao exigir a confissão, o projeto faz com que o acusado abra mão do devido processo legal em caso de descumprimento ou revogação dos termos do acordo, dado o peso probatório que os juízes atribuem à confissão. Em outras palavras: é bem possível que alguém, receoso pela perspectiva de responder a um processo criminal que certamente durará anos, confesse falsamente para obter um acordo de não persecução penal. Posteriormente, não tendo condições de, por exemplo, pagar a prestação pecuniária que lhe foi exigida como parte do acordo, venha a ser formalmente processado sendo que sua confissão sobre o crime que não cometeu já se encontra nos autos.

Vale mencionar que as principais críticas ao instituto nos EUA tratam justamente da ausência de controle pelo Judiciário da atuação do MP.

No entanto, tendo em vista que a necessidade de se ampliarem os modelos consensuais de resolução da lide penal representam, verdadeiramente, uma possibilidade de resolução de conflitos de forma mais célere (porque abreviado o procedimento) e econômica (dispensando múltiplas intimações e audiências, acarretando em menores gastos com recursos humanos e materiais), sugere-se que a iniciativa do Poder Executivo seja contemplada por meio da modificação do instituto da transação penal, ampliando-se a competência dos Juizados Especiais Criminais e alterando-se a Lei 9.099/95, da seguinte forma:

REDAÇÃO ATUAL	REDAÇÃO SUGERIDA
<p>ART. 61. CONSIDERAM-SE INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, PARA OS EFEITOS DESTA LEI, AS CONTRAVENÇÕES PENAIS E OS CRIMES A QUE A LEI COMINE PENA MÁXIMA NÃO SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS, CUMULADA OU NÃO COM MULTA.</p>	<p>ART. 61. CONSIDERAM-SE INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, PARA OS EFEITOS DESTA LEI, AS CONTRAVENÇÕES PENAIS E OS CRIMES A QUE A LEI COMINE PENA MÁXIMA NÃO SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS, CUMULADA OU NÃO COM MULTA.</p>
	<p>INCLUSÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO:</p> <p>PARÁGRAFO ÚNICO. PARA AFERIÇÃO DA PENA MÍNIMA COMINADA AO DELITO, A QUE SE REFERE O CAPUT, SERÃO CONSIDERADAS AS CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO APLICÁVEIS AO CASO CONCRETO.</p>
<p>ART. 76. HAVENDO REPRESENTAÇÃO OU TRATANDO-SE DE CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA, NÃO SENDO CASO DE ARQUIVAMENTO, O MINISTÉRIO PÚBLICO PODERÁ PROPOR A APLICAÇÃO IMEDIATA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS OU MULTAS, A SER ESPECIFICADA NA PROPOSTA.</p>	<p>MANUTENÇÃO DA REDAÇÃO</p>
<p>§ 1º NAS HIPÓTESES DE SER A PENA DE MULTA A ÚNICA APLICÁVEL, O JUIZ PODERÁ REDUZÍ-LA ATÉ A METADE.</p>	<p>MODIFICAÇÃO DO § 1º§ 1º SE O JUIZ CONSIDERAR INADEQUADAS AS CONDIÇÕES PROPOSTAS, PODERÁ SUBSTITUÍ-LAS POR OUTRAS, DESDE QUE ADEQUADAS AO FATO E À SITUAÇÃO PESSOAL DO AUTOR DA INFRAÇÃO.</p>
<p>§ 2º NÃO SE ADMITIRÁ A PROPOSTA SE FICAR COMPROVADO:I - TER SIDO O AUTOR DA INFRAÇÃO CONDENADO, PELA PRÁTICA DE CRIME, À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, POR SENTENÇA DEFINITIVA;II - TER SIDO O AGENTE BENEFICIADO ANTERIORMENTE, NO PRAZO DE CINCO ANOS, PELA APLICAÇÃO DE PENA RESTRITIVA OU MULTA, NOS TERMOS DESTE ARTIGO;III - NÃO INDICAREM OS ANTECEDENTES, A CONDUTA SOCIAL E A PERSONALIDADE DO AGENTE, BEM COMO OS MOTIVOS E AS CIRCUNSTÂNCIAS, SER NECESSÁRIA E SUFICIENTE A ADOÇÃO DA MEDIDA.</p>	<p>MANUTENÇÃO DA REDAÇÃO</p>

REDAÇÃO ATUAL	REDAÇÃO SUGERIDA
<p>§ 3º ACEITA A PROPOSTA PELO AUTOR DA INFRAÇÃO E SEU DEFENSOR, SERÁ SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO JUIZ.</p>	<p>MANUTENÇÃO DA REDAÇÃO</p>
<p>§ 4º ACOLHENDO A PROPOSTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACEITA PELO AUTOR DA INFRAÇÃO, O JUIZ APLICARÁ A PENA RESTRITIVA DE DIREITOS OU MULTA, QUE NÃO IMPORTARÁ EM REINCIDÊNCIA, SENDO REGISTRADA APENAS PARA IMPEDIR NOVAMENTE O MESMO BENEFÍCIO NO PRAZO DE CINCO ANOS.</p>	<p>MANUTENÇÃO DA REDAÇÃO</p>
<p>§ 5º DA SENTENÇA PREVISTA NO PARÁGRAFO ANTERIOR CABERÁ A APELAÇÃO REFERIDA NO ART. 82 DESTA LEI.</p>	<p>MANUTENÇÃO DA REDAÇÃO</p>
<p>§ 6º A IMPOSIÇÃO DA SANÇÃO DE QUE TRATA O § 4º DESTE ARTIGO NÃO CONSTARÁ DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS, SALVO PARA OS FINS PREVISTOS NO MESMO DISPOSITIVO, E NÃO TERÁ EFEITOS CIVIS, CABENDO AOS INTERESSADOS PROPOR AÇÃO CABÍVEL NO JUÍZO CÍVEL.</p>	<p>MANUTENÇÃO DA REDAÇÃO</p>
	<p>INCLUSÃO DO § 7º:§ 7º PARA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO, SERÁ REALIZADA AUDIÊNCIA NA QUAL O JUIZ DEVERÁ VERIFICAR A SUA LEGALIDADE E VOLUNTARIEDADE, DEVENDO, PARA ESTE FIM, OUVIR O INVESTIGADO NA PRESENÇA DO SEU DEFENSOR.</p>

A ampliação do alcance da transação penal para infrações com pena máxima até quatro anos se justifica em razão da regra contida no Código Penal, estabelecendo regime inicial aberto para o cumprimento de condenações dessa monta. Logo, se tais penas não justificam, a princípio, o encarceramento do indivíduo, há razoabilidade para que essas infrações penais não sejam objeto de persecução penal e sejam consideradas infrações de menor potencial ofensivo.

CONCLUSÃO:

ALTERAÇÃO DA PROPOSTA, COM APRESENTAÇÃO DE SUBSTITUTIVO NOS TERMOS CONSTANTE DO QUADRO SUGERIDO, PARA A AMPLIAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL MEDIANTE ALARGAMENTO DAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO PROCEDIMENTO JÁ PREVISTO NA LEI N. 9.099/95.

3) MEDIDAS PARA INTRODUIR SOLUÇÕES NEGOCIADAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA LEI DE IMPROBIDADE – SEGUNDA PARTE: O PLEA BARGAINING NA FASE JUDICIAL DO PROCESSO (ART. 395-A DO CPP)

Esse instituto, previsto para ser incluído no art. 395-A, do Código de Processo Penal, constitui verdadeiramente uma inovação no sistema processual penal brasileiro e se inspira, claramente, no modelo americano do *plea bargaining*: uma negociação onde o réu confessa um crime em troca de uma pena supostamente mais branda do que a que receberia se fosse condenado após a produção das provas.

A introdução da justiça penal negociada no ordenamento jurídico nacional, por meio da figura do *plea bargain*, é outro ponto que merece atenção. Ela é apontada nos Estados Unidos como um dos institutos propulsores do encarceramento em massa. Seus defensores esquecem que não há negociação possível num sistema penal inquisitório marcado pela assimetria de forças entre as partes e por preconceitos estruturais. Frente ao consórcio acusatório formado por policiais, promotores e juízes, terá um jovem pobre e negro - assistido por uma Defensoria Pública ainda carente de estrutura, quando existente - alguma opção além de assumir a culpa, mesmo que inocente?

O acordo penal traria como principal vantagem a redução de custos, na medida em que acordos são mais rápidos e mais baratos do que processos (embora ainda não se tenha uma estimativa do custo médio de um processo criminal no Brasil, ele será bem superior ao custo médio do processo de execução fiscal,

hoje calculado em R\$ 20.000,00)⁵. Contudo, as desvantagens do modelo superaram a vantagem.

A primeira desvantagem também envolve custos. O uso em larga escala dos acordos nos EUA⁶ (variando entre 90% e 97% dos crimes) gerou o aumento da população prisional, inclusive em infrações leves. Hoje, os EUA são o país com o maior número de encarcerados do planeta e gastam US\$ 82 bilhões por ano com prisões. Se o mesmo ocorrer no Brasil, o custo do encarceramento em massa poderá ser superior à economia com pessoal e equipamentos. Além disso, já se constatou, nos EUA, a tendência de que o acusado aceite um acordo mesmo quando é inocente⁷. Promotores pressionam os réus para obter acordos, o que foi autorizado

⁵ Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862?mode=full>

⁶ Diferentes estatísticas estão disponíveis, como as produzidas pelo Escritório de Assistência Jurídica do Departamento de Justiça (<https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>), pela imprensa americana (<https://www.nytimes.com/2012/03/23/us/stronger-hand-for-judges-after-rulings-on-plea-deals.html>) e por organizações não governamentais (<https://www.innocenceproject.org/guilty-pleas-on-the-rise-criminal-trials-on-the-decline/>), variando entre 90% e 97% dos casos criminais identificados nos EUA.w

⁷ São inúmeros os estudos que indicam a aceitação, por inocentes, de acordos de plea bargaining, submetendo-se a penas indevidas. Nesse sentido, há artigos acadêmicos (GAZAL, Oren: Screening, Plea Bargains and the Innocent Problem. In Law & Economics Working Papers Archive, 31, 2004, disponível em https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=law_econ_archive), bem como relatórios elaborados por organizações não governamentais com dados estatísticos, estimando-se em centenas de milhares de inocentes presos nos EUA em decorrência dos acordos ("11% de todas as condenações revertidas pelo uso de técnicas avançadas de DNA haviam sido confessadas pelos acusados", Innocence Project and Members of Innocence Network Launch Guilty Plea Campaign, disponível em <https://www.innocenceproject.org/guilty-plea-campaign-announcement/>).

pela Suprema Corte daquele país⁸. Não se deve duvidar que isso aconteça aqui, decretando-se prisões com a finalidade (não declarada) de obter acordos.

Outra desvantagem é a falta de publicidade. No modelo atual, um juiz precisa indicar por escrito as razões que levaram à condenação e todos podem criticá-las, pois o processo é público. Já no modelo de acordos, as negociações são secretas. Por fim, não se pode deixar de lado a falta de controle institucional. Um elemento básico nos EUA que permite esse tipo de instituto negocial extremo na Justiça Criminal é o fato de que as negociações feitas por promotores indicados diretamente pelo povo (em 35 dos 50 estados americanos) ou indicados por um representante eleito (nos 15 estados restantes os promotores são nomeados pelo governador, assim como pelo presidente, no âmbito federal). As escolhas sobre quem processar (ou não) e qual pena negociar constituem formas de administração popular da justiça criminal. Portanto, os promotores indicados estão sujeitos à demissão (e, os eleitos, à não reeleição) caso façam mal-uso desse poder. Afinal, esses servidores públicos ocuparam tais postos em virtude dos valores e princípios que apresentaram nas disputas políticas que conduziram às suas escolhas e são responsabilizados (no sentido de *accountability*) pela sua atuação.

No Brasil, membros do Ministério Público não são substituíveis por decisão do povo ou seus representantes. De fato, na prática, não há qualquer consequência para membros do Ministério Público que acusam pessoas inocentes ou sem provas, tendo suas denúncias rejeitadas ou pedidos de condenação indeferidos por atipicidade, ausência de elementos de

⁸ Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978), disponível em <https://www.oyez.org/cases/1977/76-1334>.

autoria ou incapacidade de apresentação de provas suficientes para condenação.

Em resumo, não se pode introduzir um instrumento processual que permita a supressão da liberdade individual baseado na legitimidade democrática da atuação do Ministério Público na medida em que essa corporação não possui tal legitimidade no sistema constitucional e processual penal brasileiro, nem se pode estabelecer mecanismos de controle e responsabilização dos promotores sem alteração constitucional.

Entretanto, o elemento mais controverso e nitidamente inconstitucional é a previsão dos acordos penais admitirem penas de prisão sem processo.

Em primeiro lugar há uma restrição de ordem constitucional. A liberdade individual é um bem indisponível e sua supressão somente pode ser determinada pelo Estado por meio de uma decisão judicial. Logicamente, trata-se de decisão judicial que examine provas, e não que simplesmente homologue um acordo realizado entre partes sem base em qualquer material probatório (uma vez que os elementos existentes quando do oferecimento da denúncia são apenas indiciários). O modelo proposto de acordo penal retira dos membros do Judiciário o poder sobre a liberdade individual e o transfere para uma instituição que não tem a atribuição constitucional de proteção dos direitos e garantias individuais. Membros do Ministério Público não são juízes. Não são imparciais. Não são orientados para a proteção dos indivíduos frente aos abusos estatais. Ao contrário, o Ministério Público está limitado em suas iniciativas, de acordo com o modelo constitucional, justamente pelo Poder Judiciário. A segunda restrição é de ordem prática. Como a prisão tem um custo social altíssimo (pois

inocentes também aceitarão acordos), ela não pode ser fruto de uma negociação onde não se examinam provas e não há possibilidade de defesa. Além disso, aumentar prisões por meio de acordos implodirá nosso sistema carcerário, já superlotado. Logo, acordos devem ser usados apenas para penas alternativas à prisão.

Há, contudo, a possibilidade de ampliação de uma margem negocial no sistema brasileiro, mesmo que superada a fase pré-processual, que seria a ampliação das hipóteses em que seria cabível a “suspensão condicional do processo”.

O instituto da suspensão condicional do processo, já existente há mais de duas décadas no sistema jurídico brasileiro, tem sido inegavelmente bem sucedido quanto à sua aplicabilidade, sua eficiência e a redução de processos que permite. O instituto permite que o processo-crime fique suspenso e em sigilo pelo prazo de dois anos, em casos de pessoas primárias, que não estejam respondendo a outros processos e que tenham sido acusadas de delitos menos graves. Durante esse período, prevê-se que a pessoa cumprirá determinadas condições, informando periodicamente ao juízo, bem como reparará eventual dano causado, tendo a punibilidade extinta após o período de prova.

Atualmente, contudo, o âmbito de incidência desse instituto é bastante restrito. Não é possível por exemplo, o oferecimento de proposta de suspensão a indivíduos que respondam por furto em concurso de agentes, mas apenas se o agente estiver sozinho, o que não faz muito sentido.

Assim, sugere-se a alteração do art. 89 da Lei n. 9.099/95, para que se preveja que a suspensão condicional do processo seja aplicável para infrações pratica-

das sem violência ou grave ameaça com pena mínima igual ou inferior a dois anos, bem como para crimes culposos, qualquer que seja a pena aplicada.

CONCLUSÃO:

MEDIDA INOPORTUNA E INCONSTITUCIONAL NA FORMA APRESENTADA, SUGERE-SE A APRESENTAÇÃO DE SUBSTITUTIVO PARA A AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, ALTERANDO-SE O ART. 89 DA LEI N. 9.099/95, PARA QUE O INSTITUTO SEJA CABÍVEL PARA INFRAÇÕES SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA CUJA PENA MÍNIMA SEJA IGUAL OU INFERIOR A DOIS ANOS.

4) MEDIDA PARA PERMITIR O USO DO BEM APREENDIDO PELOS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA (ART. 133-A)

Com relação à medida proposta pelo projeto de lei para permitir o uso do bem apreendido pelos órgãos de segurança pública, pretende-se contribuir com o aparelhamento deste setor, ao mesmo tempo em que se pretende evitar a deterioração de veículos, embarcações ou aeronaves por falta de manutenção adequada. Todavia, faz-se notar que o acréscimo legal não esgota a questão, exigindo, como as demais propostas contempladas pelo projeto, um debate mais aprofundado.

A título ilustrativo, o pretendido acréscimo do art. 133-A ao Código de Processo Penal permite, sob um único regramento, que a utilização de bem *sequestrado* (hipótese em que se trata de suposto produto de crime); *apreendido* (hipótese em que o bem pode ser ou não produto de crime); *ou sujeito a qualquer outra medida assecuratória* (hipótese em que o bem não é produto de crime) seja judicialmente autorizada em atividades de prevenção e repressão penal, constatado o interesse público.

Ocorre que as hipóteses elencadas no referido art. 133-A do Código de Processo Penal diferem entre si quanto ao grau de probabilidade da decretação do perdimento ao final do processo, visto que, enquanto os bens sequestrados têm relação direta com o perdimento do produto do crime, as demais medidas assecuratórias estão relacionadas à reparação do dano. De modo que, sob pena de ferirem os direitos e garantias individuais, não podem receber o mesmo tratamento legal.

CONCLUSÃO:

POSSIBILIDADE DE REAPRESENTAÇÃO DA MEDIDA EM OUTROS TERMOS

5) MEDIDAS PARA ALARGAR AS HIPÓTESES DE INTERROGATÓRIO E COLHEITA DE PROVA ORAL POR VIDEOCONFERÊNCIA (ART. 185 DO CPP)

O projeto pretende ampliar as possibilidades de utilização do sistema de videoconferência para o interrogatório do réu, invertendo a lógica que atualmente orienta o Código de Processo Penal. Em resumo, ele retira a expressão “excepcionalmente” do par. 2º do art. 185 do Código de Processo Penal, assim como a palavra “gravíssima” que qualifica, atualmente, a questão de ordem pública autorizadora do uso do sistema de videoconferência. Almeja-se, ainda, acrescentar uma nova hipótese de admissibilidade do recurso eletrônico: “prevenir custos com o deslocamento de escolta de presos”. Soma-se a isso a permissão, no par. 8º, para a realização da audiência de custódia por videoconferência e o estabelecimento de uma regra geral para uso desse sistema sempre que o réu estiver recolhido em estabelecimento prisional localizado fora da comarca ou da subseção judiciária.

A proposta não é nova e já foi rejeitada pelo Congresso Nacional. Com efeito, quando da tramitação do projeto que culminou na edição da Lei nº 11.900/09, discutiu-se iniciativa semelhante do Senador Tasso Jereissati (PL 7227/06), mas, naquela ocasião, consolidou-se o entendimento de que, embora fosse excepcionalmente admitida, a realização do interrogatório por videoconferência **não** poderia ser a regra.

A proposta, agora repaginada, viola gravemente o direito de presença (*right to be present*), previsto expressamente no art.14.3, d, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Esse direito é decorrência direta da garantia fundamental da ampla defesa, na sua vertente de autodefesa positiva. Tal garantia pode ser inferida do art. 5º, LV, da Constituição e

também do art. 8.2. d, e e f, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O projeto contribui, ademais, para aprofundar a desumanização das cerimônias já degradantes do processo. O interrogatório é o momento por excelência do contato direto entre o ser humano que julga e aquele que é julgado. Esse ato não pode ser, como regra, intermediado por computadores e praticado a quilômetros de distância. A distância social que separa a classe dos juízes da classe da maioria dos réus já é por demais elevada e não pode ser reforçada também pela apartação física.

O projeto vulnera, ainda, diretamente, o disposto no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos ao admitir a realização da audiência de custódia por videoconferência. A razão de ser dessa garantia fundamental é a possibilidade de o juiz controlar a legalidade das prisões e, sobretudo, coibir os atos de tortura. A realização do ato por videoconferência pode dificultar ainda mais o combate e a prevenção a essa grave violação de direitos humanos. Em primeiro lugar, a violência pode ser mais facilmente disfarçada por meio da videoconferência. Além disso, a pessoa que seja vítima de tortura e que esteja durante a audiência por videoconferência confinada no estabelecimento prisional pode sentir-se ainda mais coagida a nada informar com receio de, logo após o ato judicial, sofrer retaliações naquela mesma prisão.

O projeto também é economicamente inviável, envolvendo um aporte de recursos financeiros indisponíveis e não prioritários no atual contexto. Sob o pretexto de reduzir custos, o projeto apenas transmite as demandas de um órgão estatal para outro. Se aprovada, a proposta demandará não apenas a compra, a instalação e a manutenção de uma rede complexa de equipamentos, mas também, um gasto expressivo com a contratação de recursos humanos. Nesse sentido, como con-

dição de validade do ato, será necessária a presença de dois defensores públicos em toda audiência em que for ré uma pessoa pobre e na qual seja utilizado o sistema de videoconferência. É consabido que, para a validade do ato, exige-se a presença de um defensor público na sala de audiências e outro no local em que se encontra o réu. O orçamento já reduzido das Defensorias Públicas torna simplesmente inviável a realização desse projeto.

Carece, outrossim, de amparo legal e constitucional a hipótese que se pretende adicionar ao inciso IV do §2º do art. 185 do CPP. A redação viola o princípio da legalidade ao adotar termos indeterminados. A pretensão justificativa de “prevenir custos com a escolta”, além de falsa em termos orçamentários, poderia ser utilizada em todos os casos em que haja deslocamento de réu preso e, assim, dado o seu caráter geral, ensejaria a vulgarização do sistema de videoconferência, tornando regra aquilo que deve ser exceção.

Nesse sentido, a forma como apresentada a matéria no projeto já foi declarada inconstitucional pelo STF. No julgamento do HC 88.914-0/SP, de relatoria do Min. Cezar Peluso, o Tribunal deixou claro que o interrogatório por videoconferência só pode ser autorizado “segundo circunstâncias limitadas e decisão devidamente fundamentada, em cujas razões não entra a comodidade do juízo”. Afirmou-se, ainda, que uso da videoconferência “é considerado “mal necessário”, devendo ser empregado com extrema cautela e rigorosa análise dos requisitos legais que o autorizam.

CONCLUSÃO:
MEDIDA INCONSTITUCIONAL
E INOPORTUNA.

6) MEDIDAS PARA AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PROVISÓRIA (ART. 310 DO CPP)

Medidas como a alteração do art. 310 do Código de Processo Penal, sugerida pelo projeto, pretendem facilitar ainda mais a decretação da prisão preventiva, impondo que o juiz, ao ter o primeiro contato com o caso, decrete a prisão ao perceber que o indiciado seria um “criminoso habitual”, ainda que primário. O pacote pretende, assim, sem qualquer justificativa empírica, reverter o limite à prisão preventiva estabelecido pela lei 12.403/2011 que, constatando o evidente abuso do instituto, pretendeu vedar a decretação da prisão para as hipóteses em que haveria aplicação de penas alternativas ou de regime inicial aberto em caso de condenação. O pacote propõe, assim, o retorno à irracionalidade legislativa anterior, ignorando que os dados oficiais apontam para a persistência no uso abusivo da prisão provisória.

Note-se que o último relatório do Infopen, de 2016, indica que 40% dos presos no Brasil ainda não haviam sequer tido sua culpa reconhecida por uma sentença de primeiro grau. Nesse sentido, uma medida explicitamente tendente a aumentar o uso da prisão provisória deixa de levar em conta a realidade da população carcerária brasileira.

No mais, a medida afrouxa a regulação da medida cautelar extrema, impondo ao juiz que declare se a pessoa é ou não um “criminoso habitual” quando toma o primeiro contato com os autos do processo, sem que haja qualquer baliza acerca de quais elementos seriam levados em conta nessa aferição. Uma vez que a proposta permite a presunção de habitualidade mesmo para investigados primários, ter-

-se-á como consequência um aumento do arbítrio no uso da prisão preventiva.

Tal medida, vista em perspectiva global com o restante do projeto, ainda aumenta o risco de utilização da prisão provisória como forma de coação na extração de confissão e/ou acordos assimétricos.

Frise-se que, nesse ponto, o projeto é uma tentativa de ressuscitar a vedação à liberdade provisória do art. 44 da Lei nº 11.343/06, onde se presumia os requisitos da prisão preventiva. Essa técnica legislativa já foi considerada incompatível com o devido processo legal no julgamento paradigmático do HC nº 104.339/SP, relator Min. Gilmar Mendes, em que o Plenário do STF declarou “*incidenter tantum, a inconstitucionalidade da expressão ‘e liberdade provisória’ do caput do art. 44 da Lei 11.343/2006*”. Em suma, a presunção do *periculum libertatis* pela lei em casos abstratos viola o devido processo legal e toda a principiologia das prisões cautelares.

CONCLUSÃO:
MEDIDA INCONSTITUCIONAL E
EXTREMAMENTE INOPORTUNA

7) ALTERAÇÃO NAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE (ART. 609 DO CPP)

Apesar de não ser um recurso tão recorrente na prática forense, os embargos infringentes e de nulidade constituem um instrumento importante para a garantia de segurança jurídica, já que possibilitam a harmonização jurisprudencial dentro de uma Câmara ou Turma, em caso de decisão não unânime em recurso de apelação.

O projeto pretende restringir as hipóteses de embargos infringentes e de nulidade apenas aos casos de divergência sobre a absolvição, afastando o recurso nos casos em que a divergência diga respeito a outras questões, como o regime inicial de cumprimento de pena ou a aplicação de penas alternativas.

Assim, o projeto dificulta a formação de uma jurisprudência coerente dentro da mesma Turma ou Câmara. A restrição dos embargos favorece, por exemplo, que pessoas sejam condenadas a cumprir pena em regime mais rigoroso que o permitido por lei, sendo imediatamente presas, com base em decisão não unânime, mesmo em casos em que a maioria dos membros da Turma ou Câmara teriam entendimento contrário, havendo o acusado que contar com a sorte na distribuição do seu recurso dentro de um mesmo órgão colegiado.

CONCLUSÃO:
MEDIDA INOPORTUNA

8) MEDIDAS PARA AUMENTAR A EFETIVIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI (ART. 421, 492, 584 DO CPP)

Nesse ponto, o projeto tem como principal escopo o cumprimento antecipado da pena de prisão, antes da prolação de decisão definitiva, de forma ainda mais drástica. Pretende-se, no projeto, que a prisão da pessoa acusada, fora das hipóteses de prisão provisória, cumpra-se assim que terminado o julgamento em primeira instância, sem que sequer se aguarde pela confirmação ou não da sentença.

Trata-se, nesse sentido, de uma forma de execução “antecipadíssima” da pena. Assim, nos termos da alteração do art. 492 do Código de Processo Penal proposta pelo projeto, a prisão em plenário tornar-se-ia regra, de forma que, apenas em situações excepcionais, não seria ela decretada.

Essa antecipação da punição para antes do fim do processo, quando lida em conjunto com as demais alterações propostas, permite que se antevejam consequências graves em sua aplicação. No que se refere à alteração do art. 421 do Código de Processo Penal, o projeto prevê que a decisão de pronúncia implicaria imediato encaminhamento dos processos ao Tribunal do Júri, *“independentemente da interposição de outros recursos, que não obstarão o seu julgamento”*. A fim de dar conformidade a tal pretensão, sugeriu-se, ainda, a alteração do par. 2º do art. 584 do Código. O primeiro aspecto a ser observado, nesse tema, é que a decisão de pronúncia tem por finalidade promover um filtro do que irá ou não ser submetido ao colegiado popular que compõe do Tribunal do Júri. Nesse sentido, é temerário que a decisão de pronúncia implique imediata remessa dos autos ao

colegiado, especialmente quando a prisão se verificaria já quando de eventual condenação pelo júri. Na sistemática proposta, tornar-se-ia possível a designação da data do julgamento antes mesmo da apreciação do recurso. Assim, corre-se um grande risco de que a pessoa venha a ser julgada e condenada pelo júri, sendo imediatamente presa, ao passo que, em posterior julgamento do recurso em sentido estrito da pronúncia, o Tribunal chegue à conclusão de que aquela pessoa, já em cumprimento de pena, sequer deveria ter sido levada a julgamento pelo júri.

Outrossim, nitidamente, resta-se comprometida a plenitude da defesa inculpada no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”, da Constituição da República e o duplo grau de jurisdição previsto no art. 5º, inciso LV, também da Carta Constitucional e no Pacto de San Jose de Costa Rica. Com efeito, atendendo à lógica do processo penal brasileiro, segundo qual a prisão representa uma medida excepcional, bem como de que se deve ter respeito ao estado constitucional de inocência dos acusados, a redação atual de norma prevê o encarceramento somente na hipótese de constatação dos requisitos da prisão preventiva, o que decorre diretamente da disciplina constitucional sobre a matéria.

Esta situação representa grave violação à plenitude da defesa garantida aos processos de competência do Tribunal do Júri, bem como ao duplo grau de jurisdição, na medida em que antecipa a ocorrência do juízo de culpa e a restrição de liberdade do acusado, antes mesmo de ter sido ele submetido a um julgamento definitivo acerca dos fatos que lhe foram atribuídos.

Em que pese a alegação de pretensão de aumentar a efetividade do Tribunal do Júri, não foram apresentados estudos ou

elementos que justificassem que a antecipação do cumprimento da pena traria resultados no sentido de intimidar ou coibir a ocorrência de crimes dolosos contra a vida.

Desta forma, não se vislumbra respaldo jurídico ou científico para embasar o texto da proposta, cuja única finalidade evidenciada é de obstar o exercício do direito a recurso efetivo pelo acusado. Note-se que a medida, caso aprovada, será geradora de um grande número de casos de erro judiciário, já que o índice de provimento de recursos no rito do júri é notadamente elevado. A título exemplificativo, cita-se recente levantamento empírico realizado por amostragem no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se levantaram 100 recursos em sentido estrito julgados entre 24/5/2018 e 13/2/2019, sendo constatado que *55% dos recursos eram acolhidos para alterar o conteúdo da decisão tomada no fim da primeira fase do tribunal do júri*. O conteúdo dos acórdãos “variava entre questões periféricas no julgamento, retirada de qualificadoras, desclassificação, despronúncia, e até mesmo alteração da decisão que desclassificava a imputação para pronunciar o acusado”⁹. Assim, a antecipação da submissão ao júri popular e do cumprimento da pena, diante de índices significativos de reforma das decisões de pronúncia, promove insegurança jurídica e propicia a ocorrência de erros judiciais.

CONCLUSÃO: MEDIDA INCONSTITUCIONAL E INOPORTUNA

⁹ Levantamento realizado por Vítor Paczek e Aury Lopes Jr. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-14/opiniao-alteracao-regras-tribunal-juri-pacote-anticrime>; acesso em 25/02/2019.

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

1) DA IDENTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO DE TODOS OS CONDENADOS (ART. 9º-A DA LEP)

O projeto prevê a alteração da LEP para determinar que todos os condenados em primeira instância, por qualquer crime, sejam submetidos à identificação genética compulsória, com extração de material e encaminhamento a um banco genético.

O projeto expande enormemente o âmbito da Lei n. 12.654/2012, que alterou a LEP para prever a extração compulsória de material genético em casos de condenados por crimes dolosos com violência ou grave ameaça ou por crimes hediondos.

Pela alteração proposta, deixa-se claro que bastaria uma condenação em primeira instância, por qualquer delito, mesmo de menor potencial ofensivo, para que o acusado tivesse compulsoriamente seu material genético retirado e encaminhado a um banco sob guarda do Poder Executivo.

A Lei n. 12.654/2012, de abrangência menor que a proposta, teve sua inconstitucionalidade suscitada em caso concreto, sendo reconhecida pelo STF a repercussão geral da matéria no bojo do RE n. 973.837. Ou seja, a constitucionalidade ou não da extração compulsória de material genético está *sub judice*, sendo que o STF já realizou inclusive audiência pública durante a preparação do feito para julgamento.

Causa perplexidade, assim, que o projeto, novamente, adiante-se a uma matéria cuja constitucionalidade encontra-se em apreciação pela Corte Suprema, gerando insegurança jurídica e potenciais prejuízos aos cidadãos e ao Estado, que poderá ser responsabilizado pela aplicação de norma

considerada inconstitucional.

A par de contrariar o direito fundamental à inviolabilidade corporal sem um objetivo certo e razoável, a coleta compulsória de material genético ainda esbarra na garantia constitucional da não autoincriminação. Tal direito decorre da interpretação extensiva do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, bem como foi explicitamente positivado pelo art. 8, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, em caso similar (HC 83.096), o STF afirmou que o acusado não poderia ser obrigado a ceder padrões amostrais de sua voz para perícia, acarretando nulidade processual.

Há que se pontuar, ainda, conforme apresentado pelo IBCCRIM em memoriais¹⁰ no bojo do RE n. 973.837, que a prova obtida mediante perícia genética segue padrões técnicos formais e custosos, sem os quais pode levar a condenações equivocadas, sobretudo pela ausência de previsão normativa sobre a preservação da cadeia de custódia, garantias contra a contaminação e a mistura de materiais genéticos, dentre outras exigências para que se atinja um nível suficiente de certeza a partir da perícia.

A par do debate constitucional, contudo, há que se fazer uma reflexão acerca da conveniência de um projeto de implementação tão cara e com resultados tão duvidosos. É fato que, apesar de aplicada em alguns casos, a regra, hoje, é que os juízes ignorem por completo a determinação da Lei n. 12.654/2012. Isso porque não há local próprio, recursos humanos e insumos que permitam que essa coleta do material seja feita. O projeto em comento, agora, expandido dessa exigência, hoje já inexequível, a todas as condenações. Trata-se de milhões de procedimentos de coleta a serem feitos anualmente, o que justificaria a criação de órgãos públicos estaduais e federais es-

pecíficos para a coleta de material, armazenamento e controle. O fato é que essa expectativa é completamente irreal quando se tem em conta a questão fiscal e orçamentária no país. É preocupante que o próprio governo encaminhe ao Legislativo projeto que preveja um aporte financeiro enorme, sem sequer perspectiva de previsão orçamentária. Ainda mais preocupante é que o Ministério da Justiça sequer espere a definição acerca da constitucionalidade da matéria pelo STF, correndo o risco de realização de um investimento colossal em um aparato que, a depender da decisão, será integralmente relegado à inutilidade.

No mais, acerca da eficiência que se pode esperar da implementação do banco nas investigações criminais, alerta Nicollit¹¹, a partir da experiência do Reino Unido, que afigurou como pioneiro na montagem de um banco genético criminal: *“Note-se que por meio da base de dados do Reino Unido, a probabilidade de um perfil obtido na cena de um crime ser confrontado com um perfil já existente na base de dados é de 45%, porém, em menos de 1% dos casos há sucesso em relação aos crimes apurados”*¹². O autor conclui assumindo que, se o sistema na Inglaterra é gigantesco e de insignificante eficiência, é esperado que no Brasil, onde há uma precariedade muito maior de recursos públicos, os investimentos feitos nesse aparato tecnológico não se revertam em qualquer resultado prático sobre as investigações criminais.

CONCLUSÃO: MEDIDA INCONSTITUCIONAL E INOPORTUNA

¹⁰ <https://www.ibccrim.org.br/noticia/14312-IBCCRIM-apresenta-memoriais-no-STF-em-acao-sobre-coleta-de-material-genetico-de-presos-condenados>

¹¹ NICOLLIT, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA): As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012. In Boletim Ibccrim, n. 245, abril/2013, p.

¹² Forensic Science Service. The National DNA Database Annual Report, pp. 3-4.

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS:

1) ALTERAÇÃO DOS LAPSOS PARA PROGRESSÃO DE REGIME E CRIAÇÃO DE CRITÉRIOS SUBJETIVOS PARA A PROGRESSÃO (ART. 2º DA LCH)

O projeto faz alterações na Lei de Crimes Hediondos para, uma vez mais, endurecer a execução da pena desses crimes. O projeto aumenta o lapso temporal para progressão de regime nos casos em que houver a morte como resultado para 3/5, o mesmo lapso que é usado para reinidentes. Além disso, subordina a progressão de regime de todos os crimes hediondos à “constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir”, o que equivale, na prática, ao retorno obrigatório do exame criminológico. Por fim, o projeto veda a saída temporária.

A primeira proposta aposta no mesmo motivo que levou à criação da própria Lei de Crimes Hediondos: endurecer o cumprimento de penas para reduzir a criminalidade. Contudo, após mais de duas décadas, não se verificou qualquer redução na prática de crimes hediondos e equiparados, mas, por outro lado, a edição da lei foi um dos combustíveis centrais na produção do encarceramento em massa que se verificou no período. Trata-se, portanto, de alteração inconveniente diante de um quadro de colapso do sistema penitenciário estruturalmente desumano, sem que com isso se tenha qualquer garantia de prevenção do delito. Pelo contrário, o processo de encarceramento em massa vivido no Brasil nas últimas três décadas demonstra que esse efeito não é alcançado por medidas como a proposta. Além disso, a proposta trata de forma desigual

reincidentes e primários, equiparando-os no lapso temporal de 3/5, o que fere o disposto no restante da própria lei e torna a proposta desproporcional.

A proposta de submeter a progressão de regime ao exame criminológico representa um retrocesso verdadeiro. O exame é criticado por toda a comunidade científica diante de sua inutilidade como forma de aferir comportamentos futuros. Além disso, atrasa sobremaneira a concessão de progressão de regime, que já é comumente concedida muito tempo depois do que é previsto em lei. Por mais que o STF, na súmula vinculante 26, permita a sua realização, o que é criticável, o projeto de lei o torna obrigatório, agravando a questão.

Por fim, o projeto comete um erro grosseiro ao tratar da saída temporária. Em primeiro lugar confunde a saída temporária, espécie, com a autorização de saída, gênero. Além disso, proíbe a saída temporária no regime fechado, o que nunca foi permitido por lei. O instituto é exclusivo do regime semiaberto, que, no projeto, fica limitado a saídas para trabalho e estudo, vedando a visita à família. Trata-se de medida sem eficácia e que apenas dificulta a harmônica reintegração social da pessoa privada de liberdade, motivo pelo qual não deveria ser aprovada.

CONCLUSÃO:
MEDIDA INCONSTITUCIONAL E
EXTREMAMENTE INOPORTUNA

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA:

1) AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO

A mudança proposta à Lei 9.296/1996, que regula a interceptação telefônica e telemática, apesar da controvérsia jurídica existente sobre a matéria, não parece apresentar grandes mudanças em relação ao que já vem sendo praticado. O projeto adiciona um artigo à lei, para esclarecer que “qualquer meio tecnológico disponível” poderá ser utilizado para promover a interceptação. Na prática, isso já era corriqueiro, inclusive com o uso dos sistemas do tipo “Guardião”.

Não se pode descurar, contudo, da potencial inconstitucionalidade da sugestão de ampliação da possibilidade para se realizar a interceptação por qualquer meio tecnológico disponível, inclusive por “apreensão de mensagens e arquivos eletrônicos já armazenados”, situação que violaria o direito à intimidade e a literalidade do art. 5º, XII, da Constituição da República, que excepciona apenas o sigilo telefônico para fins de investigação criminal, mas não o sigilo de demais dados e correspondência.

O projeto poderia, ademais, ter enfrentado a questão da (ausência de) limitação temporal e qualitativa da interceptação telefônica, que, hoje, a partir da interpretação dos tribunais superiores sobre o art. 5º da Lei 9.296/1996, é renovável por períodos potencialmente infinitos de 15 dias, sujeitos apenas à demonstração de uma vaga “indispensabilidade do meio de prova”. Limitações mais substanciais – por exemplo, exigindo prévio escopo da interceptação –, aliás, colocariam o siste-

ma brasileiro em sintonia com outros sistemas jurídicos estrangeiros, por exemplo o dos EUA, no qual o projeto parece ter se baseado largamente (cf. 18 U.S.C. § 2518 ¹³; *United States v. Giordano*, 94 S.Ct. 1820 (1974)).

CONCLUSÃO:

MEDIDA DE CONSTITUCIONALIDADE DUVIDOSA E POTENCIALMENTE INÓCUA DO PONTO DE VISTA PRÁTICO

¹³ A referência é ao Código de Leis Federais dos EUA (United States Code), título 18 (que trata de normas penais e processuais penais), artigo 2518.

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE DROGAS, ESTATUTO DO DESARMAMENTO E LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO

1) CRIAÇÃO DA FIGURA DO AGENTE ENCOBERTO (ART. 1º PAR. 6º, DA LEI 9.613/1998, ART. 18, PAR. UN., DA LEI N. 10.826/2003 E ART. 33, IV, DA LEI 11.343/2006)

O projeto cria a figura do “agente encoberto”, mediante proposta de alteração nas Leis de Drogas (Lei 11.343/2006), Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998), e no Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003). Embora a Lei 12.850/2013 já preveja disciplina jurídica para um meio de prova similar, que chama de “infiltração de agentes” (arts. 10-14), a figura criada pelo projeto parece ter escopo diferente. O agente infiltrado se faz passar por membro de uma organização criminosa para monitorar-lhe as atividades e coletar provas, enquanto o agente encoberto pode ter atuação pontual, apenas para um evento, e fora da atuação de organizações criminosas.

A figura do agente encoberto parece querer afastar a categorização dos atos de eventual acusado como crime impossível por obra do agente provocador e, consequentemente, dos atos do agente do estado como flagrante preparado (cf. STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 1184410, 6ª T., rel. Min. Néli Cordeiro, DJe 27/09/2018, unânime; STF, Súmula 145). Tanto assim que em todos os textos propostos, há o trecho “quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal pré-existente”. Esse trecho, no entanto, coloca em questão qual o fato punível. Por

um lado, parece que o fato punível nesses casos são eventuais fatos pretéritos, não a conduta contemporânea do agente, que continuaria a caracterizar crime impossível¹⁴ – do contrário, seria desnecessária a nova regulamentação, porque o flagrante esperado é sempre lícito. Por outro lado, no entanto, a prova da conduta criminal pré-existente não poderia se limitar a “elementos probatórios razoáveis”, mas teria de constituir prova além de dúvida razoável, conforme interpretação do STF para a standard probatório derivado do art. 5º, LVII, da CF/88 (cf., p. ex., STF, AP 676, 1ª T., rel. Min. Rosa Weber, j. 17/10/2017, unânime), já que essa conduta é que constituiria o fato punível.

Assim, a figura do agente encoberto cria problemas aparentemente insolúveis do ponto de vista do Direito Penal material e deve ser rechaçada. Situações de flagrante esperado poderão continuar a ser utilizadas, sem a necessidade de criação de nova regulamentação legal que, ao contrário de dar segurança jurídica à investigação criminal, parece criar mais problemas à sua execução.

CONCLUSÃO: MEDIDA INOPORTUNA

¹⁴ Novamente, a situação é bem diferente da do Direito Norte-Americano, de onde esse instituto (lá chamado de “undercover agent” parece ter sido retirado). Lá, a conduta praticada com a intervenção do undercover agent é que é considerada o crime, exceto nos casos em que a atuação do undercover agent for tão persuasiva que convença um juiz ou júri de que o acusado não tinha intenção de cometer crime a não ser pela pressão do undercover agent (vide *Sherman v. United States*, 78 S.Ct. 819 (1958)). Essa última situação, que constitui nos EUA o instituto do entrapment, é categorizado penalmente como “defesa substantiva”, categoria análoga às nossas causas de exclusão da ilicitude, o que torna, para eles, o tratamento da questão mais simples do ponto de vista do direito material.

PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LEI DOS PRESÍDIOS FEDERAIS

1) CRIAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, POR LEI ORDINÁRIA, PARA O JULGAMENTO DE CRIMES OCORRIDOS NO INTERIOR DE PRESÍDIOS FEDERAIS E CRIMES CONEXOS (ART. 3º DA LEI N. 11.671/2008)

O art. 11 do projeto de lei em comento introduz parágrafo único no art. 2º da Lei n. 11.671/2008, com a seguinte redação: “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”.

A pretendida alteração legal, a par de promover vinculação do juízo federal aos incidentes relacionados à execução da pena, cria hipótese de competência da Justiça Federal, em matéria penal, em razão do local do cometimento da infração (dentro de um estabelecimento penal federal). Não se pode presumir a existência de interesse da União pela mera circunstância de o crime ter sido praticado no âmbito de um Presídio Federal. Assim, a hipótese não se enquadra no art. 109, I, IV, ou qualquer das demais previsões constitucionais para competência da Justiça Federal.

Suponha-se, por exemplo, uma briga entre dois presos no pátio do banho de sol, de que resulte lesão corporal. A par da questão disciplinar, a ser desenvolvida no processo de execução penal, o fato pode configurar crime que, claramente, atenta contra a integridade física de um particu-

lar (o interno vitimado), não havendo qualquer interesse específico da União a atrair a competência penal para a Justiça Federal, consoante as hipóteses já previstas na Constituição Federal. A jurisprudência de nossos tribunais está recheada de casos semelhantes, delitos que, embora praticados em estabelecimento federal (e mesmo em face de servidor público federal) não são de competência da Justiça Federal por não haver interesse específico da União (vide STJ CC 156.196).

Ocorre que o rol de competências da Justiça Federal está disposto em *numerus clausus* na Carta de 1988, e não pode ser ampliado por lei ordinária. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Competência da Justiça Federal definida na Constituição, não cabendo a lei ordinária e, menos ainda, a medida provisória sobre ela dispor” (ADI 2.473-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 13-9-2001, Plenário, DJ de 7-11-2003.).

CONCLUSÃO:
MEDIDA INCONSTITUCIONAL

2) O REGIME FECHADO DE SEGURANÇA MÁXIMA (ART. 3º DA LEI N. 11.671/2008)

Sobre o “regime fechado de segurança máxima” descrito no projeto a partir de proposta de alteração do art. 3º da Lei n. 11.671/2008, apresentamos as seguintes considerações:

*§1º, inciso III – **Tempo de banho de sol:** a redação sugere a possibilidade de restrição do tempo de banho de sol inferior a duas horas diárias, o que inegavelmente configuraria pena cruel, proscribida pela Constituição Federal (art. 5º, XLVII, “e”). A concessão de “banho de sol” está relacionada com a saúde física e mental do preso, não podendo ser interpretada como uma regalia, a critério da administração prisional. Entende-se necessária a alteração do texto, para que garantam, “no mínimo”, duas horas diárias de banho de sol.*

Para além disso, a novel sugestão legislativa - versando de forma diversa daquela prevista na LEP no tocante ao cumprimento do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) - legitima ao novo regime fechado de segurança máxima a prática já estabelecida nas unidades prisionais federais de determinar que o banho de sol se dê dentro das celas do setor de isolamento.

É dizer: para os presos recém chegado (triagem) e aos presos em RDD (sanção disciplinar), cada unidade prisional dispõe de 12 celas de isolamento, cujo banho de sol foi projetado para, em seu vão adjacente, garantir que o interno per-

maneça 24 horas por dia confinado e ali, ainda que de forma precária, tenha acesso a alguns raios solares. Com efeito, ainda que o art. 52, IV, da LEP disponha literalmente sobre o direito do preso em RDD à “saída” para o banho de sol, a novel proposta, no âmbito do SPF, toma o cuidado de promover a alteração no texto sem a inclusão da palavra “saída”, legitimando a previsão infralegal inserta no Decreto 6049/07 que, ao regulamentar o Sistema Penitenciário Federal, encontrava-se em manifesto confronto com a lei. Tal medida, portanto, prima pela pena de caráter cruel e degradante, alicerçada no ideal de confinamento solitário prolongado como método puro e simples de inocuizar indivíduos privados de liberdade. A prática é considerada confinamento prolongado pelas Regras de Mandela (Resolução 70/175 da Assembleia Geral da ONU, aprovada em 17 de dezembro de 2015).

*§1º, inciso II - **Contato físico do preso com seus familiares:** a visita social do preso por sua família tampouco pode ser interpretada como uma regalia. Trata-se de um direito que está amparado, ainda que indiretamente, na Constituição Federal de 1988, nos pontos em que assegura a dignidade da pessoa humana e a proteção à família (arts. 1º, III, e 226).*

Também o referido direito decorre da imposição de integração do sujeito preso à comunidade e ao mundo exterior, o que não pode ser completamente afastado, mesmo quando admitida a transferência de um preso para o sistema penitenciário federal (cf. Regra nº 04, das

Regras de Mandela). Não há como conceber a reintegração do preso, após o encarceramento, se não se permite sequer que ele mantenha laços significativos com a sua família mais próxima.

O PL em comento suprime, na maioria dos casos, qualquer possibilidade de contato físico do preso com os seus familiares. Elimina a possibilidade de visita íntima e mesmo a visita social será realizada em parlatório. Essa previsão esvazia severamente o conteúdo do direito em tela. A circunstância de que não haja um limite temporal definido para a constância de tais restrições (porque a redação permite sucessivas prorrogações de permanência do interno no sistema penitenciário federal), potencializa os efeitos deletérios dessas restrições de direitos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos enfrentou essas questões (*KHOROSHENKO v. RUSSIA - Application no. 41418/04*), tendo afirmado que a existência de políticas de reintegração do preso à sociedade é obrigatória, mesmo para os países que adotam a pena perpétua (parágrafo n. 121). É inegável que a completa proibição de contato físico do preso com seus familiares, aliada à longa duração das severas restrições ao direito de visita, constituem medidas constitucionalmente vedadas, bem como abolidas pelos instrumentos internacionais que obrigam o Estado brasileiro.

Note-se que a Lei de Execução Penal já prevê, em seu art. 41, parágrafo único, a possibilidade de

restrição ou mesmo suspensão ao direito de visita, de forma individualizada, em homenagem ao princípio da individualização pena (art.5, inc. LXVIII), não sendo admissível que essa punição se dê de forma generalizada ou coletiva.

Em conclusão, reputa-se que a restrição de contato físico do preso com seus familiares nas visitas sociais, estabelecida pelo PL 882/2019 constitui tratamento cruel do preso e de sua família, incompatível com a Constituição Federal, haja vista que não estabelece qualquer parâmetro temporal para a suspensão da medida, revelando verdadeira legitimação de sanção de natureza coletiva, vedada expressamente pela LEP (art.44, §3º) e inúmeras recomendações internacionais.

§1º, IV - **Da quebra do sigilo das comunicações do preso:** o dispositivo estabelece restrição ao sigilo das comunicações de forma absoluta e sem limite temporal, o que o torna inconstitucional. O sigilo das correspondências é um direito fundamental (art. 5º, XII, da CF/88), portanto irrenunciável, imprescritível, não se retirando da esfera de direitos do preso pela prática do ato criminoso ou pelo seu encarceramento.

Os direitos fundamentais, diz a doutrina constitucionalista de forma unânime, não comportam restrições absolutas. O só fato da inclusão de um preso em estabelecimento penal federal tampouco pode autorizar a eliminação peremptória do sigilo de suas comunicações, mormente porque a lei não estabelece qualquer limitação temporal, nem tampouco exige justificativa especí-

fica para essa medida. Note-se que mesmo a correspondência destinada aos advogados ou defensores do preso, neste caso, está sujeita ao escrutínio da administração prisional, embora protegida especialmente pelo sigilo profissional.

Digno de nota que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, mencionada na exposição de motivos do projeto de lei em comento como argumento no sentido da validade das restrições impostas no “regime de segurança máxima”, desautoriza, por outro lado, em reiteradas decisões, a investigação irrestrita da correspondência dos presos (mesmo aqueles sujeitos ao regime prisional mais gravoso destinado aos membros da máfia italiana), sugerindo que a quebra do sigilo das correspondências deve ocorrer, quando necessário, por tempo determinado e mediante justificativa específica para adoção dessa medida (ENEA v. ITALY - Application nº 74912/01; LABITA v. ITALY - Application nº 26772/95).

CONCLUSÃO: MEDIDAS INCONSTITUCIONAIS

3) MONITORAMENTO DE CONVERSAS ENTRE DEFENSOR E PRESO (ART. 2º DA LEI 11.671/2008)

Depreende-se do projeto a tentativa de legitimar o indevido monitoramento de conversas entre advogado e preso submetido ao denominado regime fechado de segurança máxima.

O projeto prevê que “(...) as penitenciárias federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório (...)”. Quanto ao monitoramento de conversas dos advogados, aduz que “as gravações de atendimentos de advogados só poderão ser autorizadas mediante decisão judicial”.

Trata-se, lamentavelmente, de mais uma norma violadora do direito de defesa e das prerrogativas profissionais dos advogados. O monitoramento da conversa entre o preso e o seu patrono não pode ocorrer nem mesmo com ordem judicial. Explica-se.

Em primeiro lugar, a pretensa norma é inconstitucional. Isto porque a Carta Cidadã, em seu artigo 133, preconiza que o advogado é “(...) inviolável por seus atos e manifestações, nos limites da lei”. Já, a lei que rege o exercício da advocacia, Lei nº 8.906/94 - que pode ser considerada como a limitadora do exercício profissional -, assegura ao advogado o direito de comunicar-se reservadamente com seu cliente, ainda que preso e incomunicável (artigo 7º, III, da referida lei).

Além disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, erigida à categoria de norma constitucional, dispõe que é direito do preso comunicar-se livremente e em particular com o seu defensor. Não bastasse isso, essa parte do projeto viola o artigo 5º, LV da Constituição Federal, eis que cerceia o direito à ampla defesa.

Por outro lado, não se pode olvidar que o defensor tem o dever de sigilo profissional previsto no capítulo III do Código de Ética e Disciplina da OAB. Mais que uma imposição legal, portanto, é uma determinação ética, na medida em que o sigilo é uma condição elementar para que o advogado possa garantir ao cidadão, inclusive ao preso, o amplo direito de defesa em sua acepção constitucional.

Nem mesmo a cândida justificativa que se tem propalado no sentido de que o monitoramento dos diálogos entre o advogado e seu cliente será eficiente para coibir o crime organizado merece guarida, eis que a comunicação entre advogado e cliente é erigida a categoria de inviolabilidade.

Aliás, o advogado não pode, salvo exceções pontuais, revelar informação que lhe fora confiada no exercício de seu mister, sob pena de ser severamente responsabilizado.

Quanto ao dispositivo contido no projeto que permite o monitoramento das conversas com ordem judicial, não merece prosperar, pois o fato de haver uma ordem judicial para tal finalidade não significa que se trata de uma medida legal, além de equivocadamente partir de uma premissa generalista de que advogados estão envolvidos em crime organizado.

Com efeito, o sigilo profissional é uma prerrogativa inerente ao exercício do *munus advocaticio* e a sua finalidade é tutelar as garantias do cidadão, principalmente do acusado que se encontra sob o jugo do cárcere. Assim, uma legislação que legitima tamanha violação a preceitos fundamentais duramente obtidos ao longo dos anos é incompatível com Estado Democrático de Direito.

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

1) AUTORIZAÇÃO PARA CRIAÇÃO DO BANCO NACIONAL MULTIBIOMÉTRICO E DE IMPRESSÕES DIGITAIS (ART. 7º-C DA LEI N. 12.037/2009)

O projeto pretende autorizar o Ministério da Justiça a criar um banco de impressões digitais e dados biométricos, incluindo amostras de voz, padrões faciais e formato de íris, com o escopo de servir à investigação criminal. Vale lembrar, contudo, no que toca à colheita de padrões de voz, que o STF, no HC 83.096, afirmou que o acusado não poderia ser obrigado a ceder padrões amostrais de sua voz para perícia, acarretando nulidade processual, dada a violação do privilégio contra a não-autoincriminação.

No mais, ainda que a modernização das formas de identificação sejam, de certa forma, naturais, há que se ter algum cuidado com a criação de um projeto como esse, especialmente no que diz respeito à violação de privacidade. Um banco de voz ou face, em tese, pode individualizar uma pessoa mesmo sem o auxílio de qualquer método adicional ou sem coleta de material biológico, por meio do uso de aplicativos específicos. No limite, um banco de voz e face permitiria a base de um sistema global de espionagem de indivíduos em público. Esse perigo de violação de privacidade e vazamento de dados sensíveis deve ser avaliado em termos de custo-benefício, e ser objeto de maior discussão entre especialistas em segurança digital antes de serem previstos em lei.

CONCLUSÃO:
MEDIDA INCONSTITUCIONAL

De toda forma, assim como no tópico acerca do banco de material genético, não parece ter havido previsão de custos e perspectivas de resultados com base em dados empíricos para que se formulasse o projeto de lei. Do ponto de vista orçamentário, trata-se de medida inexecutável sem que se tenham que sacrificar verbas já afetadas na prestação de serviços públicos e em setores sensíveis do Estado.

CONCLUSÃO:
MEDIDA DE CONSTITUCIONALIDADE
DUVIDOSA E INOPORTUNA

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

1) MEDIDAS PARA ALTERAR O CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 1º DA LEI 12.850/2013)

Observa-se que o projeto de lei pretende alterar o conceito de crime organizado previsto na lei 12850/13 para tornar sua identificação menos clara e, consequentemente, sua incidência mais abrangente. O projeto faz específica menção, inclusive nomeando textualmente, algumas das organizações criminosas em atuação no país. O texto padece de evidente falta de clareza e precisão quanto ao conteúdo e alcance da norma.

O conceito de organização criminosa vem sendo desatado pela doutrina nacional há quase três décadas quando, em 1995, a lei 9034 a ele fez referência sem, no entanto, tipificá-lo. Procurou-se, a partir da Convenção de Palermo, aplicar o conceito dado por esta Convenção, o que veio a ser rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal em função da inexistência do conceito legal de organização criminosa no ordenamento nacional.

Passo seguinte, a definição de organização criminosa surge no direito nacional com a lei 12694/12, embora com limitado alcance pois vinculada a um procedimento específico voltado a conferir maior segurança aos julgadores. Finalmente, o conceito legal de organização criminosa é sedimentado entre nós com o advento da 12850/13 que ora o projeto pretende alterar.

A alteração, nos moldes propostos, ao acrescentar um novo inciso (III), é um re-

trocesso, porque retira do conceito de organização criminosa alguns de seus elementos estruturais, ou seja, elementos que são essenciais para a figura típica, como o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, além da finalidade de praticar crimes graves ou transnacionais. O elemento subjetivo do tipo da organização criminosa tradicionalmente foi alicerçado na obtenção de vantagem, direta ou indireta, por meio da prática de crimes. Tanto que esses elementos estão presentes na definição de organização criminosa dada pela citada Convenção de Palermo, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Dec. 5015/04).

Na forma proposta, há um evidente descompasso com a construção dogmática do conceito de organização criminosa porque se inclui nova definição de organização criminosa desprezando alguns de seus elementos essenciais, além de dificultar a exata compreensão do objeto pretendido. O projeto menciona organização de quatro ou mais pessoas, devidamente estruturada, ainda que informalmente, e que se valha da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica. Ao se interpretar o tipo penal, não se consegue estabelecer com exatidão o objetivo do legislador, a redação não atende a necessidade de identificação clara de seu objeto. Viola-se o princípio da taxatividade quando o conteúdo legal é incerto.

A mera exemplificação da denominação de algumas das organizações criminosas existentes no país não contribui para aclarar o objetivo da lei. Há, como se não bastasse, o risco de se atribuir ao intérprete a missão de completar os requisitos legais para sua compreensão. Se o legislador não logra estabelecer de forma

induidosa os limites da figura típica, o resultado será uma desarrazoada discricionariedade ao juiz, o que pode resultar em decisões injustas ou desproporcionais.

Ressalta-se, por último, que a indeterminação do conceito típico de organização criminosa é fator que pode acarretar a punição de uma mera coautoria delitiva, ao se prescindir da correta definição dos elementos do tipo, o que pode, no campo político-criminal levar a uma persecução estatal desarrazoada e arbitrária. Em breve análise, o dispositivo não deve ser alterado nos moldes propostos pelo projeto, por falta de adequação técnica e suporte legal, demonstrando-se plenamente suficiente a descrição típica já existente.

CONCLUSÃO: MEDIDA INOPORTUNA

2) MEDIDAS PARA EVITAR A PROGRESSIVIDADE NO CUMPRIMENTO DAS PENAS (ART. 2º DA LEI 12.850/2013)

O projeto propõe a alteração da Lei 12.850/2013 para que lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à sua disposição iniciem o cumprimento de pena em estabelecimentos penais de segurança máxima. Além disso, o condenado por integrar organização criminosa não poderá progredir de regime, receber livramento condicional ou qualquer outro “benefício” prisional enquanto houver elementos que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Por ser o estabelecimento penal de segurança máxima próprio do regime fechado (art. 33, § 1º, I, do Código Penal), a primeira alteração, por via transversa, impõe o regime inicial obrigatoriamente fechado para o caso previsto, o que recai em inconstitucionalidade por violar a individualização da pena, conforme jurisprudência consolidada do STF, que no HC 111840 declarou inconstitucional norma que previa a obrigatoriedade de regime inicial fechado em crimes hediondos.

Por outro lado, a vedação de progressão de regime, livramento condicional e outros direitos da execução penal implica a igualmente inconstitucional imposição de regime integralmente fechado, como já decidiu o STF no HC 82959. Ademais, há violação ao princípio da legalidade na mera indicação de vínculo com associação criminosa, que deve ser provada, e não meramente indicada. Por isso, as alterações desta lei são inconstitucionais.

CONCLUSÃO:
MEDIDA INCONSTITUCIONAL

3) MEDIDAS DE EXTENSÃO DOS MEIOS DE INVESTIGAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO À INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE COMUM (ART. 3º, 3º-A, 21-A, 21-B DA LEI 12.850/2013)

A extensão dos meios de prova regulados na Lei 12.850/2013 para outras imputações que não apenas de organização criminosa carece de uma demonstração mais sólida acerca de sua utilidade. Esses meios de prova, como colaboração processual e infiltração de agentes, continuarão a ter os requisitos previstos na lei, especialmente a prévia autorização judicial, mas seriam estendidos à investigação relativa à criminalidade comum. É bem verdade, contudo, que a extensão da possibilidade de uso desses meios de prova pode, na prática, evitar o incentivo à fabricação de imputações de organização criminosa só para se ter acesso a algum dos meios de prova exclusivamente regulados na referida lei.

No mesmo sentido, a introdução da escuta ambiental como meio de prova vem preencher uma lacuna normativa. As escutas ambientais já vinham sendo reconhecidas como prova lícita, especialmente quando feitas por interlocutores (vide, por exemplo, o caso Delcídio do Amaral – 10ª Vara Federal Criminal do DF, Processo 42543-76.2016.4.01.3400; ou o caso envolvendo o ex-Presidente Temer e Joesley Batista). A regulamentação do instituto torna mais claras as regras desse meio de prova e é, em geral positiva.

No entanto, como a regulação proposta pelo projeto parece ser baseada na regulação da interceptação telefônica, os mesmos problemas de falta de limitação para aquele meio de prova valem para esse. Em especial, a falta de limitação

temporal, já que o art. 21-A, § 3º que seria inserido na Lei 12.850/2013 permite a renovação da escuta ambiental por períodos ilimitados de 15 dias. Também a falta de limitação qualitativa, que imponha um escopo esperado pré-determinado é um ponto negativo da proposta, a exemplo do que já ocorre com a interceptação telefônica (vide acima).

CONCLUSÃO:

POSSIBILIDADE DE REAPRESENTAÇÃO DA MEDIDA EM OUTROS TERMOS

ALTERAÇÃO DA LEI 13.608/2013:

1) INTRODUÇÃO DO “INFORMANTE DO BEM” OU DO WHISTLEBLOWER (ART. 4º-A, 4º-B, 4º-C DA LEI 13.608/2013)

É salutar o aprimoramento dos mecanismos de investigação dos crimes, especialmente contra a administração pública, mas as disposições lançadas no projeto de lei carecem de rigor técnico e fragilizam o instituto que se pretende implantar.

A relevância e complexidade do tema requerem um capítulo específico em uma lei ou até uma lei própria. A Lei nº 13.608/2018, de apenas 6 artigos, prevê que as empresas de transporte terrestre que operam sob concessão deverão exibir em seus veículos a expressão “Disque Denúncia”. A proposta, portanto, aumenta o escopo da lei em uma dimensão que ela não possui originalmente, que passa ao largo do procedimento específico para apuração da razoabilidade do relato, da suficiência ou não do relato em eventual condenação e da garantia do anonimato.

O relato que deve dar origem à apuração não deve ser apenas “razoável”, mas original, voluntário (ou seja, não decorrente de um dever regulatório), verossímil diante da qualidade e pertinência dos dados apresentados e a “proteção integral contra retaliações” não protege suficiente o informante diante dos riscos assumidos.

Há uma clara deficiência prática na operacionalização da figura do “informante do bem” (denominação inadequada), da apuração das informações trazidas, garantias ao informante e aos possíveis envolvidos na prática do crime noticiado, recuperação dos valores e pagamento da recompensa, uso do disque denúncia em detrimento do uso do canal de denúncias das empresas, necessidade de estar representado por

advogado, do papel do Ministério Público e demais autoridades na condução do caso, causas que poderiam aumentar ou diminuir o valor da recompensa e recebimento desta.

A singeleza do projeto de lei descuro do cuidado necessário que a introdução de uma figura nova e com contornos absolutamente impactantes para o nosso sistema jurídico-penal requer.

No texto apresentado, contudo, verifica-se um dispositivo específico que contém uma grave inconstitucionalidade, devendo ser reformulado caso o Poder Legislativo entenda por aprovar a proposta. Trata-se da proposta de redação do art. 4º-B, §2º: “Ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade”. Apesar de a redação dar a entender que se trata de uma garantia contra o abuso do instituto, abre a possibilidade de interpretações extremamente danosas, especialmente quando lida em conjunto com a proposta de redação do art. 4º-B, §1º, que prevê a possibilidade de que o autor da “denúncia anônima” opte pela revelação de sua identidade ou pela perda do valor probatório da informação quando a revelação da identidade foi imprescindível. Ao ler-se o dispositivo sugerido, *a contrario sensu*, entende-se que seria possível a condenação de alguém com base apenas no depoimento do informante, desde que não mantida em sigilo sua identidade. O projeto, nesse ponto, comporta grave confusão entre o que seja uma *notitia criminis* e sua evidente diferença em relação à prova oral. Em nenhuma hipótese, sob pena de violação absoluta do art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, alguém pode ser condenado apenas com base na notícia de um crime. A informação contida em um “disque denúncia”, seja de origem identificada ou sigilosa, apenas se presta a desencadear uma investigação, a fim de que seja reunida a justa causa suficiente para o oferecimento de uma denúncia ou

queixa, instaurando-se em processo judicial. Ao permitir que a mera *notitia criminis* possa ser utilizada como prova, o projeto faz *tabula rasa* do devido processo legal, onde as provas apresentadas são submetidas ao contraditório e as partes e o juízo podem formular perguntas às testemunhas. O projeto parece querer criar um novo (e inconstitucional) meio de prova, dando *status* probatório ao que vulgarmente convencionou-se chamar de “denúncia anônima”. A única restrição trazida pelo projeto vai no sentido de impedir que alguém seja condenado exclusivamente com base em uma “denúncia anônima”, permitindo ao juiz, contudo, que valere a informação apócrifa como prova, ainda que não exclusiva. Subverte-se, assim, o próprio sentido do processo penal, substituindo-se a prova testemunhal pela mera “denúncia anônima”, impedindo-se que a prova seja contraditada e que o cidadão sequer saiba quem o está acusando. Em nenhuma hipótese esse artigo do projeto poderia ser referendado sob o prisma de sua constitucionalidade, devendo-se reformulá-lo, suprimindo-se os §§ 1º e 2º do art. 4º-B e inserindo-se um parágrafo justamente para que conste que “as informações prestadas às unidades de ouvidoria ou correição não terão valor probatório, caso não confirmadas pelo depoimento do informante em juízo”, o qual, em caso de fundado temor de represália, poderá solicitar proteção e/ou decretação de sigilo de justiça, nos termos da lei vigente.

CONCLUSÃO:

CONCLUSÃO: POSSIBILIDADE DE REAPRESENTAÇÃO DA MEDIDA EM OUTROS TERMOS, ATENTANDO-SE PARA A INCONSTITUCIONALIDADE DE QUE SE DÊ VALOR PROBATÓRIO ÀS INFORMAÇÕES PRESTADAS ÀS UNIDADES DE OUVIDORIA E CORREIÇÃO, DEVENDO ESSAS SEREM COMPROVADAS NO CURSO DO PROCESSO JUDICIAL POR MEIOS LÍCITOS DE PROVA.

