

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## **PARECER TÉCNICO-JURÍDICO**

Considerações sobre os Projetos de Lei apresentados pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro reunidos sob o título de “Projeto Anticrime”.

### **I. Introdução**

O Sr. Ministro da Justiça Sérgio Moro apresentou ao público um conjunto de alterações legislativas esparsas reunidas sob o nome de fantasia “Projeto Anticrime”. Posteriormente, ao ser efetivamente apresentado ao Poder Legislativo, o Anteprojeto original foi cindido em três. O primeiro, e mais amplo, propõe inúmeras alterações em leis penais e processuais penais, com ênfase no Código de Processo Penal, e com fim declarado de reprimir a corrupção, o crime organizado e ações típicas praticadas com grave violência à pessoa. O segundo propõe um novo tipo legal no Código Eleitoral – a criminalização explícita da prática denominada “Caixa 2” – e o terceiro é um Projeto de Lei Complementar que propõe alterações em matéria de competência.

A análise do segundo e do primeiro e principal Projeto, apresentadas a seguir, obedece a ordem acima e é feita por tópicos, que reúnem as alterações propostas por tema. Incluem exame de constitucionalidade, adequação legal, avaliação criminológica, político-criminal e uma análise dogmática informada pela moderna teoria do fato punível.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Não serão analisadas, porque consideradas relativamente desimportantes ou secundárias, as seguintes alterações: (i) art. 79, III e 84-A do CPP, pois tratam de regra de conexão entre processos, incorporando os posicionamentos recentes do STF de separação quando há foro por prerrogativa de função; (ii) art.9-A da Lei nº 9.296, que explicita que a interceptação telefônica ou telemática inclui as mensagens do celular, o que parece um truísmo; (iii) art.3-A da Lei nº 12.850, que trata da possibilidade de formação de equipes de investigação contando com polícia e Ministério Público, o que já é uma realidade dentro do paradigma da polícia operativa, com seus nomes de fantasia e vocação seletiva e art. 21-A, regulamenta a captação ambiental, como hipótese específica, em relação ao que era antes genericamente previsto; (iv) a regulamentação do “disque-denúncia, da Lei

## II. Análise das mudanças mais relevantes

### 1. Inclusão de situação de exculpação a partir do excesso nas hipóteses de justificação do art.23 do Código Penal

A redução ou isenção de pena proposta em um novo parágrafo segundo para o artigo 23, que trata das hipóteses de justificação de condutas típicas, atinge hipóteses de excesso determinado por medo, surpresa ou violenta emoção.

A exculpação, total ou parcial, do excesso intensivo (uso de meio desnecessário) ou extensivo (uso imoderado de meio necessário), doloso ou imprudente, na realização de ação justificada em função de “defeito emocional” é compreendida como situação de exculpação por inexigibilidade de uma conduta adequada à norma penal, inclusive nos casos de erro de tipo permissivo, desde o final dos anos 60 – ao menos na dogmática penal alemã.<sup>2</sup>

Seja como for, do ponto de vista do conteúdo, ao menos, a proposta do Sr. Ministro não é nem uma novidade, nem um problema.

O problema está na forma. Primeiro, porque apresenta uma relativa confusão conceitual: embora o conceito de “medo” já tenha sido submetido a um relativo refinamento técnico pelos professores de Direito Penal, as expressões “surpresa” e “violenta emoção” são ruins. “Surpresa” ocupa o lugar aqui de “susto”, que equivale a “medo súbito” (e incluído, logicamente, no conceito de “medo”), mas é difícil pensar que todas as formas de surpresa podem, normativamente, exculpar uma ação típica e antijurídica (especialmente para os que vivem uma ética extremamente

---

nº 13.608; (v) a execução de multa na vara de execuções penais, já que o Plenário do Supremo Tribunal decidiu, por expressiva maioria (9x2, Marco Aurélio e Luiz Edson Fachin) que o MP é o principal legitimado para executar a cobrança das multas pecuniárias fixadas em sentenças penais condenatórias, apesar do que prevê a lei.

<sup>2</sup> Ver, por todos, o percurso intelectual dessa hipótese em: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**, Curitiba: 6ª edição, 2014, p. 252-253 e 352-356.

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

conservadora da realidade e que, por isso, demonstram uma imensa suscetibilidade em relação a novos comportamentos). “Violenta emoção”, por sua vez, é expressão tão vaga e lacunosa que poderia não só incluir outros sentimentos que desautorizam a dilação da responsabilidade penal (ódio racial, por exemplo) como contrariar, pela exigência de intensidade (“violento”) estados de ânimo que configuram situações de exculpação mas que dificilmente configuram a adjetivação “violenta” (é o caso da depressão, entre outros estados anímicos).

Nesse ponto, é necessário reflorcer a importância do (tão mitigado) princípio da legalidade, com seu mantra da reserva legal em matéria penal, no combate a formulações indeterminadas e suas conseqüentes lacunas interpretativas. A reserva de lei proíbe a indeterminação e a previsão de normas “indefinidas ou obscuras”<sup>3</sup>, cujos sentidos ficam relegados à discricionariedade dos agentes competentes à sua análise, perigo que não podemos correr em um contexto social e político tão problemático quanto o que vivemos hoje no país, principalmente no que tange o funcionamento do aparelho punitivo.

Por outro lado, seria impossível a supressão total da indeterminação da lei, pela sua própria natureza, como fruto da linguagem. Mas exige-se um mínimo de certeza garantido pelo correlato postulado da taxatividade, que prescreve ao legislador a tarefa de percorrer todos os elementos<sup>4</sup> inerentes ao tipo penal, o qual inclui, pela imensidão da teoria do delito, todas as categorias objetivas e subjetivas da tipicidade e do injusto, abrangendo as exculpações legais (atualmente disciplinadas no artigo 23 do Código Penal) e suas peculiaridades. O que deve existir é uma “integral formulação do tipo”, “com a obrigação de disciplinar de modo direto a matéria reservada”<sup>5</sup>, sem brechas interpretativas, por se tratar de questão que

---

<sup>3</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 23, ao comentar a necessidade de delimitação da lei penal.

<sup>4</sup> TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. Tirant Lo Blanch, 2018, p. 61.

<sup>5</sup> SINISCALCO, Marco. Irretroattività delle leggi in materia penale. Milão, 1969, p. 85.

coloca em risco a liberdade humana, direito fundamental consagrado pelo artigo 5º da Constituição da República vigente.

O problema é que essa tarefa de exaustão completa dos componentes da teoria do delito pela norma penal, oposta à repudiada “norma penal em branco”<sup>6</sup>, é extremamente difícil e exige refinado grau teórico, motivo pelo qual foi preferível a opção por uma linguagem relativamente desprovida de semântica para escapar dessas necessidades, o que não se pode admitir.

Segundo, porque não é a melhor técnica incluir o excesso para o estado de necessidade justificante, já que isso mereceria ser incluído como situação de exculpação legal (um próprio estado de necessidade exculpante, como existe no Código Penal Militar ou estava previsto no Código Penal de 1969).

Terceiro, é um erro incluir o excesso como exculpação para o estrito cumprimento do dever legal e uma hipótese controversa para o exercício regular de direito. Em relação ao estrito cumprimento do dever legal, porque o cumprimento do dever legal é condicionado à obediência estrita, que não admite excessos: se houver excesso, o caso é imediatamente remetido às hipóteses de obediência hierárquica, erro de permissão ou inexigibilidade de conduta adequada à norma penal em situação supralegal de exculpação por conflito de deveres – e não por “medo, susto ou violenta emoção”, já que o agente público está submetido a um nível superior de controle pela legalidade, fora do qual sempre haverá abuso de autoridade por usurpação de (estrita) competência, especialmente nos casos que envolvem grave violência à pessoa, um dos três objetivos declarados do Projeto de Lei. Já em relação ao exercício regular de direito, para a teoria tradicional é necessário avaliar as ações de pessoas não qualificadas *pro magistratu*, repetindo-se aqui as objeções dirigidas ao estrito cumprimento do dever legal; já no que se refere ao direito de educação dos pais sobre os filhos, é possível dizer o seguinte: é

---

<sup>6</sup> Ver BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

criticável que o Código Penal defina a possibilidade de exculpação plena dos pais que aplicam castigos físicos que impliquem grave violência aos filhos, considerando que o melhor tratamento técnico ao tema é definido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir do artigo 18-A e seguintes, alterados recentemente (Lei 13.010/2014). Trazer o complexo universo da temática atinente à pedagogia familiar para o Código Penal mediante simples introdução de uma genérica hipótese exculpante dificilmente merece aplauso dos teóricos que se dedicam à disciplina rigorosa da extensão do poder familiar sobre a saúde e integridade física de crianças e adolescentes.

Considerando, portanto, os defeitos formais da redação em face da pequena vantagem de explícita previsão de situação exculpante já disponível por meio da moderna teoria do fato punível para o excesso intensivo (uso de meios desnecessários) e extensivo (uso imoderado de meios necessários) da legítima defesa, recomenda-se a supressão do parágrafo proposto (pela suficiência das categorias de desconfiguração de “culpabilidade”, da forma como é concebida na teoria do delito).

Caso se opte pela explícita menção a essas situações, isso deveria ser feito no artigo 24, como derivação do estado de necessidade, com a substituição dos inadequados termos “surpresa” e “violenta emoção” por categorias mais precisas e definidas nas áreas de análise da dogmática penal e da psicologia: “medo, perturbação ou susto”, exatamente da forma como disposto no §3º do Código Penal alemão<sup>7</sup>.

Isso porque os últimos termos mencionados já foram alvo de análise técnica jurídica e psicológica para a delimitação objetiva de estados afetivos de anormalidade psicológica que configurem a redução dos controles psíquicos, sem incorrer na confusão entre a diminuição da capacidade de compreensão com motivações de naturezas distintas, como o ódio por cor ou orientação sexual,

---

<sup>7</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal. Curitiba: 6ª edição, 2014. pp. 328-330.

sensação de posse sobre a mulher (mascarado pelo recorrente argumento de “cúme”, alegado constantemente nos tribunais) e outras demais situações de “violenta emoção”.

## 2. Alterações na situação justificante da legítima defesa

O Projeto de Lei propõe modificações no conceito de situação justificante de legítima defesa mediante inclusão de parágrafo único integrado por dois incisos. Começemos pelo inciso I.

Conforme lembrou o professor da Universidade de Berlim, Luís Greco, em artigo recente, “conflito armado” é um conceito específico, já delimitado nos tratados e jurisprudência internacionais (art.1º, Item n.2, do II Protocolo Adicional à Convenção de Genebra, sobre Conflitos Armados Não-Internacionais),<sup>8</sup> que não inclui situações típicas da violência urbana, aproximando a aplicação do conceito à ideia de “guerra civil”, inaplicável ao Brasil ou mesmo à frustrada categorização de “guerra às drogas”<sup>9</sup>. Logo, se inaplicável às situações nas quais a crescente militarização das polícias e guardas municipais se realiza de maneira vertical, a sugestão de redação está simplesmente errada.

Soma-se a isso a possibilidade de “malabarismo linguístico” proporcionada por uma redação assim disposta para que se proceda a analogias indevidas sobre o que seria um “conflito armado”, a critério de definição dos agentes de segurança pública do Estado na prática cotidiana da política criminal, o que sinaliza graves riscos no tocante à realidade brasileira.

---

<sup>8</sup> Referindo-se ao campo de aplicação do conceito de conflito armado: “2. This Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts.”.

<sup>9</sup> “Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no ‘Projeto de Lei Anticrime’ em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019>

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Não é novidade para ninguém e não são os oitenta tiros disparados por militares em um carro com pessoas inocentes que irão mostrar que a violência policial em nosso país é excessiva (desde 1994, a história é a mesma). A Polícia brasileira é responsável por uma das maiores taxas de homicídio do mundo<sup>10</sup>. E isso se agrava no Rio de Janeiro, onde a famosa “guerra às drogas” é mais gritante e onde vale a máxima: “a polícia que mais mata é também a que mais morre”<sup>11</sup>, prova de que as formas de combate à criminalidade até então usadas não são as adequadas e, portanto, não devem ser reforçadas em medidas como as propostas nos projetos “anti-crime”.

Adiante, o uso do termo “previne”, que antecede uma reformulação da clássica definição da situação justificante da legítima defesa, mostra-se redundante, pois repelir agressão iminente é, exatamente, prevenir agressão atual. Alternativamente, caso a intenção semântica que motiva a inclusão de “prevenir” tenha sido realmente distinta, o caso se torna ainda pior porque, pela má redação, viabiliza-se uma “soma de perigos”, a autorizar ação justificada em legítima defesa sem que caracterizado o limite típico da iminência, que conforme os melhores critérios doutrinários corresponde ao último ato da preparação (imediatamente antes da tentativa, que se caracteriza pelo início da execução da ação típica). Seria possível, assim, uma ação justificada letal para o agressor em situação de “risco iminente de conflito armado para prevenir injusta agressão iminente”, o que é inaceitável considerando a exigência de lei certa determinada pelo princípio da legalidade, a demarcar com rigor as fronteiras da permissão legal para o exercício de uma ação típica capaz de violar o mais importante bem jurídico que existe: a vida.

Quanto ao inciso II, pode-se desde logo dizer que ele é parcialmente inútil, pois as agressões iminentes a direitos de terceiros – hipótese de vítima refém de

---

<sup>10</sup> Ver relatório internacional: <https://exame.abril.com.br/brasil/policia-brasileira-e-a-que-mais-mata-no-mundo-diz-relatorio/>

<sup>11</sup> Ver: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/04/politica/1491332481\\_132999.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/04/politica/1491332481_132999.html)

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

agressor – estão incluídas no conceito de situação justificante da legítima defesa. E naquilo que é, portanto, parcialmente novidade, falha em termos técnicos, não sendo recomendável que se defina em lei a autorização para ação justificada para “prevenção de risco (de agressão)”, pois, literalmente, a “prevenção do risco” se faz pela delimitação do dever de cuidado (que disciplina os limites do risco permitido), cuja expressão normativa é exatamente o conhecido conceito de iminência, caracterizado pelo último ato da preparação, para cidadãos comuns, acompanhado das limitações ético-sociais aplicáveis aos agentes públicos (que tem um dever superior em comparação aos populares na busca de estratégias não violentas para resolução de situações conflituosas).

Por fim, é impossível deixar de mencionar que, erros à parte, o contexto no qual se fazem essas propostas de expansão do conceito legal de situação justificante da legítima defesa denota pouca responsabilidade político-criminal.

Informados que estamos do índice de letalidade e mortalidade da polícia brasileira, é temerário, para dizer o mínimo, propor a ampliação da permissão legal para matar aos agentes públicos que, na ponta, executam uma política informal de matança que atinge uma população muito específica: os homens jovens, negros e pardos, desempregados, com ensino médio incompleto e residentes nos piores endereços das grandes metrópoles nacionais. Espera-se, de um Ministro da Justiça, sensibilidade própria à dignidade do cargo, para compreender que o elogio, ou mesmo a tímida apologia, às ações mais violentas dos agentes da repressão tem por consequência necessária o aumento do número de mortes, de ambos os lados mas na desproporção de sempre, desproporção esta que desmente o argumento de “guerra” e reforça a ideia de um projeto de extermínio sistemático e subterrâneo. Afinal, é por meio do arquivamento contínuo dos “autos de resistência seguida de morte” que se viabiliza a naturalização jurídica da morte, hipóteses nas quais os magistrados brasileiros, acompanhando os pedidos feitos pelo Ministério Público,

tornam-se cúmplices desse projeto adotando, excepcionalmente, a teoria bipartida do fato punível, determinando o arquivamento de denúncias de homicídios em função de legítima defesa, mesmo quando praticada com excesso, admitindo a rejeição de acusação por falta de tipicidade aparente (como tipo de injusto aparente).

A proposta, nesse ponto, é a completa exclusão dessa redação, que geraria enorme insegurança jurídica ao cidadão, ferindo, da mesma forma que na alteração do artigo 23, os desdobramentos do princípio da legalidade e do postulado da taxatividade, por meio da inserção de cláusulas gerais e indeterminadas que dão “carta branca” para os magistrados decidirem de acordo com a pauta da ideologia da defesa social e da segurança nacional em uma política criminal beligerante, em sua essência seletivista, que reitera o genocídio policial nas comunidades pobres do país.

### **3. Imposição de regime inicialmente fechado: art.33 do CP.**

O Projeto inclui, no artigo 33 do Código Penal, a imposição de regime inicial fechado no cumprimento da pena privativa de liberdade para “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” e para algumas formas especialmente violentas de roubo.<sup>12</sup>

A sugestão é constitucionalmente inadequada, em primeiro lugar, porque viola o princípio da **individualização da pena** (art.5º, XLVI, CR), que conversa diretamente com o princípio da legalidade e da proporcionalidade. A individualização da pena é essencial para a limitação do poder de punir dentro de uma ordem

---

<sup>12</sup> Art. 157, § 2º-A. A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. § 3º Se da violência resulta: I – lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa. Código Penal.

democrática. O uso de termos atécnicos, como “conduta criminal habitual”, abre margem para que o magistrado tome lugar de legislador, ao definir, a partir de seu próprio arbítrio e juízos de valor, o que cada expressão significa. Como consequência, esta discricionariedade, além de obviamente violar a separação de poderes, cria sérios problemas de padronização interpretativa dos Tribunais, agiganta ainda mais o poder punitivo do Estado e lesa a segurança jurídica.

A propósito, o reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, em casos análogos de fixação de regime *ex lege*, deu origem à Súmula Vinculante 26, que não foi levada em conta pelo proponente da alteração.<sup>13</sup> Todo o criminalista com algum estudo no tema pode atestar: a determinação de critério fixo para certos crimes, mesmo que acompanhado de possível exceção, viola a necessidade de fundamentação do regime imposto, e não pode ser superada pela legislação infraconstitucional, em oposição ao texto constitucional, como afirma com exatidão a nossa jurisprudência<sup>14</sup>.

Para contornar essa proibição, o Sr. Ministro propôs uma exceção à regra que, em verdade, não abre exceção alguma. De fato, a violação à necessidade de que o regime de execução da pena seja definido de modo particular, para cada pessoa, na sentença condenatória, resiste à pequena brecha aberta pela nova proposta de

---

<sup>13</sup> Evidente, assim, que, perante a CF/1988, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica. (HC 82.959, rel. min. Marco Aurélio, voto-vista do min. Cezar Peluso, P, j. 23-2-2006, DJ de 1º-9-2006.)

<sup>14</sup> Entendo que, se a CF/1988 menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. (HC 111.840, voto do rel. min. Dias Toffoli, P, j. 27-6-2012, DJE 249 de 17-12-2013)

redação, ao estabelecer que um regime menos extremo é possível desde que as circunstâncias do art. 59 “sejam todas favoráveis”.

Isso ocorre porque, entre os requisitos do famoso artigo, estão presentes alguns que expressam o **Direito Penal do Autor**, oposto ao democrático Direito Penal do Fato, no qual as pessoas são censuradas pelo que fizeram, não pelo que são (ou fizeram no passado). O direito penal do autor categoriza pessoas específicas como “entes perigosos”, ensejando a negação de seus direitos individuais e seu próprio caráter de ser humano<sup>15</sup>.

Não é de se surpreender que este direito penal seleciona aqueles sob o qual o estigma do “criminoso” recai. No Brasil, o perfil do encarcerado não nega: o sistema penal atinge precipuamente as pessoas jovens, pobres, periféricas e, em sua maioria, negras.

Uma legislação penal nesses parâmetros encontra respaldo na dicotomia entre o “cidadão” e o “inimigo”, sendo este sob quem a reprimenda penal recairá. Para lidar com o “inimigo” da sociedade, aceita-se a relativização das garantias constitucionais e dos critérios de imputação – tudo em prol da “paz social”. Entretanto, tal postura autoritária só aprofunda os problemas sociais e é em muito responsável pela reincidência, uma vez que a função declarada de “ressocialização” não é cumprida (porque impossível a partir do cárcere).

A perspectiva da adoção do regime fechado como solução para a criminalidade é, deste modo, falaciosa. O cárcere é adotado como remédio imediato para tirar do meio social os indesejados – uma espécie de “enjaulamento” dos estigmatizados como inimigos da sociedade. Não é preciso dizer que tal política é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Percebe-se,

---

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Revan, 2007. p.18.

assim, que a alteração legislativa proposta se parte de um viés eminentemente político, que invoca emergências – como os altos índices de criminalidade – para justificar um Estado de exceção.<sup>16</sup>

E, considerando que a mudança de lei parte, em seu “§5º” da própria afirmação do obscurantista Direito Penal do Autor (tendo por pressuposto que os condenados são criminosos “habituais, reiterados ou profissionais”), jamais serão positivos os elementos “antecedentes, conduta social e personalidade”, previstos no artigo 59 do Código Penal (pois se o condenado é criminoso habitual, reiterado ou profissional, ele com certeza não tem antecedentes imaculados, conduta social ilibada ou personalidade elogiável).

A exceção, portanto, é mentirosa, porque logicamente irrealizável, o que sacramenta sua inconstitucionalidade. Da mesma forma, as hipóteses de realização do roubo que assimilam essa limitação ao regime fechado contradizem as exigências de circunstâncias e conseqüências do crime, que somente em exemplos fora deste mundo poderiam ser positivas ou neutras considerando o uso de violência que produz lesão corporal grave na vítima, o manejo de armas de fogo ou uso de explosivos.

Finalmente, a alteração prevista no §6º, também suscetível à primeira parte da crítica exposta acima, apresenta ainda outro erro de redação, ao permitir a exceção de outro regime que o fechado se “de pequeno valor a vantagem indevida” (em referência ao crime de corrupção), pois nem sempre a vantagem solicitada, oferecida, recebida ou prometida, permite avaliação pecuniária em termos de valor.

A alteração proposta, portanto, é proibida pela Constituição, contraditória e mal redigida, não sendo recomendada sua aprovação.

---

<sup>16</sup> Neste sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Revan, 2007. p.14

**4. A insistência no uso de conceitos indeterminados “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”: art.33 e 91-A, §1º do CP e arts. 28-A, §2º, II; 310, §2º e 395-A, §10, CPP**

Como exposto acima, a expressão “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” é tributária à ideia típica do Direito Penal de Autor, em oposição ao direito penal do fato, que considera a conduta em si; não o agente. Historicamente, a definição do gradiente de pena – abstrato ou concreto – a partir de características pessoais atribuídas a determinados autores foi desenvolvida pelo sistema de justiça criminal nazifascista, seguindo a influência do sistema penal binário compatível com a criminologia etiológica individual, que estigmatiza e patologiza o criminoso.

A classificação de “delinquente habitual”, oriundo da obra de Enrico Ferri e recorrente em toda a linha da criminologia positivista baseada nas ciências naturais (principalmente biológica), já foi desconstruída e alvo de crítica pela sua imprecisão e profunda diferença em relação à categoria jurídica de “reincidência”, objetivamente definida no artigo 63 do Código Penal como uma nova conduta criminosa em face de anterior sentença de condenação transitada em julgado (esgotamento total dos recursos, regra também pouco respeitada no quadro jurídico nacional), não se considerando mais reincidência nos casos de decorrência do prazo de cinco anos entre o cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior (artigo 64, I, CP).

O ponto é que, no Código Penal Brasileiro, a reincidência já é fator que proíbe certos “benefícios” no Sistema de Justiça Criminal (assim denominado, apesar de suas recorrentes injustiças) como o regime inicial aberto ou semi-aberto (artigo 33) ou o cumprimento de penas restritivas de direito como alternativa à privação de liberdade (artigo 44, II). Entretanto, é irrazoável substituir a objetividade destes termos por características dificilmente determináveis. Nem os próprios criadores

dessas teorias conseguiram provar quem são os criminosos habituais e as suas razões de ser.

Zaffaroni destaca a nebulosidade e contraditoriedade da distinção entre o delinquente habitual e o reincidente, sendo que o primeiro seria um caso “desgraçado” submetido à segregação<sup>17</sup>. É um subjetivismo sem limites.

Não é, portanto, algo que mereça integrar um sistema normativo comprometido com a dignidade da pessoa humana, que expresse a evolução da política criminal à luz do compromisso com os direitos fundamentais e os valores republicanos que estruturam o Estado Democrático de Direito, cujo marco jurídico no Brasil é a Constituição de 1988. Seria, nesse sentido, um grave retrocesso abraçar antigas e autoritárias matrizes punitivas e muito pior, tanto do ponto de vista teórico quanto ético, fazê-lo sob a alegação de modernização do Direito Penal e Processual Penal pátrio.

A falta de uma definição legal para esses três e perigosos adjetivos, incompatíveis com uma substantiva cidadania, agrava o problema, abrindo espaço para a arbitrariedade dos magistrados – pois não há discricionariedade sem limites estritos para o exercício do poder e aqui faltam mínimas balizas normativas para definição de cada um dos elementos citados.

Especificamente, considerando o que foi dito sobre o uso de tais termos no Código Penal, em relação às alterações pode-se concluir com o seguinte:

Por um lado, em relação ao art. 28-A, §2º, inciso II, do Código de Processo Penal, a proibição de substitutivos penais para os hipotéticos portadores das qualificações negativas imprecisas não é recomendável se o propósito é criar um sistema de maior flexibilidade em um contexto de forte adesão à ideologia punitivista e superlotação do sistema penitenciário, cuja estrutura não suporta o

---

<sup>17</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Reincidencia: un concepto de derecho penal autoritario**. In: Derechos Fundamentales y Justicia Penal. San José da Costa Rica: Juricentro, 1992. p. 41.

volume de detentos em condições dignas e humanas (assim como a Constituição da República se propõe a garantir). Por outro, em relação ao art. 395-A, §10, também do Código de Processo Penal, a exigência de um período de regime fechado após negociação sem qualquer limite é qualquer coisa, menos uma inovação técnica, dada a natureza lacunosa da prescrição, que nada define.

Em ambos os casos, o uso adicional, ao final, da igualmente indefinida locução “exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas” somente agrava o péssimo cenário – já que lesões insignificantes a bens jurídicos sequer devem ser criminalizadas, para começo de conversa, por falta de tipicidade material, à luz do princípio da lesividade decorrente do direito penal mínimo.

Aqui voltamos ao mesmo ponto levantado na questão das categorias vagas utilizadas para exculpação do excesso no artigo 23 do Código Penal, o que demonstra um padrão no presente projeto de combate à criminalidade, com apego a termos recorrentes no senso comum, mas com pouca ou nula abstração teórica sobre o objeto que se trabalha.

É preciso reforçar, uma outra vez, a primazia da legalidade na lógica penal de um Estado Democrático de Direito que tem por corolado a defesa do direito penal mínimo. Não têm espaço, neste cenário, o uso de expressões subjetivistas de cunho estigmatizante, próprias de uma política criminal de “guerra” (inerentes ao discurso inquisitorial de repressão irracional à criminalidade), que não considera as essenciais garantias penais, caras ao sistema acusatório.

A reformulação mais indicada seria a substituição destes termos vagos por condições objetivas que qualificam a pena de acordo com o princípio da culpabilidade do agente.

E, mais que isso, abolir condições desproporcionais que limitem a aplicação de substitutivos penais sem a devida fundamentação (necessariamente, em parâmetros objetivos) ou cerceiem o valioso direito de liberdade individual, como se tenta fazer

na vedação à liberdade provisória a agentes dedicados a prática habitual, reiterada ou profissional de crimes (artigo 310, §2º).

##### **5. Cumprimento inicial da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima para líderes de organizações criminosas: art.2º, §8º, lei nº 12.850/13.**

A falta de estudo criminológico geralmente produz normas que reproduzem o senso comum sobre crime e criminalidade. É precisamente o que acontece neste caso. Considerando a heterogenia das chamadas “organizações criminosas”, tanto em composição quanto em estruturação, a falta de refinamento teórico na delimitação das atividades de liderança acaba criando o risco de aplicação irrestrita deste dispositivo, à exceção, talvez, daqueles que ocupam o menos prestigiado posto em qualquer empresa destinada à exploração de algum mercado ilícito.

Ao realizar o cotejamento das motivações oferecidas pelo Ministro da Justiça com a própria proposta de cumprimento inicial da pena para lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição, fica evidente certa confusão.

Parece claro no texto da proposta de alteração que a utilização da conjunção alternativa “ou” indica que os alvos da norma penal seriam as lideranças de organizações criminosas que teriam armas à sua disposição, ou que encabeçassem organizações criminosas armadas.

No entanto, em sua justificativa de tramitação à PL 882/2019, afirma o Ministro que quanto às organizações criminosas: “o Art. 2º estabelece que **seus líderes ou os que disponham de armas** iniciem o cumprimento em presídios de segurança máxima, e que os condenados quando se reconheça o vínculo com tais organizações, não possam progredir de regime.” (p. 14 EM n.º 00014/2019 MJSP). Apesar do texto legislativo não guardar a ampliação ainda mais absurda, que inclui

líderes de organizações criminosas que não necessariamente disponham de armas ou sejam armadas, fica claro a confusão nas motivações.

Depois, o texto da norma pressupõe um sujeito de difícil identificação, a “liderança criminosa”. Pressupor a existência da figura da “liderança” sem a inserção no texto legal determinações capazes de especificar o tipo de atividade desempenhada pelo sujeito, caracterizando, então, concretamente o papel que ocuparia na divisão do trabalho da organização criminosa é deixar margens seu uso indiscriminado, rompendo com o pressuposto da proporcionalidade. Se não se estabelece critérios casos para no caso concreto ser possível especificar o que na ação do sujeito o confere a posição de “líder”, e, portanto, maior desvalor à sua atividade não se justifica a imposição de regime de pena inicial mais rigorosa, como necessariamente é a cumprida em estabelecimentos penais de segurança máxima. Sem esse tipo de especificação consideração, não há resposta a questão que define a proporcionalidade: “a pena cominada e/ou barra aplicada (considerada meio adequado e necessário, ao nível da realidade) é *proporcional* em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?”<sup>18</sup>. Assim, pela melhor doutrina, é evidente violação da proporcionalidade.

Ademais, por sua indeterminação, o conceito vago de “liderança de organização criminosa” pode ser utilizado para enquadrar todo e qualquer integrante da “organização criminosa” como seu líder, além dos problemas que a própria conceitualização de “organização criminosa” oferece.

Finalmente, considerando que a pena mínima cominada para o art. 2º da Lei 12.850/13 é de 3 anos, a imposição obrigatória de início de cumprimento em estabelecimento penal de segurança máxima – na prática, um regime inicial fechado ou mesmo semelhante ao desumano regime disciplinar diferenciado – implicaria

---

<sup>18</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 6ª ed., - Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições. 2014 p. 27.

uma violação do princípio da individualização da pena (art.5º, XLVI, CR) e da proibição de penas cruéis, como são todas as penas – em sua previsão ou execução – desproporcionais (art. 5º, XLVII, e). Trata-se de dispositivo flagrantemente inconstitucional.

**6. Progressão de regime para membros de organizações criminosas: art.2º, §9º, lei 12.850/13**

Entre as propostas do “Projeto Anticrime” para a “Lei das Organizações Criminosas” há a vedação de progressão de regime “se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo”, o que cria um efetivo impasse no sistema prisional brasileiro, já que em uma grande parte das prisões no Brasil os pavilhões são divididos por facções e o preso opta por alguma delas por questão de sobrevivência.

Pode-se dizer, portanto, que a medida ignora, por completo, a realidade que pretende tutelar. Pois mesmo nos casos em que o condenado carece de associação com alguma facção, sua alocação por pavilhão ou galeria em função de domicílio ou afinidade acabará determinando sua filiação futura, contra a qual o desejo sincero de transformação por parte do Ministério da Justiça tem pouco a fazer se limitado a pontuais modificações legais.

Se o tempo de prisão é diretamente proporcional à intensidade do vínculo associativo (como apontam algumas teorias criminológicas), então o dispositivo é tirânico em sua tautologia, criando situações sem saída para a maior parte das pessoas criminalizadas pela Lei 12.850, assegurando ao juiz da execução mais do que suficientes “elementos probatórios” impeditivos de progressão enquanto a Administração Pública persiste na reprodução de um dos piores sistemas carcerários do mundo, de maneira absolutamente irresponsável.

Em relação à imposição de restrição à progressão de regime de cumprimento de pena, obtenção de livramento condicional ou outros benefícios para os condenados por “integrar organização criminosa, ou por crime praticado através de organização ou associação criminosa” se “houver elementos probatórios” que indiquem manutenção do “vínculo associativo”, a finalidade declarada nas motivações apresentadas pelo Ministro da Justiça seria criar situação para que os condenados fossem “desestimulados a manter vínculo, com as organizações criminosas”.

Evidente a ilusão com a prevenção geral negativa, cultivada pelo senso comum e falta de conhecimento criminológico, com a ilimitada crença em que “a ameaça da pena desestímule pessoas a praticarem crimes”<sup>19</sup>, ainda que, como indicador contrário a esse senso comum, seja claro, por exemplo, a “inutilidade das cruéis penas corporais medievais e a *nocividade* das penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno”<sup>20</sup>. Sobre a inutilidade das penas como “desestímulo”, exemplo mais ilustrativo oferece o próprio número de presos no país, que de 1990 passou de cerca de 90 mil e em 2016 atingiu mais de 700 mil, conforme dados da INFOPEN. Ao mesmo tempo, nesse período, houve o extremo enrijecimento da aparentemente “desestimulante” em função da lei do crimes hediondos, e da lei anti-drogas, que apesar de toda insistência do senso comum, resultarão no inverso do pretendido, com a explosão da população carcerária.

Outro aspecto desconsiderado pela norma é o fato de que, na prática, em muitas prisões no Brasil - 43% dos presídios na região sudeste, o critério utilizado pela própria gestão estatal das unidades prisionais é a separação dos presos por facção<sup>21</sup>. Assim, ao penalizar o preso com o manutenção no cárcere por “manter o vínculo associativo”, vínculo este que muitas vezes o preso não pode desfazer na

<sup>19</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Op. cit., p. 430.

<sup>20</sup> Idem. Ibidem.

<sup>21</sup> Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília: CNMP, 2016, p. 52.

prisão sob pena de pôr em risco sua própria vida, a norma, muito provavelmente, atingirá o objetivo contrário ao que propugna: aumentará os vínculos do condenado com as “organizações criminosas” das quais visa separá-lo, justamente porque a proposta não considera sob quais condições concretas o “vínculo associativo” se dá.

Ademais, tecnicamente, a proposta é débil ao escolher o termo genérico “integrar” como núcleo verbal da conduta a ser assumida pelo destinatário do tipo penal especificado. Qual tipo de base fática será fornecida para a comprovação de que o preso é integrante da organização criminosa, o que seriam “elementos probatórios” que comprovem a “integração”? A mera adesão, sem a existência de conduta ativa na condução da organização criminosa, é passível de pena? Trata-se de responsabilidade objetiva no direito penal? Viola-se a legalidade, a proporcionalidade e a lesividade.

Por fim, novamente, a proposta ignora a existência de vasto precedente jurisprudencial da Corte Suprema do país, que reiteradamente afirmou o princípio da individualização da pena, permitindo a progressão para qualquer condenado, observadas as circunstâncias concretas.

#### **7. Restrição ao direito de visita pelos diretores de presídios federais: art.3º, §6º, Lei nº 11.671/08.**

O Projeto propõe, na Lei que regula os estabelecimentos penais federais de segurança máxima, restrições adicionais. Uma delas é a simples proibição de visita, incompatível com a finalidade da execução penal no Brasil, definida no artigo 1º da Lei de Execuções Penais – e cuja validade não foi contestada.

A exigência de o diretor fundamentar essa proibição, por certo, não torna a medida idônea. Melhor será preservar a regra original, muito mais lógica e humana, que permite a suspensão ou restrição ao direito de visitas, por decisão

fundamentada, respeitado o processo legal devido, com todas as garantias que isso implica, e sempre por tempo determinado.

Adicionalmente, como é sabido, a execução penal tem natureza eminentemente jurisdicional. Logo, a individualização da pena, seja pela progressão de regime, seja pela restrição adicional de direitos (como o de visitação), precisa passar necessariamente por um controle judicial. Mesmo as faltas disciplinares, que teriam caráter administrativo, em última análise só podem produzir efeitos quando convalidadas pelo juízo da execução penal. A subtração desse poder-dever à autoridade pública favorece a ideia de que a prisão é um “espaço livre do direito”, no qual os burocratas locais podem dispor da vida e dos direitos dos condenados de maneira absolutamente vulgar. Ideia que, evidentemente, não tem lugar no Estado Democrático de Direito, nem pode ser considerada um “avanço” em termos legislativos.

A inclusão de preso em estabelecimento penal de segurança máxima a depender do “interesse da segurança pública”, na prática, é a criação de novo regime disciplinar excessivamente rigoroso sem estabelecimento de critério objetivo para sua aplicação, uma vez que não esclarece quais são os critérios utilizados para aferir o que seriam os “interesses da segurança pública”.

O poder conferido aos diretores dos estabelecimentos penais para suspender e restringir direito de visita sem o devido controle por um magistrado retira o devido processo, a ampla defesa e o contraditório, garantias judiciais consagradas na Constituição, como meios, no âmbito da execução penal, de se restringir a aplicação da pena para evitar sofrimento além do que foi estabelecido. Assim, o controle direto pelos diretores dos estabelecimentos sobre direitos de visita não seria somente uma alteração na Lei de Execução Penal (não invocada na proposta), mas, mais que isso, uma afronta direta aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, o que não podemos admitir, sendo aconselhável a remoção

desse dispositivo, deixando a regulação dos direitos de visita aos critérios judiciais e legais já definidos.

**8. Progressão de regime condicionada ao mérito e a condições pessoais que façam presumir que o condenado não voltará a delinquir: art.2º, §6º, da lei 8.072/90.**

Não é possível condicionar a progressão de regime a prognóstico de reincidência, pois a psicologia, a psiquiatria ou a psicanálise não detêm conhecimento ou técnicas que permita esse tipo de antecipação de condutas futuras. O recurso a exercícios de prognósticos baseados na análise da personalidade do preso apenas habilita o julgador a realizar juízo moral sobre o preso ou sua vida pregressa, jamais autorizando prognósticos de reincidência<sup>22</sup>, que é medida antitécnica e antiética da própria profissão de psicologia, de acordo com a Resolução 012/2011 do Conselho Federal de Psicologia, que veda aos psicólogos profissionais a prática de prognósticos de reincidência ou diagnósticos do gênero com fins punitivos.<sup>23</sup>

Desse modo, não há que se falar em avaliação de mérito pessoal para consideração de progressão de regime, posto que as condições sociais de cárcere diferem de maneira extrema das condições vivenciadas pelos mesmos indivíduos, quando livres na sociedade civil, como se demonstra com maestria no experimento de Stanford<sup>24</sup>. Ademais, características pessoais não possuem valoração moral ontológica, ou seja, é demonstrado ser impossível atribuir a certas características de personalidade um valor criminógeno ou essencialmente nocivo à sociedade.

---

<sup>22</sup> ROIG, Rodrigo. **A aplicação da pena**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>23</sup> Ver: <<https://www.conjur.com.br/dl/integra-resolucao-conselho-federal1.pdf>>.

<sup>24</sup> Quiet Rage – The Stanford Prison Experiment. Direção: Ken Musen.

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A alternativa seria, abandonando o campo obscuro das ciências “psi” aplicadas ao Direito Penal, recorrer à lógica atuarial para definição do prognóstico de reincidência conforme vulnerabilidade de criminalização de certos grupos sociais. Tal estratégia implicaria no reconhecimento do racismo e classismo estrutural presentes nas relações penais e carcerárias brasileiras, uma vez que tomaria como base a análise estatística de corpos mais ou menos vitimados pela criminalização<sup>25</sup>, abandonando a análise individual pela análise de “grupos de risco” para a aplicação da progressão penal. Sobre o tema, contudo, para evitar maiores digressões, remete-se ao que já foi exaustivamente escrito, reforçando-se a recomendação para impedir que essa alteração seja aprovada.<sup>26</sup>

Outra possibilidade, no entanto, seria contar com a mera discricionariedade do julgador, abandonando qualquer tentativa de análise técnica, optando pela aplicação de princípios vagos de convicção dos entes judiciários, o que seria sinônimo de abandonar abertamente os princípios democráticos, violando brutalmente os direitos dos cidadãos criminalizados e passíveis de criminalização, entregando nossa legislação à completa barbárie. Creio que não é esse o objetivo do nosso Congresso Nacional, comprometido com a democracia.

Em suma, a análise de mérito individual para a aplicação do regime de progressão seria instituto não apenas vago, mas de impossível aplicação, caso optemos por uma análise psicológica individual, ou de aplicação imoral, caso opte o legislador por um método atuarial ou que se apoie apenas na convicção do judiciário.

A proposta de alteração do artigo 2º da lei de crimes hediondos patina em seus próprios fundamentos, sendo completamente incoerente com as prerrogativas

---

<sup>25</sup> Fernandes, L. C. Hipertrofia do judiciário e a proposta de alteração dos artigos 33, § 5º, e 59, § único, do Código Penal e artigo 2º, § 6º, da Lei 8.072/90: tensões constitucionais e o equilíbrio antidemocrático neoliberal do Projeto de Lei Anticrime. In: IBCCrim, nº 317. Abril. 2019

<sup>26</sup> DIETER, Mauricio Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

de um sistema penal restaurativo, que se atêm ao fato e não ao seu autor, de modo que melhor seria seu completo abandono.

**9. Fixação judicial ou por acordo de período mínimo em regime fechado: art.59 do CP; art. 395-A, §10, CPP**

O período mínimo de cumprimento de pena no regime inicial já é estabelecido no artigo 112 da Lei de Execuções Penais e na Lei de Crimes Hediondos.

A criação de um artigo que dá livre discricionariedade ao juiz de conhecimento para fixar período mínimo de cumprimento de pena, ignorando as balizas de nosso sistema penal garantista (ao menos em teoria), viola, mais uma vez, o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade concreta, permitindo que o juiz defina regime de cumprimento mais duro do que o de crimes hediondos a crimes sem tanto potencial lesivo. É uma permissão aberta, que convida à arbitrariedade, ampliando os poderes do juiz responsável pela instrução no campo da execução da pena.

Mais que isso, é possível afirmar que essa mudança viola o princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, CRB), na sua dimensão pertinente à individualização da execução, que só pode ser avaliada no comportamento do preso durante a pena, pelos próprios agentes qualificados para orientar a execução penal (juízo de execução mediante contraditório). Não se admite que isso ocorra antes, pela cognição de quem é responsável somente por aplicar a sanção, e não fiscalizar seu cumprimento nos termos da lei.

**10. Execução provisória da pena: art.50, 117 do CP; art.122, 124-A, 133, 133-A, 283, 617-A do CPP; art.105, 147, 164 da LEP; art.20, II, Lei nº 10.826/03.**

A preocupação do Sr. Ministro em incluir essa nova possibilidade de prisão processual no ordenamento jurídico nacional é evidência de que a questão ainda está completamente indefinida, sendo provável que o Supremo Tribunal Federal mantenha a única decisão compatível com a expressa determinação constitucional, pois o Min. Gilmar Mendes reassumiu posição contra a execução antecipada e precária da pena. Isso não obstante o fato de a Min. Rosa Weber, que também tem declarada posição contrária à manipulação da Constituição da República, ter optado por momentaneamente seguir a jurisprudência predominante da Corte, em homenagem ao colegiado, até novo e definitivo julgamento em plenário, previsto para muito em breve.

Sem meias palavras, tentar alterar as regras que condicionam o início da execução ao trânsito em julgado de sentença condenatória é uma aberta violação à Constituição da República, um golpe ao núcleo dos direitos fundamentais que suportam nosso sistema jurídico após o fim político da última ditadura em solo nacional. Do ponto de vista estritamente jurídico, não há dúvida. A literalidade da regra que está em debate não suporta tergiversações contextuais, simples comparações com outros ordenamentos jurídicos e resistirá mesmo à eventual opinião contrária de um Supremo Tribunal Federal cada vez mais envolvido na politização do Judiciário, que não pode transformar o quadrado em redondo – mas somente transformar um erro de interpretação em um supremo erro de interpretação. É disso que se trata o HC nº 126.292 do STF.

O princípio de presunção de inocência, que não se confunde com a simples presunção de “não-culpabilidade” (que impõe a inocência como regra e distribui o

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

ônus da prova ao acusador), é um dever de tratamento<sup>27</sup> imposto ao Poder Judiciário, ao proibir que se trate como culpado aquele que ainda não teve sua condenação com trânsito em julgado. Entre essas formas de tratamento, inclui-se a prisão para execução “antecipada” ou provisória em casos em que não seja comprovada a necessidade inerente à cautelaridade da medida. Não adianta a subversão de regras consagradas de nosso sistema jurídico para suprir o defeito da demora jurisdicional do julgamento de recursos<sup>28</sup>.

Como salienta Geraldo Prado, o nosso ordenamento jurídico trabalha com a categoria de culpabilidade jurídica<sup>29</sup>, normativa, que se assenta sobre a necessidade de esgotamento dos recursos, diferentemente de como é feito na lógica do direito norte-americano.

A negação, por decisão ou mudança infraconstitucional, do art. 5º, LVII, da CR é incapaz de mudar a clareza do que está escrito, e sua legitimidade inquestionável por natureza, pois consagrada pela vontade do Poder Constituinte que se propôs a colocar fim em uma ditadura e proclamar o início de um regime verdadeiramente democrático.

A proposta do Sr. Ministro fere, com clara demonstração de cabal falta de técnica e conhecimento jurídico, cláusula pétrea (artigo 60, §4º) da carta constitucional brasileira, corolário dos princípios e regras gerais que orientam todo o sistema jurídico nacional.

A questão aqui é menos sociológica que jurídica. É técnica. E isso o Sr. Ministro deveria conhecer, pelo próprio compromisso com a profissão que exercia e com a que exerce atualmente. A dogmática constitucional é precisa ao determinar a inconstitucionalidade de normas que contrariam a materialidade de direitos

---

<sup>27</sup> Leia-se o artigo de Aury Lopes Junior: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>

<sup>28</sup> Excelente artigo de Gustavo Badaró e Aury Lopes Junior: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-25/execucao-antecipada-inconstitucional-dizem-professores>

<sup>29</sup> PRADO, Geraldo. “O trânsito em julgado da decisão penal condenatória”. In: *Boletim do IBCCrim*, n. 277, dezembro de 2015.

fundamentais, na proteção da valiosa segurança jurídica. As técnicas interpretativas de ponderação e sopesamento de valores da norma que define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” têm seu limite na proporcionalidade, à medida que é mais razoável a priorização da proteção da liberdade humana e da segurança de que esta somente será restringida em situação de excepcionalidade em face do cumprimento de todos os requisitos materiais e processuais exigidos para o cumprimento da pena. Não é uma questão de hermenêutica; é a necessidade do respeito à vontade popular materializada e formalizada na Constituição de 1988, a qual não admite maliciosas manobras linguísticas, visto que, além da inexistência de indeterminação no art. 5º, LVII, da CR, a proibição da execução de pena antes do esgotamento recursal está implícita na própria lógica e coerência da estrutura garantista da nossa Carta Magna, assim como em toda a legislação infraconstitucional que versa sobre o tema.

De nenhuma forma podemos aceitar uma proposta legislativa autoritária, motivada por anseios punitivistas (irracionais por natureza, no sentido próprio de falta de racionalidade na análise do problema tratado), que altere toda uma sistemática penal e processual penal estabelecida há mais de 30 anos no país e voltada para a tutela das garantias individuais do acusado. Tutela esta que perdurará enquanto ainda defendermos o modelo acusatório em detrimento daquele inquisitorial. Quando perdermos isso, meus caros, não haverá mais diferença alguma do denominado Estado Democrático de Direito em relação àquela ditadura que o Constituinte colocou fim e estaremos, de fato, em um “estado de coisas inconstitucional”, com toda a vulgaridade da expressão.

Fora do que é abertamente oposto ao texto constitucional, é oportuno notar que as mudanças propostas também violam o princípio do duplo grau de jurisdição (artigo 8º, 2, h, da CADH), já que sentença criminal condenatória em órgão colegiado pode dizer respeito a instância originária, quando se trata de foro por prerrogativa

de função. Neste caso, não haveria qualquer “vantagem” em ser diretamente julgado por um órgão colegiado, já que sequer o direito ao primeiro recurso produziria efeitos suspensivos.

O projeto também ignora o fato de que essa execução provisória acarretará efeitos contraditórios sobre a sistemática penal e processual, pois os “registros criminais” poderão ser considerados como causa especial de aumento de pena a partir da execução provisória (art.20 da Lei nº 10.826/03), o que causará um problema significativo se a sentença for substancialmente reformada em momento posterior.

Opina-se pela remoção total da proposta nº 1 do projeto, por violação a cláusula pétrea e por sua profunda e negativa mudança em toda a estrutura penal e processual de execução da pena, o que causaria alteração dos dispositivos do Código Processual Penal, do Código Penal e da Lei de Execução Penal.

#### **11. Execução provisória em decisão do Tribunal do Júri: art.492, I, e, CPP.**

Sob o pretexto de valorizar a soberania do júri, o “Projeto Anticrime” propõe a execução imediata da pena após a sessão de julgamento, sem ao menos possibilitar ao réu que tenha a confirmação da sentença pelos tribunais recursais.

O argumento oficial, entretanto, não convence. Trata-se de **nova violação à presunção de inocência**, uma vez que determina a prisão independentemente até dos recursos em 2ª instância. Isso se integra na lógica anti-garantista do “pacote” que vem abandonando direitos e buscando a criação de um sistema penal “fast food”, com atuação rápida, mas com resultados péssimos e nocivos. É a mesma ideologia presente na proposta anterior, com o objetivo de encarcerar antes do previsto.

O Tribunal do Júri passou, aqui, a constituir um julgamento em instância única, violando o duplo grau de jurisdição, princípio constitucionalmente implícito na estrutura que a Magna Carta dá ao Poder Judiciário e convencionalmente explícito no art. 8.2, *h*<sup>30</sup>, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no art. 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>31</sup>.

Dentro da estrutura de respeito ao duplo grau de jurisdição, mesmo que se reconheça o caráter soberano dos vereditos, persiste a possibilidade de apelação para discutir a dosimetria da pena, que é feita monocraticamente pelo Juiz presidente do Júri.

A soberania dos veredictos impõe que os magistrados em grau superior não avancem profundamente à posição dos jurados quanto ao mérito. Porém, havendo prejuízo à parte, a estes é sim cabida a função de sanar o vício, uma vez que, como ensina Aury Lopes Jr., “a função do juiz é atuar como *garantidor* da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”.<sup>32</sup>

Inclusive, a lei processual penal tratou de prever as hipóteses em que a soberania dos veredictos poderia ser relativizada em prol das garantias constitucionais do acusado. A título de exemplo, há previsão de reavaliação por um novo conselho de sentença de decisão proferida pelo Tribunal do Júri que seja manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, *d*, CPP). Tal disposição do Código de Processo Penal harmoniza o princípio da soberania dos veredictos com o do duplo grau de jurisdição.

---

<sup>30</sup> Artigo 8. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se **presuma sua inocência** enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. (grifos nossos)

<sup>31</sup> Artigo 14.5. Toda a pessoa declarada culpada de um delito terá **direito a que a sentença e a pena que lhe foram impostas sejam submetidas a um tribunal superior**, conforme o previsto na lei. (grifos nossos)

<sup>32</sup> Lopes Jr, Aury. **Direito processual penal**. Editora Saraiva, 2018.

Assim, além de desnecessária, a proposta de alteração do texto legal visa celeridade da punição em detrimento das garantias e dos direitos individuais do cidadão, o que é absolutamente inconstitucional.

## **12. Confisco alargado: art.91-A do CP.**

O emprego do chamado “confisco alargado”, como proposto pelo Sr. Ministro da Justiça, imprime uma violação da presunção de inocência (art.5º, LVII, CR), uma vez que se faculta ao juízo a decretação de perda de bens “como se produto de crime” fossem, pois não seriam compatíveis com seu rendimento lícito.

É uma presunção de ilicitude de bens e rendimentos em análise superficial, pois deduz-se a ilicitude dos bens do “estilo de vida” do réu, e não da origem real desses bens – que se não for comprovada ilícita, não pode ser subtraída pelo Estado, porque se presumem lícitos os atos até prova em contrário. A inversão do ônus da prova, que sempre cabe à acusação, é explícita. A própria estipulação de que “o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio” (art.91-A, §2º, CP) reforça a noção de uma inversão da presunção de inocência e do ônus da prova.

A aplicação do “confisco alargado” também parece atingir o princípio da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV, CR), uma vez que o perdimento dos bens supostamente incompatíveis com o seu rendimento lícito – dos quais ele tem apenas o domínio e se beneficie (direta ou indiretamente) – podem acarretar graves violações a direitos de familiares ou terceiros de boa-fé, em relação aos quais não há previsão no texto sugerido.

### 13. Causas de interrupção da prescrição: arts. 116 e 117 do CP

Esta é uma dentre as medidas puramente atécnicas produzidas nesta proposta de alteração legislativa. Primeiramente, cumpre rememorar que o fundamento jurídico da prescrição se deve (i) à dificuldade de prova do fato imputado e (ii) à progressiva dissolução da necessidade de pena contra o autor, o que confere ao instituto natureza material e processual<sup>33</sup>.

Nesse sentido, a nova redação prevista para o inciso V do art. 117 é problemática, porque insere o início da execução provisória da pena como causa interruptiva do prazo prescricional, embora tal medida não se ajuste à lógica da prescrição existente no Código Penal.

O artigo 109, CP, estabelece que “a prescrição, antes do trânsito em julgado da sentença final, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime”, estabelecendo ainda que, conforme o artigo 110, §1º, após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, regula-se pela pena aplicada. Trata-se, aqui, da prescrição da pretensão punitiva, que diz respeito ao prazo que o Estado possui para satisfazer o exercício de sua competência punitiva.

A prescrição da execução, por sua vez, diz respeito à competência executória do Estado, esfera à qual pertencem todas as formas provisórias de execução de uma pena aplicada. No entanto, tal prazo prescricional somente se inicia com o trânsito em julgado, tanto para a acusação quanto para a defesa, ou seja, após a sentença condenatória ter se tornado irrecorrível.

A proposta cria uma situação dúbia, que não encontra domicílio na lógica da prescrição. Estabelecer uma causa interruptiva pertinente à competência executiva antes mesmo do início da contagem do prazo prescricional é incompatível com o

---

<sup>33</sup> SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 643.

ordenamento jurídico-penal, causando enorme confusão sem maiores razões que a mera ampliação do tempo no qual o cidadão está submetido ao poder do Estado, o que torna a medida não recomendável.

Por outro lado, se considerarmos que o projeto de reforma analisado aqui propõe uma antecipação da responsabilidade penal que daria início, conseqüentemente, a uma antecipação da contagem da pretensão executória, tampouco faz sentido que a execução provisória interrompa a prescrição. O art. 116 propõe uma causa de suspensão após o trânsito em julgado porque não é logicamente possível o condenado cumprir duas penas ao mesmo tempo. Portanto, a prescrição de uma delas resta interrompida enquanto se cumpre a outra, caso contrário o preso estaria usando o cumprimento de uma pena para se furtar ao cumprimento de outra. Ao se aplicar a lógica do parágrafo único (entendo o recurso a Tribunais Superiores como caso de interrupção de prescrição executória), estar-se-ia afirmando que o cumprimento de uma pena impede a prescrição dela mesma, como se o condenado pudesse se furtar a uma pena ao mesmo tempo que a cumpre.

Ainda que as alterações propostas não gerassem as contradições internas ao sistema que claramente geram, a simples elevação dos recursos a tribunais superiores (art.116, III, CP) a causas de suspensão da prescrição não se coaduna com a sistemática do próprio instituto. Nesse sentido:

Com efeito, sempre se entender que ao aludir à resolução de 'questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime' como causa suspensiva da prescrição ('antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não ocorre enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime' - [CP, art.116, inc.I]) a lei penal alude a 'um fato que precede o crime e é dele independente, mas de cujo esclarecimento decorrerá o juízo da incriminação'.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Ver: Aníbal Bruno - Direito Penal, Vol.I, Tomo 3º, Rio de Janeiro: Forense, p. 214. Citado por GIACOMUZZI, Vladimir. **A retroatividade e a suspensão do prazo da prescrição penal**. In. Prescrição Penal. Porto Alegre: LAE, 2018. p.147.

Ademais, também não faz sentido que um embargo de declaração cujo objetivo seja tornar o conteúdo da decisão mais claro provoque a interrupção da prescrição, uma vez que não há necessariamente modificação substantiva da decisão recorrida, e não se gera necessariamente qualquer efeito infringente. Ainda mais, se o embargo busca suprir um defeito (ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão) do acórdão, o acusado não pode suportar o ônus do erro em decisões judiciais.

Ressalte-se, enfim, que a forma como foram realizadas as alterações (de maneira genérica e sem as devidas justificativas) impõe ao acusado que suporte o ônus da morosidade da prestação jurisdicional. Se previamente o legislador penal havia previsto atos ou acontecimentos processuais que interromperiam a prescrição (art. 117, I a VI, do CP), a alteração que se propõe no art. 116 não se refere a um acontecimento processual específico, mas a um conjunto de acontecimentos que podem caracterizar lapsos processuais enormes (“na pendência de embargos de declaração ou recursos a Tribunais Superiores”).

É preciso destacar, ainda, que mais importante que prazos prescricionais é a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CR). E, como se sabe, há um vácuo legislativo sobre prazos fatais para juízes, sendo que a morosidade judicial só é atenuada pela prescrição, que acaba promovendo o julgamento do feito indiretamente. Adotada essa nova proposta, certamente os processos demorarão mais para ser julgados, em clara violação à já mencionada duração razoável do processo.

Nesse sentido, há que se perceber que a mudança sensível realizada pela Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, não surtiu efeito algum para a eficiência do sistema. Pelo contrário, levou mais pessoas à massa de encarcerados, já que restringiu hipóteses de prescrição.

Para finalizar, é oportuno dizer que a prescrição ainda é a principal causa de absolvição no país. Qualquer alteração aqui, por menor que seja, tem um potencial devastador sobre o sistema penitenciário, especialmente porque em regra ela atinge os crimes com penas baixas, que certamente não precisam ajudar a abastecer o enorme contingente de encarcerados do país nem terão efeitos sociais negativos pela ausência de penalização.

#### **14. Proporcionalidade da pena: art. 329 do CP, §3º**

A pena prevista para a hipótese qualificadora sugerida pelo Sr. Ministro é absolutamente desproporcional em relação aos demais crimes previstos no Código Penal, em especial, e em toda legislação penal, em geral. A pena máxima de 30 anos é igual à do genocídio, isto é, o crime mais grave que existe (homicídio) em relação a populações inteiras. Como comparar isso com um ato de resistência que está caracterizado como mero “risco” de morte ao agente público? Um verdadeiro absurdo.

Nesse ponto, aliás, a tipificação é errada, porque define consumação e tentativa na mesma situação típica, quando o desejável é que se defina apenas o crime doloso de resultado, para depois caracterização de tentativa no processo de imputação do fato punível. Sendo essa uma hipótese qualificadora, o erro é ainda pior, porque não estaríamos diante de um “crime qualificado pelo resultado” mas um “crime qualificado pelo ‘risco’ de resultado”.

No caso de aprovação dessa proposta, incorreríamos no absurdo de imputar o crime de resistência ao agente que, para fugir da polícia, passa a dirigir perigosamente, conduta imprudente da qual, por sorte ou acaso, pode decorrer o

resultado lesivo<sup>35</sup>. Admitir a modalidade agravada pelo mero risco do resultado sujeita os réus à arbitrariedade da interpretação judicial, porquanto tratar-se de conceito abstrato, em total desacordo com os princípios regentes do Direito Penal.

Conforme define Juarez Cirino: “Nos crimes qualificados pelo resultado, a imputação do resultado mais grave pressupõe – além da imprudência implícita na ação dolosa antecedente – a definição do resultado mais grave como produto específico do risco criado pela ação dolosa do autor ou a previsibilidade do resultado mais grave como consequência provável da ação, sob pena de absoluta inconstitucionalidade”<sup>36</sup>.

Porém, com a redação proposta, seria impossível delimitar qual seria a imprudência implícita, e definir o resultado de morte como risco criado ou mesmo a previsibilidade do resultado de morte como consequência da ação de resistir, justamente porque resistir engloba diversos tipos de ações.

Segue-se à violação do princípio da proporcionalidade abstrata os princípios da individualização da pena e do devido processo legal (art. 5o, XLVI e LIV, CR), porque, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao preceito secundário do crime previsto no art. 273, §1o, B, CP, que estabelecia pena de 10 a 15 anos, a inconstitucionalidade da quantidade de pena em abstrato advém da “violação do aspecto substantivo do devido processo legal, que pressupõe o correto processo de elaboração legislativa e de que as leis sejam proporcionais e razoáveis” (HC 239.363-PR).

Considerando a vigência da reserva legal proporcional como proibição do excesso e da proteção insuficiente (conforme manifestação do Min. Gilmar Mendes no HC n. 104.410/RS pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal), verificamos

---

35 QUANDT, Gustavo. O crime de resistência no pacote anticrime. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/o-crime-de-resistencia-no-pacote-anticrime-03042019>. Acesso em 13/04/19.

36 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

que a demasiada extensão do preceito secundário proposto, dá conteúdo arbitrário e imoderado ao tipo penal, e o destitui do necessário coeficiente de razoabilidade, sob qualquer parâmetro.

Não obstante, cumpre ressaltar que, caso a mudança seja aprovada, possibilitar-se-ia a fixação do juiz singular para o julgamento da infração, nos termos da Súmula 603 do STF. Assim, distanciaríamos ainda mais as abordagens policiais e seus excessos do controle da sociedade civil.

Portanto, do ponto de vista político-criminal, tampouco a alteração proposta merece elogios. Acaba por reforçar o caráter autoritário do Estado em um contexto de frequente execução de ordens ilegais ou de legalidade duvidosa, sujeita a controle posterior, por parte da autoridade judicial. A falta de uma explicação coerente, a demonstrar se há ou não déficit de criminalização, reforça essa impressão, que conota um compromisso de apologia com o abuso de autoridade.

Assim, diante de sua inconstitucionalidade, não é recomendável sua aprovação.

#### **15. Acordo de não-persecução penal: art.28-A, art.395-A, §8º do CPP**

Trata-se de um tema complexo, que certamente merece maior reflexão do que é possível esboçar em tão pouco espaço e tempo. Afinal, a crítica é urgente e o Projeto tem pressa – até porque, como visto, a reflexão técnica não lhe favorece.

O que se pretende, em poucos artigos, é implementar uma versão *sui generis* do “*plea bargain*” no Brasil (pela ferramenta do “*sentencing bargain*”), ausentes, ressalte-se, diversos aspectos do instituto original norte-americano.

Mesmo em seu país de origem, o instituto tem seus problemas, e não são poucos. Um relatório<sup>37</sup> da *National Association of Criminal Defense Lawyers (NACDL)*

---

<sup>37</sup> Relatório disponível em: <http://nacdl.org/NACDL-Trial-Penalty-Report/> (Acesso em 07/04/19).

indica, com base em um estudo empírico, exames de DNA que provaram a inocência de 11% de condenados pelo *plea bargain*. Isso significa que tais pessoas aceitaram o acordo, mesmo sendo inocentes, para escapar da pena de morte, o que não parece uma solução justa.

Não se negocia a imputação, mas apenas a quantidade de pena, restringindo o modelo mais amplo que existe nos EUA e que só é exequível sem violação de direitos fundamentais em um pleno sistema adversarial-acusatório. Entre outras condições, não incluídas, falta o modelo do *full disclosure* quanto às provas obtidas pela acusação (tanto as benéficas, quanto as prejudiciais), o que fere o princípio da paridade de armas, parte do devido processo legal (art. 5º, LIV, CR). Muito mais poder para o sistema de justiça criminal, muito menos direitos para os cidadãos. Ainda no tema das provas, as únicas que estarão disponíveis para elaboração do acordo são as produzidas no inquérito policial, portanto sem o crivo do contraditório e avaliação jurisdicional constante.

Assim, é mister ressaltar a impossibilidade de se implantar um sistema negocial em um ambiente de completo desequilíbrio entre acusação e réu. De forma que todo acordo celebrado será necessariamente injusto, já que não celebrado em condições equânimes. O réu, diante da possibilidade de receber uma pena maior, acaba sendo obrigado a aceitar as condições impostas a ele, fazendo esvair a necessária voluntariedade de qualquer acordo.

A expressão “outra condição indicada pelo MP” (art.28-A, V, CPP), por sua vez, viola a vedação a indeterminação dos tipos legais ou das sanções penais – que integra a garantia do princípio da legalidade (art.5º, XXXIX, CR), o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no Estado Democrático de Direito. Uma vez que se trata de negociação da sanção que será aplicada, não pode haver uma cláusula aberta, pela qual promotores ou juízes se tornam legisladores de ocasião, criando condições processuais e penais conforme seus interesses.

O §8º do proposto art. 395 é (“o acordo homologado é considerado sentença condenatória”), a seu turno, contrário ao princípio da garantia de jurisdição (art.5º, XXXV, CR), uma vez que apenas o Estado-Juiz detém o poder de dizer o direito aplicável ao caso penal concreto. Nessa hipótese, acusação e defesa incorporam o poder de jurisdição, subvertendo a estrutura da República constitucionalmente desenhada (art.2º, da CR) e o sistema acusatório de reserva da função julgadora ao terceiro imparcial, o que é incompatível com o modelo de *Civil Law* ao qual pertence o Brasil, herdeiro da tradição romano-germânica ocidental.

Nesse sentido, afirma Aury Lopes Jr.:

“a inderrogabilidade é garantia que decorre e assegura a eficácia da garantia da jurisdição, no sentido de infungibilidade e indeclinabilidade do juízo, assegurando a todos o livre acesso ao processo e ao poder jurisdicional. (...)

Noutra linha, também vemos dificuldades na coexistência entre a garantia da indeclinabilidade da jurisdição e a chamada justiça negociada. A lógica a *plea negotiation* conduz a um afastamento do Estado-Juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote ao conflito. A *negotiation* viola, desde logo, esse pressuposto fundamental, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade.”<sup>38</sup>

Seja como for, é absolutamente inadmissível que um instituto estrangeiro, criado e desenvolvido em outro contexto sócio-histórico e jurídico, possa ser transplantado sem o menor cuidado com o risco de rejeição, sem o devido aprofundamento intelectual que deve preceder todas as mudanças de peso em uma estrutura processual. O gosto por novidades tem limite e exige responsabilidade: evidentemente, este é um tema que precisaria ser discutido em uma ampla reforma do processo penal brasileiro, como acontece com o atual processo de elaboração de um novo Código de Processo Penal. Apenas para situar a dimensão do problema, de ser aprovado nesses termos, a advocacia criminal como conhecemos acabaria, já que a negociação absorveria a maior parte dos delitos hoje – dado o baixo standard

---

<sup>38</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 13ª ed, 2016. p. 229.

probatório da prática forense. Não há qualquer exagero nessa afirmação: com o desnivelamento do poder entre acusação e defesa e a vulnerabilidade social da clientela preferencial do sistema penal – incapaz sequer de conseguir arrolar testemunhas em seu favor na maior parte dos casos – a migração para um contexto de prática meramente negocial esvaziaria toda a advocacia criminal brasileira construída, desde a resistência à Ditadura, sobre os pilares da ética, técnica e combatividade.

Estudos mais aprofundados são urgentes e precisam começar pela própria OAB, que deve utilizar todas as frentes para impedir uma transformação radical no sistema de justiça criminal brasileiro sem o devido cuidado, notadamente em função do ímpeto do Poder Executivo de realizar seus projetos de poder antes que uma reação articulada possa ser apresentada.

**16. Decisão pelo juiz da adequação e suficiência do acordo: art.28-A, §5º e 7º do CPP; art.395-A, § 7º e 9º do CPP**

Trata-se de nova violação ao sistema acusatório, uma vez que o juiz se coloca como parte interessada no caso penal, o que é próprio do ultrapassado modelo inquisitorial.

O Juiz, em um democrático sistema acusatório, tem que se restringir à aferição da voluntariedade ou da legalidade estrita. Mesmo na verificação da voluntariedade, como já tratado, é de difícil certeza, uma vez que as partes estarão em manifesta desigualdade, especialmente em um país no qual a maior parte dos presos não consegue esboçar reação ao encarceramento em massa ao qual estão submetidos.

Ainda assim, cumpre dizer que adequação e suficiência são parâmetros que pertencem à acusação e à defesa. Se as partes abrirem mão da produção de provas,

então o juiz não terá elementos suficientes para aferir se o acordo é ou não manifestamente desproporcional. Assim, esse dispositivo projeta o juiz com um agente comprometido com o caso, especialmente porque permite que ele atue baseado em convicção construída sobre um conjunto probatório incompleto e insuficiente, determinando parcialidade necessária. Ademais, a própria adequação e suficiência pressupõem um subjetivismo inaceitável em matéria de processo penal, uma vez que casos semelhantes poderão ter desfechos completamente desiguais, em clara violação à individualização da pena (Art. 5, inc. XLVI, CR).

Desse modo, a homologação de um acordo que certamente será baseado em meros elementos indiciários, trará uma lógica nefasta ao processo penal brasileiro. A única fonte de garantias, o juiz, estará relegada a um papel de supervisionar acordos. Por sua vez, o Ministério Público, instituição que não tem o compromisso de ser imparcial e zelar pelas garantias constitucionais do acusado, assumirá as rédeas do processo, deixando em segundo plano a ordem constitucional de garantias do cidadão.

O acordo não homologado e desentranhado dos autos já expôs o julgador à confissão do acusado, em seus detalhes, bem como a outros elementos produzidos como meio de colaboração. Isso significa informação ao alcance do julgado em relação a evidências que não foram regularmente incorporadas ao processo – isto é, submetidas ao contraditório e à ampla defesa, conforme as regras do devido processo legal.

Inscrita no grave contexto dessa discussão sobre a incorporação do “*plea bargain*”, mostra novamente a finalidade política oculta do Projeto, que pretende acabar com as mínimas garantias processuais incluídas no ordenamento jurídico nacional a partir do texto constitucional.

### 17. Ampliação do uso da videoconferência: art.185, § 2º, IV, e § 8º do CPP

Ao suprimir o requisito de excepcionalidade do *caput*, afastar a necessidade de gravidade da questão de ordem pública e adicionar a prevenção de custos como finalidade, a modificação deste artigo pelo “Projeto Anticrime” transforma o interrogatório por videoconferência, de possibilidade excepcional, em regra. Tal medida permite que a ausência de investimentos em estrutura para o bom desempenho da justiça criminal seja redefinida como “prevenção de custos”, e a impossibilidade de viaturas para o transporte do réu e o número insuficiente de agentes para sua escolta justifique a supressão de seus direitos e garantias pessoais.

A medida, por mais bem-intencionada que seja, viola o princípio do contraditório, assegurado no art. 5º, LV, CR, pela ausência de igualdade processual das partes (paridade de armas), dado o desequilíbrio entre acusação e defesa na realização do interrogatório, pois a limitação no exercício de autodefesa é evidente. Basta pensar na diferença entre as interações virtuais ocorridas diariamente entre todos e as interações físicas para concluir sobre a perda qualitativa da mensagem transmitida por meio virtual.

Portanto, conforme defendido majoritariamente pela jurisprudência e doutrina,<sup>39</sup> a utilização indiscriminada da videoconferência viola o princípio da proporcionalidade por restringir ilegitimamente o direito à autodefesa e ao contraditório.

Mais: a inclusão da audiência de custódia no rol dos atos processuais em que é permitida a videoconferência viola abertamente o objetivo histórico da instituição e sua regulamentação, nacional e internacional. Prevista no art. 9º, item 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no art. 7º, item 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambos ratificados pela República Brasileira,

<sup>39</sup> BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

prevê a como a condução imediata “à presença” do juiz ou de outra habilitada por lei a exercer funções judiciais – sendo essa presença física fundamental para o controle de legalidade das ações dos agentes do Estado.

Cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou pelo valor supralegal das Convenções internacionais sobre direitos humanos (vide precedentes RE 466.343/SP e HC 87.585/TO), e que as Audiências de Custódia foram instauradas no país como cumprimento das normas internacionais, em determinação proveniente da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, tendo como um dos seus objetivos responder os relatórios produzidos pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos.

Não se trata de mera formalidade processual que pode ser suprimida em prol da diminuição de custos para a máquina pública, mas, nos termos da Resolução 213/2015 do CNJ:

“é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”.

Assim, a utilização da videoconferência na audiência de custódia é inaceitável, mesmo que excepcionalmente, por violar a forma processual necessária para a verificação da necessidade de manutenção da prisão em flagrante e prevenção e repressão da prática da tortura, nos moldes das Convenções Internacionais às quais o Estado brasileiro se comprometeu.

Por derradeiro, é importante esclarecer, do ponto de vista criminológico, que decisões sobre direitos fundamentais alheios tendem a ser mais rigorosas quando a

impessoalidade define o contexto em que se atua. A videoconferência cria um distanciamento que proíbe a empatia, não raro sentimento necessário para revisão de certas posições autoritárias, comuns na prática forense. Basta pensar como é diferente a reclamação de maus-tratos prisionais feita por uma imagem na tela em comparação com a evidência física diante dos olhos, que reclamam identidade e abrem um espaço ético de ação. Empurrar a videoconferência sob argumento de “corte de custos” é, nesse sentido, subordinar o pleno exercício de um direito fundamental à conveniência do Estado, esquecendo-se que o Estado só tem razão de ser precisamente para assegurar direitos humanos apesar de qualquer inconveniente monetário.

#### **18. Restrições à liberdade provisória “em circunstâncias que indique ser membro de grupo criminoso”: art.310, § 2º, do CPP**

Temos, aqui, mais um caso de flagrante violação à presunção de inocência, (art.5, LVII, CR), uma vez que, na Constituição da República, a liberdade é a regra e a sua limitação a exceção, lógica que não pode ser invertida por lei ordinária. O Código de Processo Penal já traz as hipóteses necessárias e suficientes para a denegação de liberdade provisória, por isso a mera “indicação”, como quer o Projeto, circunstâncias de que o acusado possa ser membro de grupo criminoso apresenta uma diminuição de direitos em relação à tipicidade aparente e forte indício de autoria, que já são requisito à prisão preventiva no CPP (art.312).

Chega-se assim mais próximo de um Estado de Polícia, no qual as afirmações das autoridades públicas (de que o acusado de fato é agente de uma facção específica) tem mais peso que as alegações do acusado – o que só poderia acontecer no Direito Administrativo, jamais no Penal. Mais uma alteração, portanto, incompatível com a ordem processual determinada pela Constituição.

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Veja bem, os critérios estabelecidos para a determinação da prisão provisória no artigo 312 do CPP têm caráter objetivo. Reza a lei: “*A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, **quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria***”. Pois sim, tais termos não foram aleatoriamente escolhidos pelo legislador.

Nossa legislação processual penal brasileira, acompanhando a tendência ocidental, carrega em seu cerne as marcas da filosofia moderna, pautando-se - na tentativa de estabelecer um projeto penal que transcende o que as reformas pontuais propostas pelo excelentíssimo ministro da justiça podem alterar – no princípio da culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*). Nas palavras de Toledo, o direito penal moderno é, basicamente, um direito penal do fato. Está constituído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato<sup>40</sup>.

Dentro do contexto do direito penal do fato, que ainda vigora em nosso texto legal, é notória a desconexão da proposta de enrigecimento da concessão de liberdade provisória, pelos motivos elencados no Projeto de Lei 882/2019, com o projeto maior do legislador que compôs tanto a Constituição da República de 1988, quanto o CPP de 1941.

Ao ressucitar conceitos como criminoso habitual, por tendência e por profissão, o ministro nada mais faz além de ir contra os princípios do direito penal do fato que guiam nossa legislação. Traz de volta a formulação, há muito superada, de direito penal de autor, considerando como fator desfavorável ao estabelecimento da pena, não algo que se fez ou que se há fortes indícios de que se fará, mas sim algo que se é, ou pior, algo que se suspeita ser, o que é manifestamente inconstitucional e anti democrático.

---

<sup>40</sup> Toledo, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 235.

Bem, mostra-se o ministro em retrocesso com o restante da produção em direito e processo penal vigente no mundo, onde o próprio conceito de considerar a reincidência como fator dificultador da pena é fortemente contextado, posto que sinal claro da falência dos órgãos estatais em reintegrar o cidadão delinquente a sociedade<sup>41</sup>.

Ademais, por mais que devam ser consideradas as boas intenções do ministro na elaboração de seus projetos, é visível que tal proposição apenas colabora com a criação de um direito processual penal retalhado por reformas incoerentes entre si, e incoerentes com a ideia inicial do dispositivo e com o Estado Democrático de Direito como um todo.

Desse modo, melhor seria deixar o artigo 310 do CPP como está, enrigecendo-o, se for o caso, o que não se demonstra, posto que é sabido que a questão da segurança pública no Brasil tangencia muito mais o âmbito da execução dos dispositivos legais já postos que a própria necessidade de sua reforma por meio de critérios objetivos. É necessária uma aplicação e interpretação da legislação com foco no fato delitivo (pois se trata de direito penal do fato, não do autor inimigo), o verdadeiro alvo da ação penal moderna.<sup>42</sup>

#### **19. Restrição dos efeitos suspensivos aos recursos da pronúncia: art. 421 e 584, §2º do CPP**

Propõe-se no criticado projeto que, logo que proferida a decisão de pronúncia, os autos sejam encaminhados ao juiz-presidente do Tribunal do Júri.

A modificação proposta não é lógica e parece uma simples petição para acelerar o curso processual em função de demora de alguns Tribunais. Considerando

---

<sup>41</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. Reincidencia: un concepto de derecho penal autoritario. In: Derechos Fundamentales y Justicia Penal. San José da Costa Rica: Juricentro, 1992.

<sup>42</sup> Yarochevsky, L. I: Delinquente habitual, por tendência e profissional no projeto "anticrime": em algum lugar do passado. In: IBCCrim, nº 317. Abril. 2019

que os crimes julgados pelo Tribunal do Júri raramente prescrevem – devido à alta pena cominada – a pressa não se justifica, até para não gastar recursos públicos de maneira desnecessária ou submeter um acusado injustamente ao julgamento de seus pares.

Ressalte-se que, na decisão de pronúncia, o juiz togado, a partir de seu conhecimento técnico, deve remeter ao julgamento pelo conselho de sentença apenas os casos que estritamente são abarcados pela competência do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, *d*, CR). Essa seleção, entretanto, não está imune a erros. É por isso que, então, são previstos na ordem jurídica os recursos – pela natural falibilidade humana e pela conseqüente inconformidade do prejudicado<sup>43</sup>.

É direito do acusado, em caso de pronúncia, impugnar a decisão por meio de Recurso em Sentido Estrito, tendo em vista sanar eventuais vícios. Assim, a remessa automática dos autos da pronúncia para o juiz-presidente viola, não apenas a garantia do duplo grau de jurisdição, mas também a plenitude de defesa.

Considere-se que, da decisão de pronúncia, de pronto seja realizado julgamento pelo Tribunal do Júri, a despeito da pendência de julgamento de Recurso em Sentido Estrito. Caso a decisão sobre o recurso efetivamente modifique a decisão da pronúncia, seja alterando as qualificadoras ou desclassificando o fato, criar-se-ia a necessidade de realização de um novo julgamento – que pode ter sido, equivocadamente, condenatório pela imputação tecnicamente errada – ou mesmo inutilização do julgamento realizado, o que aconteceria no caso de impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação.

Se o objetivo da proposta é maior celeridade, é possível adotar medidas que estimulem o andamento processual sem que sejam violados direitos e garantias fundamentais. A exemplo, a fixação de duração máxima do processo e de prisão cautelar, impondo sanção em caso de descumprimento ao Poder Judiciário – como

---

<sup>43</sup> Lopes Jr, Aury. **Direito processual penal**. Editora Saraiva, 2018. cap. XVI.

medidas administrativas quanto aos juízes responsáveis, a extinção do processo e a liberação do acusado. Contudo, tais propostas só seriam possíveis se o viés político que orienta o presente projeto legislativo não fosse de punitivista a antidemocrático – a busca pelo aumento da “efetividade” neste caso nada mais é do que a busca por punir mais e mais rápido. É a lógica gerencialista e atuarial que vemos o nosso Ministro reproduzir, copiando o seu idealizado modelo norte-americano.

Desta forma, a proposta legislativa só ampliaria a possibilidade de erro judiciário, gasto indevido de recursos públicos, além de submeter a situação vexatória de julgamento colegiado de pessoas que nem ao menos deveriam ter sido submetidas ao procedimento do Tribunal do Júri. Não é recomendada a aprovação da medida.

## **20. Restrição e excepcionalidade dos efeitos suspensivos aos recursos contra decisão condenatória no Tribunal do Júri: art. 492, §4º, CPP**

A impossibilidade de se proceder à prisão imediatamente após sentença condenatória de primeira instância não decorre exclusivamente do efeito suspensivo da sentença, mas do próprio princípio da presunção de inocência. Uma vez que o efeito suspensivo é uma consequência da presunção de inocência, e não sua causa. Assim, não é possível a lei “proibir” a eficácia de um princípio constitucional como forma de adiantar a execução da pena.

Pela mesma razão, o respeito ao princípio da presunção de inocência e ao duplo grau de jurisdição, ambos de estatura constitucional, o efeito suspensivo à apelação é regra, e não exceção. Parece visível aqui um intuito de aumento do efeito simbólico do processo sobre o senso comum vulgar, assegurando que após a proclamação do resultado e definição da sentença, o acusado é cerimonialmente escoltado até seu destino prisional – o que pode acontecer, entre outras coisas, pela

infiltração no imaginário das cenas de julgamento em filmes produzidos nos Estados Unidos.

Tal imaginário é consequência de uma criminologia midiática, que mascara a realidade e a verdade processual. Projetos legislativos que se baseiam no pânico social criado pelos noticiários sensacionalistas só resultam em aumento da repressão e na supressão de garantias fundamentais<sup>44</sup>. Com o objetivo de “normalizar” a sociedade, o que se percebe na prática é o progressivo desmonte do Estado social e sua substituição pelo “Estado Penal”, em que as mazelas sociais são resolvidas com a “solução” do cárcere, numa tendência panpenalista neoliberal que é levada a cabo desde os anos 1990. Nos Estados Unidos, tal opção política fez quintuplicar a população carcerária em vinte anos, e não reduziu a criminalidade ou a violência<sup>45</sup>. O Brasil, por sua vez, não se encontra distante dessa realidade: segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, entre os anos de 2000 e 2016 a taxa de aprisionamento no país aumentou em 157%.<sup>46</sup> Em 2017, a superlotação nos presídios em nível nacional era de 69% e o déficit de vagas já ultrapassava o número de 270 mil<sup>47</sup>.

Assim, se o discurso falacioso de leis “mais duras” imediatamente apazigua o senso comum, a longo prazo, só piora as já condições críticas do cárcere e aumenta a barbárie. Não se vê, portanto, motivo real que justifique essa alteração.

Ainda, quanto ao apelo à “soberania do Júri” como valor constitucional, não parece argumento para evitar a manutenção das coisas como estão, já que o Júri continua soberano em sua decisão, desde que – é bom lembrar – a legalidade estrita

---

<sup>44</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A questão criminal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018. p.129.

<sup>45</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 473.

<sup>46</sup> Ministério da Justiça, *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2016*. p.12. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf)>.

<sup>47</sup> Vide <<https://g1.globo.com/politica/noticia/am-supera-pe-e-lidera-ranking-de-superlotacao-em-presidios-brasil-tem-270-mil-presos-acima-da-capacidade.ghtml>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

do procedimento tenha sido observada, sendo dever do Poder Judiciário realizar precisamente esse controle.

Assim, só é possível a prisão preventiva após sentença de primeira instância não transitada em julgado, e não para cumprimento de pena. A proposta de nova redação do “Projeto Anticrime” é, em síntese, inadmissível, assim como os já variados dispositivos que visam flexibilizar os requisitos para prisão, como se prendessemos pouco e a solução fosse, realmente, encarcerar.

## **21. Restrição dos efeitos suspensivos ao Recurso Extraordinário e o Recurso Especial interpostos contra acórdão condenatório: art. 637 do CPP**

Parece pertinente convocar ao caso uma das lições fundamentais da teoria geral do direito: trata-se de uma lei ordinária alterando o conteúdo de um preceito constitucional, violando a hierarquia das normas. Algo que, obviamente, não pode acontecer.

O artigo coloca como facultativo (“poderá”) a aplicação de efeito suspensivo se houver possibilidade de reforma substancial da sentença (§1o, II), o que inverte substancialmente o princípio da presunção de inocência, seja mantido constitucionalmente íntegro ou mutilado por eventual decisão do Supremo Tribunal Federal. Se a ideia for limitante – mas não há justificativa para tanto – então teria que ser o contrário: em casos excepcionais poderia não haver efeito suspensivo.

Aury Lopes Jr., na obra já mencionada, explica que “a problemática em torno do direito de recorrer em liberdade está muito além da categoria ‘efeito recursal’, tipicamente civilista e inadequada para o processo penal, situando-se noutra dimensão: a da eficácia do direito fundamental da ampla defesa e da presunção da inocência”. E acrescenta: “Em definitivo, pensamos que o direito de o réu aguardar o julgamento do recurso especial ou extraordinário em liberdade está numa dimensão

completamente distinta daquela tradicionalmente colocada, desde uma equivocada perspectiva de teoria geral do processo, pois não se legitima uma prisão pelo simples fato de o recurso não ter “efeito suspensivo”. O ponto nevrálgico é completamente diverso: há *periculum libertatis*, ou seja, a necessidade real e concreta da prisão cautelar?”.

No mesmo sentido, Gustavo Badaró afirma: “não é o recurso que suspense a eficácia da decisão, mas sim a recorribilidade, isto é, a possibilidade de interposição dos recursos, que impede que o ato produza os seus efeitos desde logo. A interposição do recurso prolonga a condição de ineficácia da decisão”.

Isto é, diferentemente do que se pretende alcançar com a modificação em questão, não é o efeito suspensivo que impede a execução da pena no momento de sua interposição, mas sim a possibilidade de recorrer, a partir do que está disposto no art. 5º, LVII.

Assim, retoma-se a discussão anterior. Pretende-se, através de uma lei ordinária, alterar conteúdo de um preceito constitucional, o que é indiscutivelmente inconstitucional.

Mas nada disso é essencial; afinal, se admitidos os Recursos Extraordinário e Especial, sem ou com análise de Agravo, qual é o problema em atribuir a eles efeitos suspensivos? Se o argumento é morosidade judicial, existem alternativas muito mais coerentes com a Constituição da República. Assim, por exemplo, considerando que existe apenas o direito à ampla defesa – o que implica em um direito de acusação restrito –, uma das primeiras e mais lógicas alterações seria proibir ao Ministério Público apelar às Cortes Superiores em busca de uma condenação rejeitada pelas Varas e Tribunais, facultando essa possibilidade apenas às partes hipossuficientes na relação processual.

Ainda, modificações nos centros da prática forense responsáveis pelo juízo de admissibilidade dos Recursos podem ajudar bastante a contornar esse problema, que

do ponto de vista da quantidade de processos que chegam ao STJ e STF está longe de constituir o problema principal, cabendo muito – mas muito – mais restrições aos casos cíveis, comerciais e tributários que chegam às Cortes Superiores antes de sequer cogitar a violação a direitos fundamentais de acusados em processos criminais.

Dessa forma, principalmente pela inconstitucionalidade do meio escolhido, mas também por sua ineficácia, necessária sua rejeição.

## **22. Restrição dos Embargos infringentes ou de nulidade: art. 609, §1º, CPP**

Os embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, denega teses defensivas em relação à desclassificação do crime, diminuição da pena, alteração de regime prisional e reconhecimento de nulidade processual não foram contemplados nas alterações propostas pelo “Projeto Anticrime”. A atual expressão “desfavorável ao réu” encontra na sugestão do Sr. Ministro (“voto vencido pela absolvição”) uma limitação muito maior, não justificável, exceto pelo seu ímpeto de diminuir o direito de defesa de todos nós.

Isso porque, na prática, há um obstáculo sendo criado à uniformização da jurisprudência da Câmara ou Turma a respeito de determinado tema. Sem dúvida, isso representa quebra da segurança jurídica. Assim, há uma facilitação, por exemplo, que pessoas sejam imediatamente presas sob um regime mais gravoso que o determinado por lei, por decisão não unânime; mesmo que a maioria dos membros da Câmara ou Turma tenha entendimento diverso, não será possível recorrer dessa decisão.

Dessa forma, o acusado será obrigado a uma execução imediata de sentença que poderá ser substancialmente revertida, ferindo a presunção de inocência (art. 5, LVII, CR), como é a tônica das alterações sugeridas.

Se levarmos em consideração a Súmula n. 7 do STJ (que limita os Recursos Extraordinários a questões de direito), os recursos que dependerem de discussão fático-probatória podem ficar inviabilizados – restringindo significativamente o direito à ampla defesa (art.5, LV, CR). Mas o número de sentenças e acórdãos revertidos é expressivo e estudos dão conta de que até um terço deles são providos ou parcialmente providos, a demonstrar a existência de um sistema que exige intenso controle de constitucionalidade.

Por fim, a justificativa sobre este ponto do projeto perpassa a questão da morosidade judicial e excesso de recursos, que prejudicariam a eficiência do sistema. Porém, como apontam Ricardo Jacobsen Gloeckner e Leonardo Costa de Paula<sup>48</sup>, a discussão sobre eficiência no processo penal é, em si, amplamente questionável, mas neste caso é ainda pior. Isso porque o percentual de embargos infringentes é ínfimo se comparados à quantidade de recursos nos tribunais. Portando, sua limitação, além de não contribuir para a eficiência do sistema, ainda promove, como todo o projeto, negativa de direitos constitucionais.

**23. Banco Nacional de Perfis Balísticos e Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais: Art. 34-A da Lei nº 10.826/03; e art.7º-C da Lei nº 12.037/09. Identificação do perfil genético mesmo antes do trânsito em julgado: Art. 9º-A da LEP. Inclusão do preso provisório no Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais: art. 7º-C, caput e §3º, lei nº 12.037/09.**

Há pouca dúvida de que o banco de dados genético fere o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur*) se for usado para condutas pretéritas à identificação. Já, quando se trata de sua aplicação em sede de execução provisória

---

<sup>48</sup> Boletim IBCCRIM ANO 27 – Nº 317 - ABRIL/2019 - ISSN 1676-3661

da pena, viola o princípio da presunção de inocência, embora nisso acompanhe a mutilação da regra que obriga o Estado a tratar um cidadão como inocente até o trânsito em julgado, no que é coerente.

O argumento “eficientista” da necessidade de uma execução provisória para se combater a “morosidade judicial” no cumprimento da pena acaba, assim, por contaminar as outras dimensões da presunção de inocência, que sequer influenciam diretamente na rapidez da execução da pena privativa de liberdade – como é precisamente o caso da identificação biométrica como consequência da sentença transitada em julgado.

O limite ao poder do Estado de colher informações genéticas e mantê-las em um banco de dados já foi debatido em outras cortes. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já se debruçou sobre a questão em algumas oportunidades. Em Van der Velden contra Holanda, 29514/05, decisão de 7.12.2006, o Tribunal considerou que o método de colheita do material esfregação de cotonete na parte interna da bochecha é invasivo à privacidade. Também avaliou como uma grave intromissão na privacidade a manutenção do material coletado. Nesses termos, ressaltou não se tratar de métodos neutros de identificação, na medida em que podem revelar características pessoais do indivíduo. A única ressalva feita foi em relação aos já condenados, quando entendeu tratar-se uma violação proporcional. Isto é, a previsão de extração desses dados, sem o trânsito em julgado, seria rechaçado pelo Tribunal em questão<sup>49</sup>.

Em relação ao disposto no art. 7º-A, o projeto prevê que a exclusão dos dados ocorreria em caso de absolvição do réu, ou, mediante requerimento, decorridos vinte anos do cumprimento da pena. Assim, concede ao Estado prazo abusivamente extensivo para dispor sobre esse material. No caso S. e MARPER contra Reino Unido (decisão de 4.12.2008), o Tribunal afirmou que a manutenção, por prazo

---

49 STF. RE 973.837 MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 23/06/16.

indeterminado, dos perfis genéticos de pessoas não condenadas, viola o direito à privacidade, previsto no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Importante ressaltar, ainda, que as garantias constitucionais apontadas não estão à disposição dos agentes públicos, de modo que sua aplicação pudesse ser afastada em detrimento de uma suposta maior eficiência. Constituem, na verdade, regras e limites ao poder punitivo estatal. Em contraposição a esse entendimento, o projeto introduz, através do art. 9º-A, §4º, a previsão de pena grave aos condenados que se recusarem à submissão ao procedimento de identificação do perfil genético.

Porém, o princípio da não incriminação veda a coerção física ou psicológica, como meio de extração de provas contra a vontade do réu. Nos termos do projeto, o condenado é reduzido à condição de objeto, sendo-lhe negada garantia fundamental e suprimido seu direito a se objetar contra a invasão da sua intimidade corporal, de maneira incompatível ao seu status de sujeito de direitos e integrante da relação processual. Nesse sentido, Eugênio PACELLI afirma: “Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio, ou a garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao eu interesse.”<sup>50</sup>

O direito à não incriminação impede qualquer possibilidade de submissão forçada de colheita de material genético – sejam indiciados, acusados ou mesmo condenados.

Tais medidas representam, portanto, um retorno ao nefasto “direito penal do autor”, que entende que “o ato é uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra na característica do

---

50 PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 33.

autor[...], chega-se à conclusão de que a essência do delito reside numa característica do autor”<sup>51</sup>, e não na lesão jurídica.

Além disso, apesar de ser uma normatização da identificação criminal (art.5, LVIII, CR), o projeto de lei dispõe sobre algo que já foi recentemente regulamentado por lei, com mais detalhes, criando um conflito de funções dentro da Administração Pública. De fato, a Lei n. 13.675 de 2018, cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), e estabelece em seu art. 8º o “Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas, ou Sinesp.

Em seu art.35, o Sinesp é instituído com a finalidade de implementar “banco de dados de perfil genético e digitais” (inciso IV), e armazenar informações quanto a “rastreabilidade de armas e munições” (inciso III). O objetivo, conforme art.36, I, é “proceder à coleta, análise, atualização, sistematização, integração e interpretação de dados e informações relativos às políticas de segurança pública e defesa social”.

Dessa forma, o Sinesp já tem a função, estabelecida por lei, de coleta de material genético e dados sobre armas e munições, sem a disposição inconstitucional de que essa coleta deva ser feita antes do trânsito em julgado. Neste ponto, o projeto ignorou (talvez por desconhecimento) a existência prévia de lei recente que dispõe sobre o mesmo objeto, criando uma sobreposição de funções dentro da Administração Pública, já que a alocação de ambos (Sinesp e Banco Nacional de de Perfis Balísticos ou de Digitais) na estrutura pública é distinta.

Assim, também pela falta de integração ao modelo já existente, não é recomendável a aprovação da alteração.

---

51 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito. 4 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2015. p. 131.

**24. Agente policial disfarçado: art.17, § 2º; art.18 lei nº 10.826/03; art.33, §1º, IV da lei nº 11.343/06; Art. 1ª e 8º, §6º da Lei nº 9.613/98.**

A participação de agente provocador configura crime impossível, conforme Súmula 145 do STF, por não gerar ameaça ao bem jurídico tutelado. A existência de “conduta criminal preexistente”, ou seja, crimes já consumados anteriormente pelo réu, não possui o condão de fabricar a lesividade ao bem jurídico que o flagrante preparado mina ao eivar de nulidade o processo penal, e a Suprema Corte tem posição consolidada quanto ao assunto e nesse sentido.<sup>52</sup>

No que se refere às mudanças na Lei 9.613/98, , a determinação legal de que o agente disfarçado possa participar de “qualquer fase da atividade criminal” sem que isso “exclua o crime de lavagem” (art.1º, §6º, Lei nº 9.613 de 1998) significa que o agente policial pode participar desde o início da lavagem, determinando os desdobramentos subsequentes da conduta ilícita, o que tornaria legal e corrente o uso de flagrante preparado (ainda que haja “conduta criminal preexistente”), contrapondo-se à jurisprudência o Supremo Tribunal Federal. Um problema que se repete em relação à Lei de Armas, mas em uma intensidade menor.

No limite, em relação ao “agente provocador”, temos um partícipe – por cumplicidade ou instigação – ou mesmo um coautor, que facilita a prática de crimes para, paradoxalmente, poder criminalizar as pessoas que ajuda ou instiga. Uma posição eticamente reprovável, que vai de encontro ao princípio da moralidade que deve orientar o serviço público.

---

<sup>52</sup> Cumpre registrar, neste ponto, por relevante, que a análise da alegada ocorrência de “delito de ensaio” não se mostra superável com a mera prolação da sentença penal condenatória, mesmo porque a eventual constatação do “flagrante preparado” terá como consequência a própria invalidação da “*persecutio criminis*”. Súmula 145 do STF: A jurisprudência desta Suprema Corte já firmou entendimento no sentido de que a comprovada ocorrência de “flagrante preparado” constitui situação apta a ensejar a nulidade radical do processo penal (RTJ 130/666, Rel. Min. Carlos Madeira - RTJ 140/936, Rel. Min. Ilmar Galvão – RTJ 153/614, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.). (HC 84.723, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 21-2-2006, DJE 238 de 4-12-2013).

Flagrantes preparados, por ação ou omissão, acabam permitindo que a seletividade da polícia operativa atinja pessoas específicas, abrindo um perigoso espaço para direcionamento político da repressão penal, conforme modelo de “lawfare”.

A despeito de apontar que a lei teria os requisitos para “evitar aquilo que os norte-americanos chamam de entrapment, quando um agente policial provoca a prática de um crime por parte de um inocente e não de um criminoso”, é exatamente isso que a proposta passa a permitir, com a figura do “agente disfarçado”, que na verdade assume a posição de “agente provocador”.

O dispositivo é de constitucionalidade questionável, uma vez que, como bem já decidiu a Corte Suprema, trata-se de crime impossível, ação completamente “induzida, instigada e controlada por terceiro (provocador) com o objetivo de prender o agente (provocado)”.<sup>53</sup>

Nem mesmo a previsão de “elementos probatórios razoáveis” da conduta criminal pode salvar a proposição, uma vez que, dado seu grau abstrato e aspecto “aberto”, não oferece critérios objetivos para definir o que seriam esses elementos razoáveis. E no direito penal, quando isso não é feito, fomenta-se o arbítrio e o próprio senso comum em relação ao crime.

Do ponto de vista criminológico, confere poderes excedentes ao agente policial, uma vez que pode discricionariamente vir a selecionar aqueles que serão alvos, não só de sua persecução, mas, mais ainda, de uma provável condenação, em função de crime que não efetiva qualquer dano ou ameaça real a bens jurídicos, pressuposto para a aplicação da sanção penal.

---

<sup>53</sup> CASARA, Rubens R. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Estúdio Editores, 2014. p.74.

**25. Encontro entre preso e advogado e a gravação dos atendimentos: art.3º, §2º e 5º, Lei nº 11.671/08.**

A advocacia brasileira não pode aceitar essa direta violação às prerrogativas básicas para o próprio exercício do direito de defesa, função essencial à administração da Justiça

Trata-se de dispositivo perverso, que revoga o art.7º, inciso III, da Lei 8.906/1994, que assegura ao advogado o direito de se comunicar pessoal e reservadamente com seu cliente, especialmente se está preso, ainda que sem procuração e mesmo quando ele for considerado incomunicável.

A mera previsão pelo projeto de que “as gravações de atendimentos de advogados só poderão ser autorizadas por decisão judicial fundamentada” (art.3º, §5º, Lei nº 11.671/08) inova muito pouco, considerando que é direito positivado do advogado se “comunicar reservadamente” com o cliente preso (ainda art.7º, III, da Lei 8.906/1994) e não é possível qualquer controvérsia sobre o explícito significado da lei. No mesmo sentido, a palavra “requerimento” pode dar a entender que o encontro com o advogado está submetido à discricionariedade da direção do estabelecimento penal, o que é simplesmente ilegal.

A aprovação de tal proposta seria um ataque direto aos princípios processuais mais básicos de que se tem noção, a ideia de ampla defesa. O papel do advogado, enquanto defesa técnica do acusado, é fundamental para o bom e justo desenrolar do processo. No contexto penal, em que deve-se resistir a uma pretensão punitiva, restritiva de direitos individuais, do Estado, é notória a hipossuficiência do sujeito processado, de modo que é garantia de ímpar magnitude sua defesa irrestrita, e isso passa fundamentalmente por seu acesso a qualquer tempo, e em sigilo, com seu defensor.

O defensor tem o direito inalienável de obter e trocar informações com seu cliente, e a proposta em questão ataca veementemente essa pretensão, enquanto fortifica os alicerces da acusação, que retém o corpo do imputado a todo tempo, tendo a si acesso total e irrestrito na hipótese de que se trata a alteração idealizada, desequilibrando fortemente os poderes em ação no processo, contribuindo, até mesmo, para que o juízo afaste-se da verdade dos fatos, último objetivo do procedimento penal, posto que para que se atinja a verdade é necessário que ambas as partes tenham autonomia para realizar sua função da melhor maneira, de modo a garantir que permaneça o juiz alheio<sup>54</sup>.

Nesse ponto, não é possível qualquer tergiversação: ou a Ordem dos Advogados se manifesta de maneira contundente e decisiva contra esse absurdo, ou não tem razão de ser, porque abandonou uma das condições para o exercício da profissão à vontade legislativa de um Ministro que não se tornou famoso em território nacional por respeitar os direitos do acusado. Sua celebridade deriva justamente do oposto.

#### **26. Restrição das “saídas temporárias” aos condenados por crimes hediondos: art.2º, §7º, incisos I e II, Lei nº 8.072/1990.**

A alteração proposta não é técnica, porque confunde a “permissão de saída” (art 120 da LEP) com a “saída temporária” (art. 122 da LEP) no inciso I. Pela redação proposta, veda a “saída temporária durante o cumprimento do regime fechado”, exceto nas hipóteses do art. 120 da LEP (que trata, como antecipado, da permissão de saída). Mas a saída temporária para presos em regime fechado sequer é uma possibilidade, ao menos de acordo com a atual redação da Lei de Execução Penal.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> JUNIOR, A. L. Direito Processual Penal. 16. Ed. São Paulo. Saraiva Jur. 2019. p. 99-103

<sup>55</sup> LEP, art.122: Os condenados que cumprem pena em **regime semi-aberto** poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento).

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Em relação ao inciso II, prevê-se no projeto a proibição de saída temporária para os presos em regime semiaberto, novamente excepcionando o art. 120 da LEP como se fossem hipóteses de saída temporária. Concretamente, tenta revogar os incisos I e III do art. 122 da LEP, que possibilitam a saída temporária para visita à família ou participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, o que ignora decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, que o reconhece como instrumento garantidor da dignidade humana e a lógica do artigo 1 da Lei de Execuções Penais, que prevê como finalidade central da execução da pena a harmônica reintegração social do condenado.<sup>56</sup>

Pois se vê que nesse sentido a medida que pretende tomar o Sr. Ministro não torna-se apenas pouco técnica e pouco útil, mas também contraproducente aos objetivos de um sistema penal que busca a reintegração do encarcerado à sociedade. Impedir que o delinquente tenha contato direto com seu ambiente familiar apenas colabora com a perda de laços fundamentais para que retorne a sociedade, finda sua pena, e não torne a delinquir.

Ademais, ignora também a proposta, ao tentar abolir o inciso II do artigo 122 da LEP, que no contexto penal brasileiro muitos dos jovens que se encontram envolvidos com atividades ilícitas tem escolaridade baixíssima, de modo que permitir que deixem o cárcere para frequentar cursos de formação não seria somente benéfico, mas pode vir a ser a oportunidade única desses jovens, em sua maioria, se verem futuramente integrados à sociedade, de modo a dirimir os incentivos sociais que os remeta ao crime novamente, sempre na busca de redução das desigualdades materiais, compromisso assumido pelo artigo 3º da Constituição da República, que institui o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

---

<sup>56</sup> “As vagas no sistema prisional também são um recurso escasso, diretamente administrado pelos Juízes. Extinção de pena, progressão de regime, livramento condicional, são judicialmente concedidos e abrem vagas no sistema” (HC 128.763/RJ. 2ª Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes.04.08.2015).

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Tal hipótese se prova ao analisarmos as taxas de reincidência crescente no país, à medida que abandonamos cada vez mais as ideias de reintegração. É notório que quanto mais gravosas e retributivas as penas se tornam, maiores são as chances de que novos delitos venham a acontecer, especialmente no contexto em que vivemos atualmente, onde cada vez mais jovens desviantes passam a ter contato com facções criminosas – as quais crescem em tamanho e poder a cada dia – em um contexto de solidão no cárcere.

Mais coerente com os propósitos de aumentar a segurança dos cidadãos e garantir a diminuição da criminalidade seria incentivar o contato do desviante com a educação e com seus familiares, conforme dispõe o artigo que o Sr. Ministro pretende alterar para os casos de crimes hediondos. De modo que a prudência diz que melhor seria deixar a alteração proposta, e visivelmente mal pensada, ante sua falta de tecnicidade, de lado e passarmos a considerar hipóteses preventivas para solucionar o problema da segurança pública.

**27. Ampliação do conceito de organização criminosa: art.1º, § 1º, III, da Lei nº 12.850/13.**

A Lei 12.850/2013, cuja redação se pretende alterar, define a organização criminosa como uma associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada, e caracterizada pela divisão de tarefas. É definida, ainda, pela finalidade delitiva desse agrupamento, considerado ilícito, nos termos da lei, porque atua com o objetivo de obter vantagens mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Em contraposição, o novo artigo permite a caracterização de organizações criminosas como qualquer associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, e que (i)

tenham objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos; ou (ii) sejam de caráter transnacional; ou (iii) se utilize de "força de intimidação do vínculo associativo" para adquirir de modo indireto o "controle sobre atividade criminal ou sobre atividade econômica".

O problema está nesse último inciso, notória inovação.

Uma quantidade não desprezível de atividades que detêm um poder de ofensividade reduzido ou questionável (quando comparadas com o rol exemplificativo enumerado no próprio inciso) pode ser, em tese, incluída nessa conceituação: pense-se nos grupos de camelôs ou vendedores ambulantes que disputam alguns logradouros movimentados ou certos espaços como locais de atuação exclusiva em razão de sua capacidade de retorno econômico. Na relativa organização necessária do que a criminologia denomina de "bazar das ilicitudes", em contexto de falta de emprego e precarização do trabalho, a redação proposta pode vir a criminalizar a pobreza, que se move na ilegalidade por determinação econômica. Seria preciso, portanto, lapidar essa redação, para excluir as intenções compatíveis com a luta por reconhecimento de direitos do âmbito da criminalização primária e secundária.

O mesmo pode se dizer para grupos de prostitutas, artistas de rua, guardadores de carros ("flanelinhas") e pedintes em geral. Se algum desses grupos apresentar qualquer tipo de mínima coordenação ou divisão de tarefas, a possibilidade de caracterização típica se mantém. A falta de cuidado na redação do artigo permite um alto nível de discricionariedade do julgador e, portanto, de desproporcionalidade e injustiça.

Isto é, com a nova redação, como demonstrado acima, pretende-se ampliar esse conceito através da inclusão de novos elementos do tipo: "se valham 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...”. Além disso, continua com a seguinte formulação “como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias, ou outras associações como localmente denominadas”.

Há que se destacar que a redação proposta por Moro leva a crer que os grupos discriminados na redação do inciso III não estariam enquadrados na redação vigente. Porém, observa-se o contrário: são associações estruturalmente ordenadas, com divisão de tarefas, criadas para a obtenção de vantagens mediante a prática de crimes.

Apesar da possibilidade de serem enquadradas na descrição atual do crime de organização criminosa, os grupos citados já estão tipificados no Código Penal, através do artigo 288-A, criando um conflito de normas no tocante ao crime de integrar milícia privada.

Porém, ainda mais preocupante é o esvaziamento técnico do conceito de organização criminosa. Isso porque, ao desconsiderar a exigência que, para ser tipificada como tal, a organização criminosa deve ser voltada à prática de crimes, exclui-se a ofensa a direitos alheios como objeto da criminalização. Isto é, pune-se o mero perigo abstrato de se utilizar da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir controle sobre atividade criminal ou econômica. Ignora, nesse caso, a função do bem jurídico como critério de criminalização e objeto de proteção do Direito Penal<sup>57</sup>.

Essa indeterminação fere o princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, XXXIX, que proíbe leis indeterminadas, já que “leis penais indefinidas ou obscuras favorecem interpretações judiciais idiossincráticas e impedem ou dificultam o

---

57 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal Parte Geral. 7 ed. Florianópolis. Empório do Direito, 2017, p. 16.

conhecimento da proibição, favorecendo a aplicação de penas com lesão do princípio da culpabilidade”<sup>58</sup>.

As consequências dessa indeterminação e da ausência de um bem jurídico delimitado são claras, como alertado por Renato SILVEIRA e Beatriz CORRÊA, “a descrição é tão difusa que dá a impressão de tratar de um crime contra a ordem econômica. Constitui, nesse sentido, mais uma janela para expandir a criminalização da atividade empresarial e político-partidária”.<sup>59</sup>

Assim, criminaliza-se a mera associação, o vínculo remoto às organizações citadas no inciso, ou qualquer outra que esteja à margem da legalidade, como descrito anteriormente. Ou seja, pretende-se adotar um tipo de responsabilidade objetiva, ignorando a verdadeira participação do sujeito da hierarquia da organização.

Não obstante todos os problemas técnicos apresentados, o projeto ignora também a realidade das prisões brasileiras. Isso porque é notório que tais facções dominam o ambiente carcerário, de modo que muitas vezes os presos sequer podem optar por integrar ou não determinada facção, posto que sua sobrevivência dependeria disso. Nas palavras de BITENCOURT:

“A prisão é uma fábrica de delinquentes, sendo impossível alguém nela entrar e de lá sair melhor do que entrou! Até para sobreviver nesse meio altamente criminógeno o indivíduo é obrigado a optar de imediato por uma facção criminosa, que é o vestibular para o crime. Não há alternativa: opta ou morre! E aqui fora nossos ingênuos legisladores qualificam, majoram ou criminalizam a simples conduta formal de integrar facção

---

58 Idem, p. 25.

59 DE MELLO JORGE SILVEIRA, Renato, CORRÊA CAMARGO, Beatriz. Organização criminosa sem crime? Observações críticas sobre a proposta de reforma pelo Projeto de Lei Anticrime. Boletim Jurídico IBCCRIM. Nº 317. 2019. p. 13.

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

criminosa, como se fosse possível voluntariamente permanecer fora dela no interior das prisões.”<sup>60</sup>

Não bastasse o exponencial crescimento da população carcerária, o Estado não possui número compatível de funcionários para evitar a adesão às facções. Conforme pesquisa feita em 2007, a proporção de agentes prisionais por preso, que era de 1 para 2,17 em 1994, passa para 1 para 4,99 em 2006<sup>61</sup>. Considerando somente os agentes penitenciários, de fato responsáveis pela custódia dos presos a proporção é ainda mais discrepante, com 1 agente para 7,3 presos, de acordo com dados levantados em 2011<sup>62</sup>.

Dessa forma, a proposta carece de constitucionalidade, por ofensa ao art. 5º, XXXIX, principalmente com as expressões “atividade criminal” e “atividade econômica”, ignora inevitável conflito normativo decorrente da sua aprovação, e, mais grave ainda, carece de elementos aptos a justificarem sua tipificação, como é a condição de prática de crimes graves ou transnacionais na redação atual. Por fim, ignora também a realidade carcerária, conforme demonstrado acima.

A medida deve, por força, ser rejeitada.

## **28. Criminalização do caixa dois: art. 350-A, Lei nº 4.737/1965 (novo tipo legal no Código Eleitoral)**

A proposta apresentada por este artigo é praticamente cópia do Projeto de Lei 4850, de relatoria do Ministro Onyx Lorenzoni.

---

60 BITENCOURT, Cezar Roberto. Nas prisões brasileiras, o mínimo que se perde é liberdade. CONJUR. 2017.

61 Adorno, Sergio; Salla, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Estudos Avançados* (21), v. 61, p. 7-29, 2007.

62 Dias, Camila N. C. Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de São Paulo. Departamento de Sociologia. São Paulo: USP, 2011.

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Como bem destacou Adriano Teixeira, falta-lhe a conexão normativa com algum delito contra a administração pública, cujos anseios levaram à proposta das 10 medidas contra a corrupção, incorporadas no projeto analisado. Em outras palavras:

“A incriminação de manutenção de contabilidade paralela em partido político assemelha-se muito mais a uma infração administrativa-eleitoral, agora alçada a delito, consistente na sonegação à autoridade fiscalizadora (a Justiça Eleitoral) das reais informações contábeis”.<sup>63</sup>

De fato, a redação do artigo não permite concluir que ele se destine à perseguição ou prevenção de condutas afetas à corrupção, e poderá propiciar uma caça sem precedentes aos pequenos correligionários, que fazem pequenas doações por afinidade sentimental ou política. Isso poderá deflagrar como consequência indireta um processo de concentração econômica no campo político-eleitoral, eliminando as pequenas candidaturas, especialmente porque as grandes doações (ou aquelas feitas por grandes corporações) de forma ilícita também dispõem geralmente de mais *know-how* burocrático para a sua dissimulação.

Não obstante, a nova redação apresenta uma pena superior à pena do art. 350 do Código Eleitoral, que é atualmente utilizada para fins de condenação pelo crime de caixa dois. Pela justificativa de combate à corrupção, Moro busca afastar a aplicação de institutos como a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95 e a limitação à substituição do processo, prevista no art. 44 do Código Penal.

O próprio Ministro afirmou que o crime de caixa dois é menos grave que o crime de corrupção<sup>64</sup>. E não só, a própria exposição de motivos destaca a menor importância deste crime, posto que somente seria aplicada “se o fato não constituir

<sup>63</sup> TEIXEIRA, Adriano. **Proposta de Moro para criminalizar caixa 2 não cumpre o que promete.** Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/20/opinion/1550692943\\_807869.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/20/opinion/1550692943_807869.html)

<sup>64</sup> Ver: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/02/pior-que-corrupcao-para-juiz-moro-caixa-2-e-crime-menos-grave-para-moro-ministro.shtml>.

crime mais grave”. Ora, por que inviabilizar a aplicação de institutos tão caros à redução da superlotação carcerária para um crime reiteradamente apequenado.

Nesse sentido, correta a avaliação do Instituto dos Advogados Brasileiros, ao afirmar que “a aplicação de penas alternativas, tais como prestações pecuniárias, principalmente, por se tratar de crime que envolve “valores estimáveis em dinheiro” seria suficiente para punição daquela conduta”.<sup>65</sup>

Não é preciso tratar da contradição performática do Sr. Ministro da Justiça, evidente na comparação com suas antigas opiniões no exercício da magistratura. A proposta de criminalização é, em si, deficiente e, em contrapartida, parece indicar a atipicidade de uma série de condutas condenadas como corrupção no passado, sem falar na renúncia do projeto original das “10 Medidas”, que agora padecem no esquecimento por conta da troca de interesses à frente do Executivo Federal.

#### **IV. Considerações finais**

Os erros dos Projetos de Lei apresentados pelo Sr. Ministro da Justiça podem ser explicados por diversos motivos.

Inicialmente, o desrespeito à técnica jurídico-penal, afirmado publicamente na declaração de que não levou em conta o saber jurídico no momento de elaborar o Projeto, ao desprezar o previsível descontentamento dos professores e pesquisadores em Ciências Criminais em relação ao Projeto.<sup>66</sup> De fato, para alguém que merece o título de Professor, com doutorado ou formação superior na área, parece mesmo impossível defender o projeto, considerando a magnitude e frequência dos equívocos presentes no texto, sem falar na evidente inadequação da

---

<sup>65</sup> GONÇALVES, Carlos Eduardo. Parecer da Comissão Permanente de Direito Penal. Instituto dos Advogados Brasileiros. 2019.

<sup>66</sup> “Buscamos efeitos práticos, não para agradar professores de direito, de processo penal”, em [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/04/politica/1549311947\\_740805.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/04/politica/1549311947_740805.html)

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

proposta, em geral, com o sistema de normas constitucionais, penais e processuais penais brasileiro. Trata-se, assim, de iniciativa *tecnicamente inepta*.

Em segundo lugar, pela valorização da vulgar “prática forense” em detrimento aos critérios científicos que orientam a moderna teoria do fato punível e as regras de imputação do devido processo legal. O enaltecimento dos “práticos” (no caso, agentes da repressão: policiais, promotores e juízes afins à lógica punitivista) significa reduzir a teoria à prática, isto é, rebaixar o padrão técnico do saber jurídico-penal àquilo que a burocracia jurídica tem vontade de fazer, mas não pode, em função de limitações constitucionais e legais que reproduzem o mínimo consenso liberal em relação à extensão da competência punitiva estatal. Os projetos são, nesse sentido, realização de uma vontade explícita por aumento de poder do sistema de justiça criminal em detrimento às garantias cidadãos, marcados que são por forte *corporativismo* do Judiciário e do Ministério Público.

Os Projetos são especialmente frustrantes do ponto de vista político-criminal. Produto da limitadíssima experiência e formação intelectual do antigo juiz em segurança pública, insiste na fórmula simplista – basicamente aumento de pena e do rigor processual contra o acusado – que tem sido historicamente incapaz de prevenir a prática de ações violentas. Aposta em mera e grosseira política penal, voltada à repressão estéril, para questões criminológicas complexas, que merecem estudo aprofundado, algo somente possível mediante a convocação de uma Comissão de notáveis pesquisadores e inúmeras audiências públicas, seguida de cuidadosa e técnica redação integrada com experiências em curso e normas em vigência. Um trabalho que exigiria tempo – e que, por isso, impediria a iniciativa de ser vendida como panaceia emergencial para justificar ações em poucos dias de governo.

O Projeto fere a moralidade pública, nesse sentido, porque é ardiloso, ao escamotear mais amplos interesses de poder por meio de pequenas (ou nem tanto) e não justificadas alterações no texto legal. É o caso de minúsculas alterações no

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

texto – às vezes, a supressão de apenas uma palavra – que mudam completamente o sentido de certas normas vigentes, em favor dos interesses dos agentes da repressão e contra a cidadania. Nesse ponto, também é possível afirmar que os Projetos desrespeitam as incontáveis e sólidas contribuições de professores e pesquisadores em iniciativas legislativas de maior fôlego, especialmente no longo e árduo processo de construção de um futuro – e acusatório – Código de Processo Penal, em relação ao qual este pretendido pacote de modificações está em diametral oposição.

Por fim, os três Projetos do Sr. Ministro da Justiça são irresponsáveis do ponto de vista criminológico. Ao contrário de se dirigir com seriedade e humanidade ao sistema carcerário nacional, prefere ignorar o dilema ético essencial do tempo presente, o maior crime contra a humanidade em curso no Brasil, para oferecer como resposta o recrudescimento de uma estrutura em colapso. Apesar do encarceramento em massa, propõe agravamento do regime de cumprimento das penas privativas de liberdade, aumento de penas, redução ou aumento na frequência de interrupção dos prazos prescricionais – ainda a principal causa de absolvição no país –, antecipação do momento de início do cumprimento da sentença condenatória e diminuição de recursos contra a arbitrariedade estatal. Além disso, mesmo diante dos terríveis índices de letalidade e mortalidade policial, oferece um discurso apologético ao incremento da violência contra a clientela preferencial dos processos de criminalização e morte executados ou justificados pelos agentes da repressão.

Talvez, considerando o conjunto das modificações propostas, exista espaço para o elogio somente em relação ao artigo 309-A, do Código de Processo Penal, que permite deixar de realizar o flagrante em caso de evidente hipótese de justificação. Entretanto, isso já é plenamente possível atualmente, basta incorporar à prática a teoria bipartida do fato punível, considerando ser requisito necessário da tipicidade aparente o tipo de injusto aparente. Mas é muito pouco para justificar a discussão de

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

todos os problemas que traz a iniciativa, comprometida menos com a liberdade do cidadão e mais com as pretensões punitivas do Estado.

Assim, sem mais necessidades de considerações, esse é o Parecer apresentado ao ilustre Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

De São Paulo para Brasília, em 07 de março de 2019,



**Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter**

Professor Doutor da graduação e pós-graduação do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo

Professor convidado dos Programas de Pós-Graduação da Universidade de Westminster, em Londres, da Universidade de Kent, em Canterbury, da Universidade Autónoma Latinoamericana de Medellin, da Universidade San Carlos da Guatemala e da Hamburg Universität.

Pós-Doutor em Política Criminal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná, com estágio de pesquisa doutoral na Universität Hamburg

Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná

Langzeitgäst no Max-Planck Institut für Internationales Strafrecht

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal

Coordenador do Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais

Coordenador do Setor de Amicus Curiae do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Vice-Presidente do Instituto de Criminologia e Política Criminal

Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros

### **Bibliografia citada**

Associação de Juízes para a Democracia. Crítica da AJD ao pacote “anti-crime” do ministério da justiça e segurança pública.

Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter  
Professor de Criminologia e Direito Penal  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Crime Organizado**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 42, 2003.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Tirant lo Blanc, 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIACOMUZZI, Vladimir. **A retroatividade e a suspensão do prazo da prescrição penal**. In: FAYET Jr., Ney (coord.). Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos. Porto Alegre: LAE, 2018.

GRECO, Luís. **Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no 'Projeto de Lei Anticrime'**. In: Jota.info.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, João Rafael. **Medidas Para Alteração das Regras do Julgamentos dos Embargos Infringentes**. In: Página do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico - IBDPE.

ROIG, Rodrigo. **A aplicação da pena**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TANIGUTI, Bárbara; LUCCHESI, Guilherme. **Medidas Para Aumentar a Efetividade do Tribunal do Júri**. In: Página do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico - IBDPE.

TEIXEIRA, Adriano. Proposta de Moro para criminalizar caixa 2 não cumpre o que promete. In: <https://brasil.elpais.com/>

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **"Crime Organizado": uma categorização frustrada**. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará, ano 1, n.1, 1996

ZILIO, Jacson L. **Legítima defesa**. In: Teoria do Delito. Curitiba: Juruá, 2012.