

NOTA TÉCNICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM FACE DO PACOTE DE SUGESTÕES LEGISLATIVAS APRESENTADAS EM 04 DE FEVEREIRO DE 2019 PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Considerando os objetivos institucionais da Defensoria Pública da União de primar pela dignidade humana e redução das desigualdades sociais, promover o Estado Democrático de Direito, lutar pela prevalência dos direitos humanos e pelo respeito ao devido processo legal, notadamente quanto à ampla defesa e o contraditório, vem a Instituição expor suas considerações técnico-jurídicas acerca das intituladas “medidas anticrime”.

PREMISSAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS QUE EMBASAM A PROPOSTA DE REFORMA LEGISLATIVA NO CAMPO DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

O Projeto de lei 882/19, de iniciativa do Poder Executivo Federal, estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa, e acena para o tempo de endurecimento no combate ao crime no Brasil¹.

Percebe-se que a diretriz adotada vai ao encontro de diversos movimentos legislativos de enfrentamento ao crime e aos processos de criminalização que se expandem gradual e permanentemente em terras pátrias a partir da segunda metade do século XX².

Sucede que a referida amostragem legislativa, embevecida no caldo cultural das diversas matrizes criminológicas colocadas em práticas, não apenas revela o descompasso e fragmentação das ciências penais, como evidencia a incongruência legislativa no campo da política criminal brasileira, implicando em manifesto confronto com a opção do constituinte originário de 1988 no campo da funcionalidade penal e em exponencial crescimento da população carcerária do país.³

É nesta mesma escalada do processo de expansão da Política Criminal - com ênfase na Política Penal centralizada na pena de prisão - que a novel proposta legislativa mostra sua roupagem.

Das medidas anticrime, da forma como apresentadas, prontamente identificam-se suas pautas justificantes de controle social, marcadamente atuantes nos países latino-americanos: a uma, pelo combate ao crime pela retribuição da pena pela

¹ Da exposição de motivos se extrai que “a finalidade as reformas que ora se propõem visam dar maior agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas, quando impostas”.

² Cito, à título exemplificativo, os seguintes diplomas legislativos: lei nº 7209 e 7210/84, lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a lei nº 9714/98, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a lei nº 10792/03, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a lei nº 12403 de 2011, a lei nº 12433 de 2011 a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

³ Em números atualizados do relatório de 2017 do levantamento anual de informações penitenciárias (INFOPEN) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, extrai-se que o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, com 726.712 (setecentos e vinte e sei mil, setecentos e doze) presidiários, segundo dados coligidos até junho de 2016.

via do castigo; a duas pela tentativa de prevenção de crimes pela intimidação da exasperação penal; a três, pela neutralização amorfa de indivíduos no sistema prisional.

É preciso ser dito que os anseios de mudança nos rumos da polícia nacional brasileira não são excludentes do ideal de combater a impunidade pela prevenção de crimes, com a devida aplicação da lei penal, de modo a restabelecer a ordem jurídica⁴.

Este compromisso, entretanto, não pode conspurcar direitos e garantias fundamentais, bem assim, pautado por um processo constitucional de individualização da pena (art.5 XLVI, CF), não pode descurar de seu núcleo essencial e intransponível: propiciar condições de reintegrar os indivíduos privados de liberdade na sociedade livre⁵.

Com estas considerações de caráter principiológico iniciamos a abordagem das principais propostas de alteração dos diplomas legislativos, sem antes ponderar: em que medida “as medidas anticrime” se propõem a cumprir com a função prioritária da pena estabelecida pelo Constituinte de 1988, pelos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário e pela própria legislação nacional de regência?

1. PLEA BARGAIN

A DPU concorda com a implantação do “plea bargain” no Brasil seguindo a orientação do *Centro de Estudios de Justicia de las Americas* (CEJA – OEA).

A implantação do “plea bargain” é uma necessidade inadiável do ordenamento jurídico brasileiro, porque:

- a. aproxima o procedimento de conhecimento do sistema acusatório estabelecido pela Constituição de 1988.
- b. valoriza os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo, a partir da técnica da oralidade e da imediatividade do procedimento baseado em audiências.
- c. Enseja a economia processual, na medida em que uma parcela significativa de casos é solucionada pelo instituto do acordo e um número pequeno de casos penais chega a efetivamente à audiência de instrução e julgamento.

No entanto, não é consentâneo com a Constituição de 1988, nem adequado ao alcance dos fins pretendidos pela reforma a simples importação isolada do instituto do “plea bargain” e sua inserção no Código de Processo Penal Brasileiro de matriz marcadamente inquisitória⁶. **Há problemas a enfrentar antes para a implantação da**

⁴Da exposição de motivos da Lei de execução Penal (LEP), observa-se que as funções penais eleitas – a despeito de se comprometer a reprimir e prevenir crimes, seguem a teoria dialética de Claus Roxin, quando esclarece que as penas se destinam à proteção dos bens jurídicos e à reincorporação do autor à comunidade. Logo, revelam-se as funções de prevenção geral e especial positivas aclamadas pelo mestre alemão.

⁵ Desde o emblemático julgamento do HC 82.959/SP restou ampliado o âmbito de proteção do direito à individualização estampado no art. 5º, inciso XLVI da Constituição. Com efeito, o conceito de individualização da pena não mais fica restrito apenas ao campo de atuação do legislador, em abstrato, e ao juiz, em concreto, a mera dosimetria da sanção penal. De fato, seguindo amplo entendimento doutrinário, a individualização constitucional da pena alarga seu suporte fático para, também, cumprir o papel fundamental de individualizar a execução da pena.

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

proposta de “plea bargain” no Brasil. Destacam-se dois problemas de particular importância:

I – O déficit estrutural crônico da Defensoria Pública Brasileira e a precariedade da figura do Advogado Dativo.

II – O risco de reforço à matriz inquisitória do CPP 1941 e afastamento da matriz acusatória da Constituição de 1988, caso a reforma seja parcial e ignore a lógica do procedimento penal de audiências, tal como sugerido pelo CEJA – OEA e implantado concretamente em vários países latino-americanos.

Sobre o déficit estrutural crônico da Defensoria Pública Brasileira e a precariedade da figura do Advogado Dativo, cabe arrolar alguns dados:

a) Há um déficit de cerca de 6.000 Defensores Públicos no Brasil⁷

b) A DPU está ausente de 70% das cidades onde há vara federal⁸

c) Há aproximadamente 650 cargos vagos de Defensor Público Federal⁹ sem perspectiva de preenchimento mediante concurso público

d) Mesmo no âmbito federal, a maior parte dos investigados e acusados é constituída de pessoas sem condições de contratar Advogado.

e) O Advogado Dativo exerce múnus público a título precário, sem controle da qualidade do serviço desempenhado, e onera o orçamento do Judiciário Federal

Sobre o risco de reforço à matriz inquisitória do Código de Processo Penal de 1941 e afastamento ainda maior da matriz acusatória da Constituição de 1988, isso ocorrerá se a reforma for parcial (mera importação do instituto com sua alocação na sistemática atual do CPP) e ignorar a lógica do procedimento penal de audiências, preconizada pelo CEJA-OEA. O modelo acusatório de processo penal para a América Latina inclui necessariamente:

a) Um procedimento de conhecimento, centrado na técnica da oralidade e no contato imediato entre os atores processuais, parciais e imparcial, exigindo deles preparo antecipado para a realização das audiências. Nas audiências se opera a efetiva reconstrução do caso penal, permitindo a supressão dos tempos “mortos” do procedimento, a resolução ou convalidação imediatas de eventuais vícios de procedimento, a fixação clara de pontos controvertidos, o expurgo de provas obtidos por meios ilícitos, a redução drástica da necessidade de manejo de recursos, com conseqüente celeridade procedimental e aumento da sensação de efetividade jurisdicional sistêmica.

b) Um Judiciário afastado por completo da gestão das provas e voltado, em especial nas audiências de custódia e intermediária (na qual se operam os institutos de negociação, despenalização e descarcerização), para a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos envolvidos.

c) Um Ministério Público cuja ação se baseia no princípio da oportunidade, e não da obrigatoriedade, para promover o filtro investigativo e a racionalização dos recursos escassos na melhor e mais efetiva persecução penal possível.¹⁰

⁷ <https://noticias.r7.com/sao-paulo/brasil-tem-deficit-de-seis-mil-defensores-publicos-diz-estudo-15062018>

⁸ <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/ivdiagndefenspublicav9.pdf/view>

⁹ Lei 12.763/2012

¹⁰ Como consta, por exemplo, do artigo 170 do Código de Processo Penal Chileno, Lei 19.696, de 12/10/2000: “Artículo 170.- Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no

d) Defensoria Pública assegurada para todos os acusados necessitados, como consectário lógico da garantia à ampla defesa, que se expressa, simultaneamente, como direito fundamental, regra de funcionamento do sistema processual penal e exigência constitucional e convencional dos Estados¹¹.

É possível aventar propostas para a solução dos problemas jurídicos identificados, sem cuja solução se inviabiliza a adoção do “plea bargain” em conformidade com a Constituição de 1988 e com os objetivos propostos.

Quanto ao déficit crônico de Defensores Públicos no Brasil, a EC 80/2014 estabeleceu no ADCT (artigo 98) prazo até 2022 para que a União e os Estados lotassem um Defensor Público em toda vara estadual ou federal onde se encontre um Juiz. Todavia, em relação à Defensoria Pública da União, a EC 95/2016 inviabilizou a interiorização da DPU e o preenchimento dos cerca de 650 cargos vagos de Defensor Público Federal, ao vedar crescimento do orçamento da Instituição Autônoma para além do limite de correção inflacionária do ano anterior.

A solução aventada, para o caso da Defensoria Pública da União, dependeria do acréscimo do § 3.º ao artigo 98 do ADCT permitindo um sutil, mas imprescindível crescimento anual do orçamento da DPU e sua consequente interiorização minimamente estruturada. Sob o ponto de vista jurídico, trata-se de compatibilizar a EC 80/2014, que caracteriza um inegável avanço democrático do acesso ao Direito pelas pessoas necessitadas, com a EC 95/2016, que, se não refinada em relação à Defensoria Pública e ao Acesso à Justiça, incide na proibição do retrocesso social. O artigo 90 do ADCT passaria a ter a seguinte redação:

comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma. Ley 20931 Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una Art. 2 N° 15 decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. D.O. 05.07.2016 Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile - www.leychile.cl - documento generado el 08-May-2019 Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal. La decisión que el juez emitiere en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal. Una vez vencido el plazo señalado en el inciso tercero o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del ministerio público. Conociendo de esta reclamación, las autoridades del ministerio público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare. La extinción de la acción penal de acuerdo a lo previsto en este artículo no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.”

¹¹ BINDER, Alberto; CORDERO, Luis; HARTMANN, Mildred (colaboraron Juan Enrique Vargas, Cristián Riego, Mauricio Duce y Cristián Hernández. Un primer borrador del mismo fue discutido en un taller realizado en la sede de CEJA el 9 de septiembre de 2005, con la presencia de Stella Maris Martínez (Argentina), Ileana Arduino (Argentina), Leandro de Aguiar Barbosa (Brasil), Rodrigo Quintana (Chile), Leonardo Moreno (Chile), Pablo Ortiz (Chile), Martha Iris Muñoz (Costa Rica), Alejandro Álvarez (PNUD) y las personas antes mencionadas). **Manual de Defensoria Penal Pública para América Latina y el Caribe**. ISBN: 956-8491-09-0. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Providencia Santiago, Chile. www.cejamericas.org.

Art. 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: (...)

Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 3.º Para cumprimento do disposto no caput e no § 1.º deste artigo e nos artigos 106 a 114 do ADCT pela Defensoria Pública da União, além da correção já prevista, assegura-se anualmente o acréscimo não inferior a 8% e não superior a 10% do limite individualizado da despesa primária, fixada no inciso II do § 1.º do artigo 107 e no artigo 108 do ADCT, excluindo-se deste limite fundo próprio de aparelhamento e capacitação profissional.

Quanto ao risco de reforço à matriz inquisitória do CPP 1941, a incidir em inconstitucionalidade, frente ao sistema acusatório de processo penal instituído pela Constituição de 1988, é real, caso a reforma seja parcial (mera importação e inserção do instituto na lei brasileira), e ignore a lógica do procedimento penal de audiências.

A inadequação das formas de acordo já existentes no Brasil, previstas em lei (transação penal, dentre outras) e recentemente até em Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (Resoluções 181/2017 e 183/2018, ambas questionadas em duas ADIs em tramitação, 5790 e 5793) é evidente, porque justamente não realizadas sob o paradigma de um sistema adversarial vero e próprio, senão que conforme a matriz inquisitória, com evidente desigualdade entre as partes e impossibilidade de negociação. Há um arremedo de negociação, um acordo imposto, travestido de democrático, mas que atualmente é voltado apenas para expandir ainda mais o poder punitivo estatal.

Fundamental sempre lembrar as palavras de Geraldo Prado:

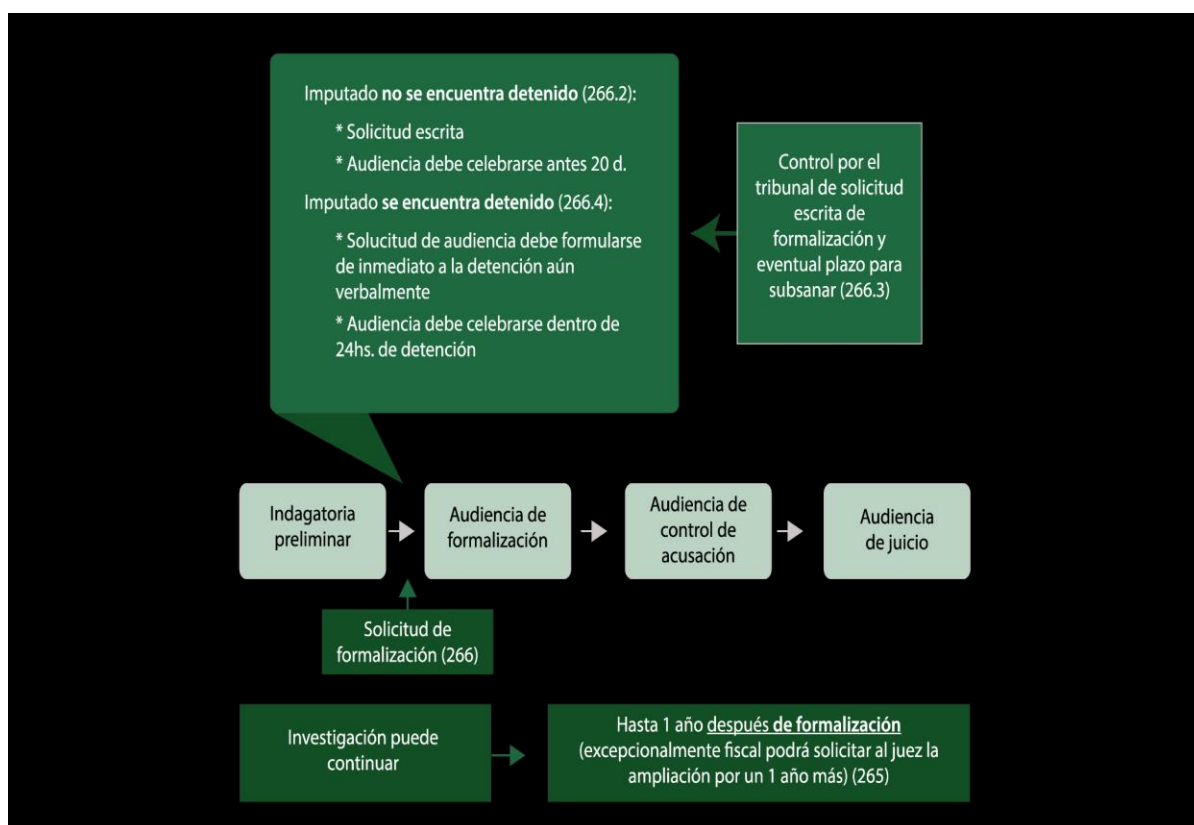
o processo penal consensual tem essa capacidade ideológica de fazer com que no discurso acadêmico e no discurso dos tribunais medidas como a transação penal, que é o método pelo qual alguém aceita sofrer uma pena sem que o Estado demonstre a responsabilidade penal, seja vista como um direito.

Em síntese, você tem o direito de ser punido e de ser apenado sem que provem que você é culpado, sem que demonstrem a sua responsabilidade. Esse consenso é absolutamente artificial, exatamente por essa nossa fraca memória, por essa nossa incapacidade de enxergar quem são os sujeitos concretos do processo penal e compreender a partir de uma série de categorias, que nós usamos muito bem na política e na economia, mas que não conseguimos usar no direito, que determinados grupos e classes sociais estão em posição inferiorizada e fragilizada e que não se produz consenso entre sujeitos que estão em posição desigual. Neste caso os 'consensos' são impostos e são impostos com a técnica ideológica de fazer com que o escravo reivindique o direito de ser escravo: nos dois casos, com a verdade absoluta e sem verdade alguma nós caminhamos reproduzindo um modelo de processo penal que os globalizadores querem.

[...] Em suma, a ideia geral que me propus a trazer aqui, focaliza a dissolução das garantias em um processo em que o juiz desacerta nas funções de pesquisa da verdade, supostamente para ser responsável perante a comunidade, mas que na realidade o faz como um sujeito de política de segurança pública, enquanto também se dissolvem as garantias por meio de um processo sem qualquer tipo de cognição, no qual os mecanismos de um consenso são

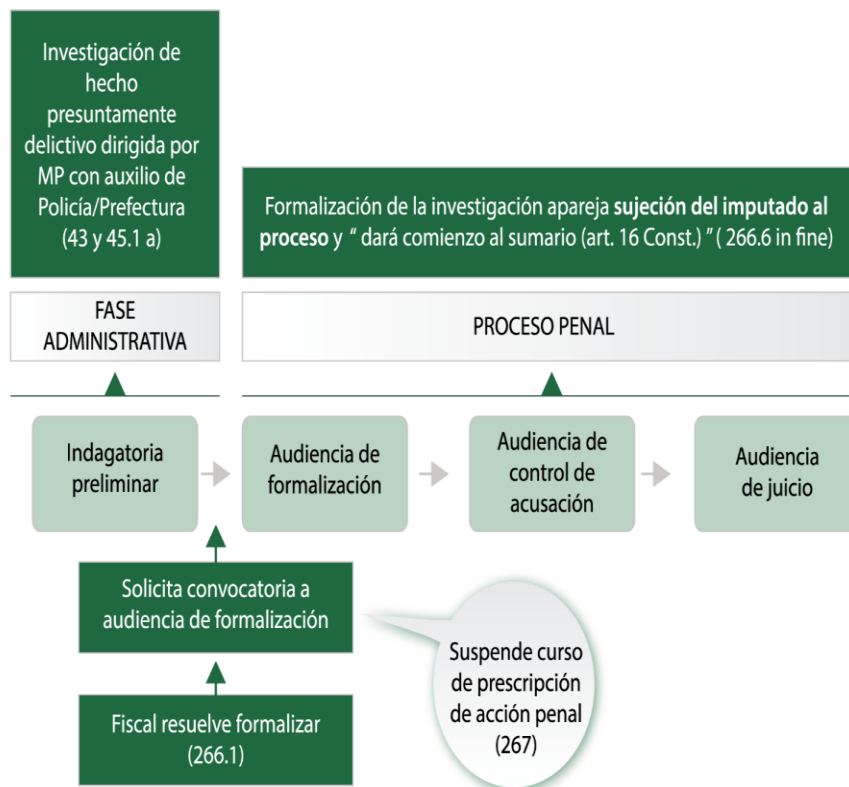
impostos sem que nós saibamos se o sujeito social concreto tem condição de dialogar, de participar do diálogo, se os excluídos têm condições de se comunicar, para que o consenso seja possível. Não há consenso de cima para baixo; o que há é ditadura.¹²

A saída é a adoção do modelo de processo acusatório estudado e endossado pelo *Centro de Estudios de Justicia de las Americas* (CEJA – OEA), implantado normativamente com êxito no Chile, no Uruguai, na Nicarágua, no México e em outros países latino-americanos. As consequências perceptíveis dessa refundação sistêmica do procedimento penal, necessária ao acolhimento do “plea bargain”, são a valorização dos princípios constitucionais do processo penal, a garantia de Defesa efetiva para todo investigado ou acusado, a priorização de uma solução penal de consenso entre as partes e a maior celeridade no julgamento dos casos penais graves e de maior repercussão, em que não se mostra possível qualquer forma de acordo descarcerizador ou despenalizador. Segue o exemplo gráfico do modelo uruguaio, extraído de obra especializada¹³.



¹² PRADO, Geraldo. Mesa 3: o processo penal das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado e o retorno à prevalência da confissão – da subsistência da tortura aos novos meios invasivos de busca de prova e à pena negociada. In: KARAM, Maria Lucia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 165-166; 169. Ver, ainda, PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹³ Asociación de Magistrados del Uruguay (org.). **Estudios sobre el Nuevo Proceso Penal – implementación y puesta in práctica**. Fundación de Cultura Univesitaria – FCU: Montevideo, 2017. P. 344-345.



Feitas essas considerações, analisamos pontualmente o texto do Projeto de lei em comento, sobre o tema dos acordos de pena, como segue:

(a) Art. 28-A

Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

* Exigência de confissão circunstancial antes do oferecimento da proposta de barganha:

- violação do princípio do contraditório como simétrica paridade (art. 5.º, LIV e LV, da CRFB);

- imprestabilidade processual da “confissão circunstanciada” se não se chegar ao acordo de não persecução;

* Transferência do juízo sobre o que seja “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime do judiciário (jurisdição mediante processo) para o Ministério Público (oferta da consciência do acusador): mesma redação dos artigos 44, III, e 59, CP.

* Crime sem violência e pena máxima inferior a 4 anos: alcance restritíssimo. Exclusão da quase totalidade dos crimes de drogas, que não possuem a

violência ou a grave ameaça na redação típica e constituem o fundamento do encarceramento de cerca de ¼ dos atuais presos no país.

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

* Clientela majoritária do sistema penal: pobres, sem condições de efetuar a reparação do dano à vítima.

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

* A Constituição proíbe o confisco (art. 150, IV, CRFB), salvo nas hipóteses do artigo 243, caput e parágrafo único, CRFB.

* A perda de bens (art. 5.º, XLVI, b, CRFB) é um eufemismo para confisco, sobretudo se o acusador tem a prerrogativa de escolher (sem devido processo) quais bens simbolizam instrumento, produto ou proveito do crime.

* Confisco disfarçado de pena principal ou alternativa e não jurisdicionalizado. Transferência decisória do juízo (processualizado) ao acusador, que indica o que sejam instrumentos, produto ou proveito do crime.

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

* Local indicado pelo Ministério Público: violação de contraditório. Transferência decisória do juízo (processualizado) ao acusador.

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

* Entidade indicada pelo Ministério Público: violação de contraditório. Transferência decisória do juízo (processualizado) ao acusador.

* Bens jurídicos iguais ou semelhantes aos lesados: realidade carcerária brasileira de cerca de 700 mil presos, 25% dos quais por crimes contra o patrimônio e 25%, por crimes de drogas.

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

* “outra condição indicada pelo Ministério Público”: violação ao princípio constitucional da reserva legal em matéria de estabelecimento de penas (art. 5.º, XXXIX e XL, CRFB)

* Proporcionalidade e compatibilidade solipsistas. Transferência decisória do juízo (processualizado) ao acusador.

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

§ 2º Não será admitida a proposta nos casos em que:

I - for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

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

** Direito Penal do autor, não do fato (reincidência, conduta criminal habitual, reiterada ou profissional), incompatível com o marco do constitucionalismo democrático*

III - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

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

** Transferência decisória do juízo (processualizado) ao acusador.*

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

§ 4º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor.

** Controle extravagante (desprocessualizado) das partes pelo julgador, por juízos indeterminados (solipsistas) de “inadequação” ou “insuficiência” das condições celebradas.*

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

** Aplicação de pena sem devido processo (art. 5.º, LIV e LV, da CRFB).*

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso III do §2º.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. Não corre a prescrição durante a vigência de acordo de não-persecução.” (NR)

(b) Art. 395-A

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

** Aplicação de pena sem devido processo (art. 5.º, LIV e LV, da CRFB). Fetice da justiça célere. Negativa de instrução. Direito à prova integra o direito à ampla*

defesa. Preocupação com os escaninhos cheios do judiciário (mais caro do mundo na relação com o PIB), não com a efetividade do processo (implantação dos direitos fundamentais do processo).

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

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

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

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

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

** Que significa “rápida solução do processo”? Punição rápida?*

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

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

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

** A vítima é ouvida ou decidem sua vida sem consultá-la (sobrevitimização)?*

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o acusado na presença do seu defensor.

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

** Aplicação de pena sem devido processo. Condenação sem devido processo.*

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

** Aplicação de pena sem devido processo. Condenação sem devido processo.*

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

** Por que semelhante dispositivo não consta do acordo de não persecução (art. 28-A, CPP)?*

§ 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá

incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

* Direito Penal do autor, não do fato, incompatível com o marco da democracia constitucional.

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

Em conclusão, apesar de a DPU ser a favor dos mecanismos de justiça negociada, a redação original do PL vai de encontro à matriz acusatória da Constituição de 1988, sendo necessário adequá-lo à lógica do procedimento penal de audiências, centrado na técnica da oralidade e no contato imediato entre os atores processuais (juiz, promotor e defesa), tal como sugerido pelo CEJA – OEA. Para isso, é necessário solucionar o déficit estrutural crônico da Defensoria Pública Brasileira e atentar às observações pontuais acima propostas.

2. A LEGÍTIMA DEFESA

A pena é a mais grave forma de intervenção do Estado na esfera de liberdade do cidadão. Justamente porque o Direito Penal concretiza o uso estatal da violência, tem ele uma inegável face política¹⁴. O Direito Penal liberal é o modelo típico do Estado de Direito. Nesse modelo, o poder de punir do estado (ou melhor, o uso estatal da violência) está limitado, entre outros, pelos princípios da legalidade estrita, da subsidiariedade, da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Assim, o Estado só está autorizado a intervir com o uso das forças policiais (ou de segurança) quando prévia e estritamente autorizado por lei escrita e certa, quando nenhum outro método de solução de conflitos for viável e apenas para coibir lesão ou ameaça de lesão grave aos bens jurídicos mais socialmente relevantes.

Conter os arroubos autoritários e totalitários desse Estado Policial que convive no interior do Estado de Direito é, pois, a função das normas fundamentais que disciplinam o uso estatal da violência, descritas especialmente na Constituição e na lei penal. Essa limitação ao poder de punir deve ocorrer, sobretudo, nos momentos de criação e de interpretação da lei penal e estará orientada pelos princípios anteriormente mencionados.

Além da função política de contenção do uso estatal da violência, a dogmática penal tem por escopo reduzir o arbítrio judicial e conferir segurança jurídica (previsibilidade) na aplicação das normas penais. O princípio da legalidade certa tem, assim, uma dupla função dogmática. Ele limita a aplicação da analogia em prejuízo do cidadão e, sobretudo, direciona a confecção da própria lei penal, proscrevendo o uso (e o abuso) de conceitos abertos, incertos, indeterminados, ambíguos.

A presente nota técnica se debruça sobre hipóteses que estão sendo catalogadas como de legítima defesa e, por essa razão, imprescindível exame mais detalhado de seus requisitos.

¹⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 9.

A legítima defesa pode ser compreendida como uma autorização excepcional do Estado para a tutela por um particular de um bem jurídico com o sacrifício de um outro. Na visão de José Cerezo Mir, essa categoria jurídica tem um duplo fundamento: o primeiro é a necessidade de defender os bens jurídicos das pessoas diante de uma agressão e o outro é o de defender o próprio ordenamento jurídico¹⁵.

Nos termos do art. 25 do Código Penal brasileiro, entende-se em legítima defesa aquele que repele injusta agressão atual ou iminente a direito seu ou de outrem, usando moderadamente os meios necessários.

Por agressão, compreende-se uma comissão (comportamento humano) lesivo a bens jurídicos. A agressão, para justificar a legítima defesa, há de ser injusta, isto é, não autorizada pelo Direito, e atual (estar acontecendo) ou iminente (prestes a acontecer). A legítima defesa é sempre uma reação caracterizada pela imediatidade. Não é possível um ataque para evitar suposta agressão futura e eventual nem um contra-ataque após o fato, que represente a mera vingança.

Exige-se, ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, que essa reação seja proporcional. Não será, portanto, toda reação a uma injusta agressão que estará justificada, permitida. Se há um abuso dos meios necessários ao afastamento da agressão ou, ainda, se são utilizados meios excessivos, além dos que seriam necessários, então, não poderá ser a reação qualificada como legítima defesa¹⁶.

Destaque-se, ainda, que, para Cerezo Mir, quando a agressão ilegítima recai sobre bens jurídicos supraindividuais, que não impliquem ao mesmo tempo ataque a bens jurídicos cujo portador seja um indivíduo, caberia invocar apenas a causa de justificação do estado de necessidade, ou, se quem atua é a autoridade ou um de seus agentes, a excludente de atuar no cumprimento de um dever legal ou no exercício regular de um direito, quando for o caso¹⁷.

Estabelecidos esses pontos de partida dogmáticos, examinemos as propostas de modificação legislativa atinentes à legítima defesa.

O chamado “projeto de lei anticrime” pretende a inclusão de um parágrafo no art. 23 do Código Penal e de um parágrafo com dois incisos no art. 25 do mesmo diploma legal. Segundo o projeto de lei sob exame o parágrafo único do art. 23 do Código Penal tornar-se-ia parágrafo primeiro e seria acrescido o parágrafo segundo a esse dispositivo. Confira-se o teor dessa proposta de modificação:

Art.23 [...]

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

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

Há ainda a proposta de inclusão de um parágrafo único no art. 25 do Código Penal, que passaria a ter a seguinte redação:

Art.25[...]

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

¹⁵ MIR, José Cerezo. **Curso de derecho penal español**. Parte general. Madrid: Tecnos, 2001, p. 207.

¹⁶ Ainda que a exigência de estrita proporcionalidade na legítima defesa não seja consensual no pensamento penal, as expressões “moderadamente” e “meios necessários” e a punibilidade do excesso, em nosso ordenamento, parecem ter positivado sim essa exigência entre nós com requisito para configuração do instituto. Na Itália, o texto legal (art.52) prevê expressamente exigência de proporcionalidade: “*sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa*”. Cf.: MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**. Parte generale. Padova: CEDAM, 2007, p. 254.

¹⁷ MIR, José Cerezo. **Curso de derecho penal español**. Parte general. Madrid: Tecnos, 2001, p. 209.

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

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

Por último, propõe-se uma mudança no Código de Processo Penal, acrescentando-se o art. 309-A com o seguinte texto:

Art. 309-A. Se a autoridade policial verificar, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, que o agente manifestamente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Código Penal, poderá, fundamentadamente, deixar de efetuar a prisão, sem prejuízo da investigação cabível, registrando em termo de compromisso a obrigatoriedade de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revelia e prisão.

Em comum, observa-se o recurso a expressões ambíguas e conceitos indeterminados, que contrariam o princípio da legalidade estrita/certa e que apenas contribuem para aumentar o arbítrio judicial e a insegurança jurídica.

A primeira proposta de modificação diz respeito às hipóteses de excesso doloso ou culposo na eventual prática de condutas que poderiam estar justificadas pelas causas de exclusão da antijuridicidade. De acordo com o projeto, o juiz poderia aplicar a pena pela metade ou mesmo deixar de aplicá-la quando o excesso fosse decorrente de um “escusável medo, surpresa ou violenta emoção”.

Saltam aos olhos, mesmo em uma primeira leitura, a indeterminação das expressões empregadas e a ampla margem de decisão concedida aos juízes (da redução pela metade da pena até a completa impunidade). Ainda que outros ordenamentos jurídicos, como o alemão e o português, prevejam hipóteses semelhantes, fato é que tanto lá como aqui, medo, surpresa e violenta emoção são estados psíquicos que dificilmente podem ser comprovados ou infirmados durante a instrução processual. Há poucos sentimentos mais subjetivos que o medo. Além disso, como aferir se a emoção vivenciada pelo agente no momento em que praticava a conduta excessiva era violenta e escusável?

Nesse ponto, o projeto pode contribuir para uma ampliação desmedida e impune da violência urbana. O caso recentemente divulgado de um vigilante de supermercado em São Paulo que matou uma pessoa, mesmo depois de estar ela imobilizada e de não haver mais ameaça a qualquer bem jurídico, bem ilustra o tipo de conduta que o projeto pode estimular. Como poderia o Ministério Público demonstrar em eventual ação penal que aquele vigilante não estava sob violenta emoção ou que não estava com medo? Do mesmo modo, a violência doméstica pode acabar sendo estimulada com o projeto. A surpresa da traição conjugal ou a violenta emoção por ela provocada, por exemplo, será uma escusa para o excesso na reação?

A proposta de modificação do art. 25 do Código Penal, que se refere mais especificamente à legítima defesa, padece dos mesmos defeitos e é a que pode provocar os efeitos mais nocivos.

Luís Greco, examinando a proposta, afirmou que ela é ou supérflua ou nociva: “porque, corretamente entendidas, repetem o que já diz o caput; ou nocivas, porque induzem a uma compreensão diversa, que, na sua pior versão, conferem licenças para matar e transplantam para a legítima defesa a lógica do direito de guerra”¹⁸.

¹⁸ GRECO, Luís. Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no “Projeto de Lei Anticrime”. **Jota**, 07 fev. 2019, disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise->

De fato, em uma primeira análise da proposta, a exegese mais técnica e bem intencionada revelaria que os preceitos que se pretendem acrescentar ao art. 25 nada mais seriam do que meras explicitações do conteúdo do *caput* desse dispositivo. Tratar-se-ia, assim, de mera regulação da aplicação da legítima defesa, agora e mais especificamente, para policiais e agentes das forças de segurança, em contexto de conflito armado ou de crimes com reféns. A mudança seria, desse modo, supérflua, pois as regras gerais da legítima defesa já são corriqueiramente aplicadas às ações policiais, sobretudo, na cultura processual – ainda não eliminada – dos “autos de resistência”, discutida mais adiante.

Se a legítima defesa é válida para todos (policiais, inclusive) e se já vem sendo reconhecida na *práxis* judicial às forças policiais e de segurança pública, a explicitação é, de fato, supérflua. Mais uma vez as palavras de Luís Greco são elucidativas:

Os acréscimos soam, assim, tão despropositados quanto acrescentar ao extenso rol do art. 5º da Constituição Federal um inciso de conteúdo “o agente policial ou de segurança pública, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, tem direito à vida, à integridade física, à propriedade etc.”¹⁹

Com efeito, o projeto prevê na redação proposta para o parágrafo único do art. 25 que sejam “observados todos os requisitos do *caput*”. Assim, para que um policial pudesse justificar a sua conduta violenta ou lesiva a bens jurídicos, precisaria demonstrar, em qualquer caso, que estava diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, e que usou moderadamente dos meios necessários para repeli-la, a fim de proteger direito próprio ou alheio. Nada de novo haveria na proposta, segundo essa interpretação, o que a tornaria mesmo supérflua.

Por outro lado, ao utilizar o verbo “prevenir” no lugar de “repelir”, a modificação legislativa poderia dar margem a uma interpretação efetiva e excessivamente perigosa. Poder-se-ia admitir, então, que o legislador brasileiro passou a admitir a legítima defesa nas situações em que o policial, mesmo antes de iniciado estágio de iminência da agressão injusta, atua de forma violenta para “prevenir” uma futura e imaginada agressão. Seria a mais expressa licença para matar.

Note-se que, na hipótese do inciso I, não seria preciso sequer a demonstração da existência real do conflito armado, pois seria suficiente a sua iminência. Além disso, o termo “previne” pode legitimar suposições incontroláveis de agressões iminentes e, desse modo, autorizar a violência policial indiscriminada.

Por fim, o projeto de lei prevê a inserção do art. 309-A no Código de Processo Penal que discrimina uma hipótese de concessão de liberdade diretamente pela autoridade policial nos casos em que ela identificar que a conduta do agente está justificada por uma manifesta causa de exclusão da ilicitude.

Mais uma vez a utilização de expressões ambíguas ou indeterminadas contribui para o arbítrio e para a insegurança jurídica. O dispositivo só permite a concessão da liberdade quando se verificar que o agente “manifestamente” praticou o fato nas condições descritas no art. 23 do Código Penal. A questão, então, passa a ser como controlar racionalmente e assegurar previsibilidade para as decisões quando o juiz

sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019>. Último acesso em 10/03/2019.

¹⁹ GRECO, Luís. Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no “Projeto de Lei Anticrime”. **Jota**, 07 fev. 2019, disponível 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>. Último acesso em 10/03/2019.

houver que responder à seguinte questão: em que hipóteses se verifica a *manifesta* legítima defesa ou o *manifesto* estado de necessidade?

Não bastasse a violação ao princípio da segurança jurídica, a proposta ataca ainda a reserva de jurisdição. Com efeito, o controle sobre a legalidade da prisão em flagrante e a decisão sobre a conversão dessa prisão em prisão preventiva ou ainda sobre a concessão da liberdade ou sobre a aplicação de medida cautelar alternativa são de competência, em regra, do juiz, nos termos do art. 310 do próprio Código de Processo Penal. Somente em crimes menos graves, com pena máxima inferior a quatro anos, é que se admite que possa a autoridade policial fixar a fiança como medida cautelar para a concessão da liberdade.

Ao admitir que a própria autoridade policial decida quando o fato foi “manifestamente” praticado sob as condições de exclusão da ilicitude, a proposta concede sem amparo constitucional o exercício de função típica da jurisdição à autoridade policial, o que pode afetar, no limite, a imagem de todo o sistema de justiça ao se conceder a liberdade a pessoas que praticou fatos graves sob condições que só a investigação criminal poderá elucidar.

Vê-se, pois, que as modificações propostas não devem mesmo prosperar, seja porque, na melhor das hipóteses são supérfluas, seja porque padecem de vícios técnicos que não proporcionam a previsibilidade exigida pelo princípio da legalidade certa, seja, ainda, porque, no contexto sócio-histórico-político brasileiro, são excessivamente nocivas.

Ademais, outro viés de análise é fundamental: os riscos de ampliação da letalidade policial são reforçados especialmente se considerados o aspectos políticos e históricos-sociais que contextualizam a formalização do projeto de lei anticrime.

A história recente da militarização da polícia foi bem narrada por Maria Pia Guerra. Ela esclarece, por exemplo, como as Forças Armadas, após o golpe militar de 1964, passaram a interferir diretamente na organização das polícias, ainda que estas permanecessem como órgãos vinculados à estrutura administrativa dos estados, em um processo que ficou conhecido como “federalização da segurança”²⁰. O Decreto-lei federal nº 317/67 reorganizou as polícias e passou a prever expressamente a interferência do Exército nessas instituições. Houve, a partir de então, uma valorização cada vez maior do “policimento militar em relação ao policiamento civil”²¹. Para essa autora, um dos principais legados do modelo militarizado no sistema de controle das polícias foi o distanciamento da sociedade civil, o que dificultou uma limitação democrática do uso da força física nas atividades da polícia, abrindo espaço para que a cultura autoritária de defesa da ordem permanecesse mesmo após o período de transição²².

²⁰ GUERRA, Maria Pia. **Polícia e ditadura**: a arquitetura institucional da segurança pública de 1946 a 1988. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016, p. 16. Para uma revisão bibliográfica sobre estudos policiais nas ciências sociais, confira-se interessante levantamento realizado por Jacqueline Muniz, Haydée Caruso e Felipe Freitas: Confira-se: MUNIZ, Jacqueline; CARUSO, Haydée; FREITAS, Felipe. Os estudos policiais nas ciências sociais: um balanço sobre a produção brasileira a partir dos anos 2000. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica**, São Paulo, n. 84, p. 148-187, abr. 2018, p. 169.

²¹ *Ibidem*.

²² GUERRA, Maria Pia. **Polícia e ditadura**: a arquitetura institucional da segurança pública de 1946 a 1988. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016, p. 124-130. Nas palavras da autora: “São gerações de profissionais que constroem um espírito de corpo quase autorreferente, habituados a conviver com padrões violentes”. *Idem*, p. 125.

A Constituição da República de 1988 estabelece em seu art. 144 apenas diretrizes gerais sobre as atribuições de cada uma das forças policiais²³. Não há, pois, um padrão único no país de atuação dessas forças, que se tornam mais suscetíveis a variações na política de segurança do governo de ocasião e às suas estratégias de atuação.

Como registra Zaffaroni, os membros das agências executivas, especialmente das agências militarizadas, são pessoas frequentemente recrutadas entre os segmentos mais baixos da sociedade, “dos mesmos setores nos quais se produzem a vitimização e a criminalização”²⁴. A relação dessas agências com a população é, assim, permeada por sinais ambíguos: ao mesmo tempo em que, de um lado, confia-se a elas o trabalho de estar na linha de confronto direto com a violência urbana, almejando que assumam o perfil de justiceiros de filmes de ficção e representem o “ethos guerreiro”; de outro, a carreira é subvalorizada, frequentemente mal equipada e vista com desconfiança por casos noticiados de corrupção, extorsão e truculência²⁵.

A alta taxa de letalidade é, de fato, uma marca que não pode ser ocultada na ação da polícia militar em nosso país. Segundo o Anuário de Segurança Pública no Brasil, em 2017, 5.129 pessoas foram mortas por intervenção de policiais (civis e militares), em serviço ou fora dele²⁶. Na edição de 2014 desse Anuário de Segurança Pública no Brasil, afirma-se que, entre 2009 e 2013, 11.197 pessoas foram mortas pelas polícias brasileiras, o que seria equivalente ao total de pessoas mortas pela polícia dos EUA em 30 anos (de 1982 a 2012)²⁷. De acordo com essa mesma fonte de dados, em

²³ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 138.

²⁵ Nas palavras de Zaffaroni: “as classes médias latino-americanas vêem o policial como um emergente das classes carentes e, frequentemente, têm preconceitos raciais a seu respeito”. *Idem*, p. 139. Esse autor esclarece, ainda, a situação de isolamento social em que normalmente se encontra o policizado: “O homem perde as referências dos grupos originários aos quais pertencente, que passam a estranhá-lo e a trata-lo com certa desconfiança; os grupos médios não o aceitam e, em geral, o desprezam; as cúpulas o ameaçam com sanções administrativas, se não se submeter às práticas corruptas, ao mesmo tempo em que lhe impõem discursos moralizantes; simultaneamente, a conduta ideal, que o reprovam por não assumir (e que corresponde à de herói produzido pela ficção transnacionalizada), é a de um psicopata”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 139.

²⁶ FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Anu%C3%A1rio.pdf Último acesso em: 13 set. 2018.

²⁷ FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014. http://www.forumseguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf Último acesso em 13 set. 2018. Não é fácil estabelecer comparações com outros países, especialmente pela dificuldade na produção e da pouca confiabilidade dos dados sobre o tema produzidos no Brasil. De qualquer sorte, Renato Sérgio Lima *et al.*, citando dados apresentados por Loche, afirmam que, enquanto nos EUA, as mortes de civis decorrentes da intervenção policial representariam 3,6% do total de homicídios dolosos registrados; aqui,

2013, o total de pessoas mortas pelas polícias, no serviço e fora dele, foi de 2.202, dos quais 1.158 foram executadas por policiais militares em serviço²⁸.

Estimulada por uma espetacularização cotidiana da violência em jornais de grande audiência, a pressão social por segurança pública acaba traduzindo-se frequentemente em um investimento maior em policiamento ostensivo (homens fardados, fortemente armados, com suas viaturas nas ruas), e menor na polícia civil, responsável pela investigação criminal e pela condução de inquéritos. Até 2016, em todo o país, seriam 425.248 policiais militares contra 117.642 policiais civis²⁹. Em relatório apresentado pela ENASP (Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública), uma das estratégias de curto prazo sugeridas para o aperfeiçoamento da prevenção e da repressão aos crimes de homicídio, por exemplo, foi justamente incentivar um maior equilíbrio nos investimentos entre as duas forças policiais, a sugerir que, atualmente, o desequilíbrio é mesmo uma realidade problemática³⁰.

Nesse quadro, é incumbência da Polícia Militar, formalmente, as atribuições de policiamento ostensivo nas ruas, sendo responsável, em larga medida, pela execução das prisões em flagrante e, por conseguinte, por dar início ou acionar o funcionamento concreto do sistema de justiça criminal. Ela se torna, assim, simbolicamente, os olhos e os braços do aparelho de vigilância estatal e, por isso mesmo, é através de suas atividades que filtros de seletividade discriminatórios podem ser mais facilmente percebidos³¹.

Em pesquisa voltada para examinar a dinâmica institucional sobre a construção da condição de suspeito nas ações da Polícia Militar relativas ao uso e tráfico de drogas em três cidades (Brasília, Salvador e Curitiba), Evandro Piza Duarte *et al.* perceberam um fenômeno identificado como expressão de um subjetivismo semelhante ao da filtragem racial. Para esses pesquisadores, na construção da condição de suspeito em abordagens policiais, “o subjetivismo relaciona-se com um amplo espaço de discricionariedade” e também “com um conjunto de informações que confirmam e reforçam estereótipos sociais sobre grupos sociais e lugares”. Apesar do caráter exploratório da pesquisa, eles concluem que “a referência aos sinais exteriores de

em cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, por exemplo, esse índice seria de 11,8% e de 15,6%, respectivamente. LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública. **Revista Direito FGV**, São Paulo, vol. 12, n. 1, p. 49-85, mar./abr., 2016, p. 53. Confira-se também a tese de Orlando Zaccone, na qual ele apresenta o fenômeno da “judicialização da morte” com os autos de resistência: D’ÉLIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida**: a forma jurídica de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Niterói: UFF, 2013, p. 95. Ver ainda a dissertação de Taiguara de Souza: SOUZA, Taiguara Líbano Soares. **Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente**: a biopolítica dos autos de resistência. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: PUC, 2010.

²⁸ FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Ocorrências Letais - tabelas**. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/tableau-ocorrencias/> Último acesso em 13 set. 2018.

²⁹ Cf.: LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública. **Revista Direito FGV**, São Paulo, vol. 12, n. 1, p. 49-85, mar./abr., 2016, p. 54.

³⁰ ENASP. **Relatório Nacional de Execução da Meta 2**: um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012, p. 70.

³¹ Uma das cinco teses de Alessandro de Giorgi é a de que “não há fim para o Estado penal sem uma reforma radical do policiamento”. Para o autor: “a luta contra violência policial tem que ser uma luta não só para descolonizar nossas cidades do policiamento militarizado, da vigilância *high-tech* e das muitas outras práticas excludentes do estado penal, porém, mais importante, para recuperar o controle comunitário sobre a polícia”. DE GIORGI, Alessandro. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, p. 37.

pertencimento à dada classe social e a dado grupo raça/cor como critérios de suspeição surgem do conjunto da análise”³².

Essas pesquisas ilustram como racismo sobre o qual se estruturou nossa sociedade historicamente se reflete ainda hoje como algo “enraizado em nossa mente”, como critério quase intuitivo sobre os locais e o perfil daqueles que carregam consigo (em seus corpos) marcas consideradas suspeitas ou perigosas.

A afirmação de que a tortura é um método de investigação recorrente e incorporado à atividade policial no Brasil pode parecer exagerada, mas é bem ilustrada na pesquisa desenvolvida no curso de seu doutorado por Marcelo Barros Correia, ele mesmo um delegado de polícia, que posteriormente converteu-se no livro *Polícia e Tortura no Brasil: conhecendo a caixa das maçãs podres*³³.

Ele entrevistou delegados e agentes de polícia de Pernambuco e de outras capitais brasileiras. Se muitas das pesquisas relatórios produzidos sobre a tortura policial no Brasil escutaram primordialmente a voz das vítimas, Barros ouviu a voz de alguns perpetradores da tortura. Para ele, a tortura constitui uma “práxis policial, uma espécie de técnica de investigação, considerada por muitos como dotada de certo grau de ‘eficiência’ na resolução de crimes e como fonte de benefícios profissionais aos torturadores”³⁴. Ele considera, ainda, que a tortura não poderia ser explicada no Brasil apenas por um determinismo histórico, mas que deveria ser compreendida como resultado de uma assimilação provocada pela existência de uma “cultura organizacional” que a estimularia³⁵.

Embora Marcelo Barros Correia reconheça, na narrativa histórica que promove no início de sua pesquisa, que a tortura no Brasil é uma “herança maldita” que antecede em séculos o período da ditadura militar, identificando-a com o período colonial, como já mencionado, ele não pretendia na pesquisa encontrar em variáveis históricas a chave explicativa para a persistência da tortura entre nós. Ele optou nitidamente por buscar na teoria da cultura organizacional, em teorias do comportamento e na teoria econômica do delito as categorias que poderiam auxiliar na resposta à pergunta: por que os policiais continuam torturando?

Sem desconhecer a importância que essa cultura organizacional tem para a perpetuação da prática da tortura entre os policiais brasileiros, uma hipótese diversa ou, ao menos, complementa é possível. Não se pode negar que essa cultura organizacional é forjada no contexto de uma sociedade que tentou ocultar o racismo através do discurso

³² Cf.: DUARTE, Evandro Piza *et al.* Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? anotações sobre a dinâmica de preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: LIMA, C.; BAPTISTA, G.; FIGUEIREDO, I. S. (Orgs.). **Segurança pública e direitos humanos: temas transversais**. Brasília: Ministério da Justiça; Senasp, 2014, p. 115. Outros pesquisadores também fazem essa correlação. Por todos, confira-se: RAMOS, Sílvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 44-49. Veja-se ainda: ARANDAS, Wagner Solano de. **O racismo institucional contra os negros na Polícia Militar**. Dissertação de mestrado. João Pessoa: UFPB, 2010. Para uma perspectiva histórica, examinando um período determinado da formação da polícia e de sua atuação no início da República brasileira vide a obra já referida neste trabalho: VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife do início do século XX**. Tese de doutorado. Brasília, UnB, 2018.

³³ CORREIA, Marcelo Barros. **Polícia e tortura no Brasil: conhecendo a caixa das maçãs podres**. Curitiba: Appris, 2015. Tivemos acesso apenas ao livro na sua versão *e-book*. Nessa versão, os capítulos são separados em tópicos com paginação autônoma. Assim, as indicações das páginas se referem ao número da página dentro do tópico/capítulo.

³⁴ CORREIA, Marcelo Barros. **Polícia e tortura no Brasil: conhecendo a caixa das maçãs podres**. Curitiba: Appris, 2015, p. 2 (introdução).

³⁵ *Idem*, p. 6-31 (capítulo 3).

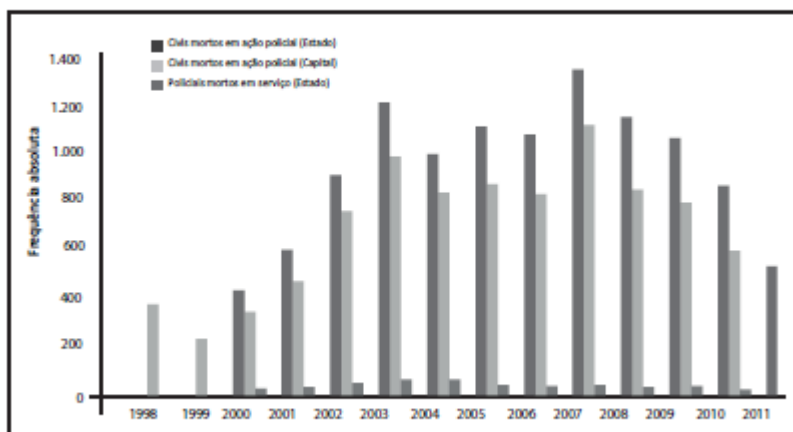
da democracia racial e, por não o ter enfrentado adequadamente, permitiu (e continua permitindo) a sua sobrevivência ao fim do colonialismo formal com ações policiais truculentas predominantemente voltados para os bairros periféricos onde vivem os negros e os pobres³⁶.

Não se nega que policiais também sejam vítimas da violência urbana. Entretanto, o que parece ser um dos objetivos do Projeto de lei é dar aos policiais um maior respaldo legislativo para empreender a ampliação do uso da “letalidade para defender a população”. A premissa assumida nesse discurso (de que existe pouco respaldo legal e judicial a essas ações policiais), não encontra qualquer amparo em dados da realidade.

Como revelou pesquisa desenvolvida por Michel Misse e sua equipe, os anteriormente denominados “autos de resistência” por muitos anos constituíram-se em procedimentos que já conferiam o respaldo para a letalidade policial³⁷. Nesses procedimentos, já se reconhecia a “manifesta” ocorrência da legítima defesa ante a agressão atual ou iminente injusta praticada por pessoas que supostamente ofereciam resistência às ações policiais. A pesquisa revelou também que, como regra, os policiais já respondiam em liberdade ao procedimento, o que indicaria que também não haveria novidade no art. 309-A do projeto.

Ainda de acordo com a pesquisa realizada por Michel Misse³⁸, a triste relação dos mortos é a seguinte:

Gráfico 1 - Civis suspeitos mortos pela polícia e policiais mortos em serviço: estado e capital do Rio de Janeiro: 1998-2011. Frequência absoluta



Fontes: ISP-RJ e NECVU-UFRJ

Pesquisa mais recente, realizada pela Ouvidoria da Polícia do estado de São Paulo, revelou o perfil das vítimas (prediletas) da letalidade policial:

Dados da Pesquisa revelam que 99% das vítimas da letalidade policial ou eram analfabetos ou tinham Ensino Fundamental e Ensino Médio, ou seja, pelos dados de escolaridade pode-se inferir que eram pobres (que confrontaram os agentes do

³⁶ Para uma visão semelhante, confira-se: REIS, Vilma. **Atuaciados pelo Estado**: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações, 1991-2011. Dissertação de mestrado. Salvador: UFBA, 2005.

³⁷ MISSE, Michel. Relatório final de pesquisa: “Autos de resistência: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana da UFRJ, 2001. Disponível em: <http://www.pm.es.gov.br/download/policiainterativa/PesquisaAutoResistencia.pdf>. Acesso em 10 mar. 2019.

³⁸ MISSE, Michel *et al.* Letalidade policial e indiferença legal: a apuração judiciária dos ‘autos de resistência’ no Rio de Janeiro (2001-2011). **Dilemas: Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social**, n. 1, p. 43-71, 2015, p. 47.

estado com arma de fogo ou não), o que implica dizer que o uso da força letal por policiais não é aleatório, ela tem foco, nas ações de flagrante delito, na população pobre, em especial nas periferias, sobretudo os jovens negros. [...] Analisando o perfil das vítimas fatais da letalidade policial desta Pesquisa, verifica-se que 65% eram negras e 66% ou eram menores ou com idade até 25 anos³⁹.

E a maior parte dos casos em que houve morte provocada por policiais os crimes investigados não envolviam necessariamente ameaça direta à vida de pessoas. O mesmo relatório da Ouvidoria de São Paulo concluiu que:

Quando analisamos os tipos de delitos cometidos pelas vítimas e que motivaram a letalidade policial pesquisada pela Ouvidoria da Polícia em 2017, 73% envolveram furto e roubo e roubo de veículos e motos (que a polícia chama de “caráter geral”), o que dialoga com a referência histórica da polícia em atuar em defesa do patrimônio⁴⁰.

Além da nocividade da proposta de reforma legislativa em comento revelada por esses dados, é também inegável a sua inconveniência.

Com feito, o Brasil foi recentemente condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos justamente pelas execuções extrajudiciais praticadas impunemente por agentes de segurança pública. A alta letalidade das polícias foi reconhecida como um problema estrutural. A decisão da Corte no caso *Cosme Rosa Genoveva e outros (Favela Nova Brasília) x Brasil* destacou que a violência policial é uma violação de direitos humanos no Brasil, em especial no Rio de Janeiro, que atinge predominantemente jovens, negros, pobres e desarmados. Ao revés de ampliar o uso da letalidade policial, como parece pretender o presidente, a Corte determinou que sejam estabelecidas metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial⁴¹.

A práxis procedimental dos “autos de resistência” e de seus assemelhados, contudo, também foi julgada pela Corte como contrária aos princípios da Convenção Americana de Direitos Humanos. O tópico “E.3” da sentença aqui comentada dedica-se justamente ao tema da “extinção dos autos de resistência e redução da letalidade policial”.

O projeto de lei anticrime, destarte, ao contribuir – ainda que, na melhor das hipóteses, apenas simbolicamente – para ampliar a letalidade policial e dificultar a apuração de eventuais execuções extrajudiciais – com a utilização de causas de justificação indeterminadas e repletas de conceitos ambíguos e dotados de excessivo subjetivismo – viola a Constituição (art. 1º, III, e art. 5º, *caput*) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º e 25), devendo ser, ao menos nos pontos comentados, rejeitada.

Em resumo: o projeto de lei anticrime no tópico sobre a legítima defesa, como demonstrado, padece de dois vícios técnicos. O texto sugerido para os arts. 23 e

³⁹ OUVIDORIA DA POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Pesquisa sobre o uso da força letal por policiais de São Paulo e vitimização policial em 2017**. São Paulo: SSP, 2018, p. 53-54.

⁴⁰ *Idem*. Confira-se também: ANISTIA INTERNACIONAL. **‘Você matou meu filho’**: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Publicação própria, 2015.

⁴¹ Confira-se o item 322 da sentença: “Não obstante isso, ante a gravidade dos dados apresentados pelas partes no presente processo, sobre a alta letalidade da ação da polícia no Brasil, especialmente no Rio de Janeiro, a Corte determina que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial. A Corte supervisionará essa medida e poderá determinar medidas adicionais ou suplementares durante a supervisão do cumprimento desta Sentença, caso os objetivos dessa medida, ou seja, a redução da letalidade policial, não sejam comprovados”. CIDH. Caso *Cosme Rosa Genoveva e outros (Favela Nova Brasília) x Brasil*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf Último acesso em 11 mar. 2017.

25 do Código Penal e para o art. 309-A do Código de Processo Penal está repleto de conceitos indeterminados e contribui fortemente para a imprevisibilidade na aplicação judicial da lei, o vai de encontro à função da lei penal técnica e adequadamente orientada. Além disso, na melhor das hipóteses (isto é, se interpretado o texto sugerido de acordo com a exegese empreendida por Luís Greco), as modificações em questão são supérfluas, porque não revelam nenhuma novidade na forma como o Código Penal e o Código de Processo Penal já vêm sendo interpretados e aplicados em nosso país.

Por outro lado, demonstrou-se que o projeto não pode se isolado dos contextos político, históricos e sociais em que foi produzido. Deduz-se objetivamente do discurso adotado pelo presidente da República que a *mens legislatoris* é ampliar a letalidade policial. O Brasil já tem, por um lado, uma história de violência policial elevada e de uma cultura de letalidade que estrutura o uso estatal da força. Além disso, não fatal respaldo do sistema de justiça a essas ações. O que se observa, em verdade, é que a prática tolerante e inaceitável dos chamados “autos de resistência” persistiu mesmo após a mudança eufemística da nomenclatura.

Assim, por caminhar no sentido oposto ao do que determinado pela Corte Interamericana e também por conferir uma proteção insuficiente ao direito à vida especialmente de pessoas jovens, pobres e negras de nosso país, potenciais assistidos da Defensoria Pública da União, imperioso é concluir que o projeto de lei anticrime é, no ponto aqui examinado, inconstitucional e inconveniente.

3. RECRUESCIMENTO DOS CRITÉRIOS PARA CUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

(a) Medidas para endurecer o cumprimento das penas

No tocante ao endurecimento do cumprimento das sanções penais, a proposta legislativa envida esforços, de forma nada inédita no cenário jurídico pátrio, para engessar o cumprimento da pena em regime prisional fechado, ainda que de forma inicial.

Para tanto, o projeto de lei sugere o acréscimo do §5º ao art.33 do CP, com a seguinte redação:

“§ 5º No caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo”.

Sucedo que, a despeito de ser possível a fixação de regime inicial mais severo do que o previsto pela quantidade de pena, tal postura judicial não prescinde de fundamentação idônea a demonstrar que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao início da reprimenda penal em regime mais brando.

A propósito, este é o entendimento das Súmulas 718 e 719 do STF e Súmula 440 do STJ. A lembrar:

SÚMULA 718

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

SÚMULA 719

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

SÚMULA 440 - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Com efeito, o simples fato da conduta criminal ser habitual, reiterada ou profissional - que por si só reveste-se de ampla margem interpretativa - não confere o dever de iniciar a pena em regime fechado, sob pena de comprometer a garantia fundamental à individualização da pena em sua segunda etapa, a saber na dosimetria judicial em concreto.

E mais.

Tal imposição, ainda que ressalve a insignificância de infrações pretéritas ou do reduzido potencial ofensivo, premiará o aumento exponencial de indivíduos reclusos em regime fechado para cumprimento de penas, como por exemplo, de detenção (regime prisional semiaberto e aberto) e para crimes sem violência e grave ameaça cometidos por reincidentes ou de forma habitual, reiterada ou profissional.

É de se ver que tal medida atenta contra o estado de coisas inconstitucionais que campeiam o universo prisional brasileiro, conforme já sinalizado e declarado pelo

Supremo Tribunal Federal, por conta do julgamento cautelar da ADPF 347, cujo apelo ao legislador é no sentido diametralmente oposto à indigitada propositura legislativa.

Para além destes questionamentos argumentativos, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido da inconstitucionalidade da fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena com base exclusivamente no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990.⁴²

A propósito do tema, segue outro julgado da Suprem Corte:

“O regime inicial nas condenações por crimes hediondos ou equiparados (tráfico de drogas, v.g.) não tem que ser obrigatoriamente o fechado, podendo ser também o regime semiaberto ou aberto, desde que presentes os requisitos do art. 33, § 2º, b) e c), do Código Penal (STF, HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/06/2012)”.

Portanto, é de fácil entendimento que a imposição imediata de regime prisional fechado - nem mesmo aceita indistintamente para crimes hediondos - não pode, com mais razão, alcançar toda sorte de tipos penais.

Pelo exposto, a proposta padece de inegável vício de constitucionalidade neste ponto.

No tocante ao §6º da propositura legislativa que altera o art.33 do CP, tratando dos crimes mais caros à administração pública, propõe-se igual medida arrostada na fundamentação estabelecida para o §5º, a saber, o engessamento do início de cumprimento da pena no regime fechado, “salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis”.

Com efeito, melhor sorte não resta ao §6º, porquanto, da mesma forma, padece de vício material de inconstitucionalidade.

Por fim, o mesmo raciocínio serve para enfrentar a sugestão de acréscimo do §7º ao art.33 do CP, de modo que, da mesma forma, padece a propositura de vício de inconstitucionalidade.

(b) Período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semiaberto antes da possibilidade de progressão.

No campo da dosimetria da pena, a proposta prevê, na primeira etapa da individualização judicial, quando da aferição das circunstâncias judiciais pelo magistrado sentenciante, a possibilidade de ser estipulado um período mínimo de cumprimento da pena em regime inicialmente fechado ou semiaberto, antes de se invocar o direito à progressão de regime prisional.

Citamos, in verbis, a proposta de inclusão de parágrafo único ao art.59 do CP:

⁴² Trata-se do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1052700, de relatoria do ministro Edson Fachin, com repercussão geral reconhecida e mérito julgado pelo Plenário Virtual. Na oportunidade, fixou-se a seguinte tese de repercussão geral:

“É inconstitucional a fixação ex lege, com base no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal”. (Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1052700, Rel. Min. Edson Fachin. 16.11.17)

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

Trata-se de inovação no sistema legislativo brasileiro, no qual insere-se no sistema progressivo da pena a possibilidade de um juízo discricionário de modulação da fração penal a ser cumprida inicialmente em regime fechado antes da possibilidade de progressão de regime prisional, ainda em fase cognitiva de aplicação da pena.

É sempre bom lembrar que a individualização da pena se desenvolve, segundo maciço entendimento doutrinário, em três etapas: primeiramente cabe ao legislador fixar a previsão dos tipos penais e sua cominação conforme se revelem adequados e suficientes para a reprovação e prevenção de crimes, inaugurando a etapa legislativa; em um segundo momento, cabe ao julgador aplicar a pena em concreto, segundo reza a dosimetria legal. Trata-se da individualização judiciária; por fim, em sua derradeira etapa, cabe ao magistrado da execução penal determinar e fiscalizar o cumprimento individualizado da pena, no que se intitula de individualização executória da pena.

Percebe-se, portanto, que o campo científico de atuação do legislador para a previsão de frações penais para o sistema progressivo, não por outra razão se dá autonomamente na Lei de Execução Penal, Lei nº7210/84.

Em outro giro, o sistema progressivo da pena é tema sensível e se insere no núcleo essencial à garantia fundamental à individualização executória da pena, de modo que, para além de sua impossibilidade de eliminação, a previsão de frações legais deve ser requisito inegociável de índole objetiva⁴³.

É dizer, é defeso ao magistrado sentenciante, sem ter dado início ao processo de execução da pena, entabular fração de pena mínima a cumprir de forma discricionária, porquanto fere o princípio da individualização da pena em sua fase executória.

Para além disso, tal previsão fere o princípio da igualdade material, uma vez que, a depender da convicção punitivista do magistrado do processo de conhecimento, as penas, à título de exemplo, cominadas igualmente na mesma medida para condenados diversos, combinadas à mesma avaliação das circunstância judiciais do art.59, podem redundar em cumprimento inicial de pena em idêntico regime inicial, mas com períodos diversos de permanência para cada apenado, antes de poderem postular a progressão de regime.

Tal previsão equivale a um cheque em branco ao magistrado sentenciante que, num juízo de futurologia discricionária, determina uma espécie de quarentena ao apenado no regime inicial fechado ou semiaberto.

Não bastassem tais fundamentos que demonstram a desproporcionalidade em potencial da medida, a indigitada proposta tenta suplantar, sem o revogar, o art.112 da LEP, numa verdadeira manobra legislativa de aumentar o lapso temporal mínimo de cumprimento da pena sem o devido debate legislativo sobre a proporcionalidade das frações objetivas como requisito para a progressão de regime.

⁴³ Maria Lúcia KARAN sustenta que “[...] a imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa” de liberdade, expurgando o sistema progressivo de cumprimento da pena, afronta o próprio núcleo essencial do princípio da individualização da pena, retirando-lhe, assim, indevidamente sua eficácia, e, por consequência, “[...] diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante”.(KARAN, Maria Lúcia. Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. In: ESCRITOS em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 314.)

Vale destacar que a previsão de cumprimento da pena mínima para postular a progressão de regime, seja para os crimes comuns (1/6 da pena ou 1/8 para mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência), seja para os hediondos (2/5 ou 3/5), exige naturalmente a avaliação do bom comportamento carcerário, medida que se desenvolve indispensavelmente na última etapa do processo de individualização da pena, no âmbito do controle prisional dos estabelecimentos penais, a demonstrar a exigência de se individualizar concretamente a capacidade de retorno progressivo do apenado ao convívio social.

Pelo exposto, a proposta padece de inegável vício de constitucionalidade neste ponto.

(c) Mudança na Lei nº 8.072/1990 (crimes hediondos)

(c.1) O §5º do art.2º da lei de crimes hediondos, por intermédio da novel proposta legislativa, sugere aumento na fração de cumprimento da pena para fins de progressão de regime, passando de 2/5 para 3/5 aos apenados que tenham sido condenados a crimes hediondos, cujo resultado envolver a morte da vítima.

Assim dispõe a nova redação:

§ 5º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á somente após o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena quando o resultado envolver a morte da vítima.

O tema de controle de criminalidade pelo aumento das penas ou de suas frações de cumprimento em regime fechado -- tanto num viés de prevenção geral negativa, como instrumento de intimidação, quanto pela prevenção especial negativa, por intuito de neutralizar e afastar os indivíduos delinquentes da atividade criminal -- tem se revelado, não apenas no Brasil, senão nos países que concentram as maiores populações carcerárias do mundo -- ineficaz sob o ponto de vista da prevenção de crimes⁴⁴. Ao contrário, o fortalecimento dos mecanismos de disciplina informal, pautados no desordenado controle sobre unidades prisionais superlotadas, redundam invariavelmente no fortalecimento de organizações criminosas e nos mais variados processos de criminalização, aprofundando ainda mais a crise e o estado de coisas inconstitucionais que pairam no sistema prisional brasileiro, com inegável reflexo na segurança pública do país.

Para além desse relevante aspecto, o incremento de fração majorada para progressão de regime aos crimes hediondos que redundem em vítimas fatais não parece ser pautado por estudos técnico-científicos que evidenciem o impacto financeiro, a dotação orçamentária (já limitada) e, sobretudo, em diretriz de Política Criminal que

⁴⁴ O Min. Gilmar Mendes, então relator do RECURSO EXTRAORDINÁRIO 641.320/RS, julgado em 02.12.15, faz referência a recente precedente da Suprema Corte Norte-Americana, no que indica a nova sinalização deste país frente ao processo de superencarceramento das políticas criminais de tolerância zero. Vale destacar a seguinte passagem de seu voto:

“Em 2011, analisando recursos provenientes de julgamento por colegiado judicial da Califórnia nas ações coletivas movidas por Coleman e outros e Plata e outros contra o então governador Brown, a Suprema Corte confirmou decisão aditiva local. Considerou que as reiteradas violações a direitos a assistência médica dos presos estavam ligadas à superpopulação carcerária. Em consequência, determinou que o Estado da Califórnia elaborasse, em prazo curto, plano de redução da superpopulação, de forma a redução a ocupação para um máximo de 137,5% (centro e trinta e sete vírgula cinco por cento) do número de vagas, selecionando os encarcerados para serem liberados. Isso representa uma libertação de cerca de 40.000 (quarenta mil) internos. A medida foi fiscalizada por um colegiado de juízes da Califórnia”.

disponha sobre os indicadores para a fixação de lotação máxima nos estabelecimentos penais, tal qual dispõe a Res. N°5/2016 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.⁴⁵

Dito isto, entendemos que o presente dispositivo vai ao encontro, uma vez mais, de uma perniciosa massificação da pena de prisão como solução central da Política Criminal acenada pelo novo Poder Executivo Federal, **no que se revela absolutamente inadequada e ineficaz, sob o ponto de vista do enfrentamento ao controle de criminalidade nacional.**

(c.2) O §6° do art.2° da lei de crimes hediondos, traz dois novos requisitos ao pleito de progressão de regime aos crimes desta natureza. A saber:

§ 6° A progressão de regime ficará também subordinada ao mérito do condenado e à constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir.

Com efeito, para além dos apenados cumprirem com as frações de pena próprias desta lei de regência, a novel proposta legislativa postula aumentar o controle correicional dos internos para fins de progressão de regime aos crimes desta natureza, **cujos requisitos, ambos de ordem subjetiva, indicam o dever de meritocracia e presunção de não reincidência.**

A par de já existir questionável previsão de presunção de não reincidência na legislação pátria como requisito subjetivo ao sistema progressivo para fins de livramento condicional (parágrafo único do art.83 do CP), a novel sugestão de lei acrescenta, para além deste requisito subjetivo, a figura da subordinação ao mérito do condenado, em um verdadeiro juízo discricionário de controle da massa carcerária por intermédio do poder disciplinar⁴⁶.

Neste ponto, exige-se um pequena, mas necessária digressão normativa para lembrar que, desde a lei 10792/03, o legislador optou por dispensar a obrigatoriedade dos exames criminológicos para fins de progressão de regime. Sem embargo, firmou-se jurisprudência - justo em razão dos crimes mais graves que atentam contra a sociedade - no sentido de que, a critério do juízo da execução, desde que de forma motivada, tal exame pode ser realizado⁴⁷.

⁴⁵ Art. 4o. Res. N°5/2016 do CNPCP: “Recomendar que, nas unidades penais masculinas, nas hipóteses de lotação incompatível e superior a sua capacidade, com superlotação superior a 137,5% da sua capacidade, o gestor do Poder Executivo oficie ao representante do Grupo de Monitoramento e Fiscalização, designado pelo CNJ (Resolução 96, de 27.10.2009 e 214, de 15.12.2015 de 15.12.2015), propondo providências para ajustar excesso ou desvio da execução, pois a superlotação atingiu indicador extremo que vai muito além do limite máximo de capacidade, para que seja discutida a implementação de um plano de redução da superlotação, com a formação de um Comitê Colegiado em cada unidade federativa integrado por Juízes, membros do Ministério Público, Defensoria Pública, OAB, Conselho Penitenciário e da Comunidade”.

⁴⁶ A respeito da presunção de não reincidência, Paulo Queiroz assevera tratar-se de um requisito próprio de um direito penal do autor, que na prática tem dado lugar a toda sorte de arbitrariedade, pela simples razão de que nenhum ser humano pode razoavelmente fazer a respeito de quem quer que seja um tal juízo de valor com um mínimo de segurança. (QUEIROZ, Paulo. Curso de direito penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1.,p.541)

⁴⁷ Para posicionar os nobres Congressistas:

Súmula 439, STJ: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

Súmula Vinculante 26, STF: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2° da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos

Percebe-se que a novel proposta, diferentemente de sugerir o retorno do controle jurisdicional sobre a avaliação de exames criminológicos (produzidos por equipe transdisciplinar de avaliação da capacidade de reintegração do condenado à sociedade livre), aponta para a vaga e incauta expressão de subordinação ao “mérito” do condenado.

Não é difícil de depreender que o mecanismo de controle do sistema progressivo, assim como proposto, envida esforços para revitalizar as já batidas e inoperantes políticas de tratamento e correção como função de prevenção de crimes, tudo sob o apanágio disciplinar da administração prisional⁴⁸.

É dizer, a proposta em exame contribui para ideário de um programa máximo de “ressocialização pela correção” dos indivíduos privados de liberdade, em manifesto confronto com os direitos e garantias fundamentais, bem como com a função constitucional da pena de prisão expressada pelo constituinte de 1988.

Por esta razão, opinamos pela retirada do texto a referida exigência inserta neste parágrafo.

(c.3) O §7º do art.2º da lei de crimes hediondos visa estabelecer o término de saídas temporários de apenados que cumpram pena em regime fechado por condenação em crimes hediondos.

Vamos ao teor da proposta:

§ 7º Ficam vedadas aos condenados, definitiva ou provisoriamente, por crimes hediondos, de tortura ou de terrorismo:

I - durante o cumprimento do regime fechado, saídas temporárias por qualquer motivo do estabelecimento prisional, salvo, excepcionalmente, nos casos do art. 120 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou para comparecer em audiências, sempre mediante escolta; e

Lado outro, a sugestão legislativa ressalva as autorizações de saídas insertas no art.120 da LEP e a escolta para comparecer em audiências.

Importante lembrar que as saídas temporárias (art.122 da LEP) não são estendidas aos condenados que cumpram pena em regime fechado, de sorte que nada é alterado neste quadrante.

Entretanto, o trabalho externo (ainda que raramente contratado pelo poder público ou pela iniciativa privada), conforme preceitua a LEP (art.36) e o CP (art.34§3º), é admissível para os presos em regime fechado, desde que em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

Neste sentido, ainda que eventual previsão venha de lei especial, **não é aceitável, mais uma vez, elidir do juízo da execução penal a possibilidade de individualizar a pena, de modo avaliar a saída do apenado para o trabalho externo, cujo direito revela-se essencial para restabelecer os vínculos com a sociedade, independentemente da natureza do crime.**

Portanto, opinamos pela rejeição da proposta, posto que fere a função prioritária da pena e seu processo constitucional de individualização.

e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

⁴⁸ Claus Roxin anota que o fracasso em dar efetividade às políticas públicas de ressocialização na Alemanha se deve, em boa medida, à falta de observação dos programas mínimos de reintegração do indivíduo, precisamente ao impor métodos reformadores ou correccionalistas, que se afastam dos fins objetivados pela reforma penal naquele país. (ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 96.)

No inciso II, a proposta vai mais além.
Segue o dispositivo:

II - durante o cumprimento do regime semiaberto, saídas temporárias por qualquer motivo do estabelecimento prisional, salvo, excepcionalmente, nos casos do art. 120 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou para comparecer em audiências, sempre mediante escolta, ou para trabalho ou para cursos de instrução ou profissionalizante.”

Com efeito, aos apenados que, condenados por crime hediondo, estejam cumprindo pena em regime semiaberto, as saídas temporárias previstas no art.122 da LEP **ficam restritas ao trabalho ou para cursos de instrução ou profissionalizantes.**

Em outras palavras, a proposta passa a vedar indistintamente a saída para visitar a família e para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, quando se tratar de condenado a crime hediondo.

Mais uma vez a proposta oriunda da Presidência da República fere o princípio constitucional da individualização da pena (art.5º,inc.LVI), **comprometendo-se inconstitucionalmente com uma política penal vocacionada à mera inocuidade de indivíduos, retirando do julgador a possibilidade de avaliar direitos essenciais do apenado para fins de cumprir com a própria essência do sistema progressivo:** proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado na sociedade livre.

Portanto, opinamos pela rejeição da proposta.

(d) Mudanças na Lei nº 12.850/2013:

O novel proposta legislativa, no intuito de combater o crime organizado, mais uma vez promove obstáculo no curso do cumprimento da pena, de modo a estabelecer que as lideranças armadas ou que tenham armas à disposição iniciem o cumprimento da pena em regime fechado, notadamente em estabelecimentos penais de segurança máxima.

Vale registrar a nova redação inserta no §8º do art.2º da referida lei:

§ 8º As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

A propósito do tema, mais uma vez lembramos que as cortes superiores não admitem a imposição indiscriminada de regime prisional mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Este é o entendimento das Súmulas 718 e 719 do STF e Súmula 440 do STJ. Lembremos novamente:

SÚMULA 718

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

SÚMULA 719

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

SÚMULA 440 - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido da inconstitucionalidade da fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena com base exclusivamente no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990.

A propósito do tema, segue outro julgado da Suprem Corte:

“O regime inicial nas condenações por crimes hediondos ou equiparados (tráfico de drogas, v.g.) não tem que ser obrigatoriamente o fechado, podendo ser também o regime semiaberto ou aberto, desde que presentes os requisitos do art. 33, § 2º, b) e c), do Código Penal (STF, HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/06/2012)”.

Portanto, é de fácil entendimento que a imposição imediata de regime prisional fechado - nem mesmo aceita indistintamente para crimes hediondos - não pode, com mais razão, alcançar toda sorte de tipos penais.

No que diz respeito ao §9 da lei 12.850/13, a sugestão legislativa visa impedir o condenado que integrar organização criminosa ou associação criminosa a progredir de regime ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver provas que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Cita-se a nova redação:

§ 9º O condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado através de organização ou associação criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.”

Sucedo que a solução proposta com a novel redação inserta no §9º da lei de combate ao crime organizado deve ser interpretada com um mínimo de segurança jurídica.

Em outras palavras, a Lei de Execução Penal exige dois requisitos para que o condenado postule pela progressão de regime e, em regra, outros benefícios penais: cumprimento de uma fração mínima de pena, qualificando-se como requisito objetivo; e ostentar bom comportamento carcerário, traduzindo-se no requisito de ordem subjetiva (art.112, caput). Quanto a este último, entendemos que se trata de medida adequada ao controle da aptidão do apenado ter avaliada sua capacidade de retornar ao convívio social, dada a amostragem de seu comportamento durante o curso da execução de sua pena.

Por outro lado, eventual imposição de impedimento ao sistema progressivo – num verdadeiro instrumento a serviço do direito penal do autor, e não de fatos - pautado por indicadores vagos e imprecisos, sem guardar compromisso com a ordem jurídico-constitucional posta, compromete o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa do apenado.

Questiona-se: seria suficiente a mera posição do setor de inteligência da unidade prisional para aferir o que seriam os elementos de prova que indiquem a

manutenção de vínculo associativo para o cometimento de crimes de apenado que esteja postulando pelos referidos benefícios inerentes ao sistema progressivo? Prescindir-se-ia da abertura de processo administrativo disciplinar para averiguação de tais elementos de prova? Se há elementos de manutenção de vínculo associativo, não seria o caso de formalizar e encaminhar ao órgão acusatório para fins de denúncia-crime, cabendo ao magistrado do processo de conhecimento, sendo o caso, postular por medidas processuais cabíveis para cautelarmente romper com a atividade delitiva?

Como dito alhures, em se tratando de medida que visa cercear a liberdade de indivíduos, qualquer prova que indique tal vínculo somente pode ser produzida sob o crivo do devido processo legal, no bojo de ação penal própria.

Portanto, no curso do processo de individualização executória da pena, torna-se extremamente discricionário pensar em legitimar a administração funcional como a tutora da prova da permanência de vínculo do apenado com organização criminosa, tudo à margem da reserva de jurisdição.

A questão revela-se sensível, sobretudo quando se constata que a própria administração das unidades prisionais sabidamente promovem triagem para o ingresso dos internos pautada por compartilhamento de vivência ou galerias conforme o vínculo ou desavenças de potências integrantes de organizações criminosas.

Sem maiores devaneios, constata-se que a esmagadora maioria das penitenciárias e presídios brasileiros não dispõem de controle sobre as facções criminosas que se expandem cotidianamente, inclusive, de dentro do sistema. Partindo desta premissa, a discricionariedade no processo de avaliação de eventual manutenção de vínculos associativos do apenado revela-se arbitrária e até mesmo temerária, de sorte a potencializar a vinculação de qualquer interno que esteja em determinada galeria “comandada por facção “X” como membro da mesma.

Na prática, tal medida pode facilmente implicar na ruptura com o acesso ao sistema progressivo da pena.

Considerado os fundamentos expostos, entendemos ser temerária a medida proposta, justo pelo alto grau de discricionariedade da qual se reveste.

4. COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

A Defensoria Pública da União, como encaminhamento da reunião realizada no dia 2 de maio de 2019 entre o Ministro Sergio Moro e o Defensor Público-Geral Federal Gabriel Faria Oliveira, no intuito de colaborar com a redação do Projeto de Lei Anticrime, mais especificamente em relação à cooperação penal internacional, entende que se deve primar pela possibilidade de utilização dos mecanismos de cooperação internacional de forma o mais abrangente possível,⁴⁹ motivo pelo qual é louvável que o PL preveja dispositivos para a facilitação da persecução penal, como o seguinte (Mudança na Lei n. 12.850/2013):

"Art. 3º-A. O Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderão firmar acordos ou convênios com congêneres estrangeiros para constituir equipes conjuntas de investigação para a apuração de crimes de terrorismo, crimes

⁴⁹ Nesse sentido, o princípio básico que rege a cooperação internacional é justamente que ela deve ser a mais ampla possível (MORO, Sergio Fernando. Cooperação jurídica internacional em casos criminais: considerações gerais. In: BALTAZAR Jr. José Paulo e LIMA, Luciano Flores de. Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 16).

transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais”

No entanto, necessária a disponibilização à defesa, de semelhantes meios oficiais de procura da verdade, de forma a garantir a paridade de armas, sob pena de se instituir um “verdadeiro Direito Penal do inimigo na cooperação jurídica internacional”.

Segundo AMBOS,⁵⁰ a defesa nunca tem iguais, nem similares possibilidades às que o Ministério Público tem para preparar a causa. A falta de recursos humanos, por exemplo, torna impossível o envio de profissionais aos locais dos crimes para realmente investigar o caso. Assim, maior importância tem a dependência em relação à cooperação estatal na reunião de provas.

É insuficiente, para a defesa, principalmente de réus hipossuficientes econômicos e organizacionais, como é o caso dos cidadãos assistido pela DPU, a produção de provas pela parte no exterior e submissão à legalização consular, ou ainda, a utilização de mecanismos de cartas rogatórias. Isso porque a via diplomática é cada vez menos utilizada para a obtenção de provas criminais, e as rogatórias encontram mais empecilhos do que o auxílio direto previsto no PL. Por fim, segundo DALLASTA,⁵¹ na maioria dos tratados bilaterais há vedação explícita à utilização do auxílio direto para a produção de prova pela defesa, devido à previsão da “*proibição aos particulares stricto sensu*”.

Além disso, a defesa requerer, por meio do Ministério Público ou do Poder Judiciário, a produção de provas, com base no princípio da comunhão de provas e da verdade real, não resolve o problema, observado que fica condicionada a outros sujeitos da relação processual.

Trata-se de uma questão de Direito Internacional, mas também de Direito nacional, porque os Estados cumprem suas obrigações internacionais através de estatutos internos. No Brasil, aliás, a Defensoria Pública não é um particular *stricto sensu* que pretende a produção de prova, mas sim o Estado, por meio de uma instituição qualificada e legitimada a atuar em favor dos réus hipossuficientes economicamente.⁵²

Ademais, em vários outros países da América Latina já existe uma “defesa institucionalizada” – a Defensoria Pública (o que já solucionaria o problema de uma ausência de institucionalização de defesa oficial apta a intercambiar informações no âmbito internacional).

Nesse contexto, a Assessoria Internacional da DPU, estabelecida pela Portaria n. 198, de 27 de março de 2012, tem entre suas funções a de assistir a DPU em assuntos de caráter internacional, notadamente para estabelecer e manter relações da DPU com outras instituições, nacionais ou estrangeiras, em assuntos internacionais, visando à cooperação e ao intercâmbio, e coordenar a assistência jurídica em âmbito internacional prestada às pessoas em condição de vulnerabilidade socioeconômica, brasileiros ou estrangeiros.

Além disso, a DPU participa de diversas redes de cooperação entre Defensorias, tais como a REDPO, a RIPAJ, a AIDEF, para ampliação de suas funções e acompanhamento ou produção de provas em outros países.

50 AMBOS, Kai. *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeu*. Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 412-413.

51 DALLASTA, Viviane Ceollin. *A defesa na cooperação jurídica internacional penal*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

52 DALLASTA, Viviane Ceollin. *A defesa na cooperação jurídica internacional penal*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 128.

Nesse contexto, solução que poderia ser de aplicabilidade imediata seria a utilização das redes já existentes de cooperação entre Defensorias, tais como a REDPO, a RIPAJ e a AIDEF, para ampliação de suas funções e acompanhamento de casos de criminalidade transfronteiriça, quando houvesse a necessidade de acompanhamento ou produção de prova em outros países.

A Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais do Mercosul (REDPO) foi criada em 20 de fevereiro de 2004, por meio da Resolução Mercosul/GMC/RES n. 12/04, tendo em vista que a integração dos países do Mercosul abrange as mais diversas vertentes, incluindo uma instituição que está presente em todos os Estados Parte do bloco: a Defensoria Pública, cuja missão é prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

A REDPO tem como objetivos a coordenação e cooperação das Defensorias Públicas Oficiais dos Estados Partes do Mercosul; o auxílio na defesa das garantias reconhecidas à sociedade civil do bloco nas constituições nacionais, nas normas do Mercosul, nos tratados e nas legislações dos Estados Parte; a garantia da vigência e eficácia dos direitos; a criação de um sistema de coordenação e cooperação entre as Defensorias Públicas Oficiais do Mercosul; e, por fim, o estímulo ao fortalecimento institucional e à autonomia financeira das Defensorias Públicas dos Estados Parte, tudo para alcançar a plenitude e a excelência do direito de defesa.

Visando a intensificar os laços de cooperação entre os países de língua portuguesa, a Defensoria Pública da União lançou a ideia da criação de foro que reunisse as instituições públicas de papel análogo ao da DPU nos países lusófonos, o qual firmaria a cooperação mútua entre tais instituições. Dessa ideia se desenvolveu o projeto da I Reunião das Instituições Públicas de Assistência Jurídica dos Países de Língua Portuguesa (RIPAJ), com o compromisso de reforçar os laços de solidariedade e de cooperação que os unem, conjugando iniciativas para a promoção do desenvolvimento econômico e social dos seus povos.

Os elementos fundamentais de tal iniciativa estão bem-descritos na Declaração Constitutiva da RIPAJ, a saber: a necessidade de defender a plena vigência e eficácia, no âmbito de competência da defesa pública, dos direitos humanos e das garantias fundamentais reconhecidas pelos acordos, os tratados internacionais, as Constituições e as leis internas vigentes nos Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP); a conveniência de criar um sistema estável de coordenação, cooperação e intercâmbio entre instituições públicas e outras entidades vocacionadas à prestação de assistência jurídica dos países de língua portuguesa; a importância de prover, em cada país que adota o português como o idioma oficial, a necessária assistência jurídica e judiciária das pessoas necessitadas, que permitam uma ampla defesa e o mais amplo acesso à justiça, com a devida qualidade e excelência, toda vez que tal direito for pleiteado em face do Estado; o alargamento da cooperação entre os seus países na área da concertação político-diplomática, particularmente no âmbito das organizações internacionais, por forma a dar expressão crescente aos interesses e necessidades comuns no seio da comunidade internacional; a promoção de ações de cooperação entre si e de coordenação no âmbito multilateral para assegurar o respeito pelos direitos humanos nos respectivos países e em todo o mundo.

A Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF) foi criada em 18 de outubro de 2003, na cidade do Rio de Janeiro, por ocasião do II Congresso Interamericano de Defensorias Públicas. Ela é formada por representantes das instituições oficiais de Defensorias Públicas e das associações de defensores dos países da América. Participam da assinatura da ata constitutiva representantes dos seguintes países: Antigua e Barbuda, Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Equador, El

Salvador, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Porto Rico, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. Posteriormente, se incorporaram Bahamas, Bolívia, Estados Unidos, Guatemala, Jamaica, Panamá, Peru e Trinidad e Tobago.

A iniciativa teve por fundamentos: defender a plena vigência e eficácia dos direitos humanos e as garantias reconhecidas na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos; estabelecer um sistema permanente de coordenação e cooperação interinstitucional das Defensorias Públicas e das Associações das Américas e do Caribe; prover a necessária assistência e representação das pessoas e dos direitos dos necessitados, garantindo a ampla defesa e o acesso à justiça com a devida qualidade e excelência toda vez que requerida; proporcionar a independência e autonomia funcional das Defensorias Públicas para assegurar o pleno exercício do direito de defesa das pessoas; apoiar o fortalecimento institucional das Defensorias Públicas em equilíbrio com aqueles que exercem as funções acusatórias do Estado.

Ao longo dos anos, a AIDEF foi sendo reconhecida, angariando protagonismo no continente, e, mais recentemente, aproximou-se da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em relação à OEA, em 2011, a AIDEF foi aceita no Registro de Organização da Sociedade Civil da OEA, o que aprimora seu posicionamento institucional ante a organização, permitindo-lhe participar de diversos foros de discussão e desenvolver mecanismos de cooperação mútua.

Já frutos dessa aproximação foram as aprovações de quatro resoluções nas Assembleias Gerais da OEA de 2011, 2012, 2013 e 2014. Nessas resoluções, a OEA, por unanimidade, destaca, “o trabalho realizado pelos defensores públicos oficiais, em diversos países do Hemisfério, na defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos, especificamente, os serviços de assistência jurídica gratuita que possibilitam o fácil e oportuno acesso de todas as pessoas à justiça”. Afirma que “o acesso à justiça, como direito humano fundamental, é, ao mesmo tempo, o meio que possibilita que se restabeleça o exercício dos direitos que tenham sido ignorados ou violados” e apoia “o trabalho que vêm desenvolvendo os defensores públicos oficiais dos Estados do Hemisfério, que constitui um aspecto essencial para o fortalecimento do acesso à justiça e a consolidação da democracia”.

Essas resoluções também incentivam os Estados-Membros que não têm Defensorias Públicas a criarem-nas e os que as têm a adotarem medidas que garantam independência e autonomia funcional, destacando a importância da independência, autonomia funcional, financeira e/ou orçamentária da Defensoria Pública Oficial, como parte dos esforços dos Estados-Membros para garantir um serviço público eficiente, livre de ingerências e controles indevidos por parte de outros poderes do Estado.

Além dessas redes, em matéria de cooperação e outros temas afetos ao acesso à justiça para pessoas vulneráveis, foram editadas as “100 Regras de Brasília” sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. O texto foi elaborado com o apoio do Projeto Eurosocial Justiça, por um Grupo de Trabalho constituído no seio da Conferência Judicial Ibero-americana, da qual também participaram a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP), a Associação Interamericana de Defensores Públicos (AIDEF), a Federação Ibero-americana de Ombudsman (FIO) e a União Ibero-americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA). O documento foi aprovado na XIV Conferência Judicial Ibero-americana, em Brasília, que ocorreu nos dias 4 a 6 de março de 2008.

Nas regras “3” e “4” do documento, pode-se visualizar o conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade:

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade. A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico.

As regras “30” e “31”, a seu turno, versam sobre a questão da assistência de qualidade, especializada e gratuita:

(30) Ressalta-se a necessidade de garantir uma assistência técnico-jurídica de qualidade e especializada. Para esse fim, promover-se-ão instrumentos destinados ao controle da qualidade da assistência.

(31) Promover-se-ão ações destinadas a garantir a gratuidade da assistência técnico-jurídica de qualidade àquelas pessoas que se encontram na impossibilidade de enfrentar os gastos com os seus próprios recursos e condições.

E, por fim, as regras “90” e “91” versam sobre cooperação internacional:

(90) Promover-se-á a criação de espaços que permitam o intercâmbio de experiências nesta matéria entre os diferentes países, analisando as causas do êxito ou do fracasso em cada uma delas ou, inclusivamente, fixando boas práticas. Estes espaços de participação podem ser setoriais. Nestes espaços poderão participar representantes das instâncias permanentes que se possam criar em cada um dos Estados.

(91) Instam-se as Organizações Internacionais e Agências de Cooperação para que: continuem a brindar a sua assistência técnica e econômica no fortalecimento e melhoria do acesso à justiça; tenham em conta o conteúdo destas Regras nas suas atividades, e o incorporem, de forma transversal, nos distintos programas e projetos de modernização do sistema judicial em que participem, impulsionem e colaborem no desenvolvimento dos mencionados espaços de participação.

A Defensoria Pública **apresenta a seguinte proposta: a criação de redes de cooperação para a defesa, ou em princípio, a utilização das redes já existentes; e a utilização da cooperação horizontal, por meio de tratados bilaterais em prol da defesa, com a utilização do mecanismo das autoridades centrais. Um primeiro passo será a inclusão da Defensoria Pública no PL, de modo a assegurar amplo e efetivo acesso à justiça, através do seguinte dispositivo (Mudanças na Lei n.º 12.850/2013):**

“Art. 3º-B. A Defensoria Pública da União poderá firmar acordos ou convênios para cooperação em matéria de defesa e assistência jurídica, figurando como autoridade central nesses acordos, assim como quando houver pedidos da defesa provenientes de outros países, ainda que não originários de mecanismos estatais de defesa.

Parágrafo único. Para a constituição dos acordos previstos no caput, não se exige a previsão em tratados.”

5. INTERROGATÓRIO E OUTROS ATOS PROCESSUAIS POR VIDEOCONFERÊNCIA

Na exposição de motivos do PL 882/2019, o Ilustre Ministro da Justiça dedica um parágrafo em sua exposição de motivos para dizer o que segue:

“O art. 185 abre ampla possibilidade da realização de audiência ou outros atos processuais através de vídeo conferência ou outros meios tecnológicos. Não faz sentido que, no ano de 2019, acusados sejam transportados centenas de quilômetros, em situação de risco e gerando vultuosos gastos públicos, para atos cuja participação pessoal é absolutamente irrelevante. Em 2015, só o Estado de São Paulo gastou mais de R\$ 29,3 milhões em 84.173 escoltas de presos (<http://www.96fmbauru.com.br/noticias/geral/2016/07/sp-gastou-29-milhes-em-escolcas-de-presos-em-2015>. Acesso em 25/1/2019).

E assim propõe a alteração do atual art. 185 do Código de Processo Penal, que disciplina a audiência de interrogatório em juízo:

*“Art. 185.
§ 2º O juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:*

*.....
IV - responder à questão de ordem pública ou prevenir custos com deslocamento ou escolta de preso.*

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

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

Eis a atual redação, para comparação:

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

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

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma

das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

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

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

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

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

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

§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

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

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

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

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

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

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

Antes de qualquer consideração, importante sempre lembrar das palavras de ALBERTO BINDER, de que o projeto de reforma dos sistemas criminais latino-americanos deve ser, antes, um projeto de construção de democracias reais. É, de fato, um desafio:

temos que construir uma república, uma democracia e um Estado de direito em uma sociedade desigual e na qual a desigualdade não é apenas diferença, mas

significa que setores majoritários, ou pelos menos milhões de pessoas, vivem muito abaixo das condições elementares de uma vida digna⁵³.

É impensável, para o Professor argentino, na América Latina, uma democracia que não leve em conta e não tenha como principal preocupação a redução das desigualdades⁵⁴. Com tal orientação, passamos à análise do tema ora indicado.

A proposta do PL 882/2019 é tornar regra – e formalizar pela lei – a realização de todos os atos de audiência, para inquirição de testemunhas, ofendidos, informantes, peritos e interrogatório do acusado pelo sistema de videoconferência ou outro afim (Skype, etc).

Muda a sistemática atual em que essa possibilidade é medida excepcional, como deixa claro o início do texto do §2º vigente. Além de remover a expressão “*excepcionalmente*”, ainda inclui no inciso IV do parágrafo um motivo determinante que evidentemente existe em 100% dos casos, qual seja, a realização do ato para evitar gasto público com escolta (até porque se fala genericamente em prevenção de custos), referendado, ainda, pelo §10.

Pela proposta, o juiz, em decisão fundamentada (em nem poderia ser diferente, em razão do art. 93, IX, da CR/88), vai sempre justificar a realização dos atos por videoconferência como medida de economicidade, mormente em tempos de crise, de corte de gastos, sobretudo em se tratando de acusados presos.

Não se desconhece que a realização dos atos por videoconferência e outros sistemas análogos, mesmo para acusados soltos, já é regra, na prática, em vários foros, e muitos magistrados sequer se dão o trabalho de fundamentar essas práticas, a despeito da redação atual do art. 185 do CPP. Por isso, já que é para tornar regra, não há sentido, ao que parece, manter todos os incisos do §2º do art. 185.

Não se desconhece, tampouco, a importância da tecnologia e a possibilidade de benefícios para o bom andamento dos processos e procedimentos judiciais. Em absoluto. E tampouco que há realmente situações em que a única saída é a utilização dessa tecnologia.

Há pontos positivos na realização das audiências pelo próprio juiz natural do caso, ainda que à distância, abandonando a delegação feita pelas cartas precatórias, para o bem do princípio da identidade física do juiz. Também importante destacar que muitos acusados hipossuficientes econômicos não possuem condições de se deslocar até a sede do juízo e preferem ser ouvidos em seus locais de residência, mas pelo juiz natural do caso (situação muito comum entre os assistidos da Defensoria Pública).

No entanto, velhos questionamentos que datam de pelo menos 10 anos, quando da publicação da lei 11.900/2009, ainda seguem válidos, notadamente sobre a ausência de pessoalidade nas oitivas. Apenas quem atua na rotina de audiências criminais consegue perceber a diferença abissal existente entre a realização do ato na presença do acusado e testemunhas e a realização do ato por videoconferência, por exemplo. E essa problemática se agrava quando se trata de acusado hipossuficiente, com defesa técnica patrocinada por dativos ou pelas Defensorias Públicas, e também sempre em relação às testemunhas.

Os que trabalham no dia a dia do foro se habituaram ao procedimento inovador. No entanto, para aqueles que dele participam eventualmente ele é bastante intimidador e estranho.

⁵³ BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 306-307. (tradução livre)

⁵⁴ BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004, p. 306-307. (tradução livre).

As testemunhas e ofendidos ficam visivelmente incomodados de estarem à distância, normalmente sozinhos isolados em uma sala do fórum, sem qualquer apoio, respondendo a perguntas feitas por pessoas que não sabem quem são e estão a quilômetros de distância.

Os acusados também parecem bastante prejudicados, em especial quando a defesa técnica não está com eles e sim está na sede do foro da audiência. Ainda que haja contato prévio com a defesa técnica, antes do ato, e que sejam feitas explicações básicas sobre como o ato ocorrerá (para até mesmo explicar onde ficarão sentados o juiz e o membro do Ministério Público, porque nem isso sabe o acusado, por óbvio..), a prática mostra que a insegurança do acusado é evidente durante o ato, inclusive por esse distanciamento, o que certamente prejudica a ampla defesa.

Em especial quanto ao interrogatório, e ainda mais especificamente de acusado preso, a preocupação é maior.

Importante lembrar que é a presença do contraditório que traz para o processo sua necessária estrutura dialética⁵⁵, que efetiva a oportunidade de participação dos interessados e que dá os contornos da relação entre cidadãos e Estado (Estado-juiz e Estado-Ministério Público). Um processo de partes, que se pretende de índole acusatória/adversarial, requer ampla oportunidade para que elas possam levar ao julgador os argumentos necessários para influenciar em seu convencimento. Em certa medida, consiste o contraditório “naquilo em que cada um dos sujeitos processuais oferece o próprio pensamento para o repensar do outro. [...] uma troca de pensamentos [...]”.⁵⁶ E essa participação, complementa MARIO CHIAVARIO, por certo, há de ser exercida com lealdade⁵⁷, caracterizando o *fair play* de PIERO CALAMANDREI⁵⁸.

É a possibilidade de participação um dos pressupostos de legitimidade do exercício da jurisdição sobre os cidadãos. Como quer GAETANO FOSCHINI⁵⁹, a participação, sobretudo a do acusado, é a base ética da jurisdição. Aliás, conforme ressalta GIROLAMO BELLAVISTA, a estrutura dialética que o processo deve assumir de fato exige a contraposição entre a acusação e a defesa. É exatamente o que exige a regra *audiatur et altera pars*. Fazendo menção às lições de FRANCESCO CARNELUTTI, lembra que a decisão do juiz deverá superar uma dúvida “e a dúvida implica duas soluções”⁶⁰ e que o juiz decide melhor quando diante delas. O problema existe, sobremaneira, quando não há a dúvida. Por isso a necessidade de que a acusação tenha o seu contrapeso, ou seja, a defesa, e o contraditório passa a ser o meio exato, então, para a proposição da dúvida.⁶¹

Demais disso, indispensável entender o acusado como sujeito de direitos também no ambiente processual, abandonando sua condição de objeto comum aos processos dos sistemas de feição inquisitória.

Oportuno lembrar que foi a ideia de universalização (internacionalização) dos direitos humanos, que teve seu primeiro fundamento legal na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que acabou ecoando sobre a formação/reestruturação

⁵⁵ CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954, p. 124.

⁵⁶ FOSCHINI, Gaetano. **Giudicare ed essere giudicati**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 11. (tradução livre)

⁵⁷ CHIAVARIO, Mario. **Processo e garanzie della persona**. v. II: le garanzie fondamentali. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, p. 215-216.

⁵⁸ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. V, 1950, p. 31

⁵⁹ FOSCHINI, Gaetano. **Giudicare ed essere giudicati**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 13.

⁶⁰ BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 172. (tradução livre).

⁶¹ BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 172.

dos Estados nesse momento histórico, e passou a ser possível começar a pensar na retomada da condição de sujeito do acusado, mesmo para os responsáveis pelos absurdos e atrocidades da guerra.

Ainda que se diga que em outros momentos tal postura já tivesse aparecido, em diversos graus, em determinadas legislações, fato é que definitivamente a partir da década de 40, do século passado, pode-se falar em consolidação do direito de defesa e do processo justo. Em outras palavras, é com a universalização dos direitos humanos que se reconhece o acusado como sujeito de direitos e detentor de dignidade.

E tal reconhecimento se dá em duas esferas, comumente tratadas pela doutrina: o direito de defesa, na persecução penal, divide-se em autodefesa e em defesa técnica. Ambos são elementos fundamentais daquilo que contemporaneamente se conhece como ampla defesa – no Brasil, garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LV, da Carta de 88 e, portanto, cláusula pétrea (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”), e garantia prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 8º.⁶²

Diferentemente dos sistemas de *common law*, nos quais o acusado sempre foi reconhecido e, mais do que isso, durante muito tempo pôde fazer, sozinho, sua própria defesa (o que atualmente é objeto de constantes discussões, entendendo-se imprescindível a defesa técnica para o julgamento justo⁶³), os países de sistema continental europeu tenderam a dar mais ênfase à defesa técnica, embora não negassem a autodefesa que, porém, era – e é ainda em muitos países – inefetiva. Isso é absolutamente compreensível já que, nos países de sistema continental, deu-se a já referida expropriação dos conflitos penais e se estruturaram sistemas de feição inquisitória, negando ao acusado, logo, sua condição de sujeito processual.

GIROLAMO BELLAVISTA procura dar os contornos da definição de autodefesa, nos seguintes termos:

⁶² Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

⁶³ RUMI, Jacinta Paroni. Il problema dell'autodifesa nel processo penale anglo-americano. In: GREVI, Vittorio (a cura di). **Il problema dell'autodifesa nel processo penale**. Bologna: Zanichelli, 1977, p. 98-123.

ela se resume na participação do imputado no julgamento sobre si mesmo, em conjunto com o ofício da acusação e da decisão; em uma palavra, com contraditório. E este, consistindo em um complexo de opiniões, razões e conclusões, conseqüentemente a autodefesa, entendida como participação pessoal do imputado no contraditório, requer que o imputado tenha possibilidade de presenciar o julgamento e de conhecer as outras opiniões, argumentos, conclusões, com a conseqüente manifestação da opinião própria e da demonstração das próprias razões de fato e de direito. A presença em juízo do imputado, além dos casos em que necessária para fins probatórios e instrutórios, é sempre voltada à tutela de seu direito de autodefesa [...]⁶⁴

Significa dizer, portanto, que a autodefesa diz com a possibilidade do acusado desenvolver um papel ativo dentro do processo, colaborando, efetivamente, para a elaboração de suas teses defensivas. Não será, assim, apenas ouvido em interrogatório ou objeto de exames periciais. É capaz de realizar a chamada defesa material ou privada.⁶⁵

Em contrapartida, a defesa técnica será aquela desenvolvida pelo profissional do Direito, conhecedor das técnicas jurídicas, fornecendo ao acusado o aparato técnico necessário para fazer frente à acusação. É a chamada defesa formal ou pública⁶⁶, da qual se falará a seguir.

Neste mesmo sentido, MARIO VALIANTE afirma que o indivíduo pode exercer direta e pessoalmente a atividade de tutela dos próprios interesses. Mas pode também fazê-lo com a assistência de um experto, trabalhando junto e de acordo com ele. Uma e outra atividade do interessado – sua exclusiva atividade processual enquanto parte, e sua atividade combinada com a do defensor – constituem a autodefesa, ou defesa pessoal ou material. A atividade do defensor é chamada de defesa técnica, ou defesa pública ou formal.⁶⁷

Consoante ensina ALBERTO BINDER⁶⁸, o exercício do direito de se autodefender realiza-se no direito a ser ouvido pessoalmente (ou de se pronunciar no processo) – que não pode ser substituído por manifestação do defensor, no direito de intervir em todos os atos do processo, no direito de apresentar provas e também no direito de examiná-las e até mesmo de controlá-las. Alerta, no entanto, que nos países de tradição inquisitória, como é o caso brasileiro, de regra esse direito de se pronunciar é tratado de maneira distinta, ou seja, é um momento em que não se preza pela defesa, mas sim se tenta tirar do acusado uma confissão. De fato, basta pensar que até pouco tempo, apesar da disposição do art. 5º, LXIII, da Constituição de 88, o entendimento era de que o interrogatório era um momento do qual só participava o juiz e o acusado, e seu silêncio era interpretado em seu desfavor. Só recentemente o interrogatório passou a ser

⁶⁴ BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 174. (tradução livre).

⁶⁵ BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 173; VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 258; BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 156.

⁶⁶ BELLAVISTA, Girolamo. La difesa giudiziaria penale. In: **Studi sul processo penale**. v. III (1960-1965). Milano: Giuffrè, 1966, p. 173; VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 258.

⁶⁷ VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 258. (tradução livre).

⁶⁸ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 156-157.

visto, por parcela da doutrina, como um meio de defesa.⁶⁹ Claro que essa forma de ver o direito de se manifestar não é condizente com o conteúdo constitucional da ampla defesa, especialmente porque amparado por outros princípios que o complementam, a exemplo da presunção de inocência e do próprio direito ao silêncio (art. 5º, LVII e LXIII, da CR). Desse modo,

a declaração do imputado é a oportunidade que é a ele dada, em virtude do direito constitucional de se defender em juízo, para apresentar sua versão dos fatos, oferecer sua justificativa, propor provas e estabelecer um contato direto com as pessoas incumbidas da acusação ou, diretamente, com o juízo.⁷⁰

GAETANO FOSCHINI⁷¹ entende que a autodefesa compreende: (a) a possibilidade do acusado comparecer em juízo (que pressupõe que seja validamente chamado para tanto); (b) a possibilidade de tomar conhecimento das opiniões, argumentos e manifestações dos demais sujeitos processuais (que pressupõe, por sua vez, conhecimento do caso penal); (c) possibilidade de manifestar sua própria opinião; (d) possibilidade de apresentar teses próprias, com indicação dos elementos de fato e de direito pertinentes; (e) possibilidade de fazer valer seus argumentos, através, por exemplo, de requerimentos, recursos, etc.

Em outras palavras, resta saber quem, nos termos apresentados, tem condição efetiva de exercer a sua autodefesa. O indivíduo capaz de falar certamente será aquele que sabe exatamente qual a acusação que sobre ele recai⁷² e também conhece as regras do jogo; do contrário se cala. Há que se considerar, no entanto, que, uma vez não sendo técnico no Direito, a capacidade de compreensão provavelmente será comprometida, especialmente se se fala de um universo de acusados cuja maioria sequer ler sabe (situação esta agravada pela burocracia da estrutura inquisitória de processo), isso sem contar a tradição inerente ao Direito de ser uma ciência para poucos.

Como bem pontua AURY LOPES JR., fazendo referência aos ensinamentos de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE, o indivíduo submetido a um processo penal é exposto a um ambiente absolutamente novo e cheio de mistérios e dúvidas, todavia comum para os agentes do Estado (juiz, promotor, auxiliares).⁷³ E ele só será capaz de compreender algumas coisas após ser submetido a uma série de cerimônias degradantes. De qualquer forma, a submissão constante a todo esse simbolismo só faz com que ele tenha absoluta consciência de sua inferioridade.⁷⁴ Logo, “tanto as estruturas de facto como as próprias estruturas jurídicas determinam assim que o delinquente surja, na interação com as instâncias formais de controle, dotado de uma reduzida *competência de ação*.”⁷⁵

⁶⁹ Ver, por exemplo, GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). Disponível em http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/1864/O_INTERROGATORIO_COMO_MEIO_DE_DEFESA_Lei_1079203. Acesso em 21.07.2010.

⁷⁰ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 157. (tradução livre)

⁷¹ FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. v. I. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1965, p. 272-276.

⁷² BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2.ed. Buenos Aires: Ad hoc, 1999, p. 157-158.

⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 377.

⁷⁴ LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59-60.

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 377. (destaques no original)

Por isso, não só é necessário resgatar o acusado e dar a ele a oportunidade de ser sujeito dentro do processo (e, mais uma vez, abandonar a cultura inquisitória antidemocrática), mas é também necessário criar um processo compreensível para ele, que o acompanhe, na medida do possível (porque não há como não ser complexa a atividade do Estado na persecução penal), em sua simplicidade, o que não prejudica, aliás, o acusado letrado. O ambiente do processo, então, deve ser sério, comprometido, porém simples, compreensível para o maior número de pessoas possível.

É necessário, então, criar mecanismos capazes de atribuir ao acusado efetiva competência de ação, ou seja, capacidade de antecipar as ações dos órgãos estatais na reconstrução do fato pretérito e na aplicação do direito, capacidade de se orientar conforme tal atuação, capacidade de controlar o desenvolvimento da persecução penal e, ainda, capacidade de efetivar estratégias hábeis para evitar um resultado negativo do processo para ele. Sem isso, não tem o acusado efetiva capacidade de fazer valer seus direitos.⁷⁶

De todo modo, isso é mesmo imprescindível já que é a defesa do imputado um direito inviolável, cujo exercício deve ser assegurado pelo juiz, sendo mesmo um requisito essencial para a função jurisdicional do Estado⁷⁷, ou, como quer GAETANO FOSCHINI, a participação do acusado constitui a essencialidade jurídica da jurisdição, “a base ética e a fonte de seu prestígio.”⁷⁸

De mais a mais, bastante preocupante é o que consta da exposição de motivos quando, embora em momento anterior diga estar o proponente preocupado com as normas de garantia e que o projeto estaria dentro de um balizamento constitucional, ao tratar dessa questão dos atos por sistema de videoconferência, justifica-os dizendo que a escolta dos acusados gera gastos e riscos e ainda para atos *cuja participação pessoal é absolutamente irrelevante...* Ora, a Constituição de 1988 assegura a todos os acusados a ampla defesa, que bem se sabe é composta por autodefesa e defesa técnica, que deve estar presente em todos os momentos do processo. Em que ato a participação do acusado seria irrelevante? O artigo 185 trata do interrogatório e o §8º permite o uso do sistema para outros atos como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, audiência de custódia e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. Para todos, por óbvio, a presença do acusado não é irrelevante. E se assim fosse, irrelevante, certamente sequer precisaria ser realizada a audiência por videoconferência.

Por isso, o ideal, sempre, seria garantir a presença física dos acusados e testemunhas em todas as audiências, por ser a mais plena expressão do processo legal e devido. E, em assim sendo, a proposta apresentada pelo PL não resiste a um adequado controle diante das garantias da ampla defesa e do devido processo legal.

No entanto, se a alteração proposta for inevitável (a realização do ato por videoconferência), parece absolutamente necessário, ao menos quanto ao interrogatório, em especial do acusado preso, que seja exigida a presença de defesa técnica tanto na origem (sede do juízo do processo), como no local onde está o acusado (de preferência na sede do foro da comarca ou subseção judiciária mais próxima de onde está custodiado), mesmo que seja mediante defesa dativa (ad hoc), se não houver Defensoria Pública no local.

⁷⁶ Sobre a capacidade de ação, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena.** 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 378-379.

⁷⁷ VALIANTE, Mario. **Il nuovo processo penale: principi fondamentali.** Milano: Giuffrè, 1975, p. 259.

⁷⁸ FOSCHINI, Gaetano. **Giudicare ed essere giudicati.** Milano: Giuffrè, 1960, p. 13. (tradução livre)

6. MEDIDAS PARA ASSEGURAR A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO CRIMINAL APÓS JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA:

Mudanças no Código de Processo Penal:

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

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

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

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

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

I - não tem propósito meramente protelatório; e

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

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

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

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

Mudanças na Lei de Execução Penal:

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

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

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

.....” (NR)

Em que pese a modificação imposta no art. 283 do CPP, que em sua redação atual prevê que *“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”* (grifo nosso), **fato é que a reforma proposta não possui o condão de alterar o texto constitucional**. E a Constituição Federal permanece trazendo – como uma de suas cláusulas pétreas, entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º), previsão no sentido de que:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

O princípio constitucional da presunção de inocência - como o próprio nome revela, impede que o cidadão, independentemente do crime praticado, seja tratado pelo Estado como se culpado fosse antes do trânsito em julgado de uma eventual condenação (HC 126292 / SP, voto do Ministro Celso de Melo).

Nessa linha, se é certo que somente o trânsito em julgado de sentença penal condenatória pode fazer com que um cidadão acusado do cometimento de infração penal seja considerando culpado – afastando-se, portanto, a presunção de sua inocência, não há como restar justificada a sua prisão automática, decorrente de julgamento desfavorável em segunda instância, se ainda pendentes recursos em face desta condenação.

Sobre o tema, pela pertinência, pedimos venia para transcrever trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no bojo do HC 126292 / SP, oportunidade em que aborda o referido princípio constitucional (art. 5º, LVII, da CF), in verbis: “O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que

se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Aquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.”

Ademais, para além das implicações constitucionais, a alteração proposta também traz reflexos nefastos de ordem prática – na medida em que, de maneira lógica, antecipa prisões e, no limite – nas **hipóteses em que as instâncias superiores vêm a absolver o acusado ou a reduzir sua pena, submetem desnecessariamente estas pessoas à prisão.**

E, necessário trazer à baila, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Atualização – Junho de 2016), lançado pelo Departamento Penitenciário Nacional em 2017, a população carcerária brasileira **alcançava 726.712 pessoas, enquanto o número de vagas no sistema era de apenas 368.049, o que denota de pronto a superlotação carcerária que permeia a média do sistema prisional nacional.**

Já ocupamos – sem louvor, o 3º lugar no ranking de países com maior população prisional, exibindo 352,6 prisões para cada 100.000 habitantes, índice mais de duas vezes superior ao encontrado, por exemplo, na Argentina – que aponta 149 prisões para cada 100.000 habitantes (dado do Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ em junho de 2014).

Nessa linha, é certo que precisamos de medidas que auxiliem na redução da população carcerária brasileira, e não no seu incremento.

Lado outro, os parágrafos primeiro dos arts. 617-A e 637 são de aprovação altamente recomendada acaso acolhida a alteração prevista no caput do art. 217-A.

Conforme destacado pela DPU, em petição da lavra do Defensor Público Federal Gustavo Zortéa da Silva nos autos da ADC 44, “há uma séria relutância dos Tribunais em adequarem seus julgados às orientações traçadas pelo STJ e pelo STF. Esta relutância, por vezes, manifesta-se como explícita contrariedade à jurisprudência uniforme do STJ e do STF”. E prossegue:

“Um exemplo significativo da manifesta contrariedade vem do Superior Tribunal Militar.

O Superior Tribunal Militar admite seja o réu processado pelo crime de deserção, de natureza propriamente militar, mesmo que venha a ser posteriormente excluído da Força (Correição Parcial 0000098-67.2016.7.01.0401, j. em 16/6/2016, publicado em 14/7/2016).

Este entendimento confronta antigo e reiterado posicionamento do STF, firmado no sentido de que a exclusão da Força impede o prosseguimento da ação penal em crimes de deserção, como exemplifica o HC 115.754/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 19/3/2013, DJE de 11/4/2013.

(...)

Por fim, quanto à alteração prevista no §2º do art. 617-A, entendemos a medida como positiva – e não apenas nos casos de condenação, mas, especialmente, nos casos de absolvição.

Sugerimos, aliás, que, nos casos de réu preso, seja incluída previsão legislativa no sentido de que seja providenciada comunicação também o juízo da execução. Conforme identificado pela DPU, a ausência de comunicação ao juízo da execução acerca das reduções de pena operadas, no mais das vezes, no julgamento de apelações, prejudica sobremaneira o réu preso, que, nos casos em que são interpostos novos recursos (inclusive por corrêus), fica sujeito ao cumprimento da pena mais gravosa fixada na sentença por simples ausência de comunicação ao juízo da execução acerca da redução implementada.

De se destacar que o CNJ, em face de pedido formulado por esta Defensoria Pública da União, alterou, em 2016, o teor de sua Resolução nº 113/2010, para o fim de constar do art. 1º, parágrafo único, a seguinte previsão: “A decisão do Tribunal que modificar o julgamento, deverá ser comunicada imediatamente ao juízo da execução penal”.

7. SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL: das alterações na Lei nº 11.671/2008.

I – Previsão inconstitucional de nova competência da Justiça Federal em matéria penal:

O art. 11 do projeto de lei em comento introduz parágrafo único no art. 2º da Lei nº 11.671/2008, com a seguinte redação: “O juízo federal de execução penal será competente para as ações de natureza cível ou penal que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal”.

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

Suponha-se, por exemplo, uma briga entre dois presos no pátio do banho de sol, de que resulte lesão corporal. A par da questão disciplinar, a ser desenvolvida no processo de execução penal, o fato pode configurar crime que, claramente, atenta contra a integridade física de um particular (o interno vitimado), **não havendo qualquer interesse específico da União a atrair a competência penal para a Justiça Federal,** consoante as hipóteses já previstas na Constituição Federal. A jurisprudência de nossos tribunais está recheada de casos semelhantes, delitos que, embora praticados em estabelecimento federal (e mesmo em face de servidor público federal) não são de competência da Justiça Federal por não haver interesse específico da União (vide STJ CC 156.196).

Ocorre que o rol de competências da Justiça Federal está disposto em *numerus clausus* na Carta de 1988, e não pode ser ampliado por lei ordinária. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“Competência da Justiça Federal definida na Constituição, não cabendo a lei ordinária e, menos ainda, a medida provisória sobre ela dispor” (ADI 2.473 - MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 13-9-2001, Plenário, DJ de 7-11-2003.). Assim, o texto acima padece de manifesta inconstitucionalidade.

II – Sobre o “regime fechado de segurança máxima” descrito nas alterações pretendidas sobre o art. 3º da Lei nº 11.671/2008, apresentamos as seguintes considerações:

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

Para além disso, ainda que aparente passar despercebido, **a novel sugestão legislativa, versando de forma diversa daquela prevista na LEP no tocante ao cumprimento do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), legítima ao novo regime a prática já estabelecida em todas as unidades prisionais federais de determinar que o banho de sol se dê dentro das celas do setor de isolamento.**

É dizer, para os presos recém chegados (triagem) e aos presos em RDD (sanção disciplinar), cada unidade prisional dispõe de 12 celas de isolamento, cujo banho de sol foi projetado para, em seu vão adjacente, garantir que o interno permaneça 24hs confinado e ali, ainda que de forma precária, tenha acesso ao banho de sol.

Com efeito, ainda que o art.52, inc. IV da LEP disponha literalmente sobre o direito do preso em RDD à “saída” para o banho de sol, a novel proposta, no âmbito do SPF, toma o cuidado de promover a alteração no texto sem a inclusão da palavra “saída”, legitimando a previsão infralegal inserta no Decreto 6049/07 que, ao regulamentar o Sistema Penitenciário Federal, encontrava-se em manifesto confronto com a lei.

Tal medida, portanto, prima pela pena de caráter cruel e degradante, alicerçada no ideal de confinamento solitário prolongado como método puro e simples de inocular indivíduos privados de liberdade .

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

Também o referido direito decorre da função de prevenção especial positiva da pena, **de modo a propiciar condições de reintegração dos indivíduos reclusos na sociedade livre, não pode ser afastada mesmo quando admitida a transferência de um preso para o sistema penitenciário federal (vide Regra nº 04, das Regras de Mandela).** Não há como conceber a reintegração do preso à sociedade se não consegue sequer manter laços significativos com a sua família mais próxima.

O PL em comento suprime qualquer possibilidade de contato físico do preso com os seus familiares. **Elimina a possibilidade de visita íntima e mesmo a visita social deverá ser realizada em parlatório. Essa previsão esvazia severamente o conteúdo do direito em tela. A circunstância de que não há um limite temporal**

definido para a constância de tais restrições (porque a redação permite sucessivas prorrogações de permanência do interno no sistema penitenciário federal), potencializa os efeitos deletérios dessas restrições de direitos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos enfrentou essas questões (KHOROSHENKO v. RUSSIA - Application no. 41418/04), **tendo afirmado que a função ressocializadora e reintegradora do preso à sociedade é obrigatória, mesmo para os países que adotam a pena perpétua (parágrafo nº 121) e reconhecido que a completa proibição de contato físico do preso com seus familiares, aliada à longa duração das severas restrições ao direito de visita do preso constituem medidas desproporcionais, e assim violadoras do direito do preso ao convívio com a família (parágrafos 147 a 149).**

Em verdade, a visita social realizada nas dependências do parlatório já se revela uma restrição, de modo que deve ser tratada como exceção, a ser minuciosamente analisada pela inteligência da unidade prisional, a partir de indícios concretos que façam presumir risco para a segurança pública. Bem por esse motivo que a Lei de execução penal já prevê (e o próprio PL da mesma forma no §6º do art.3º), em seu art.41 parágrafo único, a possibilidade de restrição ou mesmo suspensão ao direito de visita, de forma individualizada, em homenagem ao princípio da individualização pena (art.5, inc. LXVIII).

Em conclusão, reputa-se que a restrição de contato físico do preso com seus familiares nas visitas sociais, estabelecida pelo PL 882/2019 constitui tratamento cruel, incompatível com a Constituição Federal de 1988, haja vista que não estabelece qualquer parâmetro temporal para a suspensão da medida, revelando verdadeira legitimação de sanção de natureza coletiva, vedada expressamente pela LEP (art.44§3º) e inúmeras recomendações internacionais.

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

Os direitos fundamentais, diz a doutrina constitucionalista de forma unânime, não comportam restrições absolutas. O só fato da inclusão de um preso em estabelecimento penal federal tampouco pode autorizar a eliminação peremptória do sigilo de suas comunicações, mormente porque a lei não estabelece qualquer limitação temporal, nem tampouco exige justificativa específica para essa medida. Note-se que mesmo a correspondência destinada aos advogados ou defensores do preso, neste caso, está sujeita ao escrutínio da administração prisional, embora protegida especialmente pelo sigilo profissional.

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

- Restrições ao exercício da advocacia: o §2º do art. 3º da Lei nº 11.671, na redação sugerida pelo PL em comento, estabelece restrição inconstitucional ao exercício

da profissão da advocacia (art. 5º, XIII). O contato do advogado com o seu cliente não pode estar sujeito à conveniência da agenda da administração prisional. Isto porque o preso (ou qualquer outra pessoa) não pode postular em juízo sem o intermédio de um advogado, e, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não é por outro motivo que o art. 7º, incisos II e VI, do Estatuto da OAB estabelecem como “direito do advogado” *“comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis”* e *“ingressar livremente”* *“nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares”*.

A exigência de autorização da direção do estabelecimento prisional para a visita de um advogado também constitui previsão deveras nociva à prevenção da tortura e do abuso de autoridade no ambiente prisional. Isto porque, conjugada com as restrições ao direito de visitação, estabelecidas no mesmo PL, o preso poderá permanecer prolongados períodos de tempo sem qualquer contato com alguma pessoa (familiar ou advogado) capaz de reclamar sobre a prática de algum ato abusivo.

III- Sobre o prazo de permanência dos presos no SPF, atualmente a Lei 11.671/08:

O projeto de lei apresentado pelo atual Ministro da Justiça e Segurança Pública para alteração da Lei 11.671/08 (PLC 882/2019) **vai na contramão dessa concepção de modelo de segregação temporária e excepcional**, caminhando para uma forma alternativa de execução da pena de determinados presos, **sobretudo ao aumentar o período de permanência destes no Sistema Penitenciário Federal e ao facilitar a renovação do prazo**. Esta é a manifesta mensagem trazida na novel sugestão legislativa

Art. 10. A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.

§ 1º O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência.

O Projeto de Lei 882/2019 confere a seguinte nova redação ao § 1º do art. 10:

§ 1º O período de permanência será de até três anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência e se persistirem os motivos que a determinaram.

Observa-se que o projeto de lei **acaba por elasticar o prazo para permanência do preso no SPF, que passa de 360 dias para três anos, bem como permite que seja “renovável por iguais períodos”, “se persistirem os motivos que a determinarem”, enquanto a redação atual do dispositivo legal só admite a renovação “excepcionalmente”**.

Atualmente, há diversos internos do SPF que foram transferidos para uma das penitenciárias federais há muitos anos e **tem tido a renovação da permanência**

autorizada sucessivamente sem que haja a menor preocupação da autoridade requerente em fundamentar a necessidade de renovação, sendo comum apontar-se que permanecem presentes os motivos que a determinaram. Pouco então é feito pelos Estados de origem, que não realizam concretas melhorias em seu sistema penitenciário, não investigam devidamente a prática de crimes de dentro dos presídios, tampouco combatem de forma efetiva as facções criminosas, que continuam a operar e interferir na administração penitenciária.

Assim, o projeto de lei, ao aumentar o prazo mínimo de permanência e facilitar sua renovação, acaba por criar uma modalidade paralela de execução penal, com regras próprias e regime bem mais gravoso ao preso, diminuindo, assim, a possibilidade de controle jurisdicional de tal forma de cumprimento da pena. É nesse sentido que o PL 882/2019 expressamente estabelece, de forma inédita no ordenamento jurídico pátrio, o que chama de regime fechado de segurança máxima (art. 3º, §§ 1º e 8º), o fazendo apenas como uma forma de recrudescimento do sistema.

O Projeto de Lei 882/2019 poderá, assim, banalizar a utilização das vagas do Sistema Penitenciário Federal, já que deixa passar a oportunidade de estipular regras mais rígidas para a renovação da permanência, bem como não apresenta qualquer indicação de um prazo máximo para a manutenção dos presos em presídio federal.