

Processo no. 49.0000.2019.003271-4/Conselho Pleno

Projeto de Lei Anticrime, oriundo do Ministério da Justiça.

Relatório.

1. O Presidente Nacional da OAB, Felipe Santa Cruz, designou os presidentes da Comissão Especial de Garantia do Direito de Defesa, Juliano Breda, e da Comissão Nacional de Legislação, Ticiano Figueiredo, como responsáveis pela realização de um estudo profundo e abrangente de cada uma das proposições contidas no pacote anticorrupção e antiviolação divulgado pelo governo federal.

2. Para essa finalidade, no âmbito do Conselho Federal, instituiu-se Grupo de Trabalho, para a análise das propostas e dos estudos e pareceres recebidos de dezenas de advogados, professores e associações convidados para debater e colaborar com o aprofundamento da discussão dos Projetos de Lei, oriundos do Ministério da Justiça, ora em tramitação no Poder Legislativo.

3. O Grupo de Trabalho recebeu contribuições dos seguintes Professores e Advogados: Adriano Antunes Damasceno, Alberto Zacharias Toron, Aury Lopes Júnior, Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes, Conselheiro Federal Carlos Roberto Siqueira Castro, Célio Júnio Rabelo, Conselheira Federal Daniela Teixeira, Fábio Tofic Simantob, Conselheiro Federal Gustavo Badaró, Heloisa Estellita, Juarez Cirino do Santos, Lenio Luiz Streck, Leonardo Sica, Leonardo Yarochevsky, Luís Greco, Conselheiro Federal Luiz Renê Gonçalves do Amaral, Miguel Reale Júnior, Thiago Bottino, assim como do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – **IBCCRIM**, Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais – **Condege**, e dos Grupos de Estudos criados a OAB/RS, que contou com a participação do Conselheiro Federal Rafael Canterji, e na OAB/DF.

4. Analisamos também os pareceres elaborados a pedido do **Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB**, de autoria dos seguintes advogados: Leonardo Isaac Yarochevskyda, João Carlos Castellar, Christiano Falk Fragoso, Carlos Eduardo de Campos Machado, André Filgueira do Nascimento, Claudio Bidino de Souza, Sergio

Francisco Carlos Graziano Sobrinho, Leonardo Monteiro Villarinho, Marcia Dinis, Sergio Chastinet Duarte Guimarães, Ivan Firmino Santiago da Silva, Carlos Eduardo Barreiros Rebelo, Thiago Bottino do Amaral, Ricardo Pieri Nunes, Carlos Eduardo Gonçalves, Katia Rubinstein Tavares, Renato Neves Tonini, Carolyne Albernard Gomes, Antonio Pedro Melchior Marques Pinto, Maíra Costa Fernandes, Diogo Mentor de Mattos Rocha e Sheila Mayra Lustoza de Souza Lovatti.

5. Resumindo, desde logo, o conteúdo do presente Relatório e Voto, destaca-se que o Grupo de Trabalho da Ordem dos Advogados do Brasil não recebeu dos Professores e Advogados convidados pelo Conselho Federal, maiores ou coincidentes críticas a algumas das propostas do Projeto Anticrime do Ministério da Justiça, em especial **dos seguintes pontos:**

- 1) Criminalização do Caixa 2.**
- 2) Criação de Banco de Perfil Genético de condenados.**
- 3) Regulamentação da conexão de crimes da competência da Justiça Eleitoral.**
- 4) Criação da figura do Informante do Bem.**
- 5) Alteração do regime jurídico dos presídios federais.**
- 6) Interrogatório e audiências por videoconferências.**
- 7) Aperfeiçoamento do conceito de organizações criminosas.**
- 8) Regulamentação das escutas ambientais.**
- 9) Modificação do sistema de cobrança das multas penais.**

6. De outro lado, em razão da unanimidade das críticas dos pareceristas e associações que aportaram seus estudos ao presente trabalho e que serão destacadas ao longo do voto, o GT – OAB constatou que os seguintes pontos do projeto possuem ampla e aprofundada crítica, com indicação praticamente unânime pela rejeição das propostas de alteração legislativa:

- 1. Execução antecipada da pena.**
- 2. Execução antecipada das decisões do Tribunal do Júri.**

3. **Modificações nos embargos infringentes.**
4. **Mudanças no instituto da legítima defesa, em especial aos agentes de segurança pública.**
5. **Alterações no regime da prescrição.**
6. **Mudanças no regime de cumprimento de cumprimento da pena.**
7. **Mudanças em relação ao crime de resistência.**
8. **Criação do confisco alargado.**
9. **Interceptação de advogados em parlatório.**
10. **Acordos penais. Nesse tema, apresentamos sugestões alternativas ao acordo de não persecução e rejeição ao plea bargain, tal como proposto, com a apresentação de uma série de condições para sua admissibilidade.**

7. O GT – OAB, portanto, por intermédio destes subscritores, compilou os trabalhos apresentados, com o intuito de oferecer ao plenário do Conselho Federal um panorama fidedigno do estado geral das críticas, considerações e alternativas possíveis aos projetos de lei apresentados pelo Governo Federal, em especial as inconstitucionalidades e os aspectos de maior impacto ao legítimo exercício da advocacia e do direito de defesa.

8. Esse é o breve relatório.

Voto.

9. Cuidaremos de destacar na presente abordagem os **pontos de discordância unânime** entre os advogados, professores e institutos e associações que colaboraram com pareceres ao presente estudo.

10. De início, é necessário dizer que praticamente todas as abordagens doutrinárias a respeito das propostas do Governo Federal, recebidas pelo Conselho Federal e até então divulgadas publicamente, partem de um princípio comum. Há convergência total por parte da comunidade científica de que a proposta do Ministério

da Justiça não foi precedida do indispensável debate público que se esperava em um projeto com esse impacto sobre o sistema penal, processual penal e penitenciário.

11. Sob outra perspectiva, de igual revelo, merece destaque a inexistência de uma exposição de motivos com apresentação detalhada e aprofundada das causas que motivaram as propostas, dos estudos técnicos que as amparam e, em especial, de uma análise cuidadosa a respeito das consequências jurídicas, sociais e econômicas de eventual aprovação integral do projeto.

12. Deveras, independente dessa constatação, o GT – OAB, compreendendo a importância da matéria, entende como essencial a contribuição técnica do Conselho Federal da Ordem sobre a matéria, a merecer não apenas uma manifestação oficial por intermédio de seu órgão máximo, o Plenário, mas especialmente o acompanhamento legislativo da matéria e eventual judicialização das alterações que se revelarem incompatíveis com a Constituição da República.

13. Desenhado o cenário de fundo da matéria, entendemos que os pontos sobre os quais recaíram a maior preocupação do GT – OAB, a partir dos estudos recebidos, são os seguintes.

Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância - Prisão antes do trânsito em julgado

14. **O Grupo de Trabalho entende que a proposta é inconstitucional**, conforme já reconheceu o próprio Conselho Federal da OAB, por unanimidade, na sessão de 24 de fevereiro de 2016, ao autorizar o ingresso de Ação Declaratória de Constitucionalidade do art. 283 do CPP, ao argumento de que a execução da pena, antes do trânsito em julgado ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

15. **Nesse exato sentido, pronunciou-se o IBCCrim, o Conselheiro Federal Gustavo Badaró, Lenio Luiz Streck, Alberto Zacharias Toron, Juarez Cirino dos Santos e Leonardo Yarochevsky.**

16. Admitindo-se a hipótese de o STF autorizar a execução da pena antecipadamente, os estudos sugerem alguns pressupostos. Leonardo Sica propõe uma regra:

“Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal poderá determinar a execução provisória da pena, por meio de decisão motivada, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

Parágrafo único - É vedada a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado nas seguintes hipóteses:

I. Acórdão condenatório que reforma sentença absolutória de primeiro grau.

II. Acórdão condenatório que reforma sentença de primeiro grau para aumentar a pena com alteração de regime prisional ou agravamento da espécie de pena.

III. Recurso especial ou extraordinário admitido, com arguições que podem resultar em absolvição, anulação da sentença ou do processo, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena.”

17. O **Grupo de Estudos da OAB/DF** sugere outra alternativa:

“Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório, em face da presunção de inocência descrita no art. 5º, LXVII da Constituição Federal de 1988, na esfera penal, será dotado de efeito suspensivo.

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

I - tem propósito meramente protelatório; e

II – não levanta uma questão de direito federal ou constitucional 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 destituição de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente no recurso ou através de petição em separado, dirigida diretamente ao Relator do recurso no Tribunal Superior e deverá conter cópias do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das

contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia." (NR)¹

18. Poder-se-ia, sob outro prisma, alterar o conceito de *coisa julgada*, previsto no §3º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que é o diploma legal que prevê o que é a coisa julgada, definindo-a como “decisão judicial de que já não caiba mais recurso”. O acréscimo do vocábulo “ordinário” ao referido dispositivo da LINDB pode ser um exemplo de proposta nesse sentido.²³

19. De todo modo, a opinião do GT – OAB é, por coerência com a posição unânime do plenário do Conselho Federal já citada, pela rejeição da proposta em razão de manifesta inconstitucionalidade. Se o STF, no julgamento das ADC’s, julgar possível a execução antecipada da pena, sugere-se o aprofundamento da discussão sobre as alternativas sugeridas.

Medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri:

20. O projeto pretende criar duas alterações de gigantesco impacto sobre os processos de competência do Tribunal do Júri, permitindo a execução antecipada das penas logo após a decisão de condenação e a retirada de efeito suspensivo do recurso contra a decisão de pronúncia.

21. Sobre a primeira, pronunciou-se da seguinte forma o **Grupo de Estudo da OAB/RS:**

“Ainda, seguindo a mesma linha garantista constitucional, quando se chega a uma decisão condenatória de primeiro grau⁴, é seguro ao Réu o direito de ser submetido a um julgamento por outro Tribunal, o de

¹ Não é despidendo salientar que a proposta do Ministério da Justiça prevê, em seu art. 617-A, a *regra da obrigatoriedade da execução provisória da pena*, na medida em que utilização do vocábulo “determinará”, a reverter a *possibilidade* de execução provisória da pena privativa de liberdade.

² “(...) 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso ordinário”.

³ Chama a atenção a pretensa modificação do art. 283, em que se acresceu a possibilidade de prisão por condenação criminal “exarada por órgão colegiado”. A redação legislativa é atécnica e sistemicamente inconsistente, por desconsiderar a elementar previsão do inc. LVII da Constituição Federal.

⁴ A qual sequer constitui antecedentes criminais antes de seu trânsito em julgado, ou seja, do esgotamento da via recursal ou do fim do prazo para recursos.

segunda instância, por outros juízes, sendo esta mais uma oportunidade que o mesmo possui de provar que não fora o executor daquele crime ou que a conduta delituosa não foi praticada nos moldes da acusação acolhida pelo juízo *a quo*, havendo a possibilidade de adequação do tipo penal mediante a desclassificação do crime. Está-se então, diante do duplo grau de jurisdição⁵, Princípio Geral do Direito que não se aplica somente às decisões do Júri, tampouco apenas à esfera criminal, mas a toda e qualquer seara do direito.

Em suma: inconstitucional e favorece o aumento de erros judiciários.”

22. Nesse sentido, o parecer do Professor **Juarez Cirino**:

“A interpretação ignora que o voto condutor da controvertida decisão do STF, de lavra do Ministro Teori Zavascki, dizia que a *declaração de culpabilidade* de 2º grau teria *considerável força*, o que permitiria *tratamento mais gravoso* conforme o estágio do procedimento criminal, autorizando a *execução provisória* da pena aplicada, na concepção do ilustre Relator.”

23. Também houve manifestação contrária, em face da inconstitucionalidade da proposta, do **IBCCrim, Leonardo Yarochevsky e Alberto Zacharias Toron**, inclusive sobre a retirada de efeito suspensivo ao recurso contra a pronúncia:

“Recurso em sentido estrito (RSE) contra a pronúncia despido do efeito suspensivo. Sistemática vigente desde 1941 que funciona como filtro para se afastar acusações indevidas ou excessivas....Melhor seria que se estipulasse prazo para os tribunais julgarem os recursos com mais rapidez.”

24. **João Carlos Castellar**, em parecer do Grupo de Trabalho do Instituto dos Advogados Brasileiros, também discorda das propostas. Sobre a retirada do efeito suspensivo do recurso contra a decisão de pronúncia, destaca que a alteração pode “potencializar o risco de que decisões proferidas por esse Tribunal sejam anuladas

⁵ “[...] possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior”. (SÁ, Djanira Maria Radamés de. Duplo grau de jurisdição: Conteúdo e Alcance Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999. 132p.)

gerando consequências gravíssimas diretamente para o réu e para a vítima e, indiretamente, para toda a sociedade, que a cada caso de anulação de um julgamento descrerá um pouco mais da efetividade das decisões judiciais”.⁶

25. A respeito da possibilidade de execução antecipada da decisão do Tribunal do Júri, conclui:

“Ora, se em relação a todo réu, mesmo condenado, se reconhece a presunção da inocência, por quais motivos excepcionais apenas em casos de competência do Tribunal do Júri não deve valer a mesma regra? Por que aos processos de competência do Tribunal do Júri se quer dar mais efetividade prendendo o réu condenado antes que possa socorrer-se dos recursos pertinentes e em outros processos, os que correm no juízo comum, não?”

26. Sobre a matéria, em fundamentada análise, o Conselheiro Federal **Gustavo Badaró** opinou pela rejeição das duas alterações propostas:

“A proposta mostra-se ainda mais perigosa, na medida em que os jurados decidem sem que seja necessário justificar suas decisões, o que torna ainda mais premente que a eficácia de tal decisão fique condicionada, ao menos, à possibilidade de controle intersubjetivo por um Tribunal de Justiça que deverá proferir decisão motivada, ainda que em recurso limitado, como a apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, *caput*, inc. III, alínea d).

Por outro lado, a decisão dos Júri também pode ser objeto de impugnação ampla em termos de nulidades posteriores à pronúncia, violação da vontade dos jurados ou lei expressa, e erro na aplicação da pena (respectivamente, alíneas *b*, *c*, e *d*, do inciso III do *caput* do art. 593 do CPP).

Ante todo o exposto é de se rejeitar a proposta de alteração dos artigos 421 e 492 do Código de Processo Penal.

A segunda proposta é retirar o efeito suspensivo do recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia. Assim sendo, muitas vezes, será possível a realização da sessão de julgamento pelo Plenário do Tribunal

⁶ A possibilidade de reforma das decisões é evidente e facilmente verificável na *práxis* penal, podendo-se citar, exemplificativamente, o decote de qualificadoras manifestamente ilegais e o reconhecimento de eloquência acusatória, com *desentranhamento* da pronúncia dos autos do processo e consequente necessidade de prolação de nova decisão.

do Júri, antes mesmo do julgamento da decisão positiva do juízo de acusação.

O tema é por demais importante, mormente no qual o STF declarou que não se aplica à decisão de pronúncia o inexistente, mas sempre invocado, regra do *in dubio pro societate*.⁷

Ante todo o exposto é de se rejeitar a proposta de alteração do art. 584 do Código de Processo Penal.

Por tais motivos, sugere-se a não aprovação das propostas de alteração do Item II) Medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri.”

27. Ainda a respeito da retirada de efeito suspensivo de recurso contra decisão de pronúncia, desconsidera-se, em alguma medida, a sistematicidade do Código de Processo Penal. Exemplo disso é se ignorar a previsão do §4º do art. 427 do CPP, que determina que a etapa procedimental para o pedido de desaforamento é após a *preclusão* da decisão de pronúncia. A pretensa execução provisória, de outro lado, parece desconsiderar que há, sim, *recorribilidade* das decisões do júri: o júri pode ser anulado por inúmeras razões, conforme previsto no art. 593 do CPP; as decisões do júri se sujeitam, até mesmo, à revisão criminal, a desafiar o dogma do trânsito em julgado.

28. **O Grupo de Trabalho do Conselho conclui pela inconstitucionalidade da proposta de execução da pena após a decisão do Tribunal de Júri e pela rejeição da proposta de retirada do efeito suspensivo da pronúncia, aderindo à proposta de Alberto Toron, para, alternativamente, estabelecer um prazo razoável para a decisão do Recurso em Sentido Estrito pelo Tribunal.**

Medidas para alteração das regras do julgamento dos embargos infringentes:

29. A proposta foi muito bem analisada pelo advogado e ex-Conselheiro Federal **Alberto Zacharias Toron:**

⁷ STF, ARE 1.067.392/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.03.2019, m.v.

“Surpreendentemente, o projeto busca cercear os meios de defesa reduzindo o cabimento dos infringentes apenas à hipótese de voto absolutório. A regra tem a seguinte redação:

Art.609.....
.....

§ 1º Quando houver voto vencido pela absolvição em segunda instância, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de dez dias, a contar da publicação do acórdão, na forma do art. 613.

68. Se até mesmo o processo civil, sem qualquer ressalva, contempla o julgamento por um colegiado dilatado quando a decisão da apelação não for unânime (CPC, art. 942), resta saber por que o projeto tem tamanho desprezo pela liberdade alheia ao não permitir a existência dos infringentes com o espectro que lhe deu o CPP de 1941? Aqui, claramente, se vê a descabida vocação autoritária e punitiva do projeto governamental.

69. Talvez se possa dizer que a proposta legislativa tenha se inspirado nos embargos infringentes previstos pelo art. 333, inciso I, no Regimento Interno do STF. Mas é bom recordar que a previsão regimental trata de ação penal originária numa Corte que, apenas excepcionalmente, faz as vezes de jurisdição ordinária. Não há porque reproduzir um modelo feito para a Corte Suprema em Cortes ordinárias que examinam fatos e provas com outra latitude.

...

71. Portanto, não há razão lógica e nem jurídica para o despautério que se quer cometer de se reduzir o cabimento dos embargos infringentes e de nulidade em matéria processual penal.”

30. Importantes observações foram trazidas à análise pelo **GT da OAB/RS**:

“Em pesquisa brevíssima no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, examinando-se por amostragem 100 acórdãos (do universo bruto de 2.190 acórdãos encontrados entre 20.12.2017 e 20.01.2019 - não havendo exclusão por matéria e portanto, o número total deve passar por filtros de adequação), observou-se que 40 tratavam da dosimetria da pena, 40 tratavam de absolvição, 12 examinavam nulidades processuais, 5 cuidavam de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, 3 tratavam de

desclassificação. Diante de tais dados verifica-se facilmente que a proposta de reforma afetaria nesta amostragem, 60% dos casos, mantendo-se os embargos para apenas 40% das apelações.

O que causa espécie é justamente que a maior parte das divergências (e onde efetivamente se realizou um julgamento minimamente colegiado) estaria a descoberto dos embargos na formulação do projeto, deixando de lado questões relevantes como nulidades, dosimetria da pena, regime de cumprimento da pena, etc. O projeto é inviável à sua máxima potência, pois em primeiro lugar, parte do senso-comum de que o processo penal é um jogo de soma zero⁸, desconsiderando toda a complexidade das operações que se sucedem neste campo.”

31. Na mesma linha de discordância, as importantes observações da Conselheira Federal **Daniela Teixeira**:

“Na atual sistemática dos embargos infringentes, a desclassificação do crime e a divergência na dosimetria da pena bastam para que seja oponível o recurso de embargos infringentes. Na hipótese acima, a conduta do réu será reavaliada pela Câmara, ou Seção, com, no mínimo, 5 julgadores. Obrigatoriamente com um novo relator. No novo julgamento pode prevalecer o voto vencedor, ou o voto vencido.

Aprovada a alteração pretendida pelo pacote Moro, essa hipótese de cabimento deixa de existir. Não obstante a divergência profunda de posições entre o relator e o revisor, se não houver um voto que absolva o réu, não mais serão cabíveis os embargos infringentes, com evidente prejuízo para a defesa.

É ainda mais grave. Os defensores da medida dirão que os embargos infringentes são meramente protelatórios, já que ainda caberiam para o Réu os recursos Especial para o STJ e Extraordinário para o STF.

Entretanto, ainda que caibam recursos para os tribunais superiores, eles não se prestam ao reexame do contexto fático da conduta do Réu, que não poderá ser reanalisada pelo STJ nem pelo STF, por força de súmula,

⁸ “O somatório dos vetores presentes na vontade de cada parte no interior do processo penal, se analisado através de um diagrama, resultará num vetor voltado ao benefício do acusado. Enquanto o acusado carrega o vetor máximo de resistência, com ou sem a confissão do fato delitivo, a parte ex adversa, que em regra é o Ministério Público, que carrega dois vetores, quais sejam, o do poder de punir, cuja realização aponta no sentido de se sobrepor ao vetor do acusado, afastando o in dubio pro reo; e outro, que comporta a sua função de custos legis, que é a de pretender proteger com o processo a lei que em seu patamar máximo seria a de efetivar a vontade presente na Constituição, com todas as garantias inerentes ao acusado em um processo penal”. PAULA, Leonardo Costa de. *Nulidades no processo penal brasileiro: sua compreensão por meio da afirmação do Direito como controle ao poder de punir*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 124.

que expressamente prevê “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial” e “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Ou seja, no exemplo dado, que ocorre diariamente em todos os tribunais brasileiros, nunca saberemos se houve, ou não, grave ameaça e violência, nem se seria mais justo o Réu ser encarcerado por 3 anos, ou 9 anos. E para piorar a desgraça judicial da novidade que se quer implantar, o réu será imediatamente recolhido à prisão, já que o Pacote Moro também prevê o cumprimento da pena após o julgamento da apelação.

Nesse sentido, a alteração pretendida mitiga os princípios – garantia da ampla defesa (art. 5o, inciso LV, da CF) e do duplo grau de jurisdição, este previsto no Pacto de San José da Costa Rica (art. 8, 2, “h”) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, § 5o), em nome de uma pretensa celeridade na punição do agente. É de se recordar que o recurso em questão foi introduzido no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 1.720-B, de 03 de novembro de 1952 e manteve-se vigente no período antidemocrático que vigorou no país.

E limitar o manejo de embargos infringentes apenas na hipótese de existir um voto absolutório não é razoável. Não há razão jurídica para impedir os embargos infringentes no caso de voto por desclassificação do crime, ou no caso de divergência na dosimetria da pena.

Portanto, o cabimento dos embargos infringentes não é um detalhe processual. Antes, é a efetivação do direito de defesa do réu, que teve a sua tese acolhida por um dos magistrados, que representa a jurisdição tanto quanto o magistrado vencedor. O que o “pacote Moro” pretende é transformar uma sólida argumentação jurídica externada por um dos magistrados em letra morta, que não pode incomodar a marcha processual e que deve ficar relegada ao esquecimento, como se não existisse”

32. O **GT - OAB/DF** manifestou-se contrariamente à proposta, assim como as ponderações do **Condege**:

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

além de veicular “questão substancial” – esta incógnita – o recurso “cumulativamente” não tenha “propósito meramente protelatório”. Dificílimo conciliar a efetividade da garantia constitucional e convencional ao duplo grau de jurisdição (CR, art. 5º, LV; CADH, art. 8.2., alínea h) com a excepcionalidade do primeiro, único e limitadíssimo (CPP, art. 593, III, alínea d) recurso à disposição do acusado para questionar a decisão do Conselho de Sentença.”

33. Colhe-se do parecer de **Cristiano Fragoso** ao IAB a mesma conclusão:

“Recursos de embargos infringentes não retardam, de forma relevante, execuções penais, eis que se trata de recursos a serem julgados no mesmo tribunal em que foi decidida a apelação; via de regra, esses embargos são julgados muito rapidamente, em, no máximo, um ou dois meses. A celeridade processual é um valor que possui assento constitucional, vinculando-se ao princípio da duração razoável do processo, mas precisamente em virtude do acusado, e não para ser usado contra ele. 27. Nem se invoquem, também, argumentos de pretensão combate à impunidade. Primeiro, porque, em vários casos, a condenação em 2.ª instância terá interrompido o prazo prescricional. E mais: não há que se falar em impunidade (mas, ao contrário, excesso de punição!), se o acusado deve - no entender de um voto vencido - receber pena menor ou diversa, mas não pode rediscutir, amplamente, a questão. 28. Um ponto também altamente criticável é o de que, com a redação proposta, não caberá recurso se houver três votos condenatórios diferentes (p.ex., para o mesmo e único crime, um desembargador fixa pena de 10 anos, enquanto outro a fixa em 8 anos e, por fim, o terceiro chega a pena de 6 anos). Nesse caso, como se sabe, o resultado é obtido 29. Outro inconveniente gravíssimo da alteração proposta está no fato de que, com a nova redação, não mais serão cabíveis embargos infringentes e de nulidade contra acórdão em agravo em execução, pelo simples motivo de que, em execução, não mais se discute absolvição ou condenação, não podendo haver “voto vencido pela absolvição”. 30. Por fim, outra questão que ficaria de fora dos embargos infringentes e de nulidade, na nova redação: não seriam eles possíveis na hipótese de divergência quanto a fixação de valor de reparação do dano, ou quanto a arresto de bens, ou quanto à perda de instrumentos ou produto do crime, ou quanto a outros duros efeitos da condenação (art. 91 e 92, CP).”

34.

Em conclusão, a opinião do Conselheiro Federal **Gustavo Badaró**:

“E existência de um voto divergente, seja quanto a questões de mérito, seja quanto à questões processuais, deve sempre ser passível de um novo julgamento, não se justificando a restrição à absolvição. Do ponto de vista prático, por exemplo, um voto pela extinção da punibilidade, por prescrição da pretensão punitiva, produz efeitos muito semelhantes ao da absolvição. A divergência admitindo uma pena restritiva de direito ou multa, de um lado, ante uma maioria por pena privativa de liberdade, é enorme. A diferença entre o reconhecimento de concurso material entre dezenas de delitos, diante de um voto que reconheça o crime continuado, em que pena será, na pior das hipóteses equivalente à pena de um dos crimes, aumentada até dois terços – portanto, menos que duas penas! – é absurdamente grande.

Por outro lado, negar a possibilidade de embargos de nulidade, quando há o reconhecimento de um voto favorável ao reconhecimento de error in procedendo significa ignorar o significado de devido processo legal.

A medida, basicamente, esvazia os embargos infringentes de nulidade, que se prestam à análise de todo e qualquer ponto não unânime desfavorável. Exige-se, em troca de pouca ou nenhuma melhora na celeridade do processo penal, prestação jurisdicional de menor qualidade: a possibilidade de revisão dos acórdãos se limitará a uma hipótese muito restrita – a de divergência total entre condenação e absolvição – e a imposição de pena pública se dará, necessariamente, com maior chance erro diretamente relacionado à liberdade.”

35.

O Grupo de Trabalho do Conselho Federal conclui pela rejeição da proposta.

Alterações relacionadas à excludente de ilicitude da Legítima Defesa:

36. Sobre a primeira das alterações, relacionada à nova redação do excesso doloso (§ 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 contradição nas abordagens doutrinárias específicas.

37. Boa parte das análises apontou identidade entre a proposta e regras existentes no direito comparado, em especial, no Código Penal Alemão e no Código Penal Português, e de que a alteração incorpora situação já admitidas pela jurisprudência. Sobre esse ponto, anotou **Alberto Zacharias Toron**:

“Em relação ao excesso doloso na legítima defesa, escusável medo, surpresa e violenta emoção, são “novidades que enfraquecem a resposta penal e, pior, podem funcionar como válvula de impunidade em casos graves”.

Sobre a Legítima defesa de agente policial e de segurança pública: “A prevenção de agressão ou de risco de agressão à vítima mantida refém, pela subjetividade da situação, vai aumentar as ações policiais com morte. É um cheque em branco para ações letais sem paralelo no Estado brasileiro.”

38. De outro lado, algumas críticas sustentam que tais hipóteses não poderiam ser aplicadas especificamente aos agentes de segurança pública, como, por exemplo, **Carlos Eduardo Machado** e **Mario Polinielli**, em parecer ao IAB:

“A exclusão da incidência da norma a agentes públicos dos órgãos de defesa no exercício de suas funções retiraria qualquer possibilidade de que o dispositivo funcionasse como autorização a ações policiais letais, servindo no entanto para propiciar ao Juiz e aos Conselhos de Sentença uma ferramenta que permita sanções proporcionalmente adequados ao juízo de reprovabilidade da conduta.”

39. Já em relação à proposta de nova redação ao art. 25, há forte consenso pela rejeição. A proposta vem assim redigida:

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

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.”

40. A esse respeito, pronunciou-se o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais:**

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

41. Nessa perspectiva, a observação de **Juarez Cirino dos Santos:**

“A proposta do Projeto Moro amplia os limites da legítima defesa para autores definidos como *agente policial* ou de *segurança pública*, substituindo a definição legal “*repele injusta agressão, atual ou iminente*” (art. 25, CP), pela fórmula vaga e indeterminável da expressão *previne injusta e iminente agressão* (art. 25, I, do Projeto Moro), ou pela fórmula casuística ainda mais vaga e indeterminável da expressão *previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crime* (art. 25, II, do Projeto Moro).

A ampliação dos limites da justificação é ainda mais grave, porque incorpora as situações indefiníveis de *conflito armado* ou de *risco de conflito armado*, que subjetivam a definição da situação justificante e criam insegurança para o cidadão:

a) a ação de *prevenir* injusta e iminente agressão, em contexto de *conflito armado* ou de *risco de conflito armado* (art. 25, I, do Projeto Moro), não coincide com a ação de *repelir* injusta agressão, atual ou iminente (art. 25, Código Penal): por um lado, o significado semântico de *repelir* é diferente do significado semântico de *prevenir* e, por outro lado, o significado linguístico de *conflito armado* ou, ainda mais, de *risco*

de conflito armado, são dependentes das representações idiossincráticas do agente *policia*l ou de *segurança pública*, com o efeito de instalar enorme confusão na justificação melhor definida da lei penal;

b) além disso, o significado de *prevenir agressão* ou *risco de agressão* a vítima mantida refém durante a prática de crime, extrapola ainda mais os limites conceituais da legítima defesa, porque subordina a definição da situação justificante às representações psíquicas do agente policial ou de segurança pública, que decide não só sobre o significado de *prevenir*, como também sobre a extensão objetiva do conceito *risco de agressão*, igualmente dependente da avaliação do agente. A mudança proposta, já repudiada pela literatura e jurisprudência internacionais - que rejeitam a existência de duas antijuridicidades, uma mais rigorosa para o cidadão comum, outra mais tolerante para o agente do Estado -, vai recrudescer a matança em massa de jovens negros e pobres por policiais e agentes de segurança do Estado, além de virar objeto de pilhéria acadêmica, ou da chacota entre profissionais da justiça criminal.”

42. Também converge com esse entendimento o parecer de **Leonardo Yarochevsky**:

“Os dispositivos em comento carecem de legítima justificativa e, certamente, levarão ao incremento da violência policial.

No que diz respeito ao inciso I do artigo 25 do projeto, adverte-se que a expressão “*conflito armado*” não está definida em lei, o que, certamente, resultará em interpretações subjetivas, amplas e equivocadas. Note-se, ainda, que a expressão “*conflito armado*” é quase sempre relacionada a ideia de “*guerra*” e, conseqüentemente, a de “*inimigo*” o que acabará levando, inevitavelmente, ao abominável conceito de “*direito penal do inimigo*”.

...

Entende-se, totalmente desnecessário a introdução dos dispositivos citados (art, 25, I e II), uma vez que no atual Código Penal estão previstas as excludentes de ilicitude, entre as quais, o estrito cumprimento do dever legal e a legítima defesa, que, se evidentemente comprovado, amparará o policial e o agente de segurança pública.

Não há razão alguma, jurídica e legal, para que seja dado um tratamento especial ao policial e ao chamado agente de segurança pública. Como já

dito, a norma de caráter geral que trata das excludentes de ilicitude é mais que suficiente para amparar o policial e qualquer pessoa que aja sob o pálio de uma das causas de justificação.”

43. O Professor **Luís Greco** destacou:

“A proposta ou é supérflua ou é nociva”. Merecendo destaque, no contexto da realidade brasileira, o quanto ela tem de nociva: “A segunda modificação é consideravelmente mais problemática. Como observado, o caput descreve a ação de defesa como a de quem “repele”; o parágrafo único prefere o termo “*previne*”. Vimos que toda legítima defesa é, em certo sentido, preventiva, pelo simples fato de que ela nunca pode ser repressiva. Ocorre que o termo prevenir – ao contrário do repelir – não aponta para qualquer limite temporal inicial”.

44. **Lenio Luiz Streck** também criticou a proposta:

“Distante de ser qualquer solução para a morte de policiais em situações de confronto armado, as propostas ora em análise, assentadas em uma lógica de guerra, apenas trarão mais vítimas, civis, policiais e mesmo criminosos, cuja pena deve ser dada por um juiz, não um fuzil.

...

O tema Segurança Pública deve ser tratado com responsabilidade política e a violência causada e sofrida pelos agentes policiais na sua atuação diária precisa de mais que um adiamento temporal da legítima defesa.

À evidência, essa alteração proposta no Pacote deve ser rejeitada.”

45. Com contundente oposição à alteração proposta, **Miguel Reale Júnior**, em análise bastante aprofundada, destacou:

“Estas disposições, que se pretende introduzir no instituto da Legítima Defesa, vêm a ser a submissão do Ministro proponente às exigências das Polícias, para facilitar o reconhecimento da excludente, de forma especialíssima, para seus agentes, fora dos quadros típicos da consolidada figura da Legítima Defesa.

Estranhíssima a criação de hipóteses de legítima defesa com sujeito ativo próprio, como sucede nos incisos do parágrafo único do art. 25. A sugestão de redução ou de não aplicação da pena no § 2º do art. 23, desculpando-se o agente pelo excesso, doloso ou culposo, em razão de “medo, surpresa ou violenta emoção”, é minorante ou eximente que se casam com o disposto como parágrafo único do art. 25, ou seja, visa a atender aos policiais que matam alguém no curso de ação policial.

Busca-se, na verdade, a impunidade da violência praticada pela polícia, pretendendo-se que os seus agentes não respondam pelo excesso doloso ou culposo e que possam agir diante de **situação de perigo de perigo**, conforme dispositivo do inciso II do parágrafo único do art. 25, eivado de grave redundância, como se verá à frente.

...

O parágrafo único ao art. 25 proposto por Moro é espantosamente um acinte ao bom senso na construção da legítima defesa. Tem-se a coragem de propor situações de legítima defesa próprias, específicas do agente policial, dando a possibilidade de justificação como legítima defesa em circunstâncias em que a agressão não é nem atual, nem iminente.

Edita-se, então, como já transcrito:

Art. 25

.....

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

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

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

A redundância é gritante: “risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão”.

Se existe um risco iminente de conflito armado, há iminente agressão, mesmo porque como já assinalado acima, iminente é o que está para suceder, em vias de ocorrer, devendo o perigo imediato ao bem jurídico ser impedido de se concretizar. Ou o conflito armado iminente vem a constituir uma agressão iminente, ou não há relevância no conflito armado. É impossível um conflito armado não consistir em uma

agressão iminente. A iminência de um conflito armado é em si uma agressão iminente, caso contrário haveria apenas um perigo imaginário.

E é este perigo imaginário que se pretende erigir em causa justificadora da violência policial. Cria-se norma extensiva da situação normal de legítima defesa, aplicável a todos os cidadãos, para, especialmente, em favor do agente de segurança pública, tipificar-se uma situação de perigo de perigo como justificadora da ação policial, protegendo os policiais de responder por seus abusos.”

46. O Conselheiro Federal **Luiz Renê Gonçalves do Amaral**, da mesma forma, pronuncia-se contrariamente:

“A questão é que não está suficientemente claro que a legítima defesa deva o ser *“usando moderadamente os meios necessários”*, como prevê o caput, o que pode (e já está a) gerar uma confusa e perigosa mensagem de permissão onde não há.

Assim nos parece desnecessária a alteração proposta para a inserção do citado parágrafo único ao artigo 25 do Código Penal.”

47. Vale citar a contribuição do advogado e Professor da USP **Maurício Stegemann Dieter**:

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

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

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

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

48. O **Condege** assim tratou do tema:

“...revela o contrassenso de se ampliar também o cobertor de licitude contido no projeto quanto à prevenção de agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. Ou a agressão é atual ou é iminente; a “prevenção de um risco de agressão” é dogmaticamente inconveniente dado o alto grau de subjetividade conferido ao agente de segurança pública no exercício de suas funções, notadamente ampliando as possibilidades da prática de condutas típicas que, embora lícitas, vulneram a vida e a incolumidade física de modo geral, afastando-se de direitos, garantias fundamentais e regras de tratamento aos cidadãos previstos na Constituição da República.

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

49. **Diante da unanimidade de críticas contundentes à proposta, o GT-OAB opina pela rejeição da proposta de alteração do art. 25 e, por via de consequência, da mudança proposta para inclusão do art. 309-A no Código de Processo Penal:**

“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.”

Alterações da disciplina da prescrição (arts. 116 e 117 do CP):

Causas de suspensão e interrupção

“Art. 116....

II - enquanto o agente cumpre pena no exterior;

e

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

“Art. 117....

IV - pela publicação da sentença e do acórdão recorríveis;

V - pelo início ou continuação da execução provisória ou definitiva da pena;

50. O **IBCCrim** considerou a medida como inoportuna, pelos seguintes motivos:

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

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

Afora isso, há que se ressaltar que, por meio da Lei 12.234, de 5 de maio de 2010, já houve recente alteração legislativa em relação ao tema da

prescrição penal, aumentando-se consideravelmente lapsos prescricionais, sendo certo que essa modificação não surtiu qualquer efeito na eficiência do sistema de justiça criminal brasileiro.”

51. **Sérgio Duarte** e **Ivan Santiago**, em parecer ao IAB, comentam a inadequação das alterações:

“A oposição dos embargos de declaração e a interposição de recursos para os Tribunais Superiores não impedem o exercício da ação penal, bastando ao Estado, no exercício de sua função judiciária, julgá-los dentro de um limite de tempo razoável. Tampouco é convincente a justificativa constante na exposição de motivos, acima transcrita, porque o Código de Processo Civil vigente soluciona satisfatoriamente a questão da reiteração dos embargos de declaração protelatórios, declarando-os inadmissíveis, nos termos do seu artigo 1.026, § 4º.5 Tal disposição da lei processual civil é aplicável ao processo penal por força do artigo 3º do Código de Processo Penal, não havendo a necessidade de previsão de nova causa de suspensão do prazo prescricional. A previsão de causas de suspensão do prazo prescricional que não importam em impedimento ao exercício do *ius puniendi* transfere ao indivíduo, indevidamente, um ônus estatal, pelo descumprimento do dever de julgar a causa dentro de um limite temporal plausível.”

52. **Juarez Cirino** também critica a proposta:

“O Projeto Moro subverte alguns critérios tradicionais da legislação penal, propondo artifícios legais para reduzir prazos prescricionais, sob o falso pressuposto de que a conjunção de recursos extraordinários e o princípio da presunção de inocência determinariam a extinção da punibilidade por prescrição - e não a morosidade dos Tribunais no julgamento dos recursos, explicável por fatores funcionais e estruturais históricos.

Assim, por um lado, introduz (a) como causa **impeditiva** da prescrição, a hipótese de *pendência de embargos de declaração, ou de recursos inadmissíveis aos Tribunais Superiores* (art. 116, III) e, por outro lado, (b) prevê como causas **interruptivas** da prescrição as hipóteses (i) de *publicação da sentença e do acórdão recorríveis* - e não mais da *sentença e do acórdão condenatórios recorríveis* (art. 117, IV, CP) e (ii) de *início ou continuação da execução provisória ou definitiva da pena* - e não mais pelo *início ou continuação do cumprimento da pena* (art. 117, V, CP).

A crítica imediata é a seguinte: a) a hipótese de **impedimento** da prescrição pela *pendência de embargos de declaração* é inadequada, porque os embargos indicam situação de não exaurimento da decisão, por ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão do acórdão (art. 619 e 620, CPP), que não podem ser atribuídas ao acusado; b) a hipótese de **interrupção** da prescrição pela *publicação da sentença e do acórdão recorríveis*, admite como **causas de interrupção da prescrição** as hipóteses de sentença e de acórdão **absolutórios**, decisões favoráveis ao acusado utilizadas em prejuízo do acusado, ao contrário da norma processual vigente, que só admite interrupção da prescrição em caso de sentença e de acórdão **condenatórios** recorríveis (art. 117, IV, CP)”.

53. A mesma observação é feita pelo Conselheiro Federal **Luiz Renê do Amaral**:

“Especificamente acerca da interrupção do fluxo prescricional, nos parece mais acertado manter a redação atual do art. 117, IV, do CP, pois é a decisão condenatória, monocrática ou individual, que se reveste como intenção de punir, não a absolutória, não fazendo sentido esta, de evidente interesse do acusado, gerar efeitos negativos, ainda que indiretos, para o seu estado de liberdade.”

54. Por fim, a matéria foi muito bem resumida pelo **Condege**:

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

55. Em conclusão, **o GT – OAB considera inoportuna e inadequada a medida**, especialmente pelo fato de considerar a decisão e acórdão absolutórios como causa de interrupção da prescrição, o que na prática tornaria praticamente todos os crimes como potencialmente imprescritíveis, em violação à constituição ou porque o sistema atual, com a reforma de 2010, já dificulta em muito a incidência da prescrição. A ampliação das hipóteses de suspensão e interrupção terão o efeito de ampliar a demora na tramitação dos processos, na linha do que sustentou o **GT da OAB/DF**⁹.

⁹ Já o inciso III mostra-se desproporcional em relação ao tempo que o Estado tem para punir, criando mecanismo muito mais rígido do que o razoável e admitido pela jurisprudência do STJ, não tendo sido apresentada qualquer estatística no sentido de que a criação de mais um marco prejudicial à defesa seria mais eficiente do que o aperfeiçoamento da gestão dos processos em todo o país com o intuito de se evitar a impunidade. Portanto, deve-se suprimir o inciso III, do art. 116, do Código de Processo Penal

Mudanças no Código Penal relacionadas à fixação da pena.

"Art.33...

§ 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.

§ 6º No caso de condenados pelos crimes previstos nos arts. 312, **caput** e § 1º, art. 317, **caput** e § 1º, e art. 333, **caput** e parágrafo único, o regime inicial da pena será o 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.

§ 7º No caso de condenados pelo crime previsto no art. 157, na forma do § 2º-A e do § 3º, inciso I, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis." (NR)

"Art.59...

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

56. Leonardo Yarochevsky lembra que, em se tratando de pena inferior a 8 anos, o Plenário do STF, em 27 de junho de 2012, nos autos do Habeas Corpus nº. 111.840/ES, decidiu que o § 1º. do art. 2º. da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º11.464/2007, ao impor o regime inicial fechado, é inconstitucional.¹⁰

por ser manifestamente desnecessária a criação de mais um marco que prejudique a contagem da prescrição.

¹⁰ EMENTA: "Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida" (Habeas Corpus nº. 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli).

57. Sobre a alteração, assim se manifestou o **IBCCrim**:

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

A previsão de regime inicial fechado como regra, a priori, fere o princípio constitucional da individualização da pena, conforme jurisprudência consolidada do STF, que no HC 111840 declarou inconstitucional norma que previa a obrigatoriedade de regime inicial fechado em crimes hediondos. A imposição obrigatória de regime fechado inicial ao condenado reincidente, mesmo que por delito sem violência ou ameaça, ainda contraria a posição do STJ, consoante súmula n. 269 daquela Corte, cujo entendimento decorre da incidência do mandamento de individualização da pena e da proporcionalidade.”

58. A respeito da autorização para que o juiz fixe discricionariamente tempo mínimo para cumprimento de pena em regime mais gravoso (art. 59 do CP), o **IBCCrim** discorre:

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

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

determinar o regime integralmente fechado, também já declarado inconstitucional pelo STF.

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

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

Conclusão: Medida inconstitucional e extremamente inoportuna.”

59. Ainda sobre a proposta de acréscimo de um parágrafo único no art. 59 do Código Penal, convém citar a crítica de Adriano Antunes Damasceno e Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes:

“(…) o que se observa é uma manifesta retomada do arbítrio judicial nos moldes positivistas que sustentaram a estrutura originária dos códigos penal e de processo penal. Tome-se como referência a proposta de acréscimo de um parágrafo único ao artigo 59 do código penal que confere ao juiz a possibilidade de fixar período mínimo de cumprimento da pena em regime fechado ou semi-aberto antes da progressão sem qualquer parâmetro objetivo, apontando como elementos de justificação os mesmos conceitos jurídicos indeterminados da redação originária do art. 52 do código penal e mantidos no atual art. 59.”

60. Por sua vez, o **Grupo de Trabalho da OAB/RS** destacou que “a proposta está a colidir não apenas com o texto remanescente dos parágrafos do art. 33 do CP (que dispõe critérios que viabilizam a materialização da garantia constitucional da individualização da pena, que, pois, acaba violada), como, ao mesmo tempo, está a

confrontar a jurisprudência pacífica no tema”. O **GT** da **OAB/DF** destacou que “a obrigatoriedade do regime fechado como regra para os delitos previstos tanto no § 5º., como nos §§ 6º. e 7º. viola a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito dos crimes hediondos”.

61. A alteração também foi criticada por **Juarez Cirino, Alberto Toron** e pelo **Condege**, nos seguintes termos:

“A redação atual do art. 33 do Código Penal e de seus parágrafos traz escalonamento razoável e proporcional no que tange à fixação do regime de cumprimento de pena –última fase da aplicação da pena privativa de liberdade. O §4º é suficiente à fixação de regime mais gravoso para o caso de situações concretas recomendarem o recrudescimento, sendo certo que as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) norteiam o intérprete a partir de critérios aferíveis pela acusação e defesa, o que empresta equilíbrio ao controle dos atos jurisdicionais relacionados a este imprescindível capítulo da sentença penal condenatória.

Assim, a introdução dos parágrafos 5º a 7º no artigo 33, além de desnecessária viola flagrantemente a individualização das penas por estabelecerem afastamento da análise do caso concreto, impondo o *regime inicial fechado obrigatório* em desacordo, inclusive, com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF, Plenário. HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, 27.06.2012. E mais recentemente o ARE 1.052.700 RG, Rel. Min. Edson Fachin, 31.01.2018.).

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

62. Com a mesma compreensão, a opinião de **Lenio Streck**:

“O Projeto propõe que se altere a legislação no sentido de

§ 6º No caso de condenados pelos crimes previstos nos arts. 312, caput e § 1º, art. 317, caput e § 1º, e art. 333, caput e parágrafo único, o regime inicial da pena será o 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.

O Supremo Tribunal Federal, já se manifestou sobre a inconstitucionalidade da fixação *a priori* do regime de cumprimento da pena para qualquer delito, uma vez que estaria configurada afronta à garantia constitucional de individualização da pena. Mesmo que hajam exceções previstas no PL, que é o que diz o Ministro quando

questionado acerca da (in)constitucionalidade, *ainda assim seriam exceções fixadas a priori*, e, sendo fixadas de forma antecipada, configurariam, *do mesmo modo*, afronta à individualização, que exige, por óbvio, para a fixação do regime do cumprimento da pena, a análise circunstancial do caso concreto e da conduta delitiva de cada réu.”

63. E, por fim, essa também foi a análise do Conselheiro Federal **Luiz Renê do Amaral**:

“É digno de nota que a Suprema Corte já definiu a questão em sentido diametralmente oposto ao intento reformar, e por mais de uma oportunidade, afirmando o entendimento de que avilta o princípio constitucional da individualização da pena criminal”.

64. **Diante, portanto, das manifestações dos professores e advogados consultados, todas na mesma direção, o GT – OAB propõe a rejeição da alteração, que veicula matéria inconstitucional, tal como vem decidindo o STF.**

Incremento da punição pelo crime de resistência (art. 329 do CP)

“Art.
329.....”

Pena - detenção, de dois meses a dois anos, e multa. § 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

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

§ 2º Se da resistência resulta morte ou risco de morte ao funcionário ou a terceiro: Pena - reclusão, de seis a trinta anos, e multa.

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

65. Essa alteração foi objeto de crítica unânime dos pareceristas, pela evidente desproporcionalidade que engendra. Nesse sentido, o **IBCCrim** sustenta:

“O projeto propõe o recrudescimento de penas por meio de nova criminalização, consistente na inserção do tipo penal da resistência qualificada pela morte ou pelo risco de morte do funcionário. A nova

redação prevê pena de até 30 anos quando houver **mero risco de morte** ao funcionário ou a terceiro. Ou seja, o risco de morte do funcionário satisfaria para consumação do tipo penal qualificado proposto, tratando-se de crime de perigo de lesão cuja pena supera aquela do homicídio.

A margem demasiadamente grande deixada ao juízo na pena cominada no par. 2º do art. 329 (seis a trinta anos) carece de coerência sistêmica em relação ao restante do Código Penal, sendo uma pena visivelmente desproporcional para um crime de perigo.

Conclusão: Medida inconstitucional.”

66. No mesmo sentido, o **Condege**:

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

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

67. O Conselheiro Federal **Luiz Renê do Amaral e Juarez Cirino** também se opõem à proposta, valendo citar a lição deste Professor:

“A crítica tem por objeto o crime qualificado pelo resultado de *morte* ou de *risco de morte*, que pode ser produzido por dolo ou por imprudência, mas com lesão ao princípio da culpabilidade, em ambos os casos: a) o caso de resultado de *morte* ou de *risco de morte* produzido por imprudência é punido de modo excessivo ou desproporcional, porque a pena mínima supera a soma dos crimes de homicídio imprudente e de resistência, considerados isoladamente; b) o caso de resultado de *morte* ou de *risco de morte* produzido por dolo (direto ou eventual) é punido com a pena do homicídio qualificado por causa da simples resistência - que, aliás, pode ser justificada, em especial em face da inovação da

legítima defesa privilegiada para agente policial ou de segurança pública -, o que é, também, claramente, excessivo ou desproporcional.”

68. **Alberto Zacharias Toron** também abordou o tema, com idêntica conclusão:

“Verdadeiramente inconstitucional é a equiparação para fins punitivos, com consequência, em tese, idêntica para quem matar e quando houver apenas “risco de morte”. A **desproporcionalidade** é gritante. Uma coisa é a ação de resistência da qual resulta morte. Outra, bem diferente, é a que acarreta apenas o “risco de morte” para o agente público ou para terceiro. No último caso, que revela crime de perigo, o desvalor do resultado é abissalmente diferente da consumação da morte e não pode ensejar a mesma pena que, no mínimo, é a do homicídio simples.

125. Afora a desproporcionalidade do tratamento punitivo em caso de “risco de morte”, a própria expressão enseja uma vagueza que fere de morte o princípio da tipicidade no que diz com a certeza da lei (Lex Certa). Assim, haverá “risco de morte” quando o agente público ou terceiro forem atingidos e o laudo atestar dito risco ou quando a ação for perigosa e tiver sido arriscada a ponto de se dizer que poderia ter havido morte? A imprecisão desmerece a garantia de que se reveste o princípio da legalidade e está a merecer a **dupla repulsa da proposição**: fere o princípio da proporcionalidade e também o da tipicidade.”

69. **Por essas razões, o GT – OAB manifesta-se pela rejeição da proposta.**

Proposta de alteração do Código de Processo Penal:

Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade: Mudanças no Código de Processo Penal:

70. O Ministério da Justiça propõe a inclusão do Código de Processo Penal do chamado “acordo de não-persecução”, com a seguinte redação:

“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 não superior 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: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; 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; e V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena máxima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º 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; 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. 18 § 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. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação, prevista no § 5º. § 8º Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou

oferecimento de denúncia. § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo. § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11. O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 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)

71. O **IBCCrim** ofereceu importantes e aprofundadas considerações a respeito da alteração proposta:

“2) Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade— primeira parte: o acordo de não-persecução penal (art. 28-A do CPP) O acordo de não-persecução não constitui uma inovação total no sistema processual penal brasileiro, mas sim, uma espécie de “nova transação penal” (art. 76, da Lei 9.099/95), na medida em que ambos os institutos possuem as características comuns respectivamente ao momento, requisito e iniciativa da proposta de solução consensual:

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

6. A aceitação da proposta não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para fins da realização de uma nova composição negociada da lide penal.

Por outro lado, há diferenças entre o acordo de não-persecução e a transação penal:

1. O acordo de não-persecução exige a confissão do indivíduo, ao passo que a transação penal não;

2. O acordo de não-persecução possui um requisito específico de que o crime investigado não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, ao passo que a transação penal não;

3. As condições a que estará submetido o indivíduo são distintas:

Acordo de não-persecução	Transação penal
Reparação do dano causado	Não há previsão de reparação do dano (uma vez que a transação pressupõe a não realização de composição civil dos danos, prevista no art. 74, da Lei 9.099/95)
Renúncia a bens indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime	Não há previsão de perda de bens (idem acima, pois isso seria objeto da composição civil)
Prestação de serviços em local a ser indicado pelo Ministério Público	Possibilidade de qualquer pena restritiva de direitos, inclusive prestação de serviços, em local determinado pelo Juiz e sujeito à fiscalização do Poder Judiciário
Prestação pecuniária em favor de instituição indicada pelo Ministério Público que tenha por finalidade a proteção de bens jurídicos específicos	Prestação pecuniária em favor de instituição determinada pelo Juiz e sujeita à fiscalização do Poder Judiciário

Cumprimento de condição indeterminada a ser indicada pelo Ministério Público	
--	--

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

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

Ora, as principais críticas ao instituto nos EUA tratam justamente da ausência de controle pelo Judiciário da atuação do MP.”

72. Sem discordar de maneira expressa em relação à solução consensualizada, o respeitado Instituto propõe, no entanto, o aperfeiçoamento da proposta, com diferente tratamento:

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

Redação atual	Redação sugerida
Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine	Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções

<p>pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.</p>	<p>penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 4 (quatro) anos, cumulada ou não com multa.</p>
	<p>Inclusão do parágrafo único: Parágrafo único. Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.</p>
<p>Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.</p>	<p>Manutenção da redação</p>
<p>§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.</p>	<p>Modificação do § 1º §1º Se o juiz considerar inadequadas as condições propostas, poderá substituí-las por outras, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do autor da infração.</p>
<p>§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.</p>	<p>Manutenção da redação</p>
<p>§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.</p>	<p>Manutenção da redação</p>

<p>§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.</p>	<p>Manutenção da redação</p>
<p>§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.</p>	<p>Manutenção da redação</p>
<p>§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.</p>	<p>Manutenção da redação</p>
	<p>Inclusão do § 7º:§ 7º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.</p>

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

Conclusão: Alteração da proposta, com apresentação de substitutivo nos termos constante do quadro sugerido, para a ampliação do acordo de não persecução penal mediante alargamento das hipóteses de incidência do procedimento já previsto na Lei n. 9.099/95.”

73. **Alberto Zacharias Toron**, em seu trabalho, também não se manifestou de modo contrário, com as seguintes anotações:

“É bem-vindo o acordo de não persecução penal, na verdade um *sursis* processual ampliado em relação à previsão do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Todavia, é descabida a exigência de “*confissão circunstanciada*” do agente em razão de o acordo não ter natureza condenatória. O instituto deveria ser alçado à condição de direito processual público de natureza subjetiva. Não externada a proposta pelo MP, o interessado poderia requerer o benefício ao juiz que decidirá a respeito, com direito a recurso das partes.”

74. O Conselheiro Federal **Carlos Roberto Siqueira Castro** ofereceu importantes considerações a respeito da matéria:

“O art. 28-A prevê o denominado “acordo de não persecução penal”, que somente pode ser celebrado na fase anterior ao oferecimento da denúncia. O acordo se limita aos casos em que são investigados crimes cujas penas máximas não superem quatro anos e que sejam cometidos sem violência ou grave ameaça. Mediante confissão do crime, o investigado aceita cumprir pena de prestação de serviços pelo prazo da pena mínima cominada ao delito investigado, que pode ser diminuída de um a dois terços, além de outras penalidades e condições. A celebração do acordo não implica em reincidência e não consta da certidão de antecedentes criminais. Com o seu cumprimento integral, o juiz deverá decretar a extinção de punibilidade do investigado. O instituto se aproxima da já existente transação penal, prevista na Lei n.º 9.099/95, que, contudo, apenas se aplica para os casos de menor potencial ofensivo (pena máxima cominada em abstrato de até dois anos) e não implica na necessidade de confissão do investigado. No caso do “acordo de não persecução penal”, aliás, a exigência de confissão de mostra desarrazoada na medida em que tal acordo, de forma semelhante à transação penal, não opera qualquer efeito de antecedente criminal. Quanto às penas aplicadas, para além da restritiva de direitos, de perdimento e pecuniária, prevê o projeto a possibilidade de imposição de “outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada”. Partindo da premissa que tais “condições” possuem a natureza de *pena* – entendida como a sanção estatal imposta ao criminoso como retribuição por um delito – é possível concluir que a redação do projeto viola o princípio da legalidade. Isto porque institui

pena prevista legalmente de forma vaga, não taxativa, sujeita ao arbítrio do Ministério Público quando da celebração do acordo.”

75. O respeito Professor **Aury Lopes Júnior** sugere uma redação diversa à proposta, a fim de compatibilizar o novo instituto com a suspensão condicional do processo:

“O primeiro problema na proposta de acordo de não persecução diz respeito a quantidade de pena: o texto fala em "pena máxima não superior a 4 anos". Isso esvazia o instituto da "suspensão condicional do processo" (art. 89 da Lei 9099/95) e cria condições mais gravosas para o acusado. Existe uma sobreposição dos institutos e um agravamento desnecessário e injustificado das condições do acordo.

O segundo problema é o excesso de poder atribuído ao Ministério Público, que poderá fixar condições e indicar bens e direitos que devem ser renunciados. Isso gera um perigoso desequilíbrio de poderes e uma supervalorização da figura do acusador em detrimento do acusado e também do próprio juiz.

Propostas legislativas:

I). Mudar o limite de pena para "pena máxima igual ou inferior a 4 anos". Justificativa: maior amplitude do instituto e também evitar a sobreposição com a esfera de cabimento da suspensão condicional da pena, pois se mantida a redação originária (pena máxima não superior a 4 anos) vai invadir a esfera da suspensão condicional, pois não existem crimes com pena máxima inferior a 4 anos que tenham pena mínima superior a 1 ano (exigência da suspensão condicional do processo).

II. Inserção no § 2º de um inciso V com a seguinte redação:

"V. for cabível e mas benéfico para o agente a suspensão condicional do processo, nos termos da lei;". Justificativa: com isso mantém-se o instituto da 'suspensão condicional do processo' vigente e evita-se que o acordo de não persecução penal se transforme apenas em um instituto que atua no mesmo espaço da suspensão condicional do processo mas com condições muito gravosas para o agente.

III. Supressão no § 2º, no inciso II, das expressões "habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas". Justificativa: tratam-se de cláusulas genéricas, que dependem exclusivamente da interpretação do Ministério Público ou do Juiz (ao homologar ou não) e sem qualquer dado objetivo. É apenas uma forma

de criar um estigma sem qualquer dado concreto de constatação ou possibilidade de refutação.”

76. As mesmas considerações foram feitas pelo **Grupo de Trabalho da OAB/RS**.

77. Dessa forma, constata-se que esse tópico do projeto de Lei, embora contenha imperfeições, não destoaria da correta política criminal de conceder maior efetividade às soluções consensuadas no processo penal, em especial às infrações de menor potencial ofensivo, cometidas sem violência ou grave ameaça.

78. Diante de todas as contribuições recebidas, o GT – OAB não se opõe ao aprofundamento da discussão sobre a incorporação ao sistema processual do instituto da “não persecução”, sugerindo-se a adoção da proposta do **IBCCrim** e de **Aury Lopes Júnior**, ou seja, da ampliação do instituto da transação penal a crimes com penas não superiores a quatro anos, sem as restrições objetivas apontadas, e que o benefício se constitua em “condição de direito processual público de natureza subjetiva”, na linha da defesa de **Alberto Toron**.

Acordo Penal (plea bargaining)

79. A proposta do Ministério da Justiça é assim redigida:

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

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

§ 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.

§ 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.

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

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

§ 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.

§ 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)

80. Os comentários do **IBCCrim** foram assim apresentados:

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

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

O acordo penal, assim como o *plea bargaining*, traz como principal vantagem a redução de custos, na medida em que acordos são mais rápidos e mais baratos do que processos (embora ainda não se tenha uma estimativa do custo médio de um processo criminal no Brasil, ele será bem superior ao custo médio do processo de execução fiscal, hoje calculado em R\$ 20.000,00)¹¹. Contudo, as desvantagens do modelo superam as vantagens, o que justifica o parecer pela rejeição dessa proposta.

A primeira desvantagem também envolve custos. O uso em larga escala dos acordos nos EUA¹² (variando entre 90% e 97% dos crimes) gerou o aumento da população prisional, inclusive em infrações leves. Hoje, os EUA são o país com o maior número de encarcerados do planeta e gastam US\$ 82 bilhões por ano com prisões. Se o mesmo ocorrer no Brasil, o custo do encarceramento em massa poderá ser superior à economia com pessoal e equipamentos. Além disso, já se

¹¹ Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862?mode=full>

¹² Diferentes estatísticas estão disponíveis, como as produzidas pelo Escritório de Assistência Jurídica do Departamento de Justiça (<https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>), pela imprensa americana (<https://www.nytimes.com/2012/03/23/us/stronger-hand-for-judges-after-rulings-on-plea-deals.html>) e por organizações não governamentais (<https://www.innocenceproject.org/guilty-pleas-on-the-rise-criminal-trials-on-the-decline/>), variando entre 90% e 97% dos casos criminais identificados nos EUA.

constatou, nos EUA, a tendência de que o acusado aceite um acordo mesmo quando é inocente¹³. Promotores pressionam os réus para obter acordos, o que foi autorizado pela Suprema Corte daquele país¹⁴. Não se deve duvidar que isso aconteça aqui, decretando-se prisões com a finalidade (não declarada) de obter acordos.

Outra desvantagem é a falta de publicidade. No modelo atual, um juiz precisa indicar por escrito as razões que levaram à condenação e todos podem criticá-las, pois o processo é público. Já no modelo de acordos, as negociações são secretas.

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

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

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

¹³ São inúmeros os estudos que indicam a aceitação, por inocentes, de acordos de plea bargaining, submetendo-se a penas indevidas. Nesse sentido, há artigos acadêmicos (GAZAL, Oren: Screening, Plea Bargains and the Innocent Problem. In Law & Economics Working Papers Archive, 31, 2004, disponível em

https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=law_econ_archive), bem como relatórios elaborados por organizações não governamentais com dados estarrecedores, estimando-se em centenas de milhares de inocentes presos nos EUA em decorrência dos acordos (“11% de todas as condenações revertidas pelo uso de técnicas avançadas de DNA haviam sido confessadas pelos acusados”, Innocence Project and Members of Innocence Network Launch Guilty Plea Campaign, disponível em <https://www.innocenceproject.org/guilty-plea-campaign-announcement/>).

¹⁴ Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978), disponível em <https://www.oyez.org/cases/1977/76-1334>.

controle e responsabilização dos promotores sem alteração constitucional.

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

Em primeiro lugar há uma restrição de ordem constitucional. A liberdade individual é um bem indisponível e sua supressão somente pode ser determinada pelo Estado por meio de uma decisão judicial. Logicamente, trata-se de decisão judicial que examine provas, e não que simplesmente homologue um acordo realizado entre partes sem base em qualquer material probatório (uma vez que os elementos existentes quando do oferecimento da denúncia são apenas indiciários). O modelo proposto de acordo penal retira dos membros do Judiciário o poder sobre a liberdade individual e o transfere para uma instituição que não tem a atribuição constitucional de proteção dos direitos e garantias individuais. Membros do Ministério Público não são juízes. Não são imparciais. Não são orientados para a proteção dos indivíduos frente aos abusos estatais. Ao contrário, o Ministério Público está limitado em suas iniciativas, de acordo com o modelo constitucional, justamente pelo Poder Judiciário. A segunda restrição é de ordem prática. Como a prisão tem um custo social altíssimo (pois inocentes também aceitarão acordos), ela não pode ser fruto de uma negociação onde não se examinam provas e não há possibilidade de defesa. Além disso, aumentar prisões por meio de acordos implodirá nosso sistema carcerário, já superlotado. O remédio acabaria sendo pior do que a doença, porque presídios lotados são um conhecido foco de violência e de fortalecimento do crime organizado. Logo, acordos devem ser usados apenas para penas alternativas à prisão.

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

Assim, sugere-se a alteração do art. 89 da Lei n. 9.099/95, para que se preveja que a suspensão condicional do processo seja aplicável para infrações praticadas sem violência ou grave ameaça com pena mínima igual ou inferior a dois anos, bem como para crimes culposos, qualquer que seja a pena aplicada.

Conclusão: Medida inoportuna e inconstitucional, sugere-se a apresentação de substitutivo para a ampliação das hipóteses de suspensão condicional do processo, alterando-se o art. 89 da Lei n. 9.099/95.”

81. **Heloisa Estellita** comentou a alteração da seguinte forma:

“Quanto à ampliação dos mecanismos de justiça consensual, trata-se de transplante de institutos comprovadamente malsucedidos para uma

realidade ainda pior do que aquela na qual foram forjados.... Manifesto meu profundo temor pela produção de uma legião de condenados que confessaram crimes que não cometeram (seja porque sequer cometeram o crime, seja porque não cometeram os crimes que confessaram para alcançar o acordo). Subscrevo tudo quanto disse o Prof. Dr. Mult. BERND SCHÜNEMANN, em seu texto *Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano*, e pondero, usando suas palavras, que se se deseja acelerar o processo por meio de acordos, deve-se aumentar consideravelmente as exigências do inquérito policial que o antecede: “Em vez disso, em minha opinião, dever-se-ia buscar um compromisso entre as necessidades da prática e as condições de legitimação do processo penal fixadas pelo direito penal material, mais precisamente da seguinte forma: se em vários ou sequer na maioria dos processos penais o resultado final é derivado diretamente da investigação preliminar, sem uma prévia audiência de instrução e julgamento propriamente dita, então aquela etapa processual tem que abarcar tantas garantias quantas sejam suficientes para que seja qualificada como um instrumento de descobrimento da verdade material.”

82. Juarez Cirino apresentou fundamentos críticos para a rejeição da proposta, assim resumidos:

“Os problemas do *plea bargaining* são conhecidos: a) primeiro, exclui a garantia da jurisdição, transferindo o controle da pena do Poder Judiciário para o Ministério Público, transformando acusadores em julgadores da justiça penal; b) segundo, o acusado não é livre para negociar penas, porque a desigualdade em face do Ministério Público exclui a voluntariedade da decisão e porque o evidente risco de maior punição submete o acusado aos termos do acordo proposto; c) terceiro, a acusação funciona como instrumento de pressão, produzindo autoacusações falsas, depoimentos caluniosos e insegurança processual, capazes de transformar o processo penal em verdadeira guerra, se o acusado recusar a negociação; d) quarto, o inquérito policial, refratário ao contraditório e à ampla defesa, com natureza inquisitória e sigilosa, surge como fonte única de todas as provas; e) quinto, toda negociação começa pela confissão, espontânea ou coagida, com ou sem delação de outros indiciados, que substitui a tortura física do corpo pela tortura psíquica de penas elevadas, às vezes por delitos insignificantes, ou mesmo inexistentes; f) sexto, culpados recebem pena menor pelo acordo, enquanto inocentes aceitam maus acordos para evitar a ameaça de penas maiores; g) sétimo, *last but not least*, a natureza e extensão da punição dependem da capacidade de negociação das partes, muito maior no Ministério Público, assessorado por psicólogos e técnicos, muito menor no acusado pressionado pelo medo.”

83. **Aury Lopes Júnior** propõe a adoção de um limite máximo de pena de até 8 (oito) anos e outras alterações, em especial a previsão de que o juiz que rejeitar o acordo deve ser impedido de julgar o caso, pela evidente violação de sua imparcialidade decorrente da confissão do réu.

84. **Alberto Toron** defende o instituto, com a importante advertência de que deveria ser possível sua aplicação mesmo em caso de discordância do Ministério Público:

“Por outro lado, caso o acusado tenha interesse no acordo penal, mas o Ministério Público se negue a propô-lo, deveria haver previsão legal de apreciação pelo juiz do pedido do acusado, com direito a recurso para ambas as partes da decisão. Não há razão para o denominado acordo penal ficar apenas nas mãos do MP ou, quando o caso, nas do Querelante. Podemos perfeitamente ter um instituto diferente do *plea bargain* americano, adaptado à nossa cultura processual e ao nosso sistema romano-germânico. Portanto, a regra do §11 deveria ser banida para não deixar o acusado apenas nas mãos do MP e permitir que o Judiciário possa suprir a vontade (ou falta dela) da parte acusadora, inclusive corrigindo sua proposta, mas sempre com direito a recurso. É uma forma de se mitigarem distorções e abusos eventualmente praticados.”

85. O Conselheiro Federal **Siqueira Castro**, sem discordar da adoção do instituto, fez, contudo, as seguintes observações críticas:

“O instituto tem clara inspiração no *plea bargain* norte-americano, modelo negocial em que vige a ampla discricionariedade nas tratativas entre acusação e defesa. A grande maioria dos casos penais nos Estados Unidos é concluída na fase de acordo, sendo desnecessária a submissão do caso a júri popular. **Ainda que implique na maior celeridade à resolução de casos penais, críticos deste modelo apontam aspectos como a mitigação da voluntariedade do réu por coações e disparidade de armas, os prejuízos para o acusado inocente, a possibilidade de *overcharging*, a especial vulnerabilidade de réus pobres, dentre outros.**

O projeto apresentado, ainda que permita certa discricionariedade na fixação das penas, estabelece expressamente que estas serão sugeridas

dentro dos parâmetros legais (no *plea bargain* não existe vinculação entre a pena acordada e o crime imputado).

A previsão também se aproxima do denominado “procedimento sumário”, previsto no Projeto de Lei n.º 8045/10, em tramitação perante a Câmara dos Deputados, que pretende instituir um novo Código de Processo Penal. O “procedimento sumário” limita-se, contudo, aos casos cuja pena máxima cominada não ultrapasse oito anos.

Quanto à abrangência, prevê o projeto que o acordo pode ser oferecido a reincidentes ou pessoas em relação às quais há “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, devendo nestes casos necessariamente incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado. Quanto a este ponto, duas considerações se mostram necessárias. Primeiramente, a consequência do acordo para reincidentes passa a ser mais gravosa que aquela já aplicada em decorrência da própria condenação penal, considerando que atualmente é possível que reincidentes condenados iniciem o cumprimento de pena em regime semiaberto nos termos da Súmula 269, do STJ. Em segundo lugar, a indefinição do que seriam os “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual” abre preocupante margem de arbítrio a juízes, que podem considerar os maus antecedentes ou o próprio fato de existirem ações penais em curso, ainda não julgadas, como indicativas da necessidade do cumprimento do acordo em regime inicial fechado.”

86. **Lenio Streck** sugere importantes alterações para a constitucionalização do *plea bargain*:

“Assim, este estudo aponta para o fato de que o *plea bargain* somente pode ser levado adiante se colocarmos salvaguardas. Portanto, *plea bargain* sim, desde que respeitada a principiologia constitucional de modo a garantir um Ministério Público isento, imparcial, um MP como magistratura.

Portanto, sugiro que, como salvaguardas – caso a parte do *plea bargain* avance – que sejam feitas as seguintes emendas, que podem também ser feita no âmbito do restante do Pacote Anticrime:

INCLUSÃO. Art. Cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o Código de Processo penal e a Constituição Federal,

e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa.

Atenção: essa emenda-alteração tem de estar linkada com a alteração do artigo 319 do Código Penal, porque deve haver um modo de efetivar a determinação do CPP. De novo, a inspiração vem do direito alemão, naquilo que lá é chamado de *Rechtsbeugung* (prevaricação). Por isso, há que alterar as penas desse crime no Brasil e aperfeiçoar a sua redação por intermédio de acréscimos. Com efeito:

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

NR. Pena - detenção, de 1 a 4 anos, e multa.

Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007).

NR. Pena: detenção, de 1 a 4 anos e multa.

Aqui entra a redação do *Rechtsbeugung* – *prevaricação alemão*:

INCLUSÃO -Art. 319B. Direcionar, juiz, promotor ou qualquer outro funcionário público ou juiz arbitral, o Direito para decidir com parcialidade contra qualquer uma das partes.

Pena: detenção de 1 a 4 anos, e multa.

Aqui deve ser introduzida a alteração que abrange a accountability da alteração no CPP (importação do Estatuto de Roma para o CPP):

INCLUSÃO. Parágrafo único: Nas mesmas penas incorre o membro do Ministério Público que, na forma do artigo. AQUI VAI O NUMERO DO ARTIGO QUE DEVE SER INCLUIDO NO CPP CONFORME ACIMA, do Código de Processo Penal, omitir dados, depoimentos e quaisquer meios de prova que possam beneficiar o réu e à defesa.

Assim, propõe-se uma junção de alterações para salvaguardar a cidadania e o exercício da advocacia.

Nesse sentido, quase que copiando o artigo 339 do Código Penal da Alemanha, propõe-se

(i) aumento da pena do crime de prevaricação,

(i) inclusão do artigo 319 B com a redação semelhante à Alemanha, além de

(iii) acrescentar um parágrafo único tipificando como prevaricação o ato de desobedecer-violar o dispositivo do CPP que é um transporte do Estatuto de Roma e do CPP da Alemanha para dentro do CPP brasileiro, conforme delineado acima, que trata da obrigação de a acusação investigar para os dois lados.”

87. Thiago Bottino manifestou-se pela rejeição pela proposta, com a alternativa de ampliação da suspensão condicional do processo para infrações penais

“(de médio potencial ofensivo) praticadas sem violência ou grave ameaça com pena mínima igual ou inferior a dois anos, bem como para crimes culposos, qualquer que seja a pena aplicada”.

88. **Fabio Tofic Simantob**, por sua vez, sugere que “qualquer modelo adotado no Brasil deve conter limite máximo de pena a partir do qual não será permitido o acordo, e a proibição de cumprimento de pena em regime fechado e em semiaberto, este último permitido apenas nos crimes com pena superior a 8 (oito) anos”.

89. Importante ainda destacar que o **Projeto de Lei 8450/2010**, que cria o novo Código de Processo Penal, elaborado por respeitada Comissão de Juristas, o artigo 283 estabelece o procedimento sumário e permite o **acordo** entre acusação e defesa, mediante requerimento conjunto de **aplicação imediata de pena**, em crimes com **pena máxima** de até **8 anos**. É, no entanto, imprescindível destacar que o novo CPP busca uma maior aproximação do processo penal brasileiro ao sistema acusatório, de forma que o acordo lá previsto vem acompanhado de uma série de disposições necessárias a garantir direitos fundamentais, que o projeto atual do Ministério da Justiça não contempla.

90. No projeto Moro, retirou-se o limite máximo ali previsto, permitindo a redução de metade da pena legalmente prevista, ao passo que no projeto do novo código a redução limita-se a um terço.

91. A adoção do **Acordo Penal** (*plea bargain*) é certamente a de maior impacto e transformação do sistema processual brasileiro. O Conselheiro Federal **Gustavo Badaró** sugere uma série de modificações para eventual adoção do instituto.

92. O Pacote Moro não oferece nenhuma mudança em relação ao inquérito policial, cuja estrutura é praticamente idêntica à de sua origem, um Decreto Imperial de 1871. Como é notório, no inquérito não há contraditório e ampla defesa, que se exercem, com todas as limitações conhecidas, apenas na instrução processual, após o recebimento da denúncia. No pacote Moro, o inquérito, tal como concebido no século

retrasado, sem qualquer resquício mínimo de defesa do indivíduo suspeito, é definitivo.

93. Toda a doutrina norte-americana identifica no *plea bargain* um modelo que potencializa os riscos de condenação de inocentes, razão pela qual o sistema anglo-saxão estabelece filtros e garantias pré-acordo, como a denominada *Brady Rule*, criada pela Suprema Corte em 1963, que consiste na obrigação da polícia e do ministério público revelar todas as provas potencialmente relevantes (*disclose exculpatory evidence*) ao caso, inclusive elementos que possam minimizar a credibilidade das testemunhas, antes da realização do *guilty plea*, sob pena de invalidação do processo e sanções aos públicos que violaram esse dever.

94. No sistema processual brasileiro, o inquérito policial ainda é indevidamente tratado como simples instrumento preparatório da acusação, sem nenhuma tutela do direito de defesa dos suspeitos, em evidente oposição ao princípio da máxima acusatoriedade que deve orientar o processo penal em um estado democrático de direito e em violação à regra constitucional da ampla defesa.

95. Não haverá compatibilidade entre a regra da paridade de armas e o devido processo legal, compreendido na moderna expressão italiana como o direito ao “*justo processo*” se permitirmos que o inquérito policial permaneça como um meio de investigação inquisitorial, circunscrito à função de colheita de provas no interesse da acusação.

96. Ao lado da manutenção dessa engrenagem arcaica, a eventual adoção do *plea bargain*, em que naturalmente a posição do Ministério Público é estruturalmente superior à do acusado, sem qualquer tipo de limitação ou controle ao exercício de seu poder de negociação, significa impor ainda maior desigualdade na relação do estado com o indivíduo submetido ao *ius puniendi*.

97. Não por acaso, os Estados Unidos adotam uma série de regras de limitação do poder de acusação, como a citada *Brady Rule*, além de permitir que o

próprio acusado se declare culpado, independente da concordância do Ministério Público.

98. Esse é um ponto fundamental a ser enfrentado. Se a proposta do Ministério da Justiça aponta para a necessidade de se imprimir maior celeridade na resposta jurídica às infrações penais, não há explicação razoável para se impedir que os benefícios cogitados pelo projeto possam ser concedidos aos acusados que se declaram culpados, ainda que o Ministério Público seja contrário a um acordo.

99. Vale relembrar que o próprio Ministro da Justiça, ao tempo em que exercia a magistratura, concedeu benefícios previstos na Lei 12.850/2013 a acusados que colaboraram na instrução processual, mesmo com a discordância do Ministério Público.

100. Isso porque deve-se partir do pressuposto de que a proposta do Ministério da Justiça não tem como finalidade agigantar o poder do Ministério Público, esvaziando, de outra ponta, a função jurisdicional.

101. Por isso, para que nosso sistema possa introduzir a regra do acordo penal, com a amplitude proposta, torna-se necessário reforçar o direito de defesa na fase de investigação, a fim de prevenir injustiças decorrentes da introdução de um modelo de justiça negociado, em que a reconstrução da verdade processual cede lugar à lógica da celeridade.

102. Diante de todas essas razões, opina-se:

a) tal como redigido, o projeto é inconstitucional, inadequado e inoportuno e deve ser rejeitado;

b) para a adoção do acordo penal, deve-se estabelecer expressamente a possibilidade de exercício do direito de defesa do cidadão suspeito da prática de infração penal na fase de investigação, com a enumeração

legal de seus direitos, como ocorre por exemplo no CPP português¹⁵ e do artigo 3º do Projeto 8450/2010 (Novo CPP): “Todo processo penal realizar-se-á sob o contraditório e ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais”.

c) criar regra de que o inquérito deve-se orientar pela objetividade, colhendo-se “provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal”, e, de acordo com a previsão do Estatuto de Roma, “investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa”.

d) criar regra expressa, como prevê o CPP alemão, no sentido de que o Ministério Público deve buscar/investigar não apenas provas das circunstâncias incriminatórias como também as que inocentam o acusado.

e) **como medida de justiça, lealdade processual e paridade de armas, criar regra que obrigue as autoridades encarregadas da investigação de revelar, no momento da acusação, todas as provas relacionadas ao fato, que possam isentar ou diminuir a responsabilidade do acusado,** estabelecendo sanções ao seu descumprimento, nos moldes da Brady Rule, criada pela Suprema Corte dos EUA.

f) aprovar a regra do art. 4º do Projeto de Lei 8450/2010 (Novo CPP): “O processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

g) superadas essas condições, é **admissível** a introdução do chamado **acordo penal**, desde que se trate de **direito subjetivo do acusado** que cumprir os pressupostos legais;

¹⁵ 61.º Direitos e deveres processuais 1 - O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas as exceções da lei, dos direitos de: a) Estar presente aos atos processuais que diretamente lhe disserem respeito; b) Ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete; c) Ser informado dos factos que lhe são imputados antes de prestar declarações perante qualquer entidade; d) Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar; e) Constituir advogado ou solicitar a nomeação de um defensor; f) Ser assistido por defensor em todos os atos processuais em que participar e, quando detido, comunicar, mesmo em privado, com ele; g) Intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias; h) Ser informado, pela autoridade judiciária ou pelo órgão de polícia criminal perante os quais seja obrigado a comparecer, dos direitos que lhe assistem; i) Recorrer, nos termos da lei, das decisões que lhe forem desfavoráveis. 2 - A comunicação em privado referida na alínea f) do número anterior ocorre à vista quando assim o impuserem razões de segurança, mas em condições de não ser ouvida pelo encarregado da vigilância. 3 - Reaem em especial sobre o arguido os deveres de: a) Comparecer perante o juiz, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal sempre que a lei o exigir e para tal tiver sido devidamente convocado; b) Responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade; c) Prestar termo de identidade e residência logo que assuma a qualidade de arguido; d) Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente.

h) nesse caso, em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça, e que não sejam consideradas como hediondas, o acusado primário que requerer a aplicação imediata da pena, mediante confissão de prática da infração penal, com prova da materialidade e indícios de autoria, renunciando à instrução processual, e desde que se comprometa a reparar o dano, deve ter direito à aplicação da pena no mínimo legal previsto, independente de concordância do Ministério Público, bem como o direito a cumprir a pena em regime diverso do legalmente estabelecido. O acusado evidentemente deve estar devida e comprovadamente assistido por defensor.

i) Se houver concordância do Ministério Público, a pena pode ser reduzida de até metade do mínimo legal, conforme prevê o projeto do Ministério da Justiça.

j) se houver concordância do Ministério Público, poderá haver acordo em caso de acusado reincidente, ou em infrações cometidas com violência e grave ameaça, ou consideradas como hediondas, como propõe o Ministério da Justiça. Nas hipóteses de negociação entre defesa e Ministério Público, todas as reuniões devem ser formalizadas e gravadas.

k) o magistrado deve fazer um controle efetivo, no momento do recebimento da denúncia, da correta qualificação jurídica do fato imputado, ao contrário do que ocorre atualmente, a fim de evitar o excesso acusatório, maior responsável pelas injustiças do *plea bargain* no sistema norte americano. Dessa decisão, deve haver previsão de recurso.

A hipótese do confisco alargado (art. 91-A do CP).

103.

A alteração proposta tem a seguinte redação:

“Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. § 1º A decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação à organização criminosa. § 2º Para efeito da perda prevista no caput, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto,

na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal. § 3º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.”

104. O **IBCCrim** sustenta a inconstitucionalidade da proposta:

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

De tal modo, partindo da premissa de que cabe ao Estado não somente punir os responsáveis pela prática do crime, como também evitar que tenham proveito dele, o confisco alargado prevê o alcance judicial ao patrimônio do acusado que seja incompatível com seu rendimento lícito, ou melhor, ao patrimônio que o acusado não consiga demonstrar ser fruto de atividades lícitas. Ou seja, a pretexto de impedir que o crime gere benefício econômico, criou-se uma modalidade de perdimento por presunção legal, uma vez que está explícita a inversão do ônus da prova, que fundamentalmente pertencente à acusação.

Ademais, conforme pretende o projeto de lei anticrime, a decretação do perdimento fica condicionada à existência de elementos que tão somente “indiquem” que a conduta criminosa praticada pelo acusado é habitual, reiterada ou profissional, ou ainda que possa estar vinculada ao crime organizado.

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

A medida proposta ao artigo 91-A, do Código Penal, a dizer, aquela que impõe a execução provisória da condenação criminal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória em conjunto com o novo artigo 133, do Código de Processo Penal prevê a possibilidade da venda antecipada dos bens confiscados, vale dizer, os bens do acusado – cuja sentença ainda não transitou em julgado. Não se prevê o que ocorreria caso revertida a condenação por via de recurso, tratando-se de lacuna legislativa relevante.

Conclusão: Medida inconstitucional”

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

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

No caso dos instrumentos do crime, o perdimento recairá apenas e tão somente sobre os bens que se encontravam em situação de ilegalidade no momento do cometimento do delito. Caso contrário, ainda que apreendidos, serão restituídos ao agente, respeitadas as limitações dos arts. 118 a 124 do Código de Processo Penal. Já em relação ao produto (*producta sceleris*) ou proveito (*fructus sceleris*) da infração, não há limitação relativa à situação de ilegalidade do bem. Se houver demonstração de que o bem apreendido é produto ou proveito da infração, será perdido em favor da União, respeitados os direitos do lesado ou do terceiro de boa-fé.

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

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

Na legislação extravagante, a Lei de Lavagem de Capitais permite a decretação de “*medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores*

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

106. No parecer ao IAB, o advogado **Leonardo Villarinho** bem examinou o tema:

“no direito europeu, as normas para aplicação do confisco alargado devem ser aplicadas mediante instauração de um processo incidente, possibilitando ao investigado exercer todos os direitos fundamentais inerentes. A proposta do Ministro da Justiça de inserção no nosso ordenamento jurídico do confisco alargado está muito aquém, até mesmo daquela outrora apresentada pelo próprio Ministério Público Federal, na malfadada IO medidas contra a corrupção, na medida em que não indica os crimes taxativamente enumerados passíveis de aplicação do instituto, nem impõe um requisito temporal, além de não prever o rito processual para execução desse perda patrimonial, em absoluto descompasso com as normas vigentes no continente europeu. A proposta, de cunho eminentemente autoritário, como asseverado por Juarez Cirino dos Santos, "inverte o ônus da prova, rompendo um princípio fundamental do processo penal: a prova dos fatos imputados pertence à acusação, incumbindo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, obrigando à decisão segundo o princípio da presunção de inocência, expresso na máxima in dubio pro reo" (Boletim IBCCRIM, n. 277, dez15, p.24). Em conclusão, não me posiciono integralmente contra a adoção no ordenamento jurídico brasileiro do instituto do confisco alargado, desde que o mesmo seja satisfatoriamente regulamentado, inclusive quanto ao processo incidental para sua aplicação, atendendo integralmente aos princípios constitucionais e as garantias fundamentais, evidentemente, precedido de amplo debate pela comunidade jurídica e acadêmica. Assim, encaminho o parecer pela rejeição integral da proposta.”

107. O Conselheiro Federal **Luiz Renê do Amaral** fez importantes observações:

“Já de início verifica-se que temos aqui a pretensão às claras de se consagrar, no âmbito criminal, a presunção de culpabilidade, ao arrepio

do comando constitucional insculpido no art. 5º, LVII, da CFRB/88, sem dizer da inversão do ônus da prova consagrado no §3º, o qual diz que “o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio”, contrariando até mesmo o Código de Processo Penal, o qual em seu artigo 156 expressamente prevê que “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Num País que se caracteriza pela economia informal, pela transferência patrimonial por instrumentos particulares ou mesmo pela mera tradição, tal inversão do ônus probatório, além de significar pretensão probatória diabólica, subverte a própria lógica da economia de mercado, onde se presume a licitude do patrimônio privado dos cidadãos, até prova em contrário produzida pelos órgãos do Estado (Tavares, 2015).”

108. O Professor **Miguel Reale Júnior** também criticou a proposta.

109. **O GT-OAB entende pela rejeição da proposta, tal como formulada. Subsidiariamente, pelo aprofundamento da matéria no Poder Legislativo, com alteração da regra do projeto, tal como sustenta o parecer do IAB, ou seja, desde que o instituto seja “satisfatoriamente regulamentado, inclusive quanto ao processo incidental para sua aplicação, atendendo integralmente aos princípios constitucionais e as garantias fundamentais”.**

Gravação de conversa entre advogado e cliente preso.

110. Nesse ponto, propõe-se as seguintes alterações:

“Art. 11. A Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.

2º

.....
Parágrafo único. O juízo federal de execução penal será competente para as ações de natureza cível ou penal que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal.” (NR) “Art. 3º Serão incluídos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório. § 1º A inclusão em estabelecimento penal federal de segurança máxima, no atendimento do interesse da segurança pública, será em regime

fechado de segurança máxima, com as seguintes características: I - recolhimento em cela individual; II - visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de duas pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações; III - banho de sol de até duas horas diárias; e IV - monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive correspondência escrita. § 2º Os atendimentos de advogados serão previamente agendados, mediante requerimento, escrito ou oral, à direção do estabelecimento penal federal.

§ 3º Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas.

§ 4º As gravações das visitas não poderão ser utilizadas como meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento.

§ 5º As gravações de atendimentos de advogados só poderão ser autorizadas por decisão judicial fundamentada.

111. Trata-se de proposta que atenta gravemente contra o direito de defesa. O Estatuto da Advocacia e da OAB, em seu art. 7º, § 6º, já estabelece os pressupostos legais para o afastamento da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente, da seguinte maneira:

“§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do **caput** deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.”

112. Nesse exato sentido, os comentários dos pareceristas **Lenio Streck** e **Alberto Toron**:

“À Lei 11.671/08, que regulamenta os presídios federais de segurança máxima, também foi sugerida modificação. No artigo 3º, §3º, o projeto estabelece que os presídios deverão “dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de

preservação da ordem interna e da segurança pública, sendo vedado seu uso nas celas”. Além disso, no §5º, determina que “as gravações de atendimentos de advogados só poderão ser autorizadas por decisão judicial fundamentada”.

É nesse contexto que se extrai o entendimento de que as conversas entre advogados e clientes presos, se autorizada por decisão judicial fundamentada, poderão ser gravadas e filmadas. Ganha destaque, nesse diapasão, o artigo 133 da Constituição Federal, que confere *status* indispensável à figura do advogado para a administração da justiça, destacando-se a *inviolabilidade* de seus atos e manifestações no exercício da profissão. Seus direitos estão elevados à nível constitucional, de maneira que eventual violação destes está revestida de inconstitucionalidade.

Nesse sentido direciona-se, também, o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), que confere sigilo profissional ao exercício da advocacia. Por isso, a conversa de um advogado com um cliente só pode ser grampeada quando houver indícios suficientes de que o profissional está cometendo crime. Trata-se, portanto, de um direito do profissional, de preservar o sigilo do exercício de sua profissão.

O projeto, no entanto, não viola apenas direitos do advogado; viola, ainda, direitos do cidadão, haja vista que o sigilo profissional entre advogado e cliente permite o regular exercício da *ampla defesa*. A tese jurídica formulada pelo profissional e pelo cliente deve ser mantida em segredo, para que seja evitado que a própria atuação lícita do réu e do advogado não seja colocada em xeque antes mesmo de ser utilizada.

Ainda que o §4º do artigo estabeleça que “as gravações das visitas não poderão ser utilizadas com meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento”, o constrangimento e a violabilidade exercida sob a atuação profissional não tem como ser evitada.

Torna-se evidente, nesse contexto, a inconstitucionalidade do artigo. Trata-se daquilo que, no folclore jurídico, tem sido tratado como **“inconstitucionalidade chapada”**.

“Escuta da conversa telefônica do advogado. Sigilo desta comunicação garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, d), que é supralegal. O sigilo da conversa do advogado atina com o devido processo legal. Não há possibilidade de defesa ampla sem que se possa conversar com plena liberdade com o cliente preso. A ideia de “decisão fundamentada”, desvinculada de pressupostos legais, escancara o arbítrio. Código Penal português que admite a escuta unicamente “se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime” (art. 1987, n. 5). Defender as prerrogativas profissionais dos advogados, que existem para garantir o correto exercício da profissão em prol do cidadão, representa, como alerta o ministro CELSO DE MELLO, “um gesto de legítima resistência à

opressão do poder e à prepotência de seus agentes e autoridades. Traduz, por tal razão, um exercício de defesa da própria ordem jurídica, pois as prerrogativas profissionais dos Advogados estão essencialmente vinculadas à tutela das liberdades fundamentais a que se refere a declaração constitucional de direitos”.

113. Também pela rejeição da proposta, por sua evidente inconstitucionalidade, a manifestação do **IBCCrim**:

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

Em primeiro lugar, a pretensa norma é inconstitucional. Isto porque a Carta Cidadã, em seu artigo 133, preconiza que o advogado é “(...) inviolável por seus atos e manifestações, nos limites da lei”.

Já, a lei que rege o exercício da advocacia, Lei nº 8.906/94 - que pode ser considerada como a limitadora do exercício profissional -, assegura ao advogado o direito de comunicar-se reservadamente com seu cliente, ainda que preso e incomunicável (artigo 7º, III, da referida lei).

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

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

114. A medida é evidentemente inconstitucional, de modo que o **GT – OAB** opina pela sua rejeição.

Considerações finais

115. Diante do exposto, o Grupo de Trabalho propõe ao Plenário o voto no sentido de:

- **recomendar**, com as ressalvas específicas apontadas nos estudos, em especial nos pareceres do IAB, **o aprofundamento da discussão na Câmara dos Deputados e Senado Federal, em conjunto com outros projetos já em tramitação sobre os mesmos temas, das propostas relacionadas à:**

- a) criminalização do financiamento irregular de campanha (Caixa 2);**
- b) criação de Banco de Perfil Genético de condenados;**
- c) regulamentação da conexão de crimes da competência da Justiça Eleitoral;**
- d) criação da figura do Informante do bem;**
- e) alteração do regime jurídico dos presídios federais;**
- f) interrogatório e audiências por videoconferências;**
- g) aperfeiçoamento do conceito de organizações criminosas;**
- h) regulamentação das escutas ambientais;**
- i) modificação do sistema de cobrança das multas penais.**

- manifestar a expressa oposição do Conselho Federal da OAB em relação às propostas do Ministério da Justiça, tal como redigidas, relacionadas aos seguintes tópicos do projeto:

- a. Execução antecipada da pena.**
- b. Execução antecipada das decisões do Tribunal do Júri.**
- c. Modificações nos embargos infringentes.**
- d. Mudanças no instituto da legítima defesa, em especial aos agentes de segurança pública.**
- e. Alterações no regime da prescrição.**
- f. Mudanças no regime de cumprimento de cumprimento da pena.**
- g. Mudanças em relação ao crime de resistência.**
- h. Criação do confisco alargado.**

i. Acordo Penal.

j. Interceptação de advogados em parlatório.

116. Propõe-se, ainda, a divulgação e encaminhamento de todos os estudos recebidos pelo Conselho Federal à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, a fim de permitir o aprofundamento dos debates a respeito dos projetos de lei, com a recomendação de acompanhamento pela Comissão Nacional de Legislação da OAB.

117. Votamos, também, no sentido deste Conselho Federal recomendar aos Presidentes da Câmara e do Senado que os projetos de lei mencionados tramitem em conjunto com o Projeto de Lei 8450/2010, que institui o novo Código de Processo Penal, e que o Poder Legislativo promova um amplo debate nacional prévio à votação dos projetos de lei, em razão da importância social e repercussão jurídica das matérias.

É como votamos.

Brasília, 8 de abril de 2019

Juliano Breda
Conselheiro Federal

Ticiano Figueiredo
Conselheiro Federal