



**UNIANCHIETA**

Revista de

# DIRRETTO PENNAL E PROCCESSO PENNAL

ISSN 2674-6093

## **FICHA TÉCNICA**

**Revista de Direito Penal e Processo Penal ISSN 2674-6093, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020**

**Capa:** Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

**Editoração e Diagramação:** Gláucia Satsala

**Revisão:** Isabel Cristina Alvares de Souza

**Editora:** UNIANCHIETA

**Profa. Ma. Juliana Savoy Fornari**

*Diretora Acadêmica*

**Prof. Me. João Antonio de Vasconcellos**

*Diretor de Graduação*

**Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada**

*Coordenador do Curso de Direito*

**Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo**

*Coordenador-adjunto do Curso de Direito*

**Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova**

*Coordenador-Geral das Revistas Temáticas*

*FADIPA – UNIANCHIETA*

**Prof. Me. Sebastião Augusto de Camargo Pujol**

*Coordenador da Revista de Direito Penal e Processo Penal*

## **CONSELHO EDITORIAL**

**Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada** (FADIPA, TJSP)

**Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. \_\_\_ Jefferson Barbin Torelli** (Curso de Direito da FADIPA, Juiz de Direito)

**Prof. Me. João Carlos José Martinelli** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. Dr. João Paulo Orsini Martinelli** (Instituto de Direito Público de São Paulo  
IDP/SP e IBCCRIM)

**Prof. Me. Juliana Caramigo Gennarini** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. Me. Luiz Gustavo Fernandes** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. Dra. Maria Cristina Zucchi** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo** (Curso de Direito da FADIPA)

**Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova** (PUC/SP, USF e FADIPA)

**Prof. Me. Sebastião Augusto de Camargo Pujol** (Curso de Direito da FADIPA)

## SUMÁRIO

<b>Editorial.....</b>	<b>3</b>
	<i>Sebastião Augusto de Camargo Pujol</i>
<b>Tráfico da Vida Silvestre: O Crime Compensa.....</b>	<b>10</b>
	<i>Carlos Egberto Rodrigues Junior</i>
<b>Poder Geral de Cautela, Jurisdição Preventiva e Ativismo Judicial.....</b>	<b>20</b>
	<i>Cassio Roberto Conserino</i>
<b>Inquisitividade Estrutural e o Juiz de Garantias.....</b>	<b>35</b>
	<i>Glauco Gumerato Ramos</i>
<b>Sobre a Constitucionalidade da Confissão no Acordo de Não Persecução Penal.....</b>	<b>50</b>
	<i>José Lucas Perroni Kalil</i>
<b>Breve Análise sobre as Recentes Alterações da Prisão Preventiva Advindas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime).....</b>	<b>61</b>
	<i>Luiz Gustavo Fernandes e Marcos De Lucca Fonseca</i>
<b>Os Impactos da Lei 13.964/2019 na Execução Penal.....</b>	<b>77</b>
	<i>Marina Zanotello</i>

## EDITORIAL

Esta é a terceira edição da Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Padre Anchieta do Centro Universitário UNIANCHIETA. Esta edição dá continuidade à linha editorial de prestigiar a experiência de profissionais que atuam na aplicação prática do Direito. Os autores dos artigos são operadores do Direito com labor na advocacia privada, no Ministério Público Estadual, no Ministério Público Federal e no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.

Há também a participação de discente da Faculdade de Direito Padre Anchieta – FADIPA que escreve um artigo científico em coautoria com docente da mesma Instituição de Ensino Superior – IES.

De acordo com as Diretrizes Curriculares Nacionais<sup>1</sup> os cursos de graduação em Direito devem incluir domínios estruturantes que compreendam três perspectivas formativas, quais sejam: I. Formação Geral, em que é oferecido aos graduandos o diálogo com as demais expressões do conhecimento filosófico e humanístico; II. Formação técnico-jurídica com enfoque dogmático; III. Formação prático-profissional que colima a integração entre a prática e os conteúdos teóricos.

O enfoque teórico dogmático é típico dos países em que predomina o direito legislado, como assinalado pelo jusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino. É o caso do direito brasileiro, cujas origens remontam ao sistema jurídico romano-germânico do *civil law* – embora tenha incorporado posteriormente institutos jurídicos oriundos do sistema jurídico anglo-americano, *common law*, tais como a súmula vinculante e a força dos precedentes judiciais dos Tribunais Superiores (STJ e STF).

Logo após a Segunda Guerra Mundial, um jurista alemão chamado Theodor Viehweg construiu uma importante teoria jurídica de problematização das questões jurídicas postas em busca da ampliação do conhecimento jurídico. Assim é que apresentou e desenvolveu a denominada zetética jurídica.

A zetética jurídica é uma modalidade de investigação jurídica que busca a problematização da norma jurídica, acentuando o aspecto problemático do fenômeno jurídico. O jusfilósofo Tercio Sampaio Ferraz Junior foi pioneiro na introdução da zetética jurídica ao pensamento jurídico brasileiro.

---

<sup>1</sup> Resolução n.º 5 de 17.12.2018 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Direito.

Como se verá a seguir, na apresentação do artigo do professor Glauco Gumerato Ramos, a investigação jurídica dogmática, preponderante na tradição jurídica brasileira, pode e deve ser complementada pela investigação jurídica zetética em busca da justiça do caso concreto.

Ultrapassadas as considerações preliminares, apresento, pois, sumariamente, **pela ordem alfabética**, os artigos científicos que compõem esta edição da revista eletrônica.

Vejam os.

O **primeiro artigo**, escrito pelo analista ambiental do IBAMA **Carlos Egberto Rodrigues Junior**, bacharel e mestre em ciências biológicas pela UNESP, intitula-se *Tráfico da vida silvestre - o crime compensa*. O texto aborda a repercussão prática da opção do legislador penal no tratamento dos delitos ambientais tipificados na Lei Nacional 9.605/1998, regra geral, como infrações penais de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/1995).

A aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.605/1998, tais como a transação penal (art. 27) e a suspensão condicional do processo (art.28), esvaziam o *deterrence*, ou seja, os efeitos dissuasórios da sanção penal. Esse efeito dissuasivo foi ainda mais reduzido com a possibilidade da proposta de acordo de não persecução penal – ANPP.

A proposta de acordo de não persecução penal foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro inicialmente através da Resolução n. 18/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e depois foi incorporado ao Código de Processo Penal pelo artigo 28-A incluído pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Os contornos dessa justiça consensual aplicada aos crimes ambientais tem sido objeto de críticas da criminologia cultural verde (*green criminology*), que inclui os ilícitos penais ambientais no denominado direito penal supraindividual a exigir uma resposta penal mais severa, isso porque a criminalidade ambiental abrange temáticas de interesse planetário, tais como poluição, esgotamento de recursos naturais, abuso e exploração de animais, aquecimento global e mudanças climáticas, como destacado pelo criminólogo britânico Jock Young.

Segundo o IBGE <sup>2</sup>o Bioma Amazônia ocupa cerca de 49% do território brasileiro. Esse dado por si só impõe, SMJ, uma perspectiva hermenêutica voltada para o ecocentrismo jurídico, tendente a persuadir os operadores do direito a enxergar o fenômeno jurídico ambiental sob o prisma principiológico da vedação da proteção deficiente dos bens jurídicos ambientais, adotando, destarte, em cada caso, o maior rigor possível na interpretação das margens penais.

E essa mentalidade hermenêutica pode ser um alento-resposta para maior proteção dos bens jurídicos ambientais.

---

<sup>2</sup>Vide página do IBGE <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/territorio/18307-biomas-brasileiros.html>. Consulta feita em 24.06.2020.

O **segundo artigo**, escrito pelo Promotor de Justiça em São Paulo **Cassio Roberto Conserino**, intitula-se *Poder geral de cautela, jurisdição preventiva e ativismo judicial*. O autor acumula larga experiência profissional de 20 anos de atividade ministerial, compreendendo atuação no combate ao crime organizado ao integrar o Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado – GAECO do Ministério Público do Estado de São Paulo no período de 2003 a 2012, portanto por quase 10 anos.

Além disso, o Promotor de Justiça Cassio Roberto Conserino é autor de obras jurídicas, dentre as quais destaca-se o livro *Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado e Institutos Correlatos*, publicado pela Editora Atlas em 2011. Também já escreveu artigos científicos em revistas especializadas, tal como a Revista Síntese. E já lecionou em instituição de ensino superior. Atualmente é Pós-Graduando na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em Direito Penal e Criminologia.

Percebe-se, pois, que se vê na pessoa do Dr. Cassio o amálgama perfeito entre a teoria e a prática profissional, o que torna a leitura mais instigante. O artigo defende a tese da existência do poder geral de cautela do juiz no processo penal com base na aplicação do art. 3.º do CPP e do art. 297 do CPC. Na praxe forense, muitos são os exemplos de decisões judiciais fundadas no poder geral de cautela. A entrega de passaporte em juízo é uma dessas ilustrações (cf. HC 357.814/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 16.02.2017).

Outro exemplo foi a decisão proferida por conhecido magistrado federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro que atua nos casos da Lava Jato. Nos autos da ação penal n. 0509503-57.2016.4.02.5101, da 7VCF/SJRJ, foi concedida prisão preventiva domiciliar de mulher de ex-governador do Estado do Rio de Janeiro, com imposição de diversas condições fulcradas no poder geral de cautela do juiz, a dizer:

*“1) afastar-se ou continuar afastada da direção/administração das empresas envolvidas; 2) recolhimento domiciliar integral, ressalvada situação de emergência médica, que deverá ser imediatamente comunicada ao juízo; 3) atender a todas as comunicações judiciais; 4) entregar na secretaria do juízo o(s) passaporte(s) que tiver, caso ainda não tenha feito; 5) proibição de alteração de domicílio sem autorização judicial; 6) não pode haver, no imóvel em que a medida será cumprida, linha telefônica instalada. Se houver, deverá ser desinstalada; 7) não pode haver, no imóvel em que a medida será cumprida, qualquer dispositivo de acesso à internet, móvel ou fixo. Qualquer pessoa que ingresse nesse imóvel, seja empregados, filhos ou visitas, deverão deixar esses dispositivos em qualquer outro lugar; 8) a defesa deverá manter o registro de todas as pessoas que ingressarem no imóvel em que a medida será cumprida, sendo certo que está proibida a visitação de pessoas que não sejam parentes até o terceiro grau ou seus advogados regularmente constituídos, com procuração nos autos; 9) a Polícia Federal está autorizada a realizar inspeções no imóvel em que a medida será cumprida, no período de 6:00 a 18:00 horas, sem prévia comunicação ou autorização*

do juízo, atendendo, por exemplo, a uma solicitação do MPF, a fim de checar se todas as condições estão sendo cumpridas; 10) as pessoas que frequentarem o imóvel em que a medida será cumprida devem obedecer a essas regras. É vedado que a acusada tenha acesso, por qualquer meio ou através de qualquer pessoa, à internet e a telefone.”

E mais ainda. O articulista aduz que a postura tradicional ministerial é mais reativa com relação à prática criminosa. E assim é que se busca uma nova postura ativa com supedâneo no artigo 319 do CPP, que instituiu medidas cautelares diversas da prisão, o que pode configurar verdadeira jurisdição preventiva, como no exemplo da *proibição de acesso ou frequência a determinados lugares*.

Dessa forma o Dr. Cássio inclina-se pelo fortalecimento do princípio da eficiência processual na atuação jurisdicional e apresenta, alfim, importante e recente precedente do STF, na medida cautelar firmada pelo Ministro Edson Fachin na ADPF 635, julgada em 05.06.2020, em que, com base no poder geral de cautela proibiu a realização de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia da COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial.

O **terceiro artigo**, escrito pelo advogado **Glauco Gumerato Ramos**, versa sobre a *Inquisitividade estrutural e o juiz de garantias*, assinalando importantes reflexões sobre a dogmática e a zetética jurídica e a figura do juiz de garantias na perspectiva daquilo que Miguel Reale denominou “dialética de implicação e polaridade”.

O juiz de garantias já havia sido previsto no projeto de lei do senado – PLS n. 156/2009, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça em 17.03.2010, que dispunha sobre a reforma do código de processo penal e que foi remetido à Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar como PL n. 8.045/2010 com última movimentação legislativa em 04.12.2019, já com parecer pela constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa.

Enquanto essa lenta tramitação legislativa seguia em frente se arrastando por mais de dez anos, exurgiu a promulgação da Lei n. 13.964, de 24.12.2019, que *aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*, conhecida como *pacote anticrime*, instituindo o juiz de garantias nos novos artigos 3.º-B e 3.º-C, 3.º-E e 3.º-F do Código de Processo Penal.

Ocorre que a eficácia dessas novas normas processuais que versam sobre o juiz de garantias foi suspensa por decisão cautelar do STF (ADI n. 6.298/DF, 6299/DF, 6.300/DF e 6.305/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.01.2020).

E o debate jurídico decorrente desse julgamento do Supremo Tribunal Federal trouxe à baila a dialética do processo penal entre o garantismo e a eficiência, com aplausos e críticas ao juiz de garantias, levando àquilo que o Ministro Luís Roberto Barroso chamou de *construção de um processo penal garantista e eficiente*.

O autor desse importante artigo, *favorável à figura do juiz de garantias*, é advogado e jurista de escol, ostentando a condição de Presidente para o Brasil do Instituto Pan-americano de Direito Processual – IPDP, Diretor de Relações Internacionais da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro, Professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí – FADIPA.

O **quarto artigo** foi escrito pelo Procurador da República **José Lucas Perroni Kalil** e intitula-se *Sobre a constitucionalidade da confissão no acordo de não persecução penal*. O Dr. Lucas é graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e também possui vasta experiência profissional.

Foi advogado do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social entre 2004 e 2006 e atualmente é Procurador da República em São Paulo. Já atuou como membro do Ministério Público Federal em Procuradorias da República nos Estados de Minas Gerais (municípios de Pouso Alegre, Paracatu e Teófilo Otoni) e Rio Grande do Sul (Uruguaiana e Bagé) e também já oficiou perante a Procuradoria da República em Guarulhos-SP e em Jundiaí-SP.

E esta é a segunda vez que o Dr. Lucas contribui para a Revista eletrônica de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito Padre Anchieta e por isso já registramos antecipadamente nosso agradecimento.

O escopo do artigo é discutir a constitucionalidade da exigência legal de confissão no acordo de não persecução penal, conforme o disposto no artigo 28-A do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), “a partir da premissa de que ao acusado inclusive é lícito mentir em sua defesa”.

Sublinhe-se que o Ministro Luiz Fux concedeu medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 6.298-DF, data de julgamento em 22.01.2020, suspendendo a eficácia de algumas disposições do Pacote Anticrime como, por exemplo, o Juiz de Garantias. A questão da constitucionalidade da confissão como condição para a proposta do acordo de não persecução penal não foi arguida pela parte autora.

E, como se sabe, o STF pode declarar *a inconstitucionalidade por arrastamento* de outros dispositivos legais não impugnados, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em virtude de eventual dependência normativa em relação aos dispositivos inconstitucionais expressamente impugnados (vide ADI-QO 2.982/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ, de 16.12.2004). É a *teoria da inconstitucionalidade por arrastamento*.

Mas no caso concreto não houve manifestação do STF acerca da inconstitucionalidade da confissão como condição para a proposta de acordo de não persecução penal, pelo que se depreende que essa medida despenalizadora prevista no pacote anticrime subsiste constitucional enquanto não for apreciada de forma diversa pelo Plenário do STF.

A proposta de acordo de não persecução penal é mais uma emanção da busca da eficiência ou eficientismo no processo penal que sinaliza uma das características da vida jurídica contemporânea, havendo vozes que se posicionam contra essa concepção, pois essa demanda por eficiência pode comprometer o conteúdo de Justiça da decisão.

O **quinto artigo**, intitulado *Breve análise sobre as recentes alterações da Prisão Preventiva advindas pela Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime)*, foi escrito em coautoria pelo docente **Luiz Gustavo Fernandes** que é advogado titulado com Mestrado em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, e pelo discente **Marcos de Lucca Fonseca**. Desde já se registra nosso agradecimento pela nova contribuição do professor e criminalista Luiz Gustavo. Trata-se de um dileto amigo sempre disponível para colaborar com os afazeres da FADIPA.

E esta é a segunda vez em que se abre espaço para a participação dos alunos da FADIPA nesta revista eletrônica. E isso é importante, já que o destinatário final mais importante das atividades curriculares da Instituição de Ensino Superior é o alunado.

O artigo faz uma análise do pacote anticrime com a delimitação da temática para a medida cautelar de prisão preventiva. A análise da necessidade da prisão cautelar passa pelo crivo da ponderação acerca dos malefícios da prisão. E isso restou muito bem alinhavado no texto.

Trata-se de artigo muito bem escrito com densidade doutrinária apta a auxiliar os estudos discentes. E certamente será indicado pelos professores de direito processual penal como referência bibliográfica, pela consistência dogmática e atualidade jurídica da pesquisa.

O **sexto artigo** foi escrito pela professora **Marina Zanotello**, que é advogada criminal com título de Mestrado em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito, sendo egressa da Faculdade de Direito Padre Anchieta – FADIPA, com colação de grau no ano de 2006.

O artigo recebeu o seguinte título: *Os impactos da Lei 13.964/2019 na execução penal*. Essa temática complementa e atualiza artigo científico escrito na segunda edição desta revista eletrônica pouco antes da promulgação da Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime.

A autora do artigo perfaz uma análise das alterações na Lei de Execução Penal – LEP levadas a efeito pelo denominado pacote anticrime na perspectiva diacrônica e sincrônica, o que torna ainda mais interessante e recomendável a leitura atenta do texto. O texto inclui reflexões sobre

a *mens legens* da LEP ao tempo em que ela foi promulgada pela Lei n. 7.210/1984, passando pela ADPF 347, em que o STF julga o estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário brasileiro.

E para concluir este extenso – porém necessário – editorial, sublinho o elevado nível de todos os textos aqui editados, que certamente serão indicados pelos docentes aos discentes das disciplinas de direito penal e direito processual penal.

Derradeiramente, ressalto que o fio condutor dos textos que compõem esta edição da revista eletrônica é o contínuo debate entre o eficientismo e o garantismo no direito processual – na perspectiva dialética entre a *law in the books* e a *law in action* – tendo como questão de fundo as recentes e amplas alterações legislativas do Pacote Anticrime no processo penal e no direito penal.

E tomando novamente emprestadas as palavras do Ministro do STF Luís Roberto Barroso, *o desafio é a construção de um processo penal garantista e eficiente.*

Jundiaí-SP, 25 de junho de 2020.

***Sebastião Augusto de Camargo Pujol***

*Professor da FADIPA e Doutorando em Direito no DPM da FADUSP*

# TRÁFICO DA VIDA SILVESTRE: O CRIME COMPENSA

*Carlos Egberto Rodrigues Junior*

**RESUMO:** O tráfico de animais silvestre é uma das atividades criminosas mais lucrativas do mundo. O Brasil é um dos países de maior diversidade de espécies do mundo, tornando-se alvo de traficantes. Esta atividade criminosa pode causar graves danos ao ecossistema e prejuízos econômicos ao País. Todavia a legislação brasileira considera o tráfico de animais silvestres como crime de menor potencial ofensivo. A baixa punibilidade e o custo do tráfico de animais silvestres, aliados à alta vantagem econômica desta atividade, diminuem a dissuasão do combate do tráfico da fauna silvestre. Existe a necessidade de melhoria nas políticas públicas, objetivando modificação da legislação ambiental vigente visando a diferenciação entre o pequeno infrator e traficantes de animais silvestres, melhorando, assim, a dissuasão como ferramenta no combate a esta atividade delitiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tráfico de animais, fauna, lei de crimes ambientais, vida selvagem.

**ABSTRACT:** The wildlife trafficking is one of the most lucrative criminal activities in the world. Brazil is one of the countries with the greatest diversity of species in the world, becoming the target of traffickers. This criminal activity can cause serious damage to the ecosystem and economic losses to the country. However, Brazilian law considers the wildlife trafficking as a crime with less offensive potential. The low punishment and cost of wildlife trafficking, associated with the high economic advantage of this activity,

reduces deterrence and encourages the wildlife trafficking. There is a need for improvement in public policies aiming to modify the current environmental legislation aiming at differentiating between the small criminal and wildlife traffickers, thus improving deterrence as a tool to combat this criminal activity.

**KEYWORDS:** wildlife trafficking, fauna, environmental crimes law and wildlife.

## INTRODUÇÃO

Estimativas apontam que o tráfico de animais silvestres gera anualmente entre US \$ 5 bilhões e US \$ 23 bilhões de receita. Um quilo de marfim ou um chifre de rinoceronte pode ter valores iguais ou superiores a um quilo de cocaína (KAR & SPANJERS, 2017).

O comércio ilegal de animais silvestres e produtos da vida selvagem é responsável pelo declínio sem precedentes de algumas espécies selvagens (TRAFFIC, 2020).

No Brasil não é diferente; dados da Renctas (2001) indicam que o tráfico de animais é responsável pela retirada de aproximadamente 38 milhões de espécimes da biodiversidade brasileira.

O Brasil encontra-se entre os países mais ricos do mundo em números de espécies. Em relação à flora, o Brasil ocupa posição de destaque; hoje são conhecidas **46.899** espécies para a flora brasileira,

sendo 4.774 de algas, 33.425 de angiospermas, 1.574 de briófitas, 5.720 de fungos, 30 de gimnospermas e 1.376 de samambaias e licófitas (FLORA DO BRASIL, 2020).

Na fauna, o Brasil ocupa a primeira posição em riqueza de anfíbios, terceira posição em mamíferos e aves, e quarta posição em borboletas e répteis. (LACAVA, 2000); ao todo são 103.870 animais descritos para o país (MMA, 2020).

A proteção da fauna foi diretamente regulamentada em 1967, com a publicação Lei Federal nº 5197. Nesta lei destacam-se dois artigos diretamente relacionados ao tráfico de animais silvestres, bem como produtos e subprodutos da fauna:

*Art. 3º. É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha.*

*§ 1º Excetuam-se os espécimes provenientes legalizados.*

*§ 2º Será permitida mediante licença da autoridade competente, a apanha de ovos, lavras e filhotes que se destinem aos estabelecimentos acima referidos, bem como a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública.*

*§ 3º O simples desacompanhamento de comprovação de procedência de peles ou outros produtos de animais silvestres, nos carregamentos de via terrestre, fluvial,*

*marítima ou aérea, que se iniciem ou transitem pelo País, caracterizará, de imediato, o descumprimento do disposto no caput deste artigo.*

*Art. 4º Nenhuma espécie poderá ser introduzida no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida na forma da Lei.*

Mais recentemente, em 1998, foi publicada a Lei Federal nº 9605, conhecida como Lei da Vida, onde são tipificados os crimes ambientais, dentre eles aqueles destinados à proteção da fauna. Neste sentido, dois artigos são diretamente relacionados ao combate ao tráfico de animais silvestres:

*Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:*

*Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.*

*§ 1º Incorre nas mesmas penas:*

*I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;*

*II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural;*

*III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e*

*objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.*

*§ 2º No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.*

*§ 3º São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.*

*§ 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:*

*I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração;*

*II - em período proibido à caça;*

*III - durante a noite;*

*IV - com abuso de licença;*

*V - em unidade de conservação;*

*VI - com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa.*

*§ 5º A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional.*

*§ 6º As disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca.*

*Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável*

*e licença expedida por autoridade competente:*

*Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.*

Tecnicamente entende-se como biopirataria o acesso não autorizado ao patrimônio genético oriundo da biodiversidade ou aos conhecimentos tradicionais a ele associado.

O presente artigo tem como objetivo dar um panorama da legislação vigente relacionada ao tráfico de animais silvestres, indicando seus efeitos na biodiversidade brasileira e demonstrando a necessidade de mudanças na legislação.

## **IMPACTOS DO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES**

Aliado à perda de habitat, o tráfico de animais é uma das principais ameaças à biodiversidade (ZIMMERMAN, 2003), podendo levar à extinção de várias espécies.

Para melhor compreender os impactos ocasionados pelo tráfico de animais, é importante entendermos a importância da fauna no ecossistema. A fauna possui um importante papel na manutenção do ecossistema, não só na participação da cadeia alimentar, vários animais são responsáveis pela dispersão de sementes, marsupiais (AMICO, 2000), aves (HOWE 1986), dentre outros grupos.

Animais também são polinizadores, participando, assim, na reprodução de espécies da flora. Insetos (HUTCHINSON, 2020), aves (ISSALY, 2020) e morcegos (CHAIYARAT, 2020) são exemplos de espécies responsáveis pela polinização de plantas.

A retirada ilegal de animais da natureza pode causar danos irreparáveis e causar desequilíbrio ao ecossistema. A captura de um predador, por exemplo, pode aumentar a proliferação da presa herbívora, que por sua vez pode até extinguir de uma região uma determinada espécie da flora.

Da mesma forma que a extinção de uma determinada espécie polinizadora ou dispersora de semente pode influenciar diretamente na população de uma espécie da flora.

Ainda neste contexto, o tráfico de animais silvestres impacta diretamente na variabilidade genética da população da espécie traficada. A variabilidade genética é a variação de genes que existe em uma população, e sua perda diminui a possibilidade de a espécie responder a mudanças no ambiente (KLUG, 2009).

Outro ponto a ser ressaltado são os impactos econômicos ocasionados pelo tráfico de animais silvestres, não só relacionados ao comércio do animal traficado, mas também dos produtos gerados por ele por meio de acesso não autorizado do patrimônio genético ou conhecimento

tradicional, quando caracterizada a biopirataria. Apesar de não ser criminalizada, a biopirataria, em situações de flagrante específicas, pode ser tipificada como tráfico de animais silvestres. Estima-se que a biopirataria pode gerar grandes prejuízos econômicos para o Brasil (BELARMINO, 2008).

## CONCEITOS RELACIONADOS À PROTEÇÃO DA FAUNA

Para melhor entendimento da legislação, alguns conceitos serão tratados, pois a partir deles é possível definir se determinado fato é crime, qual o enquadramento a ser utilizado e se houve alguma situação de agravamento da pena.

### *Fauna doméstica*

O conceito de fauna doméstica está previsto no inciso III do Art. 2º da Portaria Ibama nº 93/1998 que a define como:

*“Todos aqueles animais que através de processos tradicionais e sistematizados de manejo e/ou melhoramento zootécnico tornaram-se domésticas, apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do homem, podendo apresentar fenótipo variável, diferente da espécie silvestre que os originou.”*

Na mesma normativa é publicada no anexo 1 uma lista de espécies da fauna consideradas domésticas para fins de operacionalização do Ibama. Todavia, em 2019, foi publicada a Portaria Ibama nº 2489, onde foi substituído o termo de fauna doméstica por espécies isentas de controle para fins de operacionalização do Ibama.

Em resumo, as espécies constantes no anexo 1 da Portaria Ibama nº 2489/2019 podem ser comercializadas, não são passíveis de enquadramento nos artigos 29 ou 31 da Lei Federal nº 9605/98. Cães, gatos e galinhas seriam exemplos de fauna doméstica.

### ***Fauna silvestre***

Entende-se por fauna silvestre todos aqueles animais pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras. Tal definição está prevista no § 3º do Art. 29 da Lei Federal nº 9605/1998.

Ressalta-se que os atos infracionais relacionados à pesca se enquadram no Art. 34 da lei federal nº 9605/98, exceto aquelas espécies ameaçadas de extinção constantes nas listas oficiais da fauna e da flora, conforme Art. 36, descrito abaixo:

*Art. 36. Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.*

### ***Fauna exótica***

De acordo com o inciso III do Art. 2º na Portaria Ibama nº 93/1998, são consideradas fauna exótica todos aqueles animais pertencentes às espécies ou subespécies cuja distribuição geográfica não inclui o território brasileiro e as espécies ou subespécies introduzidas pelo homem, inclusive domésticas em estado asselvajado ou alçado. Também são consideradas exóticas as espécies ou subespécies que tenham sido introduzidas fora das fronteiras brasileiras e suas águas jurisdicionais e que tenham entrado em território brasileiro.

Já o Inciso VI do Art. 3º da Resolução CONAMA nº 489/2018 define espécie exótica como espécies cuja distribuição geográfica original não inclui o território brasileiro e suas águas jurisdicionais, ainda que introduzidas, pelo homem ou espontaneamente, em ambiente natural, inclusive as espécies asselvajadas e excetuadas as migratórias.

O Ibama publicou ainda uma lista de espécies de aves exóticas autorizadas para a criação no Brasil, descritas nos anexos das Instruções Normativas nº 03/2011 e nº 18/2011.

De uma forma geral, as espécies da fauna exóticas são aquelas que não se encontram no anexo 1 da Portaria Ibama nº 2489/2019 e que não são nativas ou migratórias. Casos de tráfico de espécies da fauna exótica são enquadrados no Art. 31 da Lei Federal nº 9605/98. Tigres, leões e gorilas são exemplos de fauna exótica.

### *Espécies ameaçadas*

Muitas espécies continentais brasileiras estão ameaçadas pela perda e degradação do seu habitat, principalmente decorrente da expansão agrícola e urbana, e da instalação de grandes empreendimentos. Já as espécies marinhas, habitualmente, são ameaçadas pela pesca excessiva, seja direcionada ou incidental (ICMBIO, 2020).

Atualmente, no âmbito federal, o Brasil possui em vigência duas normativas relacionadas a espécies da fauna ameaçadas de extinção, a Portaria MMA nº 444/2014 e a Portaria MMA nº 445/2014.

Estas normativas apresentam a Lista Nacional Oficial de Espécies Ameaçadas de Extinção, a primeira relacionada a espécies terrestres e mamíferos aquáticos com 698

táxons e a segunda relacionada a peixes e invertebrados aquáticos com 475 táxons.

Internacionalmente, o Brasil é signatário da **Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção-CITES**, a qual foi ratificada pelo Decreto Lei nº 54/1975 e promulgada pelo Decreto nº 76.623/1975.

A CITES estabelece proteção para espécies da fauna e flora, por meio da regulação e monitoramento de seu comércio internacional, particularmente aquelas ameaçadas de extinção.

Neste contexto, a CITES apresenta três anexos onde são listadas aproximadamente 5.800 espécies protegidas em todo o mundo. No Brasil a implementação da CITES foi estabelecida com a publicação do Decreto Federal nº 3607/2000, onde foi designado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama como autoridade administrativa responsável pela emissão da licença CITES, que autoriza ou não o comércio internacional de espécies listadas nos três anexos.

O anexo I refere-se às espécies consideradas ameaçadas de extinção e que são ou podem ser afetadas pelo comércio, de modo que sua comercialização somente poderá ser autorizada pela Autoridade Administrativa mediante concessão de Licença ou Certificado.

Já o anexo II apresenta espécies que embora atualmente não se encontrem necessariamente em perigo de extinção, poderão chegar a esta situação, sendo possível sua comercialização pela emissão de licença ou certificado emitido pela autoridade administrativa.

As espécies constantes no anexo III são aquelas cuja exploração necessita ser restrita ou impedida e que requer a cooperação no seu controle, também podendo ser autorizada sua comercialização pela Autoridade Administrativa.

A existência de listas federais de espécies ameaçadas não impede a existência de legislações mais restritivas nos estados. O estado de São Paulo, por exemplo, possui o Decreto nº 63.853/2018, onde são listadas as espécies ameaçadas no estado, muitas delas não constantes na lista oficial federal.

## **TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO**

Como já foi descrito, a tipificação do crime de tráfico de animais silvestres está prevista nos artigos 29 e 31 da Lei Federal 9.605/98, sendo estabelecida a detenção de três meses a um ano e multa, quando se tratar de tráfico de espécie exótica, e de detenção de seis meses a um ano e multa, quando se tratar de espécie nativa.

Todavia, na aplicação do Art. 29 da Lei 9605/98, existem circunstâncias, muitas

delas comuns na prática do tráfico de animais silvestres, em que as penas são aumentadas. Estas situações estão descritas no § 4º e no § 5º.

No § 4º, a pena é aumentada na metade em duas situações que são frequentemente encontradas na prática do tráfico de animais silvestres: quando o tráfico envolve espécie rara ou considerada ameaçada de extinção e durante a noite.

Normalmente espécies raras ou consideradas ameaçadas de extinção, devido a sua especial condição, possuem um maior valor agregado, sendo alvo principal de traficantes de animais silvestres.

O período de captura de animais silvestres vai depender do período de atividade do mesmo, diurno ou noturno. No entanto, frequentemente, o transporte destes animais é realizado no período noturno, quando as temperaturas são menores, diminuindo a taxa de mortandade durante o transporte.

Outro ponto que interfere na priorização dos traficantes no transporte no período noturno é existência menor de fiscalização pelos órgãos competentes.

Segundo o § 5º, a pena é aumentada até o triplo no caso de exercício de caça profissional. A caça profissional era definida no § 1º do At. 12 do Decreto 5894/43, agora revogado, como aquele caçador que procura auferir lucros como produto da sua atividade. Pode-se dizer que o caçador profissional é

aquele que usa atividade de caça como atividade econômica, objetivando o lucro.

Apesar das situações agravantes de pena, em regra os crimes relacionados à fauna são considerados de menor potencial ofensivo. De acordo com o Art. 61 da lei federal nº 9.099/95, “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

Os crimes de menor potencial ofensivo são julgados pelos Juizados Especiais Criminais, os quais deverão observar os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

A transação penal está prevista no Art. 76 da lei nº 9.099/95 e é considerada um instituto despenalizador pré-processual, que se baseia no direito penal consensual, ou seja, uma mitigação da exigência de um devido processo legal. Trata-se de um acordo entre o Ministério Público Federal e o infrator, posteriormente homologado pelo juiz. A extinção da punibilidade fica condicionada ao cumprimento das medidas impostas. O não cumprimento das condições impostas no acordo acarreta o oferecimento da denúncia ou queixa-crime (OTTO, 2015).

Além de impossibilitar a utilização de medidas investigativas excepcionais, como a interceptação telefônica ou telemática previstas na Lei 9296/96, os crimes de menor

potencial ofensivo permitem a transação penal, o que acaba por incentivar esta modalidade criminosa.

Como alternativa ao combate ao tráfico de animais silvestres, alguns juristas têm defendido a aplicação do tipo penal de receptação, Art. 180 do Código Penal, aplicável somente quando o infrator tem conhecimento da origem ilegal do animal, situação específica no tráfico (MACHADO, 2012). Todavia, apesar da jurisprudência, tal tipificação é pouco utilizada durante o flagrante do delito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Somente nos últimos cinco anos, de 2015 a 2019, o Ibama lavrou aproximadamente 11.578 autos de infrações que podem estar relacionados ao tráfico de animais silvestres, venda, caça, apanha, transporte, introdução, dentre outros tipos penais. A falta de diferenciação legal entre o pequeno infrator e os grandes traficantes impede uma análise mais exata do tamanho da atividade no Brasil.

A legislação penal ambiental brasileira atual beneficia os traficantes e incentiva a prática desta atividade criminosa. A alta frequência desta modalidade criminosa demonstra que as sanções aplicadas não têm cumprido o efeito de desestimular a conduta delituosa.

A teoria da dissuasão é conceituada como a redução ou omissão de um crime pelo medo da punição (GIBBS, 1975). De acordo com Schmitt (2015), o efeito de dissuasão visa não só impedir que o indivíduo volte a cometer infração ambiental, mas também repercutir em outros indivíduos que podem ter condutas similares, visto que estariam sujeitos às mesmas penas. Ou seja, a dissuasão tem um viés repressivo, de punir aquele que comete o delito, mas ao mesmo tempo, possui um viés preventivo, na medida em que a punição serve de exemplo a outros que venham a delinquir.

A alta frequência do delito de tráfico de animais silvestres, os inúmeros casos de reincidência e a capitulação do crime como de menor potencial ofensivo demonstram a baixa dissuasão desse tipo penal no Brasil.

De acordo com a teoria econômica do crime, descrita por Becker (1968), antes de cometer o crime, o infrator pondera, subjetivamente, sobre os custos e os benefícios, levando em conta a probabilidade de ser punido, isto é, calcula racionalmente a vantagem econômica e a baixa punibilidade.

Se considerarmos que os animais silvestres encontram-se disponíveis na natureza, sem grandes custos para o traficante, os altos preços agregados a algumas espécies no mercado negro e que os crimes previstos nesta modalidade criminosa são considerados de menor potencial ofensivo, pode-se aferir que no Brasil, o

tráfico de animais silvestres compensa, pois a vantagem econômica auferida com o crime supera os custos causados por eventual punição aplicada.

Atualmente existem projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado, prevendo o aumento de pena para traficantes de animais silvestres. Somente essa decisão política poderia inverter o resultado dessa equação, fazendo com que esse crime não compense.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMICO, Guillermo; AIZEN, Marcelo A. Mistletoe seed dispersal by a marsupial. *Nature*, v. 408, n. 6815, p. 929-930, 2000.

BECKER, G.S. Crime and punishment: an economic approach. *The Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

BELARMINO, Ana Isabela das Neves et al. A biodiversidade brasileira e os prejuízos da biopirataria. 2008.

CHAIYARAT, Rattanawat; BOONMA, Wannipa; KOEDRITH, Preeyaporn. The role of pteropodid bats in pollination of durian (*Durio zibethinus*) in managed orchards in suburban habitat of Thailand. *Urban Ecosystems*, v. 23, n. 1, p. 97-106, 2020.

FLORA DO BRASIL 2020 em construção. Jardim Botânico do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://floradobrasil.jbrj.gov.br/>>. Acesso em: 03 Abr. 2020.

GIBBS, J.P. **Crime, punishment, and deterrence**. New York: Elsevier, 1975.

- GOMES, Rodrigo Carneiro. O controle e a repressão da biopirataria no Brasil. 2007.
- HOWE, HENRY F. Seed dispersal by fruit-eating birds and mammals. **Seed dispersal**, v. 123, p. 189, 1986.
- HUTCHINSON, Louise et al. Small areas of wildflower grassland in urban areas support significant species richness and abundance of pollinating insects. **Entomologist's Gazette**, v. 71, n. 2, p. 103-119, 2020.
- ICMBIO 2020. Instituto Chico Mendes da Biodiversidade. Disponível em <<http://icmbio.gov.br>>. Acesso em 14 Maio 2020.
- ISSALY, E. A. et al. Reproductive ecology of the bird-pollinated *Nicotiana glauca* across native and introduced ranges with contrasting pollination environments. **Biological Invasions**, v. 22, n. 2, p. 485-498, 2020.
- KAR, Dev; SPANJERS, Joseph. Transnational crime and the developing world. **Washington: Global Financial Integrity. Retrieved on May**, v. 30, p. 2019, 2017.
- KLUG, William S. et al. **Conceitos de genética**. Artmed Editora, 2009.
- LACAVA, Ulisses. Tráfico de animais silvestres no Brasil: Um diagnóstico preliminar. Brasília: WWF Brasil, 2000.
- Mara E. Zimmerman, 'The Black Market for Wildlife: Combating Transnational Organized Crime in the Illegal Wildlife Trade' (2003) 36 Vanderbilt J of Transnational L 1672.
- MACHADO, Renato de Freitas Souza. Considerações sobre o enquadramento típico do tráfico de animais silvestres. **Custos Legis-Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, 2012.
- MMA 2020 Ministério do Meio Ambiente. Disponível em <http://mma.gov.br/>. Acesso em 15 Maio 2020.
- OTTO, HYAGO DE SOUZA 2015 Disponível em: <https://endireitados.jusbrasil.com.br/noticias/189932811/o-que-e-e-como-funciona-a-transacao-penal> Acesso em 26 Maio 2020.
- RENTAS, 2001 1º Relatório Nacional Sobre o Tráfico de Fauna Silvestre. (Disponível em: [http://www.rentas.org.br/pt/trafico/rel\\_rentas.asp](http://www.rentas.org.br/pt/trafico/rel_rentas.asp)).
- SCHMITT, Jair. Crime sem castigo: a efetividade da fiscalização ambiental para o controle do desmatamento ilegal na Amazônia. 2015.
- TRAFFIC 2020 Disponível em: <https://www.traffic.org/> Acesso em 15 Maio 2020.

# PODER GERAL DE CAUTELA, JURISDIÇÃO PREVENTIVA E ATIVISMO JUDICIAL

*Cassio Roberto Conserino*

**RESUMO:** O objetivo do artigo é trazer informações sobre a possibilidade do exercício do poder geral de cautela, com decisão impregnada de ativismo judicial, em concordância com o interesse público, no âmbito do processo penal, em medida cautelar inominada com fins preventivos da criminalidade, dentro de um caso concreto com a irrestrita observância dos princípios constitucionais da efetividade processual, da eficiência e da máxima efetividade dos direitos fundamentais e tendo também como arrimo alguns argumentos do Direito da Intervenção, de origem alemã.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Geral de Cautela. Medida Cautelar Inominada. Processo Penal. Ativismo Judicial. Controle Preventivo da Criminalidade. Observância de princípios da Constituição Federal como pressuposto de validade. Direito da Intervenção.

**ABSTRACT:** The purpose of the article is to bring information about the possibility of exercising the general power of caution, with a decision impregnated with judicial activism, in accordance with the public interest, within the scope of the criminal procedure, in innominate precautionary measure with the purpose of preventing crime, within a concrete case with unrestricted observance of the constitutional principles of procedural effectiveness, efficiency and maximum effectiveness of

fundamental rights and also supporting some arguments of the Law of Intervention, of German origin.

**KEYWORDS:** General Power of Caution. Named Cautionary Measure. Criminal Proceedings. Judicial Activism. Preventive Crime Control. Observance of the principles of the Federal Constitution as an assumption of validity. Intervention Law.

## I – CONCEITO e AMPLITUDE DO PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

O poder geral de cautela é uma ferramenta posta à disposição do juízo para efetividade processual, para garantia do resultado útil e proveitoso do processo, civil ou penal.

Para BRASILEIRO DE LIMA, poder geral de cautela “é um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas, as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal”.<sup>3</sup>

Quanto à aplicação do poder geral de cautela no processo penal, há uma parcela considerável da doutrina que entende que não poderá recair sobre o investigado, pela

<sup>3</sup> BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Código de Processo Penal Comentado. Salvador. Editora JusPodivm. 2017. p. 765.

natureza taxativa do rol do artigo 319 do CPP, pela ausência de previsão legal, por impor direitos restritivos e, conseqüentemente, por ferir o *status libertatis* do agente.

Nessa perspectiva é o entendimento de Aury Lopes Júnior: "no processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para poderes gerais, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo".<sup>4</sup>

Por outro lado, uma corrente doutrinária entende que é possível a sua aplicabilidade, levando-se em consideração o poder geral de cautela trazido lá do processo civil aplicável, pois, ao processo penal por força do artigo 3º, do CPP, que previu a **interpretação extensiva ou aplicação analógica**.

Desde as lições do saudoso Magalhães NORONHA já se fazia essa ilação, e o grande mestre, ao fazer o estudo da natureza e relações do direito processual penal, considerou que "essa disciplina é ramo do Direito Público, colimando a atuação jurisdicional do direito penal. Acentua que o Processo Penal realiza o Direito Penal e

considera que é íntima a sua relação com o Direito Processual Civil, pois dele diverge, apenas, no objeto: "o segundo visa realizar relações de Direito Privado, e ele as de Direito Público"<sup>5</sup>

Mirabete também não destoou desta compreensão. Aduziu que "o Direito Processual Penal relaciona-se com o Direito Processual Civil por serem ramos do mesmo tronco, de tal sorte que se fala em Teoria Geral do Processo como disciplina para estudo básico dos dois ramos. Diz ele que os institutos processuais se diferem em relação ao conteúdo do processo, seja ele a pretensão punitiva (processo penal), seja ele a proteção extrapenal (processo civil). Alerta que há influências recíprocas nas ações e sentenças penais e civis e que é efeito da condenação a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, tornando a sentença condenatória um título para a execução civil. Lembra que faz coisa julgada no civil a sentença penal em que se reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou em exercício regular de direito (artigo 65 do CPP).<sup>6</sup>

Para os partidários desta posição doutrinária, a possibilidade encontrava amparo primeiro na redação do artigo 798 do

<sup>4</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 584.

<sup>5</sup> NORONHA, E Magalhães. Curso de direito processual penal, São Paulo, Saraiva, 1979, 11ª edição, pág. 5.

<sup>6</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal, São Paulo, Atlas, 1992, pág. 32.

CPC antigo, de 1973, *in verbis*: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”<sup>7</sup> E, atualmente, os adeptos desta posição escudam-se no novo CPC de 2015, que não mais tratou especificamente do processo cautelar, mas adotou a **sistemática das tutelas de urgência e evidência**. Nesse sentir é o artigo 294 do CPC: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”. De seu turno, o parágrafo único do referido artigo dispôs: “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

Deste modo viu-se que com a supressão dos procedimentos cautelares específicos no novo CPC, exsurgiu um poder geral de urgência de todo magistrado, e esse poder geral de urgência ou de cautela, não importa a nomenclatura, pode ser emprestado ao Código de Processo Penal, sempre com o objetivo de observar o princípio da efetividade processual, o princípio da eficiência e o princípio da máxima

efetividade dos direitos fundamentais, assim como o princípio da indeclinabilidade da jurisdição demonstrando-se, ademais, para a sua configuração, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, bem como a comprovação da *necessidade* do exercício do poder geral de urgência ou cautela.

Destaca-se, pois, o escólio de Theodoro Júnior acerca do tema: “a primeira e mais evidente limitação do arbítrio do juiz, em matéria de poder cautelar, localiza-se no requisito da necessidade, pois só a medida realmente “necessária”, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida”.<sup>8</sup>

Nessa mesma linha de inteligência, de rigor, reproduzir o entendimento de Freitas Câmara, segundo o qual estatuiu: “o poder geral de cautela é instituto considerado necessário em todos os quadrantes do planeta, e decorre da óbvia impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de perigo para o processo que podem vir a ocorrer em concreto. Por tal razão, tem-se considerado necessário prever a possibilidade de o juiz conceder medidas outras que não apenas aquelas expressamente previstas pelas leis processuais”.<sup>9</sup>

Anote-se que, quando se fala em poder geral de cautela, sempre nos referimos

<sup>7</sup> Artigos 796/889 do CPC 1973.

<sup>8</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 2 v., p. 521.

<sup>9</sup> FREITAS CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. III, p. 43.

às medidas cautelares inominadas e, no processo penal, sempre em face do acusado ou investigado, em autêntica jurisdição repressiva.

Porém, o objetivo deste artigo é aclarar a compreensão de também **aplicar o poder geral de cautela, sob o norte da jurisdição preventiva e não necessariamente sobre o agente, mas sobre todas as circunstâncias que envolvem o fato criminoso**, requisito imprescindível da denúncia, nos termos do artigo 41 do CPP.

## II – DA JURISDIÇÃO, do PODER GERAL DE CAUTELA e das NORMAS DO DIREITO INTERNO APLICÁVEIS

Menciona-se que se diz o direito - *jurisdictio* - de forma repressiva ou reativa ou também de forma preventiva ou proativa, isto porque uma das características da jurisdição é a sua inafastabilidade ou indeclinabilidade extraída, pois, do artigo 5º, XXXV, da CF, em que qualquer lesão ou ameaça a direito deverá ser submetida à jurisdição do Estado, de modo que não é equivocado afirmar na esfera processual penal a dupla faceta jurisdicional, a da lesão e da ameaça à lesão.

A jurisdição é o poder-dever do Estado de aplicar o direito ao caso concreto

com força coercitiva. Esse poder-dever é caracterizado por uma função que lhe autoriza a resolver controvérsias, pacificar conflitos por meio do processo e como atividade à medida em que a autoridade judiciária na qualidade de representante do poder público aplica a lei àquele caso posto a sua análise.

Logo, o juízo exerce o poder geral de cautela com o exercício da jurisdição, na sua perspectiva de função, através de medidas cautelares atípicas ou não nominadas ou não previstas em lei. E essa jurisdição pode vir também sob o aspecto preventivo.

Nesse contexto é necessário, entretanto, explicitar algumas das características das medidas cautelares nominadas e o norte de jurisdição preventiva que a colorem para, ao depois, nos imiscuirmos nas medidas cautelares inominadas.

Afirma-se que as medidas cautelares nominadas e previstas em lei possuem duas feições jurisdicionais, a repressiva, mas especialmente a da prevenção. Não por outra razão a redação do artigo 282, I, do CPP que se referiu às medidas cautelares nominadas e trouxe à baila a jurisdição preventiva, ao se expressar claramente que incidirão para **evitar novas práticas penais**<sup>10</sup> sendo certo, ainda,

casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

---

<sup>10</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos

que poderão ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente.

Para melhor compreensão do assunto discorreremos sobre as hipóteses das medidas cautelares nominadas previstas no artigo 319 e incisos do CPP, que servem para substituir a prisão processual para, subsequentemente, demonstrarmos a natureza preventiva de algumas destas medidas, a saber: a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; b) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; d) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixo; f) suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos

concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; h) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; i) monitoração eletrônica.

De se notar que na linha de profilaxia criminosa estipulada pelo artigo 282, I, do CPP, pelo menos as alíneas ‘b’, ‘c’ e ‘f’ do artigo 319 do CPP penal trouxeram hipóteses de prevenção de nova criminalidade com as expressões “*evitar o risco de novas infrações*”, “*permanecer distante da vítima*”, “*receio de sua utilização para a prática de infrações penais*”. A alínea ‘b’, de todo modo, é mais enfática ainda, pois trouxe em sua redação a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; conseqüentemente, leva-se em consideração nesta medida cautelar o *locus delicti* (lugar do crime) sempre ornamentado pelo desejo de evitar novas infrações penais.

Dessume-se que numa interpretação literal já se deflui o componente de jurisdição preventiva impregnado nesses artigos de lei e que nos reforçam o ideal legislativo nesta seara do **colorido da prevenção de novas infrações penais**.

Ousa-se dizer, pois, que se cabível essa possibilidade de aplicação de medidas preventivas nas medidas cautelares nominadas, nada impede que as medidas cautelares inominadas sigam o mesmo raciocínio e a mesma sistemática.

Alude-se que os lugares destacados na alínea ‘b’ do artigo 319 do CPP podem ser privados, como a proibição de frequentar estabelecimentos de “desmanches ilegais” (roubo, furto ou receptação de peças automotivas ou mesmo de veículos), casas clandestinas de jogos de azar (exploração de caça-níqueis e congêneres); além disso, estão previstos em leis especiais, tais como medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, em que se obriga o agressor a se afastar do lar comum<sup>11</sup>. Uma breve digressão: por força deste artigo e de outros, tais como o artigo 320 do CPP, há quem entenda que o rol do artigo 319 do CPP não é taxativo, mas exemplificativo.

Mas, sob outro pensar, poder-se-ia classificá-los também como públicos, ou seja, a proibição de alguém de frequentar locais públicos em que se cometem eventualmente crimes, v.g., “feiras de rolo” (aquelas em que se vendem produtos roubados, furtados ou receptados), “cracolândias” (lugares públicos onde se desenvolve o uso de entorpecentes, bem como o comércio).

Desta feita, tais medidas cautelares nominadas enfatizam a prevenção de novos crimes privilegiando-se diretamente determinado lugar. E é, precisamente, a **singularidade** de prestigiar o lugar para fins de concessão de medida cautelar nominada que articulará o raciocínio a partir de agora.

Pontua-se que nada mais lícito ao julgador penal exercitar o poder geral de cautela, em medida cautelar inominada, ou até mesmo *ex officio*, determinar **medidas de urgência** especificamente em relação ao lugar do crime, v.g., **impedir que pessoas se reúnam permanentemente em espaço público para cometer crimes**.

Se o objetivo do legislador nas medidas cautelares típicas e nominadas foi demonstrar a possibilidade do exercício de jurisdição preventiva, como não possibilitar ao juízo penal exarar uma jurisdição profilática no exercício do poder geral de cautela, nas medidas cautelares inominadas ou atípicas, **não em relação ao acusado, mas em relação a todas as circunstâncias que envolvem o fato delituoso**, caso lhe seja requerido pelo Ministério Público com base nos artigos de sua Lei Orgânica?

Calha à fiveleta exteriorizar que temos corpo normativo suficiente para engendrar medidas cautelares inominadas com fins de controle da criminalidade, ou seja, eminentemente preventivos da

<sup>11</sup> Art. 22, II, da Lei 11.340/06.

criminalidade, a saber: artigos da Lei Orgânica do Ministério Público, artigos 26, VII, da Lei 8.625/93 e artigo 104, VI, da Lei Complementar 734/93<sup>12</sup>, bem como artigo 103, I, da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo<sup>13</sup> e artigo 127 da CF<sup>14</sup>, além de princípios constitucionais da efetividade processual, da eficiência e da máxima efetividade dos direitos, bem como os ditames do artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual prescreveu que a **lei deve ser aplicada de acordo com os fins sociais e as exigências do bem comum**.

Urge destacar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro constitui-se em coluna vertebral ou espinha dorsal de todos os ramos jurídicos, inclusive os processuais, e a linha mestra a ser seguida, sem exceção. Portanto, a dicção destes artigos consubstancia a **adoção de medidas destinadas à prevenção e controle da criminalidade**. Enfim, é possível o controle da criminalidade por meio do poder geral de cautela.

### III – EXEMPLOS DE MEDIDAS CAUTELARES INOMINADAS EM

<sup>12</sup> “sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade”,

<sup>13</sup>: “São funções institucionais do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável: I - promover a defesa do regime democrático e

## RELAÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DE UM PROCESSO e DECISÃO IMPREGNADA DE ATIVISMO JUDICIAL EM CONSONÂNCIA COM OS ANSEIOS SOCIAIS

Suponhamos a seguinte situação:

O Ministério Público confecciona uma denúncia sobre tráfico de entorpecentes contra suposto traficante e, na cota introdutória da denúncia pede, em medida cautelar inominada, que o juízo exerça o poder geral de cautela, em jurisdição proativa, para determinar a evacuação de determinada rua descrita na denúncia como local do crime - bem de uso comum do povo - utilizado para cometimento de crimes contra a saúde pública (cracolândia). Nesse caso é possível a aplicação do poder geral de cautela no processo penal quando estivermos em face de um caso concreto conexo com o crime, objeto de um processo, e que vise, por exemplo, **fazer o controle preventivo da criminalidade**, isto porque o exercício da jurisdição abarca todas as circunstâncias que envolvem o fato criminoso, a teor do que prescreveu o artigo 41 do CPP, *in verbis*: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do

dos interesses sociais e individuais indisponíveis”

<sup>14</sup> O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Destarte, a exposição do fato criminoso envolve, além do acusado, a sua classificação típica; mas, indiscutivelmente, todas as circunstâncias que se relacionam com o crime, todas as particularidades do crime, v.g., lugar, tempo, meio, modo de execução do crime e, mormente, a figura difusa da vítima no caso do tráfico – membros da coletividade.<sup>15</sup>

Tanto é exata essa asserção, isto é, acerca da imprescindibilidade da consignação do lugar do crime na denúncia, que se elaborarmos uma peça acusatória sem local ou lugar do crime, ela é considerada inepta, e a ação penal irremediavelmente não se inicia.

Por conseguinte, rigorosamente é caso de autorizar o juízo a impingir medidas de urgência para que o Estado recupere a via pública, em integralidade de jurisdição, em insofismável poder geral de cautela.

Esse panorama, além de expressar jurisdição repressiva porque o juízo analisará a situação envolvendo o acusado (conversão do eventual flagrante em prisão preventiva, recebimento de denúncia), também

expressará subsidiariamente jurisdição preventiva em relação às circunstâncias fáticas, porque através de determinação judicial, de cunho preventivo, o crime permanente de tráfico de entorpecentes existente naqueles locais pitorescos será debelado.

Enfatize-se que, no exemplo acima, se encontra presente o interesse de agir do Ministério Público, que persegue a eventual condenação ou absolvição do denunciado naquelas circunstâncias descritas na denúncia e apresentadas ao Poder Judiciário na ação penal; e, acessoriamente, também almeja a regularidade da ordem jurídica e a observância dos interesses sociais, encargos constitucionais do Ministério Público.

Anote-se, ainda, que eventual providência preventiva na jurisdição exarada não comprometerá o devido processo legal, não comprometerá o princípio do contraditório, não violará o princípio da ampla defesa, porque não tem conotação direta com a situação do réu. E seguirá a diretriz, inclusive, do artigo 156, II, do CPP<sup>16</sup>, que previu um juiz menos estático e mais participativo, que visa dirimir uma lide que lhe é posta **em todas as suas circunstâncias**.

O exemplo acima nos demonstrou o exercício do poder geral de cautela sobre circunstâncias fulcrais do processo-crime

---

<sup>15</sup> Crime vago.

<sup>16</sup> Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante

levado ao conhecimento do juízo, em determinado caso concreto, e que uma vez sanados em análise preventiva, garantirão a integralidade jurisdicional, em seu duplo enfoque, a efetividade processual, a observância ao princípio da eficiência aplicável também aos magistrados e o irrestrito cumprimento do princípio da máxima efetividade dos direitos humanos.

Não à toa é o brocardo “narra me factum dabo tibi jus”<sup>17</sup>. Leia-se: o fato com todas as suas peculiaridades e não somente em relação ao seu autor, mas também em relação às circunstâncias do crime. Iniludivelmente há situações concretas em que se exige do Poder Judiciário a integralidade jurisdicional, reativa e proativa.

A legislação processual apoiada por princípios constitucionais precisa ser interpretada de acordo com as necessidades, anseios e demandas dos tempos hodiernos. Precisa ser interpretada com vista às aspirações sociais, à evolução histórica e às necessidades sociais prementes. E é exatamente nesse contexto que se defende a incidência do poder geral de cautela, no âmbito do processo penal, em sede de medida cautelar inominada, ou até *ex officio*, com desenho preventivo da criminalidade.

Expõe-se que o mesmo exemplo da ‘cracolândia’ pode ser transmutado para as hipóteses envolvendo as chamadas ‘feiras de

rolos’, que se realizam, igualmente, na via pública, bem de uso comum do povo, e se comercializam, na maioria das vezes, produtos contrafeitos ou roubados ou furtados ou receptados, enfim, objetos de progênie criminosa. Em sendo assim, em caso de denúncia por receptação contra determinado agente, pilhado em ‘feira do rolo’ em atividade de mercancia, situada em determinada via pública, pode dar margem a pedido do Ministério Público, na cota introdutória, de medida cautelar inominada, com o objetivo de evacuação da área pública utilizada para fins possivelmente criminosos, objetivando prevenção e controle da criminalidade.

Obviamente que referidas decisões, fruto do poder geral de cautela, experimentarão possivelmente a característica de **ativismo judicial**, que embora seja utilizado pelos detratores do Poder Judiciário em tom pejorativo ou depreciativo, entendemos que, especificamente nestas situações de controle da criminalidade, em caso concreto, posto em juízo, é deveras importante o seu manuseio e a sua realização para a execução de direitos sociais previstos constitucionalmente e invariavelmente olvidados por quem de direito.

Pelo teor da teoria substancialista, sempre que situações deste jaez incidirem na

---

<sup>17</sup> “Narra-me o fato que eu te darei o direito”.

espécie, o Poder Judiciário tem de intervir, pois o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, e quando certos comportamentos venham a prejudicar a paz social, a vida digna de uma coletividade, direitos mínimos existenciais, deve, sim, este Poder fazer valer as suas vezes e garantir esses direitos fundamentais, seja em controle concentrado, seja em controle difuso de constitucionalidade.<sup>18</sup>

Em proposições que tais, o membro do Poder Judiciário está autorizado a realizar uma hermenêutica ativista da lei e da Carta Magna pautada, pois, em princípios constitucionais do que propriamente na letra fria da lei e determinando que outros poderes façam esta ou aquela política pública.

Realce-se a visão do ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, que distinguiu as vantagens e desvantagens do ativismo judicial, a saber:

“O ativismo relaciona-se ao comportamento dos juízes. Significa conduta que desborda da atuação puramente técnica e judicial. A interpretação ocorre de maneira expansiva. Assemelha-se ao que a nova – e não tão reconhecida no meio acadêmico – doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo

(ou neoconstitucionalismo, a depender do ângulo), consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade. Existem, fundamentalmente, dois grandes pontos reconhecidos como vantagens – quase que de maneira incontroversa – no ativismo: a) a proteção contramajoritária, quando o Judiciário guarda e garante os direitos da minoria que não lograria obtê-la no Parlamento; e b) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em atuação proativa, no papel de guardião das políticas públicas que envolvam direitos fundamentais. Por outro lado, existem também objeções a essa atuação, tendo em vista: a) a ausência de legitimidade democrática dos juízes (não são eleitos), impossibilitando-se avaliar a vontade do povo; b) o risco sério e agudo de politização judicial e c) a possibilidade de ultrapassar a capacidade institucional do Judiciário.<sup>19</sup>

Averbe-se, por importantíssimo, que o entrelaçamento destes institutos estudados (poder geral de cautela e decisão ativista) dá guarida à incidência dos exemplos supracitados, tanto é que o Supremo Tribunal Federal, nessa linha de argumentação,

<sup>18</sup> GALVÃO, José Octavio Lavocat. Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica; in: Estado de Direito e Ativismo judicial. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 137.

<sup>19</sup> Palestra realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, em 27 de novembro de 2017, em São Paulo in <https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial-para-quem-e-por-que>.

recentemente, em decisão da lavra do Ministro Edson Fachin, sob o pretexto de evitar violência policial em ações policiais nas comunidades da cidade do Rio de Janeiro e também citando a lamentável morte do menino João Pedro numa dessas operações, em **legítima jurisdição preventiva** deferiu **medida cautelar incidental** pleiteada pelo Partido Socialista Brasileiro para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior a população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.<sup>20</sup>

Indiscutivelmente, guardadas as devidas proporções, essa decisão do STF, como muitas outras que poderiam ser citadas, justifica e legitima a pretensão exarada nesse artigo.

<sup>20</sup> STF, ADPF 635 – MC-TPI – RJ, 5 de junho de 2020.

#### **IV – COMPATIBILIDADE ENTRE O CONTROLE PREVENTIVO DA CRIMINALIDADE E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITO DA INTERVENÇÃO, de ORIGEM ALEMÃ**

O controle preventivo da criminalidade está em compatibilidade com a Constituição Federal e em harmonia com o princípio da efetividade processual, corolário do princípio da eficiência insculpido no artigo 37, “caput”, da Carta Magna.

Para MEDINA, a **efetividade do processo está ligada diretamente ao princípio da eficiência da Administração Pública** – positivado em nossa Constituição no artigo 37, “caput”, pela emenda 19/1998 – “notadamente quando se cuida de alcançar, no plano processual, um resultado tal que assegure a parte vitoriosa o gozo da específica utilidade a que faz jus”.<sup>21</sup>

Pelo princípio da eficiência, “impõe-se ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar”, porém, deve ser pautado pela conjugação harmônica com os demais princípios que

<sup>21</sup> MEDINA GOUVÊA, PAULO ROBERTO in 2004, p. 243.

regem a administração pública e que estão previstos no art. 37 da CF/88.<sup>22</sup>

E mais.

O princípio da eficiência, assim como os demais princípios da administração pública que estão positivados no texto Constitucional, deve ser observado por todos os Poderes da União, **inclusive o Poder Judiciário**. Ao Poder Judiciário, na clássica “tripartição dos poderes”, foi incumbida à função jurisdicional, cabendo-lhe a aplicação da lei ao caso concreto. “Se trata da função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática” (CÂMARA, 2014, p. 82)<sup>23</sup> – negrito nosso.

Destarte, impossível falarmos de princípio da eficiência processual e não se obter a inteireza jurisdicional em que se pleiteia ao Poder Judiciário.

Inexequível também falarmos numa teoria geral do processo quer do civil, quer do penal, sem trazermos como base de observância às diretrizes da Constituição Federal. E nessa particularidade argumentativa, temos que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF), de modo que o Poder Judiciário em sintonia com

o princípio da eficiência e com o princípio da jurisdição, sua razão precípua, pode e deve se manifestar em termos preventivos.

Nesse panorama encontramos o ensinamento de CASSIO SCARPINELLA, segundo o qual prescreveu: “impensável falar-se em uma teoria do direito processual civil que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada ou extraída dela, o que, também se aplica aos demais ramos do direito processual, vez que a Constituição é a fonte primeira, o fundamento maior e, como vimos, estabelece um modelo único que se irradia em todos os processos”<sup>24</sup>

Marcelo Cattoni também encerrou: “no Brasil não há processo que não deva ser constitucional, sobretudo em razão de o processo ser estruturado por princípios constitucionais e de todo órgão judicial ser competente para apreciar questões que discutem constitucionalidade”<sup>25</sup>

Não há, definitivamente, condições de desenvolver o estudo do direito processual fora do direito constitucional. E a Constituição Federal previu a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), a vida, a segurança (art. 5º, “caput”), a saúde pública (art. 196), assim como também a não

<sup>22</sup> DI PIETRO, 1998, p. 73-74.

<sup>23</sup>

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/1365/922>

<sup>24</sup> BUENO 2008, p. 159.

<sup>25</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p. 207.

exclusão de lesão ou ameaça de direito do crivo do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

Logo, nos parece absolutamente cristalino que o juiz criminal possui no processo penal dupla função, a de aplicar o fato ao caso concreto aplicando a alguém uma condenação ou absolvição, **mas também, de ofício, ou quando provocado, fazer o controle preventivo da criminalidade de um caso concreto posto sob a sua jurisdição.** Na última hipótese quando o Ministério Público apontar, em sua denúncia, a existência de locais onde pululam crimes contra a saúde pública ou patrimoniais, por exemplo.

Numa análise um pouco mais aprofundada, vislumbramos a conjunção entre poder geral de cautela, jurisdição de cunho preventivo, decisão embebida com ativismo judicial e os dizeres, ainda que tenuamente, do direito de intervenção<sup>26</sup> cunhado pelo tratadista alemão Winfried Hassemer, integrante da Escola penalista de Frankfurt, teoria pela qual visa aperfeiçoar o Direito Penal na **prevenção** e repressão da criminalidade quando atingirem interesses metaindividuais ou transindividuais e, a princípio, seria aplicável ao direito ambiental, mas que por força da **aplicação extensiva e analógica** prevista no código de processo

penal (art. 3º, CPP) nada obstará que fosse igualmente **aplicável no processo penal.**

Nesse sentir: “o direito de intervenção seria uma alternativa no controle da criminalidade moderna. Situado entre o direito penal e o direito administrativo, com um rebaixado nível de garantias individuais e novas formas procedimentais abreviadas, mas sem a cominação das pesadas sanções do direito penal, sobretudo as penas privativas de liberdade. Orientado por uma intervenção precoce, ou seja, pelo perigo e não pelo dano, posto que, frente à neocriminalidade, a espera da ocorrência do dano, pode ser tarde demais para a tutela do bem jurídico, em razão de sua magnitude”.<sup>27</sup>

Esse novo ramo – direito de intervenção – está localizado entre o direito penal e o direito administrativo e seria mais eficiente para fazer a tutela dos interesses metaindividuais, seria mais adequado à proteção dos interesses difusos e coletivos que são trazidos à baila numa relação processual penal. O direito penal tradicional não se mostrou apto a enfrentar esses tipos de perigos decorrentes de uma sociedade de risco.

Conquanto não tenhamos o esqueleto ou arcabouço do direito de intervenção no Brasil, é plausível aplicá-lo

<sup>26</sup> Interventionsrecht.

<sup>27</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 197.

sob a vertente do poder geral de cautela, em medidas cautelares inominadas e não previstas em lei, sob o âmbito da tutela preventiva, com o desiderato de efetuar a tutela dos interesses difusos provenientes de um caso concreto retratado no processo penal, mormente do ponto de vista das vítimas de crimes contra a saúde pública e patrimoniais e também sob a diretriz de princípios constitucionais.

## V- DA CONCLUSÃO

Em arremate podemos conceituar o poder geral de cautela no processo penal como: uma ferramenta posta à disposição do juízo para a efetividade processual, para garantia do resultado útil e proveitoso do processo penal em sua dupla finalidade, com o exercício da jurisdição repressiva e preventiva, tanto em relação ao *status libertatis* do réu (para uma pequena corrente doutrinária) quanto **em relação às circunstâncias fulcrais que envolvem a dinâmica delituosa**, objetivando-se a observância do trinômio constitucional: efetividade processual, princípio da eficiência e máxima efetividade dos direitos fundamentais (direito à saúde pública, segurança pública, dignidade da pessoa humana, cidadania, prevalência dos direitos humanos) em indiscutível ativismo judicial, valendo-se, ainda, como pano de fundo das argumentações da teoria alemã, do direito de

intervenção, tudo sob a gênese da aplicação da lei visando os anseios comuns e a defesa preventiva dos interesses transindividuais relacionados com a performance criminosa.

Entende-se que, em algumas situações específicas, levanta-se com rigor a figura do sujeito passivo do crime (membros da coletividade), nascendo daí a necessidade do Poder Judiciário tutelá-los preventivamente da existência de novos crimes, sempre que for cometido em **locais públicos**. Definitivamente, o processo penal visto tradicionalmente se tornou insuficiente para resolver esses novos conflitos, razão de sua necessária adequação nestes casos especiais.

E, por derradeiro, estabelece-se que esse relevante assunto, o de controle e prevenção da criminalidade em locais públicos, especialmente o daqueles envolvendo as famosas ‘cracolândias’ são multifacetários e multidisciplinares, envolvendo vários campos de incidências médicas e congêneres, e, especificamente, no campo jurídico, não é uma atribuição afeta unicamente às promotorias de justiça de interesse difuso (saúde pública, direitos humanos, inclusão social, habitação e urbanismo), mas também se relaciona com a promotoria de justiça criminal, porque o contexto fático descrito numa denúncia criminal envolvendo o tráfico em circunscrições territoriais desta natureza traduz, além da possibilidade da imposição de

uma pena de natureza penal a quem estava traficando, também situação de prevenção e controle da criminalidade (comércio e exploração deste comércio no local).

Alijar a promotoria de justiça criminal e, conseqüentemente, retirar da justiça criminal esta importante questão de saúde pública conexas com o crime de que cuidam os autos e que emerge sob a ótica da prevenção e repressão de crimes de tráfico de entorpecente não nos parece razoável ou tampouco acertado.

Somos a ponta do iceberg de um problema complexíssimo e com indubitáveis conseqüências criminais e, por isso, defendemos que a jurisdição criminal nestes casos precisa ser maximizada e amplificada, tudo em consonância e de acordo com os fins sociais e as exigências do bem comum, dentro do raciocínio descortinado no presente artigo e com arrimo, inclusive, na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, acima citada, que caminhou exatamente no sentido da jurisdição preventiva.

Na decisão do Supremo Tribunal Federal visou-se impedir novas e eventuais mortes em decorrência de violência policial excessiva; já no exemplo que defendemos, se postulou através de jurisdição proativa, em medida cautelar inominada, evitar que novos crimes aconteçam nas vias públicas e que dizem respeito a saúde pública e patrimônio. Tanto os exemplos do presente estudo quanto a decisão da corte máxima do Poder

Judiciário, ora apresentada, dependendo do ângulo de interpretação e abordagem, tutelam vítimas e atuam sob o recorte do poder geral de cautela e do ativismo judicial nas suas mais diferentes facetas.

### **CASSIO ROBERTO CONSERINO**

Promotor de Justiça Criminal (MPSP) desde 2000.

Integrante do GAECO – Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado, de junho de 2003 até dezembro de 2012;

Autor de Livros jurídicos: Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado e Institutos Correlatos, editora Atlas, 2011;

Autor de artigos doutrinários das Revistas Síntese – Responsabilidade Pública e Síntese – Direito Administrativo;

Ex-Professor de Processo Penal da UNAERP, campus GUARUJÁ

Pós-graduando da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

## **INQUISITIVIDADE ESTRUTURAL E O JUIZ DE GARANTIAS**

**Glauco Gumerato Ramos<sup>28</sup>**

Aos diletos

*Eduardo J. F. Costa, Sebastião*

*Pujol e Lúcio Delfino*

### **I**

Existe um especial motivo para que este escrito tenha sido composto enquanto a memória me remetia ao EDUARDO, ao PUJOL e ao LÚCIO. Para além da estima que guardo em relação aos três, que pensam o *Direito e o Processo* a partir daquilo que a Constituição da República estabelece, houve um dínamo potencializador desta prazerosa lembrança. De cada um deles já ouvi menções honrosas a um *jurista-filósofo* de quem tive a oportunidade de ser aluno num curso de “política e acesso à justiça” na Fundação Konrad Adenauer, em São Paulo, no distante primeiro semestre de 1999. Ele foi um dos que prelecionou naquele evento. Seu nome: TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ

JÚNIOR. Desse meu contato com a Fundação Adenauer recebi o convite para escrever no volume nº 3 dos *Cadernos Adenauer*, que tinha como *leitmotiv* a temática do *Acesso à justiça e Cidadania*<sup>29</sup>. Foi nesse curso o meu primeiro contato com o professor TÉRCIO.

Egressos da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, EDUARDO e PUJOL foram alunos de TÉRCIO SAMPAIO ali na *Velha Academia*. EDUARDO na graduação e depois no doutorado da PUC de São Paulo. PUJOL com ele teve algumas palestras durante a graduação [seu professor de *Introdução ao Estudo do Direito* foi ALLAOR CAFFÉ FILHO], e posteriormente veio a ser seu aluno no doutorado da USP. Coincidentemente ambos são da estrutura federal do aparato de “justiça”. EDUARDO é juiz federal junto ao TRF-3. PUJOL é delegado da polícia federal em São Paulo. Não é de hoje que EDUARDO afirma a influência que as lições de TÉRCIO SAMPAIO exerceram em sua formação, já o tendo feito, inclusive, n’alguns de seus escritos. PUJOL nutre equivalente reverência pela obra desse grande pensador e graças a isso nos conhecemos. Quando de

<sup>28</sup> Presidente para o Brasil do Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP). Diretor de Relações Internacionais da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá (FADIPA). Advogado em JUNDIAÍ.

<sup>29</sup> Cf. *Cadernos Adenauer nº 3 – Acesso à justiça e cidadania*, São Paulo: Fund. Konrad Adenauer,

maio/2000. Escreveram nesse volume: LAGUARDIA, Jorge Mario García (México), RAMOS, Glauco Gumerato (São Paulo), RODRIGUES, Walter Piva (São Paulo), PONTES, Evandro Fernandes de (São Paulo), CHOUKR, Fauzi Hassan (São Paulo), STEIN, Torsten (Alemanha).

meu retorno como professor da FADIPA, no segundo semestre de 2017, certa noite PUJOL me viu na Sala dos Professores com o livro de introdução ao Direito de autoria do Prof. TÉRCIO. Naquele semestre tive a chance de lecionar aos *primeiranistas* da FADIPA. No mesmo instante SEBASTIÃO PUJOL, colega professor que eu ainda não conhecia, aproximou-se de mim e indagou: - *Você está ensinando aos Moços a raciocinar o Direito pelo enfoque zetético ou dogmático?* Neste dia nos tornamos amigos. Devo dizer que o presente texto surgiu após convite que me fez PUJOL para escrever na *Revista de Direito Penal e Processual Penal* [<https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal>], por ele coordenada na FADIPA. Sabedor de meus vínculos com o **Garantismo Processual**, pediu-me PUJOL para explorar o tema a partir do enfoque **dogmático** que é próprio do saber *processual-garantista*, sem descuidar das possíveis argumentações *zetéticas* que o “juiz de garantias” suscita. Nessa correlação de ideias e memórias também comparece LÚCIO DELFINO. Há menos de quinze dias assisti uma aula telepresencial ministrada por LÚCIO, onde ele traçou os confins entre aquilo que chamou de *Garantismo Ferrajoliano e Não-Ferrajoliano*. Em suma, distinções epistemológicas entre o que se

concebe por *Garantismo*, em geral, e por *Garantismo Processual*. Durante sua exposição LÚCIO DELFINO foi preciso ao afirmar que o *processual-garantismo* é um saber **dogmático**, já que todo o seu desenvolvimento parte daquilo que está *escrito e posto* numa determinada ordem jurídica. O *Garantismo Processual responde* (=explica) a partir da *finitude* do ambiente da Constituição e dos pactos internacionais que vigoram em determinado *tempo e espaço*. O *Garantismo Processual* não é, propriamente, um saber *zetético*, no qual a “medida do possível” ultrapassa os limites do Direito a partir de **perguntas** (=questionamentos) que alcançam a *sociologia jurídica*, o *moralismo jurídico*, a *política*, a *história* ou qualquer outro ramo do saber que esteja fora do espaço próprio do *ontologicamente jurídico*. Sem embargo, o Professor TÉRCIO SAMPAIO deixa claro que entre a argumentação *zetética* e *dogmática* “*não há uma separação radical; ao contrário, na totalidade do discurso jurídico, elas se entremeiam, referem-se mutuamente, às vezes se opõem, outras se colocam paralelamente, estabelecendo um campo de possibilidades bastante diversificado. (...) O jurista revela-se, assim, não só como o especialista em questões dogmáticas, mas também em questões zetéticas*”<sup>30</sup>. Meu escrito seguirá nessa linha.

<sup>30</sup> Cf. FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2ª ed. 1997, p. 90.

Farei uma abordagem *dogmática* da figura do “juiz de garantias”, técnica procedimental decorrente da *estrutura acusatória* do PROCESSO, tal como o prevê a Constituição. Apesar do avanço em sua positivação, a técnica foi regulamentada de modo *assaz acanhado* pelo legislador brasileiro. Farei ainda uma abordagem *zetética* sobre o tema. Isso será feito a partir da *(re)afirmação* de que há fatores históricos que – muito provavelmente – *introjetaram em nosso DNA social* uma espécie de *inquisitividade*<sup>31</sup> da qual ainda não nos imunizamos. Gerou-se, a partir daí, uma *superestrutura* que segue apostando – talvez inconscientemente, talvez não – numa inexistente *onipotência* das autoridades que nos julgam, como se só elas, e somente elas, fossem capazes de redimir os males que contaminam o tecido social. O problema é grave. Afeta o espaço do PROCESSO onde são julgados temas de conotação criminal com a mesma contundência que afeta o espaço do julgamento das relações públicas ou privadas ocorridas no *extramuros* da criminalidade. Indício veemente dessa realidade está no fato de o Supremo Tribunal Federal ter *suspendido*, cautelarmente, a possibilidade da implementação do “juiz de garantias” no Brasil, cuja decisão abarcou

<sup>31</sup> Cf. os meus “O processo civil *gattopardista* dos Juizados Especiais”, *RBDPro* 77/37, jan-mar/2012, e “Aspectos *semânticos* de uma contradição *pragmática*. O *garantismo processual* sob o enfoque da filosofia da

quatro *ações diretas de inconstitucionalidade*. Uma delas, a ADIn nº 6.298, ajuizada em **litisconsórcio ativo** entre a *Associação dos Magistrados Brasileiros* (AMB) e a *Associação dos Juízes Federais do Brasil* (AJUFE). Uma outra, a ADIn nº 6.305, ajuizada pela *Associação Nacional dos Membros do Ministério Público* (CONAMP)

[<https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/flux-revoga-liminar-juiz-garantias-Aterefendo-plenario>]. Em miúdos: parcela representativa daqueles que *nos julgam* e *nos acusam* não conseguem compreender a *estrutura acusatória* do PROCESSO. Não conseguem, pois, fazer-nos livrar do fantasmagórico *espectro* que segue a nos rondar e que ignora a ordem constitucional vigente: o *espectro da inquisitividade*.

## II

Parcela expressiva da sociedade, que ocupa o espaço de reflexão daquilo que se pode chamar de *senso comum jurídico*, é refém de um *arquétipo* que nos avassala: o *modelo inquisitivo* de atuação das autoridades judiciárias. Acredita-se que a figura do juiz deve protagonizar a cena processual, *dirigindo* e *atuando* em busca da

linguagem”, *RBDPro* 82/217, abr-jun/2013; este tb. na *Revista de Direito Processual da FADIPA*, vol. 1 n. 2, 2019. [<https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireiroProcivil/article/view/1488>].

realização de “justiça” no caso concreto. A partir dessa percepção, confia-se “cegamente” na pessoa física do juiz e, claro, na própria instituição a que pertence, o Poder Judiciário. Seria como se estes seres humanos fizessem parte de uma casta de indivíduos unguídos por uma espécie de magia *etérea*, simplesmente pelo fato *telúrico* de serem juízes. Nessa atmosfera de plácida reverência e submissão, contrária ao “*desassossego cidadão*” que nos deve ser insuflado pelo *republicanismo* e pela *democraticidade* que transbordam desde o alto da ordem constitucional, comportamo-nos como rebanhos conduzidos pelo bom pastor. Aceitamos que os “outros” sejam “justiçados” pela *inquisitividade* flamígera de certas autoridades judiciárias que operam no interior do PROCESSO, como se não fosse ele uma *garantia contra o poder*, constitucionalmente *estruturado* em sólida base *acusatória*. Não é raro sabermos de juízes: [i] que saem “à caça” de provas incriminatórias, [ii] que deliberadamente fazem “vazar” informações processuais sigilosas – “grampos” telefônicos, por exemplo – com objetivos espúrios, às vezes até mesmo políticos; [iii] que dirigem e/ou orientam e/ou combinam com os **acusadores** estratégias voltadas à condenação dos “hereges” a quem entendem culpados; [iv] que determinam prisões cautelares com o objetivo não revelado de obter delações; [v] que condenam sem prova (=confirmação)

dos fatos narrados; [vi] que, atuando em tribunais, imprimem velocidade **recorde** no procedimento recursal, julgando recursos com indisfarçável intenção de confirmar a condenação vinda da instância inferior. Verificou-se coisas deste jaez na história recente do Brasil. Coisas que estão longe, infelizmente, de ser um – único – ponto fora da curva. Fenômeno equivalente, ainda que em outras proporções, ocorre em causas regradas pelo código de “processo” civil, independentemente do nível de complexidade.

Mas por que as autoridades judiciárias agem assim? Por que parcela expressiva da sociedade vê como normal esse método de atuação? Por que recusamos a *aceitar, operar e concretizar* as regras do PROCESSO a partir de sua *constitucionalidade acusatória*? Enfim, por que aceitamos que os “outros” sejam “justiçados” ao invés de *julgados* conforme as *garantias processuais* estabelecidas na Constituição da República e nos pactos internacionais que vigoram em nosso país?

Tenho uma opinião firme sobre isso: é porque vivemos sob uma *inquisitividade estrutural*, historicamente herdada da fantasmagórica *Inquisição Espanhola*, mãe regente da *Inquisição Portuguesa*. O “conjunto da obra” pode ser chamado de *Inquisição Ibérica*, que formalmente vigorou na península de nossos colonizadores, e na

América por eles colonizada, por mais de três séculos e meio. Sim! A *Inquisição Espanhola* vigorou de 1478 a 1834, exatos 356 anos. A *Inquisição Portuguesa*, oficialmente de 1536 a 1821, exatos 285 anos. Se tivermos em mente que o *Pogrom de Lisboa* de 1506 (=tb. *Massacre de Lisboa; Massacre da Praça do Rócio; Matança da Páscoa*) foi um reflexo da conversão forçada de judeus em Portugal, ocorrida em 1497, e que isso se deu sob a atmosfera política da Inquisição que já vigorava em Espanha, temos aí quase três séculos dessa *inumana* instituição social no espaço *lusoparlante* do ambiente europeu-americano. No Brasil, Pero do Campo Tourinho – donatário da capitania de Porto Seguro – foi a primeira vítima da “*Santa*” *Inquisição*, e isso nos primórdios colonizatórios. Por motivos que depois se mostraram mais *políticos* do que *heréticos-religiosos*, no ano de 1540 esse “cristão-velho” foi **delatado** por desafetos que fez enquanto empreendia para o desenvolvimento de sua capitania.<sup>32</sup>

Essa inclemente **instituição de terror** valia-se de um “modelo” de *procedimentalidade* em sua atuação: o modelo *inquisitivo*. Tudo dentro de “expressa” autorização papal. Existia a figura do *inquisidor*: frei dominicano versado em

direito e teologia. O inquisidor chegava nas localidades e se acercava das autoridades seculares, exigindo-lhes apoio em suas atividades. Difundia-se a prédica do “medo” em sermões, fazendo com que as pessoas delatassem, sem qualquer indício, quem lhes fosse diferente, leia-se: o *herege*. Herege era qualquer um que saísse fora do risco traçado pelo esquadro representado pelas “sagradas escrituras”, naquilo que era do interesse da Igreja Católica. A lógica inquisitorial centrava-se na busca da *verdade absoluta* como obra investigatória do inquisidor, daí a legitimidade da *tortura* para se obtê-la, inclusive para que se chegasse à redentora “confissão” por parte do **objeto da investigação**: o sujeito herético. O “processo” inquisitorial iniciava-se por: (a) *acusação*, (b) *delação*, (c) *investigação*. Em (a) e (b) iniciava-se o processo pela iniciativa de “terceiros”, não do inquisidor; em (c) a iniciativa investigatória era do próprio inquisidor. Após iniciado o processo por *acusação*, o inquisidor chamava para si o proceder sequencial, orientando o “terceiro” acusador a afastar-se da causa [“*Se ficar claro que os depoimentos das testemunhas acrescentaram algo à acusação, o inquisidor deverá aconselhar o acusador a contentar-se em ser o delator, para que o inquisidor possa*”

<sup>32</sup> Há vários estudos sobre esse evento histórico. Cf., com muito proveito, a dissertação de mestrado junto à *Universidade Federal Fluminense* de BRITTO, Rossana G., *A saga de*

*Pero do Campo Tourinho – O primeiro processo da inquisição no Brasil*, Petrópolis: Editora Vozes, 2000, *passim*.

*proceder segundo suas atribuições e não enquanto solicitante de uma das partes*”]<sup>33</sup>. O processo iniciado por *delação* implicava a citação das testemunhas indicadas pelo delator, e daí em diante o procedimento também ficava sob o comando do inquisidor. Iniciado por *investigação*, o processo era integralmente do monopólio do inquisidor, que o iniciava por conta própria a partir da existência de “boatos” sobre heresia. O processo por *investigação* era, disparado, a forma mais comum do *instar* no proceder inquisitorial, já que não sujeitava o “terceiro” *acusador* à “lei de talião”, “segundo a qual o *acusador* aceita, se *perder*, pagar a pena que o *acusado* pagaria, se ficasse comprovada a culpa deste último”<sup>34</sup>. Vê-se que havia um desestímulo ao *instar* “privado” e um superestímulo ao *instar* do inquisidor. Resultado: uma mesma pessoa (=o inquisidor) *investigava*, *provava* e  *julgava*. Uma espécie de lógica da **concentricidade** e **sobrevalorização** do *poder* (=jurisdição) marcava o processo inquisitorial.

Era um clima público de terror. Os fatos “propagandeados” pela *Santa Inquisição* avassalavam a sociedade. Após o processo – onde a tortura era a regra – e a condenação, a execução das penas era feita

pelas autoridades seculares, nos chamados *autos de fé* [“*Auto de fé* significa literalmente *ato de fé*”]<sup>35</sup>. Consistiam em cerimônias públicas de punição dos hereges. A mais violenta das penas era lançar o condenado à fogueira, que ardia vivo até que as chamas o consumissem. Milhares de “fiéis” acompanhavam esses *autos de fé* e, a partir disso, viam e viviam as relações *infraestruturais* havidas nas sociedades dominadas pelo terror inquisitorial. É por isso que não é de se estranhar que o nosso **DNA social** esteja marcado pela rançosa *inquisitividade*. O que se criou a partir de mais de três séculos de Inquisição foi um “estado de espírito” onde a “*mentalidade inquisitorial continua viva*”<sup>36</sup>. Sem muita dificuldade é possível intuir que a *superestrutura* (=regramento dos códigos de “processo”; jurisprudência dos tribunais) daí formada não esteja completamente **imunizada** de certos proceder, apesar de vivermos sob uma Constituição que somente admite a imposição do poder jurisdicional como subproduto da *atividade acusatória* (=devido processo legal; CR, art. 5º, LIV-LV). Na prática, segue existindo uma **inquisitividade estrutural** que, muitas vezes,

<sup>33</sup> Cf. no *Manual dos Inquisidores – “Directorium Inquisitorum”* de Nicolau Eymerich, revisto e atualizado por Francisco de La Peña em 1578. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Brasília: Ed. Rosa dos Ventos – Ed. Universidade de Brasília, 1993, p. 110.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 106.

<sup>35</sup> Cf. BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições – Portugal, Espanha e Itália, Séculos XV-XIX*, São Paulo: Companhia das Letras, 2000, 3ª reimpressão, p. 227.

<sup>36</sup> Em GREEN, Toby. *Inquisição – O reinado do medo*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2011, trad. Cristina Cavalcanti, p. 284.

impede-nos de lançar à realidade judiciária um olhar constitucionalmente adequado.

### III

Enquanto *macrofenômeno jurídico-constitucional*, aquilo que conhecemos por PROCESSO ostenta **dois atributos** que marcam fortemente a sua *estrutura*: [i] **unitariedade** e [ii] **acusatoriedade**.

A *unitariedade* faz com que a estrutura do PROCESSO seja voltada a viabilizar o trâmite de um *procedimento* elaborado ao nível infraconstitucional, direcionando-o à obtenção de certos resultados *cíveis* ou *penais*, grosso modo falando. Tais *procedimentos* estão legislativamente dispostos em *bases textuais* a que estamos acostumados a chamar – de forma *imprecisa* – de códigos de “processo” civil ou penal. Ainda que os respectivos códigos estabeleçam *procedimentos* – e não “processos” – distintos para a obtenção dos resultados a que se propõem, o regramento neles previsto deve ser *verticalmente*

compatível com as **garantias** constitucionais e convencionais (=pactos internacionais) que substanciam a estrutura do PROCESSO. Por exemplo, **garantias processuais** como *devido processo, contraditório* – direito fundamental da *parte*, **não** do juiz [=LÚCIO DELFINO]<sup>37</sup> –, *ampla defesa, legalidade, imparcialidade, impartialidade, presunção de inocência*<sup>38</sup>, *vedação de prova ilícita, juiz natural, fundamentação das decisões* e outras tantas que lhes sejam correlatas, referem-se ao PROCESSO em sua *unitariedade*, e não apenas ao chamado “processo” penal ou civil ou a qualquer outra adjetivação *artificial* que se lhe queira dar. Estes atributos fazem do PROCESSO uma *garantia* contra o poder<sup>39</sup>, verdadeira **proteção contra** o Legislador ou o Administrador [=MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO]<sup>40</sup>, inegavelmente uma garantia do indivíduo *em face do Estado* [=EUGÊNIO PACHECO OLIVEIRA]<sup>41</sup>, ou, naquilo que diz respeito à dimensão do fenômeno PROCESSO perante o judiciário, uma *instituição de garantia*

<sup>37</sup> Cf. DELFINO, Lúcio e ROSSI, Fernando, “Juiz contraditório?”, *RBDPro* 83/229, abr-jun/2013.

<sup>38</sup> A *presunção de inocência* não é exclusividade do “processo” penal. Cf., com muito proveito, COSTA, Eduardo José da Fonseca, “Presunção de inocência civil”, *RBDPro* 100/129, out-dez/2017. Ver ainda RAMOS, Glaucio Gumerato, “Nota sobre o PROCESSO e a *presunção* de inocência que lhe habita”, em: <https://emporioidireito.com.br/leitura/13-nota-sobre-o-processo-e-sobre-a-presuncao-de-inocencia-que-lhe-habita>.

<sup>39</sup> Desde janeiro de 2006 já chamava a atenção para este aspecto a *MOCIÓN DE VALENCIA*

(2006) – *El proceso civil en el siglo XX: tutela y garantía*, cf. em *Proceso civil e ideología*, coord. AROCA, Juan Montero, Buenos Aires: Astrea, 3ª edición, 2016, pp. 433-443. Apesar de a *Moción de Valencia* referir-se a “processo civil”, evidentemente o seu conteúdo *contra-autoritário* volta-se à atuação do poder jurisdicional em qualquer modalidade de “processo”. Basta que se leia a íntegra de seu conteúdo.

<sup>40</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Ed. Saraiva, 4ª edição, 2000, pp. 71 e ss.

<sup>41</sup> Cf. OLIVERIA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*, São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 8.

*contrajurisdicional* [=EDUARDO COSTA]<sup>42</sup>.

A *acusatoriedade* também é marca **substancial** do PROCESSO, apresentando-se como uma característica *fundamentalmente intrínseca* daquilo que comumente se chama de *processo jurisdicional*. A operação linguística de formar o sintagma *processo jurisdicional* **não** existe para fazer dele um “instrumento” da jurisdição. Partindo de fortes premissas *ex parte principis*, as concepções *instrumentalistas* assim o fizeram. As consequências *dogmáticas* (=doutrina) e *pragmáticas* (=jurisprudência) daí advindas **amesquinham** o *processo*, transformando-o em *técnica* a **serviço do poder** ao invés de *garantia contra ele*. Em suma, fala-se em *processo jurisdicional* como estratégia de identificação do *macrofenômeno jurídico-constitucional* PROCESSO, em sua dimensão – sempre *garantística* – perante o Poder Judiciário. Incabível, portanto, adjetivá-lo de “civil”, “penal”, “trabalhista” e *così via*. Constitucionalmente, PROCESSO é PROCESSO e ponto! Ao jurista com efetiva *vocação constitucional* não deve haver dúvida de que o *processo jurisdicional* opera como **elemento de conexão** entre a AÇÃO (=liberdade) e a JURISDIÇÃO (=poder). A

observação **empírica**, somada à gramática constitucional, revela-nos essa realidade. A *ação* (CR, art. 5<sup>a</sup>, XXXV) **desencadeia** o *processo* (CR, art. 5<sup>a</sup>, LIV e LV) que **autorizará o exercício** da *jurisdição* (CR, art. 92 e ss).

Nesse panorama, a AÇÃO ocorrerá a partir da **liberdade** de determinado sujeito de direito em exercê-la, e isso **também** vale para o Ministério Público nas causas de **natureza penal**. Eis alguns exemplos: [i] propostas de “transação penal” no JECrim (L. 9.099/95, art. 76, §§); [ii] **mitigação** da *ação penal* pela proposta de “suspensão do processo” (L. 9.099/95, 89, §§); [iii] requerimento de “perdão judicial” na *colaboração premiada* (L. 12.850/2013, art. 4<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup>); [iv] o “não oferecimento de denúncia” também no caso de *colaboração premiada* (*idem*, art. 4<sup>o</sup>, § 4<sup>o</sup>); [v] celebração de acordo de “não persecução penal” das infrações cometidas sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos (CPP, art. 28-A, §§; via “*Pacote Anticrime*”); [vi] a **sempre presente** possibilidade de um órgão executivo do Ministério Público, a quem foi “distribuído” um determinado inquérito policial para análise, e dentro da **liberdade** decorrente de sua *independência funcional* (CR, art. 127, § 1<sup>o</sup>), não vislumbrar “justa causa” para ação penal quando outro integrante do MP,

<sup>42</sup> Dentre outros textos do mesmo autor, cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca, “O processo como instituição de garantia”,

<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>.

analisando os **mesmos** elementos investigatórios, poderá vislumbrá-la para formar a sua *opinio delicti*. Se no “processo” civil a AÇÃO se exerce como decorrência da *liberdade*, uma lógica equivalente também se aplica ao “processo” penal. Logo, a AÇÃO é projeção da *liberdade*.

A AÇÃO, que é *liberdade*, pressupõe para o seu exercício que alguém *pretenda* sujeitar outrem a uma determinada situação jurídica a ser imposta pela *JURISDIÇÃO*, que é *poder*. A implementação, ou não, da situação jurídica pretendida dependerá de certas circunstâncias relacionadas ao direito material e/ou processual. É importante não perder de vista que a ordem constitucional brasileira: [i] **neutraliza** a possibilidade de a *jurisdição* atuar sem que haja *ação*; [ii] dispõe a *ação* **no espaço** da *liberdade*, submetendo-a ao *instar* do eventual interessado ou legitimado; [iii] aloca o *processo* – e também a *ação*, claro – no rol dos direitos e *garantias fundamentais*; [iv] confere *legitimidade concorrente* entre o Ministério Público e outros sujeitos **não** *jurisdicionais* para a *ação* no âmbito penal (CR, art. 129, I c/c § 1º); [v] circunscreve o judiciário à tarefa institucional de *julgar*, impondo às pessoas físicas que o integram o *dever funcional* de total **desinteresse** na causa (=imparcialidade; não agir com *parcialidade*) e de total **não interferência** sobre os encargos procedimentais das *partes* (=imparcialidade; não agir como *parte*). Vê-

se, portanto, que é nitidamente *acusatória* a estrutura do PROCESSO! É necessário o *instar* de alguém que **não integre** funcionalmente o Poder Judiciário para que este *macrofenômeno jurídico-constitucional* cumpra a finalidade que o Direito lhe reserva.

#### IV

Prefere-se o sintagma *estrutura acusatória*, para se referir à *acusatoriedade* que substancia o *processo jurisdicional*, a expressões como “sistema”, “modelo” ou “princípio” *acusatório*, apesar de consagradas no discurso dogmático processual-penal. De “princípio”, efetivamente, não se trata, já que não é “norma” que rege o “ser” *processo jurisdicional*; é a sua *substância*! Tampouco se trata de “sistema” ou “modelo”. Do contrário, seria necessário aceitar que outros “sistemas” ou “modelos”, como os chamados “inquisitivo” ou “misto”, fariam parte da *substância* do *processo jurisdicional*. Tal possibilidade é rigorosamente impossível, e isso por uma razão elementar. A ideia de *inquisitividade* está ligada à possibilidade de “a lei ser aplicada” (=julgar) pelo **mesmo sujeito e/ou entidade jurídica** que “pediu” (=instou; teve iniciativa) por sua aplicação. Além disso, este mesmo sujeito e/ou entidade jurídica terá a ampla possibilidade de realizar a **investigação** dos fatos voltados a comprovar a hipótese que justificará a aplicação da lei.

O PROCESSO jamais poderá ser *inquisitivo*. “*Proceso inquisitivo se resuelve así en una contradicctio in terminis*” [=JUAN MONTERO AROCA]<sup>43</sup>. A *acusatoriedade* tem por essência a ideia de “*separação entre a entidade investigadora e acusadora e a entidade que julga*” [=JOSÉ ANTÓNIO MOURAZ LOPES]<sup>44</sup>. O PROCESSO [jurisdicional] é *estrutura* onde “quem pede” (=insta) **NÃO** será “quem julga” (=aplica a lei); o chamado “sistema” [ou “modelo”] *inquisitivo* é *estrutura* onde “quem pede” será “quem julga”. Portanto, **não** é PROCESSO [jurisdicional] a *estrutura* onde “quem pede” será “quem julga”. Dito de outro modo, a estrutura do “sistema” [ou “modelo”] *inquisitivo* **não se constitui em** PROCESSO [jurisdicional]. Por isso, não é rigorosamente exato falar-se em “processo” administrativo” ou “processo” legislativo. A rigor, é de “*procedimento*” administrativo ou legislativo que se trata. No primeiro caso, porque será a própria Administração Pública que irá “julgar” (=decidir) ao final do respectivo procedimento, onde sempre será resolvido algo de seu *próprio* interesse público, ainda que verse pretensão do administrado. No segundo caso, porque o

produto do respectivo “processo” legislativo será a *criação* da figura jurídica chamada “lei,” de modo que sequer seria correto falar que aí há um “juízo” propriamente dito, a não ser por metonímia [*o legislativo “julga” por bem aprovar determinada lei*]. Logo, a *acusatoriedade* é **substância** do *macrofenômeno* PROCESSO. Sua existência pressupõe três elementos – ou sujeitos processuais – que exercem encargos distintos: [i] aquele que *pede* (=que *acusa*; do latim *accusare*: “chamar a juízo”), [ii] aquele *contra quem* se pede (=quem se defende) e (iii) um “*terceiro*” institucional e constitucionalmente destinado a ser *imparcial, imparcial e independente* [=ADOLFO ALVARADO VELLOSO]. Essa lógica do PROCESSO impacta qualquer dos *procedimentos*, estabelecidos ao nível infraconstitucional, que se desenvolvem perante o judiciário, esteja regrado no código de “processo” civil ou penal. Aqui e acolá (=civil ou penal) existe *acusatoriedade* porque *acusatória* é a *estrutura* do PROCESSO. Repito o que escrevi há pouco: constitucionalmente, PROCESSO é PROCESSO e ponto<sup>45</sup>. Por isso está absolutamente **correta** a

<sup>43</sup> Cf. AROCA, Juan Montero. *Principios del proceso penal – Una explicación basada en la razón*. Buenos Aires: ASTREA – Tirant lo Blanch, 2016, p. 29.

<sup>44</sup> Cf. LOPES, José António Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 40.

<sup>45</sup> Com maior desenvolvimento sobre o tema, cf. o meu “Processo Jurisdicional, República e os Institutos Fundamentais do Direito Processual”, *RePro* 241/27, mar/2015; tb. na *Revista de Direito Processual Civil da FADIPA*, <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-processual-civil/pdf/artigo-direito-proc-civil-vol1-5.pdf>. Em espanhol, sob o título “Proceso jurisdiccional, república, y los

compreensão de que a técnica do juiz de garantias também se aplica, por exemplo, nos processos de improbidade administrativa [=ZULMAR DUARTE DE OLIVEIRA Jr. e ARTHUR FREITAS DE SOUSA].<sup>46</sup>

## V

O “juiz de garantias” incluído na última *novellazione* do Código de Processo Penal, via lei do “*Pacote Anticrime*”, foi um passo importante, não se nega o fato. Mas foi muito aquém do que poderia ter sido para potencializar a *acusatoriedade* do procedimento penal no Brasil, além de ter sido positivado com “*trinta anos de atraso*”<sup>47</sup>. Logo, em que pese positiva a sua inclusão no CPP, a dimensão que lhe deu o legislador ainda se mostra *acanhada*. Sob o *nomen juris* de “juiz das garantias”, a figura criada pela Lei 13.964/2019 (= *Pacote Anticrime*) foi alocada na estrutura do art. 3º do CPP, que agora se desdobra do art. 3º-A ao 3º-F.

---

institutos fundamentales del derecho procesal”, na *RBDPro* 88/251, out-dez/2015.

<sup>46</sup> Cf. OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte, e SOUSA, Arthur Freitas de. “O juiz das garantias se aplica às ações de improbidade administrativa?”, <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/323774/o-juiz-das-garantias-se-aplica-as-acoes-de-improbidade-administrativa>.

<sup>47</sup> Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado – Lei 13.964, de 24.12.2019*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2020, p. 37.

Digno de nota é o disposto no art. 3º-A: “*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*”. Trata-se de uma espécie de “*supra-artigo*” cujo alcance vai mais além das disposições específicas do juiz de garantias. Uma regra geral para **todo** o “processo” penal, agora expressamente declarado *acusatório* ao nível infraconstitucional. Temos aí o *tête de chapitre* que, doravante, determinará o modo de ser *pensado* e *operado* o “processo” penal no país. Bibliotecas inteiras precisarão ser revistas. A jurisprudência penal deverá começar a ser reescrita. A parte final do *caput* do art. 156 do CPP [“*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício*”] deverá ser tida como “letra morta”. O heroico art. 3º-A do CPP trouxe para a textualidade infraconstitucional aquilo que a Constituição já previa em relação ao PROCESSO: *acusatoriedade*<sup>48</sup>! Mas não é só. A *acusatoriedade* aí prevista abarca as *duas*

<sup>48</sup> A doutrina do processual-penalística nunca teve dificuldade em compreender a *estrutura constitucional acusatória* do “processo” penal. Dentre outros: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, *op. cit.*, p. 13. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Introdução ao processo penal*. Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edição, p. 40 [sem indicação do ano e cidade da edição]; LOPES JR. Aury, *Direito processual penal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 11ª edição, 3ª tiragem, 2014, p. 124, prefere falar em “critério de democraticidade”, o que, em essência, não deixa de remeter à ideia de *acusatoriedade*.

etapas fundamentais do “processo” penal<sup>49</sup>: (a) **etapa de investigação** e (b) **etapa de instrução-julgamento**. Em (a) ocorrerá a colheita das provas que darão “justa causa” (=indícios de autoria + prova da materialidade) ao início do *processo*; aí será ambiente da competência *do juiz de garantias*. Em (b) serão produzidas as provas que eventualmente confirmarão a hipótese da acusação após o recebimento da ação *penal*; aí é o *habitat* do *juiz da sentença*, que infelizmente, em sendo a mesma pessoa física, seguirá sendo influenciado pela atmosfera *instrutória* na qual estará inserido, com inegável prejuízo à imparcialidade. O *procedimento penal* é a **síntese** da *etapa de investigação* e de *instrução-julgamento*, naturalmente articuladas com os recursos que lhe são inerentes. A *estrutura acusatória* estabelecida pelo legislador do CPP *veda* a *iniciativa* do juiz na etapa de *investigação* (=primeira etapa), da mesma forma que *veda* ao juiz *substituir-se* ao acusador na etapa de *instrução-julgamento* (=segunda etapa). Logo, está sepultada a possibilidade *inquisitória* de o juiz determinar a produção de prova *ex officio*. Daí a afirmação acima, no sentido de que a parte final do *caput* do art. 156 do CPP tornou-se “letra morta”. A partir

do momento em que a *processual-penalística*, tradicionalmente mais *garantista* que a *processual-civilística*, se der conta da dimensão dogmática do art. 3º-A, a doutrina do “processo” penal brasileiro se elevará a um outro nível de democraticidade, podendo, então, ajudar a jurisprudência a se libertar da *inquisitividade estrutural* na qual está enredada.

## VI

O juiz de garantias é uma técnica procedimental voltada à preservação da *imparcialidade*. “Isolando” o juiz de garantias (=etapa de investigação) da etapa procedimental de *instrução-julgamento*, cria-se um obstáculo contra o *viés de confirmação* que, invariavelmente, repercutiria na sentença caso não houvesse esse câmbio de juízes (=pessoas físicas) entre as etapas de *investigação* e de *instrução*, conforme demonstra EDUARDO COSTA<sup>50</sup>. O juiz de garantias também é técnica de observância necessária que decorre da *acusatoriedade* do PROCESSO, onde os encargos de *investigar*, *postular*, *defender*, *provar* e *julgar* recaem sobre sujeitos processuais diferentes. Sem a participação do juiz de garantias, ainda latente *intra ovo* por conta da suspensão cautelar que

<sup>49</sup> Neste sentido, cf. AROCA, Juan Montero. *Proceso penal y libertad – Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Madrid: Thomson Civitas, 2008, pp. 229-235.

<sup>50</sup> Cf., do respectivo autor na *Coluna Garantismo Processual* da página web Empório do Direito, “Juiz de garantias e viés de confirmação”

[<https://emporiiododireito.com.br/leitura/54-juiz-de-garantias-e-vies-de-confirmacao#:~:text=A1%C3%A9m%20de%20fundamentos%20jur%C3%ADdicos,por%20isso%2C%20sem%20proveito%20intelectual.1>]

lhe impôs o STF, seguiremos tendo no Brasil um resquício de *inquisitividade* incompatível com o PROCESSO desenhado na Constituição. Entenda-se o ponto. Um procedimento no qual é permitido ao **mesmo** juiz – pessoa física – atuar nas etapas de *investigação*, de *instrução* e de *juízo* (=mérito), tem como elemento axial a concentricidade do *poder*, onde aquele magistrado operará como uma espécie de senhor feudal onipotente em todas as etapas do procedimento voltado à formação da sentença. Na prática, um proceder nesses moldes mostra-se verticalmente **incompatível** com a Constituição porque *inquisitivo*, além de mostrar um inegável **desapego** dogmático à *imparcialidade* judicial e, por conseguinte, às *garantias fundamentais* inerentes ao PROCESSO.

## VII

O CPP brasileiro avançou com o juiz de garantias, repita-se. Avanço ainda maior foi o legislador escrever no art. 3º-A que o “processo” penal é de *estrutura acusatória*. Todavia, o passo na democraticidade poderia – deveria! – ter sido mais largo. O juiz de garantias é técnica de *preservação da imparcialidade*; por isso, não se compreende o porquê de o legislador tê-lo instituído de modo a dar-lhe competência jurisdicional para **receber** a *ação* penal (=art. 3º-C, § 1º). Imerso na *etapa de investigação*, onde inclusive poderá *decretar* ou *prorrogar* a

segregação cautelar do acusado (art. 3º-B, V e VI), o juiz de garantias sofrerá um enfraquecimento em sua imparcialidade. Por que então atribuir-lhe competência para o recebimento da denúncia ou queixa-crime? Percebe-se aí um ranço de *inquisitividade* que desafia a *acusatoriedade* “legal” (art. 3º-A) do “processo” penal brasileiro. Vê-se um choque entre a *constitucionalidade acusatória* e a *inquisitividade estrutural*. São evidentes contradições sistêmicas que, tal qual um “ato falho”, muito provavelmente decorrem de um “*estado de espírito*” onde a “*mentalidade inquisitorial continua viva*”, conforme acima foi mencionado. Tentou-se, com diminuto *sucesso* – talvez mesmo sem ele –, dar musculatura constitucional ao “processo” regrado pelo legislador. Sem embargo, à mingua de um **estado de espírito processual-garantista**, vê-se a coisa sendo “dada com uma mão” para depois, na sequência de um mesmo código, ser “tirada com a outra”. Mas há um outro problema que a técnica do juiz de garantias brasileiro não resolveu, já que a *instrução* e a *sentença* seguem sob o monopólio do mesmo juiz [pessoa física]. O resultado disso será o déficit na imparcialidade judicial, que precisa ser “*levada a sério*”. Nunca será demais remeter o leitor à versão comercial da tese de doutoramento de EDUARDO COSTA junto à PUC/SP [*Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e*

*psicologia*, Salvador: Ed. JusPodium, 2018]. Ali está a constatação **definitiva** de que o modelo procedimental onde a **mesma** pessoa física concentra a competência de **decidir sobre a urgência** (=prisão e liberdade, por exemplo), de **atuar na investigação-instrução** (=antes ou após o ajuizamento da ação) e de **sentenciar** (=decidir sobre o mérito) está rigorosamente errado, já que não garante a imparcialidade inerente ao poder jurisdicional.

### VIII

Oxalá chegue o dia em que a **unitariedade** e a **acusatoriedade** do PROCESSO venham a ser definitivamente respeitadas, “*levadas a sério*”, pois! Quando esse dia chegar, “*haverá um juiz para a urgência, um para a instrução e um para sentença, que deve atuar na respectiva etapa de competência. Este sistema de enjuizamento – que em sua essência deve prevalecer tanto no processo civil, quanto no penal – creio possa ser denominado de sistema de enjuizamento escalonado ou procedimento judicial funcionalmente escalonado. Através de um sistema de enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado), o*

*resultado da atividade jurisdicional (sentença) seria precedido por etapas nas quais seria possível um maior grau de imparcialidade funcional do juiz – já que impossível alcançar a imparcialidade subjetiva –, legitimando a jurisdição (Poder) diante do devido processo legal (Garantia)” [=GLAUCO GUMERATO RAMOS]<sup>51</sup>. Esse modelo proposto, obediente à unitariedade e à acusatoriedade, deve imperar em qualquer dos “processos” (=procedimentos) perante o judiciário, penal, civil, trabalhista, pouco importa.*

Foi por isso que me pareceu *assaz acanhado* o regramento que o legislador deu à figura do juiz de garantias no CPP. Está claro que a técnica recém-criada atribuiu ao juiz, dito de garantias, a competência para atuar na *etapa de investigação*, deferindo a produção de provas e decidindo sobre “prisão e liberdade”. Tudo isso **antes** do ajuizamento da ação penal. Não me pareceu correto, contudo, atribuir-lhe competência para recebê-la, já que as impressões adquiridas durante a *etapa de investigação* condicionam o juízo de delibação voltado a verificar se há “justa causa” para a ação penal. Também não me parece correto, notadamente na

<sup>51</sup> Cf. o meu “Sistema de enjuizamento escalonado (ou procedimento judicial funcionalmente escalonado). Repensando o modelo de processo”, *RBDPro* 71/65, jul-set/2010. Essa minha ideia de procedimento escalonado também pode ser vista em

“Repensando a prova de ofício”, *RePro* 190/315, dez/2010; tb. na *Revista de Direito Processual Civil da FADIPA* [<http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-processual-civil/pdf/artigo-direito-proc-civil-vol1-4.pdf>].

perspectiva da *acusatoriedade*, permitir que o *juiz da sentença* possa: (a) “presidir” a *etapa de instrução* e/ou (b) apreciar/deferir medidas cautelares de segregação da liberdade nesta etapa. Em (a) e em (b) estará formada uma atmosfera de afetação do comportamento psicológico-cognitivo do juiz, seja por tomar contato com a produção da prova, seja por ter apreciado/deferido medida de prisão. O juiz que atuou em (a) e em (b) igualmente deveria ser “isolado”, para que o julgamento de mérito seja proferido por outro juiz, assepticamente imunizado de qualquer *viés cognitivo* que lhe afete e/ou lhe possa afetar a *imparcialidade garantida* aos que venham a ser julgados perante o judiciário [CADH, art. 8.1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial”]. Melhor teria andado o legislador brasileiro se tivesse atribuído competência ao juiz de garantias, desde que outra pessoa física, para atuar na *etapa de instrução*, reservando a *etapa de julgamento* para **outro** juiz, com competência específica para a *sentença*. E, claro, uma técnica procedimental assemelhada também deveria ser prevista para o “processo” (=procedimento) civil, que também se submete à *unitariedade* e à *acusatoriedade* do PROCESSO.

Os céticos certamente poderão me objetar com argumentos preguiçosos do tipo: “não há recursos públicos para a implementar essa complexidade procedimental”, ou “não há número suficientes de juizes para tanto”. A resposta é simples: “*Basta reorganizarem suas competências (...), aproveitando-se os juizes que já se dispõem. E, em definitivo, essa reengenharia no modelo processual organizado com base num procedimento funcionalmente escalonado seria possível através do redimensionamento das competências dos órgãos judiciais. No caso do Brasil isso seria permitido, inclusive, através da competência que a Constituição da República confere ao Estado-federado para legislar sobre procedimento e organização judiciária (CR, art. 24, XI)*” [=GLAUCO GUMERATO]<sup>52</sup>.

As soluções existem. Não são “custosas”, tampouco são de “difícil” implementação. Basta que se queira respeitar a *unitariedade* e a *acusatoriedade* do PROCESSO. O importante é que tenhamos em mente que o único obstáculo para este ganho é a *inquisitividade estrutural* com a qual a nossa Constituição, em definitivo, não se compadece.

Jundiaí, junho de 2020

---

<sup>52</sup> *Idem.*

**SOBRE A  
CONSTITUCIONALIDADE DA  
CONFISSÃO NO ACORDO DE  
NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

**ABOUT THE CONSTITUTIONALITY  
OF THE CONFESSION IN NON  
PROSECUTION AGREEMENTS**

*José Lucas Perroni Kalif<sup>53</sup>*

**RESUMO:** A partir da premissa de que ao acusado inclusive é lícito mentir em sua defesa, tem-se feito construções doutrinárias no intuito de afastar a constitucionalidade da exigência legal de confissão para o acordo de não persecução penal. O presente artigo possui escopo de discutir a correção ou incorreção dessa premissa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de não se autoincriminar. Limites. Interpretações equivocadas do texto constitucional.

**ABSTRACT:** From the premise that the defendant could even lie in his own defense, there had been understandings about the unconstitutionality of the demand for a confession on the new Brazilian model for plea bargain. This paper discusses if it's a correct vision.

**KEYWORDS:** Self-incrimination. Limits. Wrong interpretations from the constitutional text.

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO  
PENAL**

Primeiramente, necessário destacar que o presente artigo não pretende analisar eventuais vantagens ou desvantagens da existência do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. Queira ou não queira, após sua introdução, pela chamada Lei Anticrime, esse instituto já é uma realidade e, diante disso, não se verifica utilidade prática em criticá-lo.

Também não se pretende se alongar no instituto do acordo de não persecução penal nessas poucas páginas. Falar amiudamente de seus requisitos e condições. Nas próximas linhas, cingir-se-á a apreciar a questão da constitucionalidade da exigência da confissão e o alcance probatório dessa confissão.

Pois bem.

Conforme concluímos em nosso artigo em edição anterior desta revista, há um princípio geral de que o Governo possui o direito à oitiva de toda e qualquer pessoa (*Garner v. United States – 1976*). No direito brasileiro essa afirmação também se mostra verdadeira; tanto que o interrogatório do denunciado é uma fase natural do processo penal, diferentemente do que ocorre no

---

53 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Procurador da República em São Paulo.

processo civil, onde os interessados devem especificar que pretendem o depoimento pessoal da parte adversa, para que possa se realizar. No processo penal, há naturalmente a fase de interrogatório, compreenda-se ela como meio de defesa ou meio de prova.

No vernáculo, o termo confissão possui não somente um significado jurídico, mas também religioso. Não nos parece coincidência. Embora não pretendamos estudar com profundidade esse ponto específico, nem tampouco as possíveis origens comuns, ou suas evidentes diferenças, é inegável, grosso modo, o paralelismo entre essas duas confissões. O “perdão” não é obtido por esforço solitário do próprio confitente. E, feita a confissão, o sacerdote confessor indica uma penitência ao confitente.

A confissão (não religiosa) como requisito de uma negociação no âmbito criminal não é estranha ao direito comparado. Segundo Monique Cheker:

“A exigência da confissão para a realização de acordos com o MP, de uma forma geral, ocorre em diversos outros ordenamentos jurídicos, como o *Juicio Abreviado*, na Argentina, por meio da Lei Federal nº 24.825 (B.O. 18/6/97), que estabelece a possibilidade de o Parquet, diante da confissão do imputado sobre a existência do fato e da necessária descrição de sua

participação, fazer pedido de aplicação de pena específica.

Também no ordenamento jurídico alemão, a confissão do réu é parte obrigatória de qualquer negociação, mas o juiz deve fiscalizar a sua coerência, bem como a harmonia com as provas existentes (§ 244 Abs 2 do Código de Processo Penal – *Strafprozeßordnung* – StPO).

Já o Código de Processo Penal Italiano, em seus arts. 444 et seq., possui um procedimento especial de aplicação da pena a pedido das partes (*L'applicazione della pena su richiesta delle parti*) chamado *patteggiamento*, que não importa propriamente em confissão de responsabilidade penal, mas sim em uma renúncia à presunção de inocência. A diferença é importante para efeito de eventual responsabilidade cível pela prática criminosa.

O CPP Português, em seu art. 344, dispõe sobre os efeitos da “confissão integral”, quais sejam: (a) renúncia à produção da prova relativa aos fatos imputados e consequente consideração destes como provados; (b) passagem de imediato às alegações orais e, se não houver motivos para absolver o réu por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e (c) redução da taxa judiciária pela metade.<sup>54</sup>

Somente haveria sentido em entender-se inconstitucional a exigência da confissão para aqueles que leem, em algum ponto da Constituição, que mentir ao Estado-juiz é direito dos réus. Esse entendimento veio, lamentavelmente, já há muitas décadas, a sagrar-se vencedor no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual viu, na mentira, um

54 CHEKER, Monique. “A CONFISSÃO DO CONCURSO DE AGENTES NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL” in

“Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019”, p. 371.

direito natural dos réus (HC 80616-3). Conforme assinalado no já mencionado artigo anterior de nossa autoria, vislumbrar na mentira um direito natural constitui uma contradição com a própria valoração ética ou até mesmo religiosa do direito natural.

A discussão desse tema mostra-se novamente relevante no contexto do acordo de não persecução penal pois, se o STF persistir com suas conclusões, por coerência, será natural que julgue inconstitucional a exigência de confissão para celebração do acordo de não persecução penal.

Note-se, no seguinte aresto HC 687423/STF:

“Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. ‘The right to remain silent’ - consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em MIRANDA V. ARIZONA (384 U. S. 436) – insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática do ilícito penal.

55 “A expressão adotada possui aparente inspiração nos *deferred prosecution agreements* (DPAs) e *non-prosecution agreements* (NPAs) existentes no ordenamento jurídico norte-americano (DOTTI; SCANDELARI, 2019). Ambos são utilizados na esfera cível ou criminal e exigem que o réu admita “um certo grau de culpa em troca de uma sanção mais branda, com o intuito de melhor atingir os propósitos retributivos da pena” (XIAO, 2013, p. 245, tradução nossa). A diferença reside no momento

Sendo assim, tal circunstância não pode ser considerada por qualquer Juízo ou Tribunal até mesmo por esta Suprema Corte – no processo de fixação de pena.”

Esse julgado possui diversos equívocos. A começar por traduzir o direito de permanecer em silêncio norte-americano como “ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal”. Como se sabe, uma das inspirações para o acordo de não persecução penal foi justamente o direito norte-americano<sup>55</sup>. Em segundo lugar, nossos ministros parecem conhecer apenas o precedente *Miranda v. Arizona*, isoladamente. Não parecem conhecer o relevantíssimo precedente *Salinas v. Texas*. Em terceiro lugar, por passe de mágica, do direito ao silêncio - um “não-fazer” -, entendeu-se existir um direito implícito à mentira - que constitui um “fazer”, induzindo o Estado em erro.

Há uma enorme diferença entre o silêncio e a mentira. O primeiro possui alguma eticidade. É tolerável. A segunda, jamais. Ambos, no entanto, deveriam

de realização dos acordos e na necessidade de apreciação judicial: os NPAs são celebrados antes da propositura da ação, sem que haja homologação judicial, ao passo que os DPAs ocorrem após o início do processo e demandam a aprovação do tribunal.” (TABOSA, Clarissa Villas-Bôas dos Santos. “A PLEA BARGAINING NORTE-AMERICANA” in “Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019”, pp. 267/268).

desencadear consequências jurídicas, ao contrário do exposto pelo STF.

Urge que o Poder Judiciário reveja esse posicionamento, sob pena de, no acordo de não persecução penal, haver apenas uma parte – o Estado – fazendo concessões, quando, como se sabe, um acordo pressupõe concessões recíprocas.

Caso venha a se entender inconstitucional a exigência de confissão, será totalmente compreensível que o Ministério Público recuse-se a celebrar o acordo, pois não haverá rigorosamente nada de interesse que o indiciado possa oferecer ao Estado a título de acordo (concessões recíprocas).

No que pertine à inspiração norte-americana, necessário lembrar que a opção do indiciado pelo *guilty plea* “representa o reconhecimento da culpabilidade em relação aos fatos imputados, aceitando a imposição imediata de uma pena, renunciando a direitos fundamentais e não impondo a carga probatória ao acusador” (VASCONCELLOS, 2015, p. 63). A declaração de culpa pode ser voluntária ou não influenciada (*voluntary or non influenced*), estruturalmente induzida (*structurally induced plea*) ou negociada (*negotiated plea*), sendo esta última mais comum e decorrente do *plea bargaining* (ANDRADE, 2017). A declaração de culpa voluntária ocorre quando não há influência de

outros atores processuais, mas o lastro probatório é amplamente desfavorável ao réu, de modo que não há vantagem alguma em negá-la (VASCONCELLOS, 2015).”<sup>56</sup>

Portanto, se aceitarmos que a inspiração do instituto é norte-americana, não há qualquer sentido em, a pretexto de se obedecer a alguma faceta do direito ao silêncio exposto na Quinta Emenda, alegar sua inconstitucionalidade.

Superado esse primeiro ponto, há ainda quem defenda que a confissão prestada nessa fase não possa ser usada num posterior processo penal. Nesse sentido, artigo de Aury Lopes Jr:

“4º) Em caso de descumprimento do ANPP, a confissão feita pelo investigado poderá ser usada contra ele durante o curso do processo que a caso venha a surgir? Não. A confissão não poderá ser usada com prova contra o investigado no curso do processo.

A respeito do tema MAZLOUM [2] afirma que “o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP. Ademais, a situação assemelha-se à delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador”.

Na mesma linha de raciocínio SANCHES [3] aduz que “apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma

56 TABOSA, Clarissa Villas-Bôas dos Santos. “A PLEA BARGAINING NORTE-

AMERICANA” in “Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019”, p. 271.

admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal<sup>57</sup>.

No entanto, pergunta-se: qual a utilidade dessa confissão perante o Ministério Público se ela não puder, posteriormente, ser utilizada em eventual processo?

Não é crível que a lei tenha ocupado o Ministério Público de colher uma confissão inútil. Quando o Ministério Público convoca a parte para o acordo, ele já formou sua convicção sobre a procedibilidade da acusação, tenha ou não essa confissão. Se não for poder utilizá-la posteriormente, qual o sentido de asoberbar um órgão para uma tarefa inútil? Para que fazer o indiciado acompanhar-se de advogado (§3º do art. 28-A do Código de Processo Penal), se não for para que esteja já, nesse momento, devidamente instalado o contraditório?

E, da mesma forma que criticamos os artificialismos em matéria probatória em nosso já mencionado artigo anterior, é inadmissível que o juiz, sob o princípio da persuasão racional, tenha que esconder parte dos motivos que o levaram a decidir em determinado sentido. Imaginemos a seguinte situação: o Ministério Público – ou a autoridade policial – grava em audiovisual a

confissão. O juiz tem acesso a esse material, verifica que o interrogatório não foi feito mediante meios inadequados. É óbvio que essa confissão pré-processual terá influência em seu convencimento.

Da mesma forma que dissemos n'outro artigo sobre a questão do silêncio, a realidade deve triunfar sobre a utopia. Com isso em mente, e como no direito brasileiro vige o princípio da persuasão racional, ou do livre convencimento, fere o devido processo legal o juiz ter de esconder parte das razões que o convenceram para evitar uma nulidade do processo. E não é o sistema da persuasão racional nem o devido processo legal o alienígena da equação, mas sim a impossibilidade de uso da confissão do art. 28-A do CPP na avaliação da prova.

Repita-se *ad nauseam*: em um acordo, há concessões mútuas. Nesse acordo de não persecução penal, destinado aos crimes de gravidade mediana, não cabendo, portanto, a mera transação penal, o Estado abre mão de obter um decreto condenatório contra o autor do delito e de eventualmente aplicar-se-lhe uma pena privativa de liberdade. Excepciona-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Em contrapartida, o indivíduo abre mão de seu direito ao silêncio e do momento processual em que o interrogatório ocorreria (ao final da

---

57 <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>, acessado em 11/6/2020.

instrução processual), bem como da imprescindibilidade de repetir essa prova em sede judicial para que possa ser valorada pelo juízo.

Sobre a menção ao art. 155 do Código de Processo Penal pela doutrina citada, trata-se de afastamento de sua incidência para o caso de acordo de não persecução penal, ante o uso da antiquíssima regra interpretativa de que *lex specialis derogat lex generalis*.

O fenômeno da **excepcional** utilização de provas obtidas em fases anteriores não é estranho ao processo penal. Conforme escólio de Scarance Fernandes *et alli*:

“Há vedação expressa de utilização no julgamento dos elementos de convicção de fases anteriores na Argentina (Código de Buenos Aires); na Costa Rica; no Chile; na Colômbia; em Portugal. Em todos estes países são, contudo, previstas exceções que, com maior ou menor extensão, restringem a proibição referida, permitindo que seja a prova anteriormente incorporada à audiência de julgamento, quase sempre por leitura.

(...)

(No Uruguai) a introdução no julgamento de provas produzidas anteriormente é feita mediante determinação no sentido de que sejam incorporadas à audiência, dando-se notícia às partes dessa determinação, as quais devem,

mediante recurso, invocar violações das garantias do devido processo legal e do contraditório se quiserem resistir à incorporação. Isso tudo faz se incorporar o que foi produzido por policiais e não por juízes. (...) Embora só devesse valer a confissão obtida na presença de defensor, a confissão policial acaba influenciando no julgamento por estar presente nos informes colhidos por policiais que são incorporados na audiência.”<sup>58</sup>

Ou seja: a regra da repetibilidade em juízo das provas (art. 155 do Código de Processo Penal) admite exceções quando a própria lei as estipular. A confissão obtida no âmbito do acordo de não persecução penal é um desses casos excepcionais<sup>59</sup>. Mais do que meramente nos casos em que ocorre à revelia do réu, tornando a confissão uma prova irrepitível, mas também possuindo valor probatório equivalente a eventual interrogatório judicial que venha a ser realizado posteriormente.

Vale lembrar que o membro do Ministério Público é também, *lato sensu*, um magistrado. É também imparcial e fiscal da lei. Tem seu papel no impulsionamento do processo penal, é claro, quando for o caso, mas não se vislumbra absolutamente nada de errado que um ato seja presidido ou convalidado por ele, com participação de defensor a assistir o indiciado e que este ato

58 FERNANDES, Antonio Scarance et alli (coord). *Provas no Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2011, versão e-book não paginada.

59 Diga-se de passagem: é bastante curioso como alguns autores – conforme sua conveniência – entendam que alguns princípios

admitem exceção (caso da obrigatoriedade da ação penal), mas não admitam que algumas regras – como o art. 155 do Código de Processo Penal – também recebam suas próprias exceções...

tenha validade probatória. As resistências que se têm observado no que pertine às concessões que o indiciado teria de fazer para a obtenção do benefício são da mesma natureza das que presumem má-fé dos agentes públicos.

Quanto à inversão do momento da confissão, também é perfeitamente possível. Hoje, a regra geral no direito brasileiro é que o interrogatório ocorra ao final da fase instrutória. Nem sempre foi assim no país, e nos direitos estrangeiros que valorizam mais o princípio da busca da verdade real, ainda se posiciona o interrogatório como ato inicial da fase instrutória.

O interrogatório, quando ocorria no início da instrução probatória, trazia imensuráveis benefícios ao interesse público. O réu não poderia construir sua narrativa a partir de eventuais omissões do que se perguntaria às testemunhas, até porque não saberia de antemão o que seria dito pelas testemunhas. Permitia-se ao Estado-acusação inquirir as testemunhas já conhecendo a versão do réu, facilitando a busca da verdade real. A probabilidade de o réu faltar com a verdade perante o Estado-juiz era bem menor. Por essa razão, é útil ao Estado que o indivíduo celebre o acordo de não persecução penal e confesse o fato formal e circunstanciadamente antes de

eventualmente serem produzidas outras provas corroboradoras.

Sobre esse ponto, assinala-se que um dos motivos onipresentemente alegados em pareceres e exposições de motivos para introdução do acordo de não persecução penal seria o descongestionamento do Poder Judiciário<sup>60</sup>. Diante disso, uma vez que a confissão pré-processual terá valor probatório equivalente ao feito perante o juízo, não vemos lógica de, em eventual processo penal que se seguir em função de eventual descumprimento dos termos do acordo, haver novo interrogatório, salvo motivo justificado.

E, finalmente, o silêncio do acusado é um direito disponível e deve ser explicitamente clamado por quem de direito (*United States ex rel. Vajtauer v. Commissioner of Immigration – 1927*).

Dito isso, todos os três direitos a que o indiciado renuncia ao celebrar o acordo de não persecução penal – silêncio, interrogatório ao final e desnecessidade de repetição dessa prova em juízo – são perfeitamente renunciáveis. Além dessas renúncias, o indicado assume algumas obrigações, que seriam bastante naturais: reparar o dano, quando o caso, renunciar aos instrumentos, produtos e proveitos do crime e ainda cumprir uma “pena” restritiva de direitos, esta fixada em quantum menor ao

---

60 Conforme exposição de motivos e relatório do Grupo De Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na

legislação penal e processual penal pelos projetos de Lei Nº 10.372, de 2018, Nº 10.373, de 2018, e Nº 882, de 2019 – GTPENAL.

mínimo que lhe seria aplicado em caso de condenação. A “pena”, no entanto, não consiste tecnicamente em pena, pois não há imposição, no caso, mas simples confluência de vontades.

Abordemos a questão sob outro prisma: jamais alguma defesa reclamou quando o juiz, ao fixar a pena de uma eventual condenação, reconhecia a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, quando esta era feita somente extrajudicialmente<sup>61</sup>. São até frequentes os recursos para tentar a aplicação da atenuante mesmo quando o juiz

não a utiliza para fundamentar a condenação<sup>62</sup>.

O que pretendemos dizer é que a confissão extrajudicial sempre possuiu algum potencial probatório<sup>63</sup>. O que a lei alterou, aqui, foram as suas consequências jurídicas, desde que haja acordo entre o Ministério Público e o indiciado, devidamente assistido por defensor habilitado, e desde que homologado judicialmente.

Um recente artigo pretende contrariar a necessidade de confissão para a celebração do acordo:

---

61 “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. DEPOIMENTO UTILIZADO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DESCRITA NO ART. 65, III, D, DO CÓDIGO PENAL.” (STJ - AgRg no HC 453724 - Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO - DJe 13/09/2018 - Decisão: 04/09/2018).

62 “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NÃO UTILIZADA PARA CONDENAÇÃO. ACLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. É firme a jurisprudência deste Sodalício em afastar a incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu.

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso especial, mantendo a sentença condenatória.” (STJ - EDcl no AgRg no REsp 1668315 / RO – Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK - Órgão Julgador: QUINTA TURMA - Data do Julgamento: 19/06/2018 - Data da Publicação/Fonte: DJe 29/06/2018)

63 “APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico ilícito de DROGAS – Recurso defensivo –

Absolvição – Impossibilidade – Materialidade delitiva e autoria sobejamente demonstradas nos autos – Confissão extrajudicial corroborada pelo conjunto probatório – Palavra dos policiais às quais se confere relevante valor probatório – Pequenas inconsistências que não têm o condão de invalidar os relatos dos policiais, sobretudo quando, como ‘in casu’, essencialmente convergentes, entre si e com os demais elementos de prova – Ausência de testemunhas estranhas aos quadros policiais que não enfraquece o acervo probatório – Volume de entorpecentes e circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação à mercancia – Crime de conteúdo variado, que se consuma com a presença de um dos verbos núcleos do tipo penal – Quantidade de pena que impede o perseguido abrandamento do regime prisional – Recurso desprovido. Recurso ministerial – Afastar incidência do redutor inculcado no §4º do art. 33 da Lei de Drogas – Cabimento – Expressiva quantidade de drogas, aliada às demais circunstâncias do caso, que indicam dedicação do réu, declaradamente desempregado à época dos fatos, às atividades criminosas – Recurso provido.” (TJSP - 1517146-14.2019.8.26.0228 - Relator: Camilo Léllis- Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento: 12/06/2020 - Data de publicação: 12/06/2020). A jurisprudência é bastante rica nesse assunto (vide STJ, REsp 957.796/RS e HC 372309/SC).

“confissão formal e circunstanciada do fato, a qual, no entanto, não equivale ao reconhecimento da culpa. Delicada a condição, que provoca incertezas quanto à sua constitucionalidade. Ora, se o acordo não implica no reconhecimento de culpa, não podendo ser usado em desfavor contra o investigado, por qual motivo exigir-se uma confissão circunstanciada? Para prejudicar, posteriormente, o “beneficiário” da medida, empregando sua confissão para responsabilização extrapenal? Para utilizar-se, em caso de descumprimento do ANPP, essa confissão como elemento de prova no mesmo processo? Pensamos que o detalhamento da confissão não guarda compatibilidade com o *nemo tenetur se detegere*, razão pela qual concordamos com Nucci, para quem o acordo não só pode como deve ‘ser celebrado sem a necessidade de confissão plena e detalhada’”<sup>64</sup>.

É possível concordar apenas em parte com esse texto. A lei nada diz sobre confissão que “não equivale ao reconhecimento de culpa”. Afinal de contas, quem deve reconhecer a culpa, eventualmente, é o juiz, e não o próprio indiciado. A confissão deve cingir-se a narrar os fatos, de forma suficientemente detalhada. Evidentemente, também, que, em eventual processo que venha a ser posteriormente necessário, a confissão deverá ser

corroborada com outras provas, a teor do art. 197 do Código de Processo Penal:

“Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

Seja como for, não foi aprovada a emenda de Plenário proposta pelo deputado Carlos Sampaio, que trazia um parágrafo estabelecendo que “Para todos os efeitos, o acordo homologado é sentença condenatória”. Significa dizer que do descumprimento do acordo naturalmente haverá um processo<sup>65</sup>, mas não necessariamente uma sentença condenatória. O art. 197 do Código de Processo Penal permanecerá com total aplicabilidade nesse processo, e a confissão que gerou o acordo de não persecução penal não poderá ser o único elemento de prova a justificar eventual condenação.

Por fim, entendemos, a princípio, que não fará jus ao acordo de não persecução penal o indiciado que, ao tempo que confessar a prática do fato, alega excludente de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade (confissão qualificada). Em tese, nessa situação, o interessado deve buscar

64

<https://pontonacurva.com.br/opiniao/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-suas-relevantes-implicacoes-no-processo-penal-brasileiro/11695>, acessado em 11/6/2020.

65 Até porque, conforme inicia a redação do art. 28-A do CPP, o acordo de não persecução penal será feito, nas hipóteses cabíveis, quando não for caso de arquivamento.

sua absolvição. Nada obstará, no entanto, a aplicação do benefício, com mitigações conforme o caso em concreto permitir, quando a tentativa de justificação for, por exemplo, absolutamente irrelevante<sup>66</sup>.

Como se depreende das diversas visões e interesses, não há dúvidas de que haverá resistência de todos os lados para a correta aplicação do benefício.

Caso realmente mantidas as aplicações hiperestimadas do princípio *nemo tenetur se detegere*, tais como consagradas ao longo das últimas décadas pelo Supremo Tribunal Federal, o instituto legal indubitavelmente será descaracterizado, em detrimento do interesse público, distanciando-se da experiência do direito comparado, sempre sob o pretexto de proteger “direitos fundamentais” do indivíduo, estes, sempre – alegadamente – indisponíveis, sendo certo que alguns desses ditos “direitos fundamentais” muitas vezes

sequer existem. Ou, quando existirem, deverão encontrar seus limites em interesses sociais de maior estatura.

## BIBLIOGRAFIA

FERNANDES, Antonio Scarance *et alli* (coord). *Provas no Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2011.

LOPES Jr., Aury. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. (<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal> , acessado em 11/6/2020).

MELO, Valber e outro. *Acordo de não persecução penal e suas (relevantes) implicações no processo penal brasileiro*. (<https://pontonacurva.com.br/opinioao/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-suas-relevantes-implicacoes-no-processo-penal-brasileiro/11695>, acessado em 11/6/2020).

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1999, 5ª edição.

---

66 Exemplo: vendedor de cigarros contrabandeados do Paraguai ou operador de rádio clandestina, que aleguem desconhecer a ilicitude de suas condutas. Determinadas categorias possuem especial dever de se informar, conforme clássico escólio de Francisco de Assis Toledo:

“Confinado (...) 'o dever de informar-se' no círculo hoje bastante amplo das atividades regulamentadas – profissões liberais, técnicas, comércio habitual etc. – teremos: onde houver um conjunto de normas jurídicas (legais, regulamentares, costumeiras ou estatutárias) estabelecendo condições e regras para o exercício de certas atividades que não fazem parte, necessariamente, da vida de todos e de cada um, aí existirá um especial dever jurídico de informar-se, pois o Estado e a sociedade, *omnium consensu*, permitem ao indivíduo o desfrute dos

benefícios decorrentes dessas atividades, que fogem ao padrão normal de conduta, mas, ao mesmo tempo, regulamentam a condição do seu exercício. (...)

(...) não aproveita ao agente a falta de consciência da ilicitude quando: a) teria sido fácil para ele, nas circunstâncias, obter essa consciência com algum esforço de inteligência e com os conhecimentos hauridos da vida comunitária de seu próprio meio; b) propositadamente (*ignorantia affectata* do direito canônico), recusa a instruir-se para não ter que evitar uma possível conduta proibida; c) não procura informar-se convenientemente, mesmo sem má intenção, para o exercício de atividades regulamentadas.” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1999, 5ª edição, pp. 261/262).

WALMSLEY, Andrea *et alli* (coord).  
*Inovações da Lei n.º 13.964, de 24 de  
dezembro de 2019 – coletânea de artigos vol.*  
7, Brasília, MPF, 2020.

**BREVE ANÁLISE SOBRE AS  
RECENTES ALTERAÇÕES DA  
PRISÃO PREVENTIVA  
ADVINDAS PELA LEI  
13.964/2019 (PACOTE  
ANTICRIME)**

*Luiz Gustavo Fernandes<sup>67</sup>*

*Marcos De Lucca Fonseca<sup>68</sup>*

## APRESENTAÇÃO

Neste singelo texto acadêmico, pretendemos apontar e desenvolver as alterações legislativas sofridas pela medida cautelar da prisão preventiva, advindas da Lei 13.964/19 (Lei conhecida popularmente como Pacote Anticrime). Para tanto, conceituaremos as medidas cautelares do processo penal brasileiro, para, em um segundo momento, abordarmos especificamente o instituto da prisão preventiva, e, por fim, apontar e desenvolver as alterações sofridas pelo importante instituto processual penal brasileiro. Contudo,

---

<sup>67</sup> Luiz Gustavo Fernandes. Prof<sup>o</sup>. Me. em ciências criminais da Universidade Padre Anchieta, Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, pós-graduado (lato sensu) em Direito Tributário pela FGV/SP, em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal), em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha), em Direito Penal

é imperioso lembrar que tais alterações legislativas são inovações recentes, de modo que ainda não possuem profunda análise prática da doutrina e dos nossos Tribunais, o que apenas ocorrerá com o decorrer do tempo.

## 1. MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em um primeiro momento, é importante que se diga que uma medida cautelar, seja ela qual for, não tem natureza satisfativa, mas sim instrumental. Como o próprio nome indica, esta medida judicial é cautelar, de modo que não tem o condão de enfrentar o mérito principal da questão, mas, tão somente, assegurar a eficácia do processo que está (ou estará) a se desenvolver.

A tutela cautelar é uma medida de cognição sumária, superficial, menos profunda, enquanto a cognição plena, aprofundada, é aquela que enfrenta o mérito principal, resultando em um decreto condenatório ou absolutório. É uma medida de urgência, de modo que o Magistrado, ante

Econômico pela Universidade de Toledo (Espanha).

<sup>68</sup> Discente do 6º semestre do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Padre Anchieta – Unianchieta.

o perigo da demora, tem um prazo diminuto para decidir sobre o seu provimento ou não.

O Magistrado, ao decidir sobre uma medida cautelar, não trabalha com o *ius*, isto é, não trabalha com o direito propriamente dito, pois, não enfrentará, no momento, o mérito principal do processo. Trabalha com o *fumus boni iuris*, ou seja, com a fumaça do bom direito, visando, tão somente, tomar a medida para assegurar a eficácia do processo.

Trocando em miúdos, o objetivo da tutela cautelar é apenas assegurar que o processo se desenvolva de maneira satisfatória e, por fim, tenha eficácia.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada uma medida cautelar objetivando, por exemplo, o bloqueio dos bens do agente que estivesse respondendo por lavagem de dinheiro? Ora, com o desenrolar do processo, que é normalmente demorado, o réu poderia ocultar ou dilapidar o patrimônio amealhado com a conduta criminosa, de modo a frustrar, caso condenado, o efeito secundário da sentença criminal, que é o ressarcimento do prejudicado.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada uma contracautela de entrega do passaporte, ou mesmo uma prisão cautelar de um acusado que demonstrasse, por vários indícios, que iria fugir? Ora, caso o acusado restasse

condenado, seria difícil fazê-lo cumprir a sentença.

Do que adiantaria o processo criminal se não fosse decretada a oitiva antecipada da única testemunha ocular cuja saúde estivesse comprometida ou, mesmo, com idade avançada? Ora, é possível que, ao tempo da instrução criminal, tal testemunha já restasse falecida.

A prestação jurisdicional é morosa, de modo ser razoável que o processo penal possua instrumentos para amenizar, ou mesmo solucionar, os efeitos deletérios do tempo.

A doutrina, de modo geral, reza as características das medidas cautelares. São elas a instrumentalidade hipotética, a acessoriedade, a preventividade, a sumariedade e a provisoriedade. Contudo, segundo o Professor Gustavo Badaró, existem mais duas características, menos lembradas pela doutrina, mas que são fundamentais para a compreensão do tema, a referibilidade e a proporcionalidade.<sup>69</sup>

Instrumentalidade hipotética: ante a demora do processo a atingir o trânsito em julgado, aliado à “hipótese” de condenação, a medida faz-se necessária para assegurar a eficácia do processo.

“A medida cautelar será um instrumento para assegurar o resultado de uma hipotética condenação”.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> *Processo Penal*: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 938.

<sup>70</sup> *Ibid*, loc. cit.

Acessoriedade: como já dito, as medidas cautelares não são resultado do enfrentamento do mérito principal do processo. São medidas “accessórias” que visam a efetividade do processo.

“O provimento cautelar não é um fim em si mesmo”.<sup>71</sup>

Preventividade: as medidas cautelares têm caráter “preventivo”, isto é, visam a prevenir, caso haja futura condenação.

Busca-se evitar, preventivamente, o prejuízo, por vezes irreparável, ao processo.

Sumariedade: diversamente da sentença penal, as medidas cautelares não estão lastreadas em um juízo de certeza.

Para que haja uma sentença condenatória, requer-se uma cognição profunda, um juízo de certeza ante o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência) e do *in dubio pro réu*.

Repetimos, as tutelas cautelares são medidas de urgência, baseadas no *fumus boni iuris*. São frutos de uma cognição sumária visando a garantia e a eficácia do processo.

Provisoriedade: a tutela cautelar tem natureza provisória, vale dizer, não é definitiva.

“A eficácia da medida cautelar perdurará até que seja proferido o provimento final do processo cognitivo ou executivo”.<sup>72</sup>

Portanto, a medida cautelar não tem o condão de pôr termo no mérito principal, mas, apenas assegurar a eficácia do processo.

Referibilidade: tal característica traz a ideia de “referência” ao direito material, vale dizer, as medidas cautelares devem manter referência ao fato criminoso eventualmente cometido pelo acusado.

Exemplifica o Professor Gustavo Badaró que “em um processo por corrupção, o sequestro de bens deva incidir sobre o proveito que o corrupto obteve por tal delito (o imóvel comprado com o dinheiro recebido), mas não poderá atingir outro bem, ainda que também ilícito, que seja proveito de crime diverso e que não integre tal processo v.g. um carro comprado com dinheiro furtado”.<sup>73</sup>

Proporcionalidade: a medida cautelar deve ser proporcional ao fato e nunca extrapolar sua natureza instrumental. Não pode ser mais severa que a decisão definitiva.

Não deve o Magistrado, por exemplo, expedir ordem de prisão preventiva a um réu primário, de bons antecedentes, que esteja respondendo por um crime cuja pena seja branda, de modo a ocorrer a possibilidade de caso condenado, cumprir a pena em liberdade.

Ilógico seria se, no transcorrer da instrução criminal, o réu tivesse sua liberdade cerceada, mas, com o trânsito em julgado da

<sup>71</sup> Ibid., p. 939.

<sup>72</sup> Ibid., p. 940.

<sup>73</sup> Ibid., p. 944.

sentença condenatória, tivesse que cumprir a pena em liberdade.

Enfim, de tudo o que foi escrito até então, conclui-se: as medidas cautelares têm natureza instrumental e visam, tão somente, a assegurar a eficácia do processo, caso o réu seja condenado.

## **1.2. ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Diferentemente do processo civil, o processo penal não possui um processo cautelar autônomo. Porém, não significa dizer que, na seara criminal, a cautelaridade não seja prestada. Não são prestadas no bojo de um processo cautelar autônomo, mas são prestadas no curso da investigação criminal ou do processo criminal.

Como já exposto, as medidas cautelares têm caráter acessório do processo criminal principal, de modo a serem prestadas por meio de medidas cautelares previstas no CPP e na legislação especial.<sup>74</sup>

O sistema processual pátrio possui três espécies de medidas cautelares: as medidas cautelares patrimoniais, as medidas cautelares probatórias e as medidas cautelares pessoais.<sup>75</sup>

As medidas cautelares de cunho patrimonial, em primeiro lugar, visam a assegurar os efeitos secundários da condenação, pois é de se lembrar que a sentença só gerará efeitos após o trânsito em julgado.

Dispõe o inciso I do artigo 91 do Código Penal brasileiro:

*Art. 91 – são efeitos da condenação:  
I – tomar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;*

Como dito, tal efeito só será executado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Pelo decurso do longo tempo, corre-se o risco de o acusado ter dilapidado seu patrimônio, frustrando, assim, o efeito secundário da sentença.

Note-se, portanto, que essas medidas cautelares patrimoniais visam à preservação do patrimônio do acusado a fim de suportar, caso ele sucumba, os efeitos da condenação.

Em segundo lugar, as medidas cautelares patrimoniais também visam à preservação patrimonial a fim de poderem suportar o confisco de bens de origem ilícita.

Dispõe, ainda, o inciso II do citado artigo 91 do CP:

*Art. 91 – são efeitos da condenação:*

<sup>74</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: Volume único. Salvador, Jus Podivm, 2017. p. 829.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 830.

*I – tomar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;*

*II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé:*

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

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

Demonstra-se, portanto, a importância das medidas cautelares patrimoniais, isto é, preservar o patrimônio para que possa suportar, no caso de o réu condenado, os efeitos secundários da condenação, seja no tocante à reparação do dano, seja no tocante ao confisco de bens de origem ilícita.

São medidas cautelares patrimoniais, por exemplo, o sequestro, o arresto, a hipoteca legal (arts. 125 a 144 do CPP) e a restituição de coisas apreendidas (arts. 118 a 124 do CPP).<sup>76</sup>

As medidas cautelares de cunho probatório visam à obtenção e à preservação da prova.

O CPP previu, em seu art. 225, o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*.

*Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice,*

*inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.*

É possível, por exemplo, que a única testemunha do crime seja uma pessoa com a saúde comprometida ou ostente idade avançada, de modo que o Magistrado deverá ouvi-la antecipadamente sob o crivo dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Deve-se recordar, se bem que a traço largo, que a prova só terá validade se submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo que o Magistrado, se cauteloso, pode antecipar o depoimento em juízo para que no futuro, caso a testemunha “já não mais exista”, a prova tenha validade.

Por fim, as medidas cautelares pessoais, como o próprio nome indica, são aquelas que recaem sobre a pessoa. Tais medidas são as prisões cautelares, também chamadas de prisões processuais, prisões sem pena ou prisões provisórias.

No ano de 2011, foi publicada a Lei federal nº 12.403, que trouxe grande e importante inovação ao sistema das medidas cautelares pessoais.

Inovou, trazendo aquilo que se denominou contracautela, isto é, medidas

<sup>76</sup> Ibid., loc. cit.

cautelares alternativas à prisão, que visam a não levar, quando possível, os réus ao cárcere. Alguns poucos exemplos da citada contracautela são o comparecimento periódico em juízo, a retenção de passaporte, a proibição de ausentar-se da Comarca. Todas contracautelas estão previstas nos arts. 319 e 320 do CPP.

Portanto, o diploma processual prevê medidas privativas e restritivas da liberdade, sendo que as primeiras atuam com maior intensidade na liberdade do acusado/investigado, enquanto as medidas restritivas têm menor intensidade na liberdade do acusado/ investigado.

Antes da referida reforma, ocorrida em 2011, o sistema processual penal só contava com duas hipóteses de cautelar pessoal, as prisões e a liberdade provisória (com fiança e sem fiança). Atualmente conta com três, ou seja, as prisões, a liberdade provisória, cumulada ou não, com as medidas alternativas à prisão (contracautela).

Por fim, atualmente o diploma processual brasileiro, após 2008<sup>77</sup>, conta com as seguintes espécies de prisão cautelar: a prisão preventiva, a prisão temporária, e a prisão em flagrante.<sup>78</sup>

Porém, nosso objetivo precípua é a análise das alterações ocorridas no instituto da prisão preventiva. Deste modo, iremos conceituar a prisão preventiva e, *pari passu*,

desenvolver as inovações do instituto cautelar.

## 2. PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva está prevista nos arts. 311 a 316 do CPP.

Antes das alterações promovidas pelo Pacote anticrime, a prisão preventiva poderia ser decretada pelo Magistrado de ofício (se no curso da ação penal), ou a pedido da Autoridade policial (representação), do membro do Ministério Público (requerimento), do assistente de acusação ou do querelante.

Eis a primeira alteração!

O antigo artigo 311 do CPP assim dizia:

*Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **de ofício, se no curso da ação penal,** a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Grifo nosso).*

<sup>77</sup> Por força da reforma do CPP decorrente das Leis 11. 689/08 e 11.690/2008.

<sup>78</sup> Segundo a doutrina contemporânea, a prisão em flagrante é definida como precautelar.

Atualmente a prisão preventiva jamais poderá ser decretada de ofício pelo Magistrado.

Após a reforma do referido artigo, assim ficou:

*Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Grifo nosso).*

Portanto a prisão preventiva continua sendo decretada pela autoridade judicial, contudo, apenas pela de provocação no curso investigação criminal e na fase processual, desde que preenchidos os motivos determinantes (previstos no art. 312) e os requisitos legais (previstos no art. 313).

Parece-nos que toda a reforma processual penal ocorrida no diploma brasileiro pela Lei 13.964/19 enfatizou a adoção do sistema acusatório.

Assim, a antiga discussão sobre a admissão, pelo Processo Penal brasileiro, do sistema acusatório ou misto caiu por terra.

O sistema processual penal brasileiro é acusatório e, neste sistema, cada ente do processo tem uma delimitada função. Cabe ao acusador acusar, ao defensor defender e ao

Magistrado julgar. Cabe ao Magistrado, acerca das cautelares, concedê-las apenas por provocação, nunca de ofício.

Prova de que o processo penal brasileiro adotou o sistema acusatório é o que está expressamente previsto no art. 3-A, também inserido no diploma processual brasileiro pelo Pacote anticrime:

*Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.*

Na esteira do Professor Renato Brasileiro de Lima: “A mudança em questão vem ao encontro do sistema acusatório. Acolhido de forma explícita pela Constituição Federal do 1988 (art. 129, I), o sistema acusatório determina que a relação processual somente pode ter início mediante provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*). Destarte, deve o juiz se abster de promover atos de ofício, seja durante a fase investigatória, seja durante a fase processual. Afinal, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado se se admitisse que este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício, sem provocação da parte ou do órgão de atribuições assim definidas em lei. Destoa

das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício que possa caracterizar uma colaboração à acusação.”<sup>79</sup> (Grifo nosso).

Muito bem lembrado pelo Professor Renan Araújo que o art. 20 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está em desacordo com a referida reforma do Código de Processo Penal:

*Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.*

Concordamos com o Professor Renan quando entendeu que o citado art. 20 não subsistirá ante a reforma do art. 311 do CPP, pois, “a redação do art. 311 (que veda a decretação *ex officio*) possui redação mais recente e está mais sincronizada com as modificações realizadas no processo penal brasileiro, com vistas a dar contornos cada vez mais coerentes com o sistema acusatório, evitando a atuação proativa do juiz.”<sup>80</sup>

Em suma, a primeira alteração promovida no instituto da Prisão Preventiva

foi que ela não poderá mais ser decretada pelo Juiz, de ofício, isto é, sem provocação.

## 2.1. REQUISITOS

Não há, na doutrina brasileira, uma uniformidade acerca da classificação; o certo é que a prisão preventiva será decretada sob a análise de três artigos, 312, 313 e 314.<sup>81</sup>

O Professor Gustavo Badaró, por exemplo, prefere classificar em a) pressupostos (art. 312, segunda parte), b) requisitos positivos (art. 312, primeira parte), c) requisitos negativos (art. 314) e d) hipótese de cabimento (art. 313). Já o Professor Paulo Rangel separa em a) pressupostos (art. 312) e b) hipóteses legais de admissibilidade da prisão preventiva (art. 313). Porém, como ensinou Guilherme Madeira Dezen, “não há classificações certas ou erradas, existem classificações mais ou menos adequadas, conforme cumpram sua finalidade ou não”.<sup>82</sup>

Segundo a doutrina clássica, é necessário que estejam presentes três requisitos para a decretação da prisão preventiva, os pressupostos (art. 312), os fundamentos (art. 312) e as condições de admissibilidade (art. 313).

<sup>79</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime*: Salvador, Jus Podivm, 2020. p. 269.

<sup>80</sup> ARAUJO, Renan. *Pacote anticrime. Reflexos no Código penal e no Código de Processo Penal*: Estratégia. P. 48.

<sup>81</sup> DEZEN, Guilherme Madeira. Op. cit. p. 752.

<sup>82</sup> Ibid., p. 753.

Os fundamentos da prisão preventiva estão previstos no art. 312. São eles:

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Grifo nosso).*

Garantia da ordem pública – a prisão preventiva visa a evitar que o agente continue delinquindo.

Garantia da ordem econômica – a prisão preventiva será decretada nos crimes que atinjam a ordem econômica “caso haja risco de reiteração delituosa”.<sup>83</sup>

Conveniência da instrução criminal – a prisão preventiva será decretada visando a impedir que o agente perturbe ou impeça a colheita de provas. Por exemplo, destruindo documentos, forjando provas, ameaçando testemunhas etc.

Por fim, para assegurar a aplicação da lei penal – a prisão preventiva será decretada caso se verifique o risco de fuga do agente.

As condições de admissibilidade da prisão preventiva estão previstas no art. 313:

*Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*

*I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*

*II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;*

*III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*

*Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer*

<sup>83</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 969.

*elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.*

O inciso I é claro quanto à possibilidade de aplicação da prisão preventiva, somente para os crimes dolosos cuja pena máxima seja superior a 4 anos.

O inciso II possibilita a aplicação da prisão preventiva independente da pena que seja aplicada, desde que o agente seja reincidente em crime doloso, salvo se já “tiver decorrido o período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer a revogação”.<sup>84</sup>

O inciso III possibilita a aplicação da prisão preventiva para assegurar a execução de medidas protetivas de urgência, caso haja crime envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

O parágrafo único é muito claro, isto é, é possível aplicação da prisão preventiva quando há dúvida sobre a identidade civil do agente ou quando ele não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Ainda é importante ressaltar que o art. 314 impede a decretação da prisão preventiva caso o Magistrado constate que a conduta criminosa esteja acobertada por alguma das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do CP.

Pois bem, deixamos para discorrer sobre os pressupostos ao final, pois nele também consta alteração legislativa.

Os pressupostos estão na parte final da redação do art. 312 do CPP:

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Grifo nosso).*

Essa era a redação do art.312 antes da publicação da Lei 13.964/19.

Imperioso notar-se que apenas dois eram os pressupostos de aplicação da prisão preventiva, a materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria.

Com a publicação da Lei 13.964/19, os pressupostos continuam previstos no final

---

<sup>84</sup> Art. 64 do CP.

do art. 312, porém, agora não são apenas dois, mas três os pressupostos de aplicação da prisão preventiva: materialidade delitiva, indícios suficientes de autoria e perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado:

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.* (Grifo nosso).

Não houve grande novidade na inserção deste terceiro pressuposto, pois o Magistrado, para decretar a prisão preventiva, deve verificar o denominado *periculum libertatis* que sempre esteve presente nos fundamentos desta medida cautelar excepcional.<sup>85</sup>

A Lei 13.964/19 também inseriu um novo parágrafo no art. 312:

*§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência*

*concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.*

Então, é dever do Magistrado, ao fundamentar a decisão de prisão preventiva, a citação de existência ou receio do perigo gerado pelo estado de liberdade, vale dizer, o receio para garantia da ordem pública, ordem econômica, para garantia da aplicação da lei penal ou para conveniência da instrução criminal.

## **2.2. VEDAÇÃO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA**

A Lei 13.964/19 também inseriu um novo parágrafo no art. 313:

*§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.*

<sup>85</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 317.

Evidente foi a intenção do legislador em deixar clara a diferença entre prisão cautelar e prisão definitiva.

Ora, a prisão cautelar, como já explanado no começo deste texto, não tem natureza satisfativa, mas sim instrumental. Como o próprio nome indica, tal medida judicial é cautelar, de modo que não tem o condão de enfrentar o mérito principal da questão, mas, tão somente, assegurar a eficácia do processo que está (ou estará) a se desenvolver.

### **2.3. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

A Lei 13.964/19 alterou o art. 315, modificando o *caput*, inserindo dois parágrafos e seis incisos:

*Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.*

*§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.*

*§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:*

*I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;*

*II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*

*III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*

*IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*

*V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;*

*VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em*

*juízo ou a superação do entendimento.*

O artigo 93, IX da Constituição Federal de 88 já determinava que as decisões do poder judiciário devem sempre ser fundamentadas:

*IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;*

Entretanto, é dever do Magistrado fundamentar suas decisões de forma concreta, isto é, não se atendo, por exemplo, apenas à letra da lei. Não basta que o Magistrado, ao decretar essa medida excepcional, mencione como fundamento, tão somente, a “garantia da ordem pública”, ou mesmo a “garantia da ordem econômica” etc.

A fundamentação tem por objetivo demonstrar os concretos motivos da tomada daquela decisão, de modo a ser conhecida a operação intelectual, as concretas razões do Magistrado e, possibilitando, assim, se for o caso, a impugnação do ato.

O inciso I do § 2º adverte ao Magistrado para que exponha, para que esclareça o motivo concreto daquela decisão, sob pena de nulidade.<sup>86</sup>

O inciso II do § 2º impede a fundamentação através de conceitos indeterminados, vagos, abstratos. Deve o Magistrado indicar concretamente as razões que o levaram a decretar a medida excepcional.

O Professor Renato Brasileiro exemplifica alguns conceitos indeterminados previstos no Código de Processo Penal brasileiro, como: a “garantia da ordem pública” (CPP, art. 312), o “logo depois” para fins de caracterização do flagrante presumido (CPP, art. 302, IV), a “doença grave” a fim de concessão de prisão domiciliar (CPP, art. 318, II) etc.<sup>87</sup>

O inciso III do § 2º tem por objetivo coibir o uso da fundamentação padrão, a fundamentação que serve para qualquer circunstância, ou seja, como bem escreveu a

---

<sup>86</sup> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:  
(...)

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

<sup>87</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 327.

Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, citada pelo Professor Renato Brasileiro: decisão judicial tipo “vestidinho preto”.<sup>88</sup>

O inciso IV do § 2º combate a fundamentação que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Nada obstante alguns julgados dos Tribunais Superiores, sempre nos pareceu claro que o Magistrado deveria enfrentar todas as alegações das partes, sob pena de violação do contraditório e ampla defesa.

Pois bem, hoje se encontra positivada tal exigência.

O inciso V do § 2º determina que não se faz fundamentada a decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula sem demonstrar a sua pertinência com o caso concreto.

Portanto, não basta que o juiz apenas transcreva uma ementa para justificar sua decisão. O inciso não proíbe que se lance mão de precedentes ou enunciados de súmulas; apenas requer que se demonstre sua pertinência no caso concreto.

O inciso VI do § 2º, ao contrário do inciso V, determina que a decisão não se faz fundamentada quando ela for contrária a súmula, precedente, jurisprudência invocada pela parte sem demonstrar-se a existência de distinção no

caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Portanto, caso seja invocado pela parte algum precedente, o Magistrado está obrigado a enfrentá-lo. Caso entenda de forma contrária, deve justificar no caso concreto.

## 2.4. REVISÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A Lei 13.964/19 alterou o art. 316, modificando o *caput* e inserindo um parágrafo único.

*Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Grifo nosso).*

*Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de*

<sup>88</sup> Apud LIMA, Renato Brasileiro de. p. 328.

*ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.*

A alteração ocorrida, tão somente, no texto do *caput* do artigo foi que o juiz poderá revogar (e sempre pôde) a prisão preventiva, de ofício ou a pedido das partes.

Acerca do parágrafo único, é sabido que a prisão preventiva é uma cautelar de caráter pessoal, que não possui prazo para findar, portanto, seu prazo está atrelado ao *fumus comissi delicti* ou ao *periculum libertatis*.

Significa dizer, portanto, que sua manutenção depende da não alteração fática, da não alteração aceca da fundamentação do decreto da prisão preventiva.

Por exemplo, não se justifica a manutenção de alguém sob custódia preventiva, com fundamento na “garantia da ordem pública” e da “conveniência da instrução criminal”, se já demonstrado que o submetido a cautelar não vai reiterar a conduta criminosa e se a instrução criminal já terminou.

O novo parágrafo único estabelece que a cada 90 dias se faça a revisão da manutenção da cautelar para que, caso haja alteração do estado das coisas, o Magistrado possa, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva.

## CONCLUSÃO

Em rápida análise, pontuamos e desenvolvemos as últimas alterações promovidas pela Lei 13.964/19 (Pacote anticrime) sobre a prisão preventiva.

Parece-nos que as alterações acerca dessa prisão cautelar estão em compasso com o contemporâneo entendimento sobre o cárcere, seja ele cautelar ou definitivo.

Muito se sabe das mazelas das prisões e os argumentos contrários ao encarceramento. Ainda mais de forma cautelar.

Parece-nos, portanto, que os cuidados que o legislador brasileiro tomou acerca das alterações deste ponto vêm sob medida ao direito processual penal contemporâneo.

Entretanto, devemos aguardar, pois só o tempo dir-nos-á.

## BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Renan. *Pacote anticrime. Reflexos no Código penal e no Código de Processo Penal: Estratégia*, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*: 2ª Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal Volume único*, 5ª Ed., Salvador, Jus Podivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote anticrime*: Salvador, Jus Podivm, 2020.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*: 15ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*: 22ª Ed. São Paulo, Atlas, 2018.

## OS IMPACTOS DA LEI 13.964/2019 NA EXECUÇÃO PENAL

Marina Zanotello<sup>89</sup>

**RESUMO:** Com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, houve significativas mudanças na legislação penal, processual penal e penal executória; algumas positivas, de viés constitucional garantista, enquanto outras, buscando o recrudescimento da eficácia, acabaram por declinar da imprescindível constitucionalidade que, obrigatoriamente, deve acompanhar qualquer norma. O objetivo deste artigo é o apontamento das alterações que a nova lei trouxe para a Execução Penal brasileira, tutelada desde 1984 pela Lei 7.210, e a reflexão sobre a constitucionalidade das atualizações para os direitos subjetivos, posto que a principal pena do ordenamento jurídico penal pátrio é a privativa de liberdade, e o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

### 1. INTRODUÇÃO

Para alcançar o objetivo de propiciar a reflexão sobre os pontos alterados da Lei de Execução Penal pelo pacote anticrime, bem como sobre as consequências práticas desta atualização legislativa, primeiramente faz-se necessário comparar os motivos que

resguardam ambas as leis em comento e ainda a relação de ambas as leis com a Constituição Federal.

Diferenciando-se as perspectivas, pontua-se cada um dos institutos modificados: perfil genético, regime disciplinar diferenciado (RDD), progressão de regime e livramento condicional.

Sempre tendo às vistas que, com a nova lei, houve o recrudescimento da pretensão executória no quesito finalidade retributiva da pena.

Considerando ainda que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro<sup>90</sup>, não seria surpresa se a conclusão de tal estudo fosse no sentido de que a lei de 1984, nascida antes de a Lei Maior atual ter sido outorgada em 1988, reveste-se de maior constitucionalidade do que a *novatio legis*.

### 2. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEP 1984 X MENS LEGIS DA LEI 13.964/2019

A Lei 7.210/1984, que regulamentou em sede própria a Execução Penal brasileira, constitui grande marco da Reforma Penal de 1984 e foi amplamente recepcionada pela

<sup>89</sup> Mestra em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (2013); Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Paulista de Direito (2010); bacharela em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta (2006); advogada criminal; professora universitária.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Brasília, 09/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm> Acesso em: 08/06/2020.

Constituição Federal outorgada em 1988, pelo seu viés garantista.

Esta lei que, ao longo de suas três décadas e meia de vigência, teve poucas e pontuais alterações, agora foi significativamente modificada pela Lei 13.964 de 24/12/2019.

Imprescindível começar a análise das mudanças referentes à execução penal por breve comparativo entre o escopo das duas leis.

Pela exposição de motivos n. 213, de 9 de maio de 1983<sup>91</sup>, tem-se que a Lei de Execução Penal constitui a síntese de todo um processo histórico que buscou o enfrentamento de questões consideradas fundamentais à comunidade e contou, portanto, com a participação de Juízes, Promotores de Justiça, professores de Direito, advogados e especialistas na questão penitenciária durante o tempo de maturação do Anteprojeto de Lei até o estágio final da revisão, através de discussões a partir da divulgação nacional do documento<sup>92</sup>.

Em 1980 foi instalado o Conselho Nacional de Política Penitenciária, a fim de contingenciar informações, fazer análises e lançar propostas para a prevenção da criminalidade.

Em 1981 houve o I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, realizado em Brasília (27 a 30 de setembro), que culminou na elaboração do Anteprojeto em fevereiro de 1981, pela Comissão integrada por René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto, sob a coordenação de Francisco de Assis Toledo.

Tendo a prisão como principal pena do ordenamento jurídico penal brasileiro, a comissão de juristas envolvida no projeto originário da Lei de Execução Penal deixa claro em diversos momentos a importância vital de o cumprimento de pena alcançar não apenas a finalidade retributiva desta, como também a ressocializadora, para ser realmente possível reintegrar o egresso à sociedade da qual ele, mesmo encarcerado, nunca deixou de ser parte.

Citando Kaufman<sup>93</sup>, a Lei 7.210/1984 firma a ordem e a segurança do Estado através de uma execução penal humanizada; atenta que a desumanização na fase de cumprimento de pena coloca em risco também a segurança do Estado.

<sup>91</sup> BRASIL. Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - Suplemento B - 1/7/1983, Página 017 (Exposição de Motivos n. 213, de 9 de maio de 1983:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938->

exposicaodemotivos-149285-pl.html acesso em: 08/06/2020).

<sup>92</sup> BRASIL. Portaria nº 429, de 22 de julho de 1981.

<sup>93</sup> KAUFMAN, Hilde. Principios para la Reforma de la Ejecución Penal, Buenos Aires, 1977, p. 55.

Neste diapasão, configuram-se premissas da Lei de Execução a proporcionalidade das limitações de direitos individuais ocasionadas pela pena segregatória, a isonomia que coíbe a distinção de qualquer natureza entre os apenados e a individualização da execução pela realização do exame criminológico, conforme expressam os seguintes itens da Exposição de Motivos:

20. É comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória.

Essa hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia.

23. Com a declaração de que não haverá nenhuma distinção de natureza racial, social, religiosa ou política, o Projeto contempla o princípio da isonomia, comum à nossa tradição jurídica.

28. O Projeto cria a Comissão Técnica de Classificação com atribuições específicas para elaborar o programa de individualização e acompanhar a execução das penas privativas da liberdade e restritivas de direitos. Cabe-lhe propor as progressões e as regressões dos regimes, bem como as conversões que constituem incidentes de execução resolvidos pela autoridade judiciária competente.

31. A gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinantes da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a

inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.

Insculpe ainda a questão das faltas disciplinares, pela consagração do princípio da reserva legal e vedando, por derradeiro, o emprego da cela escura. Prevê a possibilidade de o Juiz determinar a regressão para regime mais rigoroso como consequência da prática de falta definida como grave.

77. O Projeto enfrenta de maneira adequada a tormentosa questão da disciplina. Consagra o princípio da reserva legal e defende os condenados e presos provisórios das sanções coletivas ou das que possam colocar em perigo sua integridade física, vedando, ainda, o emprego da chamada cela escura (artigo 44 e §§).

80. Com relação às faltas graves, porém, o Projeto adota solução diversa. Além das repercussões que causa na vida do estabelecimento e no quadro da execução, a falta grave justifica a regressão, consistente, como já se viu, na transferência do condenado para regime mais rigoroso. A falta grave, para tal efeito, é equiparada à prática de fato definido como crime (artigo 117, I) e a sua existência obriga a autoridade administrativa a representar ao juiz da execução (parágrafo único do artigo 47) para decidir sobre a regressão.

No que tange ao direito de progressão de regime, a fundamentação da Lei 7.210/1984 a trata como “uma conquista do condenado”, pressupondo que este já

tenha cumprido uma quantidade mínima de pena e que o exame criminológico aponte como viável; a lei impede a chamada progressão *per saltum* do regime fechado diretamente ao aberto, obrigando a passagem do condenado pelo intermediário semiaberto:

119. A progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior. A transferência é determinada somente pelo juiz da execução, cuja decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação. Quando se tratar de condenado oriundo do sistema fechado, é imprescindível o exame criminológico (artigo 111 e parágrafo único).

120. Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semi-aberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução.

Ao tratar da progressão de regime, a exposição de motivos da Lei 7.210/1984 também se ocupa de justificar a importância das autorizações de saída, que se dividem em permissão de saída e saída temporária.

Citando Neuman<sup>94</sup>, para quem as autorizações de saída representam considerável avanço penalógico e seus

resultados são sempre proveitosos desde que se conjuguem os fatores do bom senso para o deferimento e a adequada fiscalização do senso de responsabilidade do condenado.

127. As autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária) constituem notáveis fatores para atenuar o rigor da execução contínua da pena de prisão. Não se confundem tais autorizações com os chamados favores gradativos que são característicos de matéria tratada no Cap. IV do Tít. II (mais especialmente dos direitos e da disciplina).

128. As autorizações de saída estão acima da categoria normal dos direitos (artigo 40), visto que constituem, ora aspectos da assistência em favor de todos os presidiários, ora etapa da progressão em favor dos condenados que satisfaçam determinados requisitos e condições. No primeiro caso estão as permissões de saída (artigo 119 e incisos) que se fundam em razões humanitárias.

129. As saídas temporárias são restritas aos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto (colônias). Consistem na autorização para sair do estabelecimento para, sem vigilância direta, visitar a família, freqüentar cursos na Comarca da execução e participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social (artigo 121 e incisos). A relação é exaustiva.

130. A limitação do prazo para a saída, as hipóteses de revogação e recuperação do benefício, além da motivação do ato judicial, após audiência do Ministério Público e da administração penitenciária, conferem o necessário rigor a este

<sup>94</sup> NEUMAN, Elias. Prisión abierta, Buenos Aires, 1962, p. 136 e 137.

mecanismo de progressão que depende dos seguintes requisitos: 1º - comportamento adequado; 2º - cumprimento mínimo de um sexto da pena para o primário e um quarto para o reincidente; e 3º - a compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (artigo 122 e incisos).

Pontuados os aspectos relevantes ao tema que se extrai da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, cumpre observar o embasamento que recebe a Lei 13.964/2019.

Extraída do compêndio intitulado Pacote Anticrime e conhecida por Lei Anticrime, a norma atualizadora se pauta em um discurso antagônico ao que inspirou a Lei 7.210/1984, típico dos movimentos “Lei e Ordem”, que pende à construção de uma política criminal de intervenção máxima, com incremento de penas à custa das garantias individuais fundamentais, calcada no sedutor e falacioso da contenção da criminalidade.

Ao dispor no artigo 1º que “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”, a Lei 13.964/2019 traz em seu bojo a ilusória ideia de que é possível aprimoramento no mecanismo estatal da persecução penal com o aumento do tempo que as pessoas permanecerão no cárcere, por exemplo, sendo que o Supremo Tribunal

Federal já reconheceu o estado de coisas inconstitucional<sup>95</sup> do sistema carcerário brasileiro.

Enquanto a teoria da Lei de Execuções Penais determina o respeito à integridade física e moral dos detentos, assim como a Constituição Federal, com tantos princípios explícitos e implícitos que se extraem do rol dos direitos e garantias individuais fundamentais, na prática a realidade do ambiente carcerário denota os detentos constantemente sobrevivendo com falta de higiene básica, alimentação precária, ausência de saneamento para necessidades pessoais, proliferação de moléstias, entre outros fatores que vão além de uma privação da liberdade<sup>96</sup> e cujo resultado já era previsto desde 1983<sup>97</sup>.

### **3. AS ALTERAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL**

#### **3.1. Perfil Genético**

Desde 2012 existe a previsão na Lei de Execução Penal de submeter à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, os condenados por crimes

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Brasília, 09/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm> Acesso em: 08/06/2020.

<sup>96</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 135.

<sup>97</sup> Exposição de Motivos n. 231/1983. Item 20.

dolosos cometidos com violência de natureza grave contra a pessoa<sup>98</sup>.

A ideia é constituir um banco de dados pelo armazenamento dessas identificações<sup>99</sup> e que isso permaneça em sigilo, podendo ser consultado por autoridade policial mediante autorização judicial<sup>100</sup>.

Ao artigo 9º A da Lei de Execução Penal foram acrescentados pela Lei 13.964/2019 os seguintes parágrafos:

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

<sup>98</sup> Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012).

<sup>99</sup> Art. 9º A § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 50 VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Assim, os condenados por crimes dolosos com violência ou grave ameaça contra pessoa ou por aqueles previstos na Lei de Crimes Hediondos, quando ingressam ao estabelecimento prisional, são imediatamente submetidos ao referido procedimento de extração do DNA para a construção de perfis genéticos.

Por óbvio, a precípua finalidade disso é viabilizar, nos casos de reincidência, a construção da “carreira criminosa” do indivíduo<sup>101</sup>.

Observa-se que, com o advento da Lei 13.964/19, as pessoas que já se encontravam em fase de cumprimento de pena pelos delitos que exigissem a identificação de perfil genético e até então não tivessem sido submetidas à extração do DNA, foram obrigadas a passar pela coleta, ou seja, com a vigência da lei anticrime, inclusive aqueles que cumpriam pena muito

Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012).

<sup>100</sup> § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012).

<sup>101</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.167.

antes da criação do perfil de dados genéticos passam a ser obrigados à identificação.

Parece o legislador ter ignorado o princípio da irretroatividade da lei penal<sup>102</sup>, cuja única exceção admitida é a retroatividade da lei mais benéfica, o que, claramente, não é o caso.

A imperatividade dos parágrafos 3º e 8º é tamanha que, caso o preso recuse submeter-se à extração do material genético, incorre em falta grave, nos termos do artigo 50 VIII da Lei de Execução Penal, ficando ele sujeito às penalidades previstas nos incisos III a V do artigo 53 da mesma.

Com os novos parágrafos do artigo 9º A da Lei de Execução Penal, ou o condenado submete-se à extração do DNA e integra o banco de dados genéticos, ou é obrigatoriamente penalizado com alguma das sanções disciplinares previstas na legislação e, assim, a estrutura carcerária se aproxima cada vez mais do Panóptico de Foucault<sup>103</sup>, que representa a forma mais eficiente de disciplinar e examinar um detento em todas as dimensões que o controle permite.

### **3.2. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)**

Uma das mais violentas alterações promovidas pela Lei 13.964/19 é a que recaiu

sobre o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), cuja constitucionalidade foi veementemente questionada, desde a propositura do projeto do pacote anticrime.

Salienta-se que desde sua inserção na Lei de Execução Penal, em 2003 pela Lei 10.792, o Regime Disciplinar Diferenciado sempre foi questionado pela corrente penal garantista, tendo em vista sua natureza jurídica de sanção disciplinar, mas dotada de tremendo rigor que, não raras vezes, colocaria em risco a dignidade humana e outros princípios correlatos à execução das penas privativas de liberdade.

Apresentou-se o Regime Disciplinar Diferenciado com as seguintes características: duração máxima de 360 dias, prorrogável até o máximo de um sexto da pena; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas com duração de duas horas; direito a saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

No entanto, a lei anticrime conseguiu agravar ainda mais a medida.

A nova redação dada pela Lei 13.964/2019 ao artigo 52 da Lei de Execução Penal inculca as seguintes características ao Regime Disciplinar Diferenciado: duração máxima de até 2 anos, repetível por nova falta grave da mesma espécie; visitas quinzenais

<sup>102</sup> Art. 2º Parágrafo único do CP- A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em

julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

<sup>103</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 23. ed. São Paulo: Graal, 2004, p. 210.

em instalações que impeçam o contato físico; entrevistas sempre monitoradas, exceto as com o defensor, em instalações que igualmente impeçam o contato físico; fiscalização do conteúdo das correspondências; participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência.

O incremento no caráter violento, repressivo e intimidador do Regime Disciplinar Diferenciado distancia o indivíduo recluso e submetido a este regime da finalidade de reintegração social inerente à pena.

Antes, o tempo máximo possível de permanência do preso no Regime Disciplinar Diferenciado era de 360 dias, repetíveis até o limite de um sexto da pena; agora, passou a ser de dois anos, sem limite de repetições; antes, o direito a receber visitas era exercido semanalmente; agora, passou a ser quinzenal; antes, respeitava-se a privacidade e o sigilo de correspondência; agora, as correspondências destinadas ao preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado passam a ser fiscalizadas.

Não obstante, o parágrafo 6º do novel artigo 52 dispõe que as visitas, sejam de familiares, de amigos, de parentes, passam a ser gravadas em sistema audiovisual, e, sendo

até possível, em casos extremos e mediante autorização judicial, fiscalizadas por agente penitenciário.

Assim, o pacote anticrime arranca do detento sua inviolável intimidade e privacidade, as quais se constituem núcleo de proteção dos direitos da personalidade previstos na Constituição Federal<sup>104</sup>.

Se o Regime Disciplinar Diferenciado, por sua natureza, já era questionável, tem-se que, a partir da reforma pela Lei 13.964/2019, as constantes violações de direitos fundamentais que acompanham o preso a ele submetido constituem a institucionalização do caráter cruel à pena de prisão, contrariando-se a proibição constitucional do artigo 5º, inciso XLVII, alínea *e* da Constituição Federal.

### 3.3. Progressão de Regime

Outro direito subjetivo da execução penal que foi significativamente modificado pela lei anticrime corresponde à progressão de regime.

A progressão de regime adveio do sistema progressivo de cumprimento de pena adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e corresponde à finalidade de ressocialização do condenado<sup>105</sup>.

<sup>104</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de; OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia. *Manual de direitos humanos*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 353-356.

<sup>105</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 526-527.

A Lei 13.964/2019 complicou o cálculo dos requisitos objetivos, distribuindo a tabela de tempo de cumprimento de pena em porcentagens para determinados tipos de condenados.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente

na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Por exemplo, antes da reforma, o condenado reincidente em crime hediondo deveria cumprir 3/5 do total da pena para ter direito à progressão; após a reforma, este mesmo condenado deve cumprir 70% da pena.

Seguindo pelo mesmo exemplo do sujeito reincidente condenado por crime hediondo, supondo que sobre ele recaísse uma pena de 30 anos de reclusão, antes da reforma deveria cumprir 18 anos para preencher o requisito objetivo (tempo de pena cumprida) à progressão de regime; após a mudança dos parâmetros de progressão, o condenado em referida circunstância terá de cumprir pelo menos 21 anos (mais de duas décadas) em regime fechado.

No que tange ao requisito subjetivo para a obtenção do direito à progressão de regime, manteve-se a necessidade tão somente da boa conduta carcerária comprovada pelo diretor do estabelecimento<sup>106</sup>.

Óbice também à progressão de regime para o preso que incorreu em falta grave no curso da execução da pena; com a

do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

<sup>106</sup> Art. 112 § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor

nova redação do parágrafo 6º do artigo 112 em comento, a falta interrompe o prazo de progressão, devendo a contagem reiniciar com base no remanescente da pena<sup>107</sup>.

### 3.4. Saída Temporária

Trata-se a saída temporária da autorização dada pelo Juiz da Execução Penal aos que cumprem pena em regime semiaberto, a fim de que possam sair do estabelecimento penal, sem vigilância direta, para visita à família, frequência a curso e outras atividades com vistas a verificar o senso de responsabilidade do condenado para o retorno ao convívio social.

A lei estabelece essa modalidade de autorização de saída, conforme artigo 124 da Lei de Execução Penal, para os presos em regime intermediário de cumprimento de pena, por prazo não superior a 7 dias, podendo ser renovada por mais 4 vezes durante o ano.

Ao inserir o § 2º ao artigo 122 da Lei de Execução Penal, a Lei 13.964/2019 proibiu a saída temporária ao condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte<sup>108</sup>; até então, todos os condenados, independentemente da natureza

do crime cometido, tinham direito à saída temporária, que é direito subjetivo ao qual o condenado faz jus ao preencher os requisitos legais.

Os crimes considerados hediondos, de acordo com a Lei 8.072/1990, que têm resultado morte são: homicídio (simples, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio; qualificado); lesão corporal seguida de morte, quando praticada contra autoridade ou agente descrito nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, agente integrante do sistema prisional ou da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou ainda contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau em razão dessa condição; no roubo qualificado pelo resultado morte; na extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima na ocorrência de morte; na extorsão mediante sequestro com resultado morte; na epidemia com resultado morte e no genocídio.

Privar o condenado do direito à saída temporária coloca a constitucionalidade de referida norma em risco.

Primeiramente, porque o Código Penal, em consonância com a Constituição Federal, adota o sistema penitenciário o

<sup>107</sup> Art. 112 § 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

<sup>108</sup> Art. 122 § 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o *caput* deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte.

progressivo, segundo o qual as penas privativas de liberdade devem ser executadas progressivamente, de acordo com o mérito do condenado, nos termos do artigo 33 do Código Penal.

Neste diapasão, a Lei Maior veda a pena de prisão perpétua, e o artigo 1º da Lei de Execução Penal elenca os objetivos da fase de cumprimento de pena para além de, apenas e tão somente executar a sentença penal condenatória, também promover a efetiva reinserção social do apenado.

Em 2006, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do regime integral fechado inicialmente estabelecido pela Lei dos Crimes Hediondos, no HC 82959/SP<sup>109</sup>, pela violação dos princípios constitucionais da individualização e da humanidade das penas (artigo 5º, incisos XLVI, III, XLVII e XLIX da Constituição Federal).

Vale trazer à baila o entendimento de Alexis Brito, que explica a saída temporária como meio efetivo de se atingir as finalidades da execução, propiciando-a de forma eficaz, não apenas tratando a sentença penal condenatória como mero título executivo, mas garantindo que o cumprimento da pena

se pautar pelas diretrizes constitucionais do devido processo legal e do respeito à dignidade humana, enquanto possibilita a efetiva reintegração social<sup>110</sup>.

Vedar o direito à saída temporária aos condenados por crime hediondo com resultado morte aproxima-se demasiadamente de inconstitucionalidade, violando direitos fundamentais e cláusulas pétreas que encontram plena correspondência com tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil e internalizados em sua ordem jurídica pelo parágrafo 3º do artigo 5º da Magna Carta; vai de encontro também ao declarado pelo Supremo Tribunal Federal e denota a adoção de uma política criminal meramente punitivista, populista, americanizada, ilusória, que não protege sociedade e tampouco reduz violência<sup>111</sup>.

### 3.5. Livramento condicional

Disposto no artigo 83 e seguintes do Código Penal, o livramento condicional, que é instituto da execução penal, também sofreu alteração pela Lei Anticrime.

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 82959*, Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206> Acesso em 15/06/2020.

<sup>110</sup> BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 266-267.

<sup>111</sup> WUNDERLICH, Alexandre; REALE JÚNIOR, Miguel. Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, Edição Especial, São Paulo, Ano 27, n. 318, maio/2019, p. 6-8.

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) bom comportamento durante a execução da pena; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Como se observa pela transcrição do artigo 83, a atualização pela Lei 13.964/2019 se deu em relação ao inciso III, com incremento dos requisitos que exigem do Juiz

da Execução perigosa subjetividade, além de dificultar o alcance ao direito por parte do condenado, por exemplo, quando a nova lei exige, na alínea *d*, comprovação da “aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto”.

Fica a dúvida de como a pessoa reclusa conseguirá fazer esta prova se o contato com a sociedade se limita às visitas que recebe de poucos familiares e a comunicação com os mesmos via carta; ou como o preso conseguirá, ainda estando preso, um trabalho fora do presídio, sendo que muitas pessoas que nunca foram fichadas aumentam a cada dia o exorbitante número de desempregados.

## CONCLUSÃO

Proposta às pressas em um momento de instabilidade que se delineava em diversos aspectos no país, a Lei Anticrime dá voz aos gritos afobados de lei e ordem, sem, contudo, ter o autor do projeto tido o cuidado acadêmico e científico que teve quem se incumbiu da Lei de Execução Penal.

Fato notório que o recrudescimento do rigor penal, já tendo o sistema penitenciário atingido o estado de coisas inconstitucional, distancia-se de ser a solução para a questão da criminalidade.

As alterações incutidas pela Lei 13.964/2019 na Lei de Execuções Penais não encontram amparo no texto constitucional,

ignoram a real situação do sistema carcerário e se divorciam da essência da execução penal explícita na Exposição de Motivos da Lei 7.210/1984 e da finalidade ressocializadora das penas.

Desprovidas de justificativas técnicas, legais, sociais ou preventivas, como demonstrado, as atualizações trazidas pela Lei Anticrime configuram verdadeiro retrocesso no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, deixando ao Judiciário e aos operadores do Direito a difícil missão de aplicar as normas e os princípios constitucionais, quando se tem em mãos uma lei novíssima que contraria, em essência, a Lei Maior.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BRASIL. Código Penal. Brasília: 1940.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do. Brasília: 1988.
- BRASIL. Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - Suplemento B - 1/7/1983, Página 17 (Exposição de Motivos n. 213, de 9 de maio de 1983: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html> acesso em: 08/06/2020).
- BRASIL. Lei 7.210. Brasília: 1984.
- BRASIL. Lei 8.072. Brasília: 1990.
- BRASIL. Lei 13.964. Brasília: 2019.
- BRASIL. Portaria nº 429, de 22 de julho de 1981.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Brasília, 09/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm> Acesso em: 08/06/2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82959*, Brasília. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206> Acesso em 15/06/2020.
- BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 23. ed. São Paulo: Graal, 2004.
- KAUFMAN, Hilde. *Principios para la Reforma de la Ejecución Penal*. Buenos Aires, 1977.
- LAZARI, Rafael José Nadim de; OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia. *Manual de direitos humanos*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- NEUMAN, Elias. *Prisión abierta*. Buenos Aires, 1962.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, arts. 1º a 120. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- WUNDERLICH, Alexandre; REALE JÚNIOR, Miguel. Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*, Edição Especial, São Paulo, Ano 27, n. 318, maio/2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano

Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed.  
Rio de Janeiro: Revan, 2001.