



NOTA TÉCNICA SOBRE AS PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES DA LEGISLAÇÃO PENAL, PROCESSUAL PENAL E DE EXECUÇÃO PENAL, APRESENTADAS NO DENOMINADO PACOTE ANTICRIME

Projeto de Lei nº 882, de 2019, referente às proposições Legislativas:

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

APRESENTAÇÃO

A ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA - AJD, entidade não governamental, sem fins lucrativos ou corporativistas, que congrega juízes estaduais, federais e trabalhistas de todo o território nacional e de todas as instâncias e que tem por objetivos primaciais a defesa do respeito absoluto e incondicional aos valores jurídicos próprios do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e da independência judicial, vem apresentar a presente NOTA TÉCNICA a respeito DAS PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES DAS LEGISLAÇÕES PENAL, PROCESSUAL PENAL E DE EXECUÇÃO PENAL, apresentadas à Câmara dos Deputados, respectivamente, por Comissão de Juristas sob a presidência do Ministro Alexandre de Moraes – STF e pelo Ministro da Justiça Sergio Moro, essa última proposta denominada de Pacote Anticrime.

O endurecimento das legislações penal, processual penal e de execução penal é prática que vem sendo adotada continuamente em nosso país, como forma ou sob o pretexto de se combater a criminalidade, pelo menos desde o início da década de 90 do século passado, sem produzir qualquer resultado prático e eficaz na redução das infrações penais, cujos índices aumentam a cada ano.

Não obstante, mais uma vez a sociedade se depara com propostas de endurecimento penal como promessa de solução da criminalidade, em que pese despojada de base científica e ao preço de se desconstruir institutos consolidados em nosso sistema de justiça criminal com base na cultura e tradição jurídica herdada de países democráticos de civilização ocidental e respaldados em nossa Constituição Federal e por tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Essa nota técnica tem por objetivo analisar alguns aspectos relevantes das alterações propostas para contribuir com os debates no Congresso Nacional.

SUMÁRIO

1	PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL	5
1.1	Da excludente de ilicitude: legítima defesa	5
1.2	Da fixação do regime inicial da pena: obrigatoriedade do regime inicial fechado	6
1.3	Dos efeitos da condenação	8
1.4	Das causas impeditivas e interruptivas da prescrição	9
1.5	Do tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade e do livramento condicional	11
1.6	Medidas para endurecer o cumprimento das penas	13
1.7	Regime inicial de cumprimento de pena fechado	14
1.8	Possibilita ao juiz da condenação decidir sobre progressão de regime	16
2	PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	17
3	PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS	20
3.1	Aumenta o tempo de cumprimento de pena para a progressão de regime de cumprimento de pena	20
3.2	Altera critérios para a progressão de regime de cumprimento de pena	20
3.3	Restringe direitos do condenado por crimes hediondos ou assemelhados	21
4	PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	24
4.1	Dispõe sobre o local do cumprimento da pena e a progressão de regime	24
4.2	Permite que Ministério Público e Polícia Federal firmem acordos ou convênios com órgãos estrangeiros para investigar crimes transnacionais	26
4.3	Escuta ambiental (arts. 21A e 21-B da Lei 12.850/2013)	31
5	PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NA LEI DA LAVAGEM DE DINHEIRO E NA LEI QUE DISPÕE SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS	34
6	PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NA LEI QUE DISPÕE SOBRE OS PRESÍDIOS FEDERAIS DE SEGURANÇA MÁXIMA	35
7	PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NAS LEIS DE EXECUÇÃO PENAL E DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DOS CIVILMENTE IDENTIFICADOS	37
7.1	Identificação genética. Banco nacional de perfis balístico. Implementação, inclusão e exclusão de registros	37
7.2	A proteção de dados genéticos com direito fundamental	38
7.3	Ofensa ao princípio da presunção de inocência	38
7.4	Ofensa ao princípio da proporcionalidade	40
7.5	Ofensa ao princípio da não autoincriminação	41
7.6	Ofensa ao princípio da não-discriminação	42
7.7	Necessidade de transparência quanto aos custos da implementação da política pública	43
8	PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NA LEI QUE DISPÕE SOBRE O SERVIÇO TELEFÔNICO DE RECEBIMENTO DE DENÚNCIAS E SOBRE RECOMPENSA POR INFORMAÇÕES QUE AUXILIEM NAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS	45
8.1	Do Cidadão Colaborador	50

8.2	Questão do anonimato X sigilo quanto à identidade: inconstitucionalidade	53
8.3	A questão da recompensa pecuniária	56
8.4	A problemática superposição entre o relato do “informante do bem” e colaboração premiada	57
8.5	O valor probatório do relato do “informante do bem”	58
8.6	O custo da rede estatal de proteção a “informantes de bem” x EC 95/2016	58
9	PROPOSTA DE INTRODUÇÃO DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	62
9.1	Acordo de não persecução penal	63
9.2	<i>Plea bargain</i>	67
9.3	Permite a transação, acordo ou conciliação nas ações de por meio de acordo de colaboração ou de leniência nas ações de improbidade administrativa	70
	REFERÊNCIAS	72

1 PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL

1.1 Da excludente de ilicitude: legítima defesa (art. 23, II, § 1º e § 2º e art. 25, parágrafo único, incisos I e II , do Código Penal)

Os excessos culposos e dolosos na legítima defesa, tão bem delineados no Código Penal vigente, são inteiramente descaracterizados no projeto, que acrescentou um parágrafo ao seu art. 23 facultando ao juiz reduzir a pena até a metade, ou até mesmo deixar de aplicá-la, se o excesso (doloso ou culposo) “decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”, o que alarga sobremaneira os limites da justificante, conferindo-se ampla margem de discricionariedade para o reconhecimento da legítima defesa.

A toda evidência essa norma busca primordialmente proteger os agentes estatais de segurança pública, concedendo-lhes verdadeira licença para matar impunemente, uma espécie de imunidade especial que beneficiará em particular os policiais que atuam nas periferias e comunidades de baixa renda, nas quais as políticas de repressão à criminalidade e o *modus operandi* da atuação das polícias produzem, por culpa ou dolo de seus agentes, inúmeras vítimas fatais entre a população mais vulnerável, dizimando aqueles que são considerados indesejáveis pelas regras sociais e econômicas, em sua maioria jovens e negros, como diariamente se vê nos noticiários dos meios de comunicação.

Tanto é assim que o autodenominado projeto anticrime especificou duas situações que devem ser consideradas de legítima defesa, a partir da norma geral que disciplina a referida justificante, introduzindo um parágrafo único ao art. 25 do Código Penal, com dois incisos, que tratam exclusivamente dos agentes de segurança pública, a saber:

I – o agente de segurança pública que, em conflito armado, **previne** injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e II – O agente de segurança pública que **previne** agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes” (BRASIL, 2019. sem grifos no original).

Aqui também se desnatura por completo o instituto, na medida em que a proposta de excludente de ilicitude abrange a atuação por prevenção que ocorre em momento anterior a eventual agressão injusta e, por isso mesmo, sequer é possível saber se de fato o ato agressivo aconteceria. Os agentes de segurança pública não têm poderes premonitórios e, portanto, qualquer previsão legal que lhes autorize a agir violentamente antes da iminência dos atos de execução da suposta conduta criminosa configura, sem dúvida, uma licença para matar, tal como se verifica na normatização dada no projeto aos excessos doloso e culposos.

As propostas de alteração dos artigos citados, violam princípios, direitos e garantias

constitucionais, bem como pactos internacionais firmados pelo Brasil, notadamente o princípio da prevalência dos direitos humanos; os direitos à vida e à integridade pessoal e as garantias do devido processo legal e de ser julgado pela autoridade competente (art. 4º, II e 5º, *caput*, da CRFB; arts. 4º e 5º do Pacto de San José da Costa Rica e art. 5º, LIII e LIV, da CRFB).

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

1.2 Da fixação do regime inicial da pena: obrigatoriedade do regime inicial fechado (art. 33, § 1º, letras “a” a “c”, § 2º, letras “a” a “c”, § 3º, § 4º, § 5º, § 6º, § 7º, art. 59, incisos I, II, III, IV e parágrafo único, do CP)

As modificações pretendidas para a fixação do regime inicial de cumprimento de penas privativas de liberdade (art. 33 e §§ do Código Penal) se afastam em larga medida da Reforma Penal de 1984 e do objetivo de reintegração social da execução penal, bem como das diretrizes estabelecidas no Pacto de San José da Costa Rica (art. 5.6 da Convenção Americana de Direitos Humanos)”.

A nova redação proposta para o art. 33, § 5º, CP, estabelece: “no caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo”.

Restaura-se, com isso, o injurídico conceito de “criminoso habitual”, criado pelo Código Penal de 1969 – Decreto Lei 1004, de 21.10.69 –, da Junta Militar, que possuía tantos defeitos técnico-jurídicos que acabou sendo revogado, sem nunca ter entrado em vigor. O CP 69 considerava criminoso habitual: a) o reincidente e b) quem “demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime”. Este conceito já constituía, há 50 anos, um retrocesso no desenvolvimento da dogmática penal, relacionado à antiga culpabilidade de caráter ou pela conduta de vida, de modo que nem a Ditadura Militar conseguiu normatizá-lo, sendo inadmissível que nos dias de hoje possa ser inserido no sistema normativo brasileiro.

No item XVI, retorna esse equívoco jurídico: “Medidas para dificultar a soltura de criminosos habituais”. Com nova redação ao art. 310, CPP, determina-se que o juiz deverá denegar a liberdade provisória, se verificar que o agente é reincidente ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais (parágrafo segundo).

Restabelece-se, dessa forma, a prisão preventiva obrigatória, extirpada há tantos anos

da legislação processual, renegando-se o desenvolvimento democrático do Processo Penal em afronta à Constituição Federal de 88, que estabeleceu o direito à liberdade provisória como uma das garantias fundamentais do cidadão.

Por intermédio dos parágrafos 6º e 7º, acrescentados ao art. 33 do Código Penal, se propõe igualmente a fixação do regime inicial obrigatório para os crimes de peculato, corrupção passiva, corrupção ativa, roubo majorado pelo emprego de arma de fogo ou com emprego de explosivo que cause destruição ou rompimento de obstáculo, e ainda para o delito de roubo mediante violência da qual resulte lesão corporal grave, o que evidencia um total desconhecimento.

Relativamente ao parágrafo 6º, não há justificativa razoável para o estabelecimento do regime inicial mais gravoso para crimes praticados sem violência ou grave ameaça (art. 312, *caput* e § 1º, art. 317, *caput* e § 1º, e art. 333, *caput* e parágrafo único, do CP) quando as respectivas penas mínimas de reclusão comportam até mesmo a substituição por penas restritivas de direitos, o que, por si só, revela o total descompromisso do projeto com a técnica jurídica e com a integralidade do sistema de justiça criminal.

Quanto ao parágrafo 7º, observa-se que não se conferiu tratamento idêntico a crimes similares, como se pode verificar no confronto entre o roubo qualificado pelo resultado de lesão corporal grave (art. 157, §3º, I, do Código Penal) e a extorsão qualificada pelo resultado de lesão corporal grave (art. 158, §2º, do Código Penal), porquanto para este último o projeto não estabelece obrigatoriamente o regime inicial fechado. Mais que isso, nem mesmo para crimes de maior gravidade, inclusive considerados hediondos pela legislação penal, houve previsão de regime inicial fechado obrigatório, a exemplo da extorsão mediante sequestro (art. 159, CP c/c art. 1º, IV, Lei 8.072/90) e o estupro de vulnerável (art. 217-A, CP c/c art. 1º, VI, Lei 8.072/90), o que resulta em atecnia e incoerência com o sistema jurídico-criminal, em afronta ao princípio da proporcionalidade.

Ademais, tais alterações afrontam a jurisprudência consolidada da Suprema Corte do país que, após mais de uma década de debates no meio jurídico, decidiu em sessão plenária pela inconstitucionalidade da fixação de regime inicial fechado *ex lege*, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CRFB), que exige fundamentação adequada em relação às circunstâncias do art. 59, *caput*, do Código Penal, tanto para a fixação da espécie e do *quantum* da pena quanto do regime inicial de seu cumprimento dentro dos parâmetros legais (art. 59, I a III c/c art. 33 § 2º, *a*, *b* e *c* e § 3º, ambos do CP).

O projeto também inova no tema propondo que o juiz do processo de conhecimento

tenha a faculdade de estabelecer um período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semiaberto, o que confronta com a teoria geral do processo e das finalidades da execução penal.

Prolatada sentença condenatória no processo de conhecimento, com o trânsito em julgado do *decisum* ou mesmo de forma provisória, inicia-se o processo de execução da pena perante o juiz competente para apreciar toda e qualquer matéria sobre o tema, incluída a progressão de regimes. Como se sabe, são dois processos distintos, com objetivos diversos e competência *ad materiae* que não se confundem, sendo inteiramente desarrazoado que o juiz da execução tenha a sua competência manietada pelo juiz de conhecimento, conforme proposto no projeto.

Na execução, o réu passa a ser o apenado e fica submetido a um novo processo, que pode, inclusive, abarcar mais de uma condenação, sujeito a normas e finalidades próprias, o qual somente será extinto quando ocorrer o cumprimento integral da pena, individual ou unificada. Durante o seu curso, o apenado pode progredir ou regredir de um regime para outro, sempre quando presentes os requisitos objetivos e subjetivos previstos na legislação específica, requisitos esses que não preexistem ao processo de execução – e, portanto, não são possíveis de serem aferidos no processo de conhecimento –, mas que apenas passam a incidir após o seu início, a exemplo do comportamento carcerário e da remição por trabalho ou por estudo, razão pela qual o juiz da execução é o único que tem condições de examinar as provas e conseqüentemente decidir sobre a progressão de regimes.

Da forma como proposta a alteração, acaba por impor aos condenados em regimes fechado ou semiaberto um maior tempo de permanência no cárcere, descuidando-se da técnica e a estrutura do processo em nosso ordenamento jurídico, e ainda com menosprezo às decisões do Supremo Tribunal Federal – que já reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional –, e na contramão da política de desencarceramento pautada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

1.3 Dos efeitos da condenação (art. 91, I, II, a, b, § 1º, § 2º, art. 91-A. § 1º, § 2º, I, II, § 3º, do Código Penal)

Na parte referente aos efeitos da condenação, o pacote anticrime confere um tratamento mais rigoroso às condenações por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, estendendo no seu art. 91-A, *caput*, por mera presunção, o

conceito de produto ou proveito do crime para todo e qualquer bem do condenado até o montante correspondente à diferença entre o valor do seu patrimônio e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, afrontando, assim, o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CRFB), ante a previsão de tratamento diferenciado para réus que se encontrem em idêntica situação de condenado, pouco importando a quantidade das penas, porquanto se trata de efeito extrapenal genérico da condenação que, portanto, deve incidir indistintamente sobre o patrimônio de todos aqueles que são postos na condição de réu condenado por sentença transitada em julgado.

Por sua vez, a extensão do conceito de produto ou proveito do crime para nele incluir indiscriminadamente outros bens do patrimônio do condenado que não têm correlação direta com a conduta criminosa, tal como delineado no *caput* do art. 91-A e disciplinado em seus parágrafos, implica em indevida e desmotivada expropriação que resulta em clara violação ao direito de propriedade (art. 5º, *caput*, da CRFB) e à garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB) na medida em que o confisco previsto no projeto não decorre da relação jurídica material e tampouco da relação jurídica processual – por óbvio, nem poderia –, podendo recair sobre bem acrescido licitamente ao patrimônio do réu condenado – fruto de trabalho ou herança, por exemplo –, até mesmo em data anterior ao crime.

Basta, de um lado, que elementos probatórios indiquem que o condenado se adeque a um dos comportamentos descritos alternativamente no § 1º do art. 91-A do projeto, ou seja, tenha conduta criminal habitual – novamente surge aqui, de forma inadequada, a figura do criminoso habitual –, reiterada ou profissional ou vinculação à organização criminosa, sem que haja a necessária correlação do confisco aos fatos imputados ao réu, o que, repise-se, ofende o direito à propriedade, a garantia do devido processo legal e ainda o princípio da congruência entre a imputação e a sentença. De outro lado, para se considerar o réu condenado como proprietário, é suficiente que ele tenha sobre o bem a ser confiscado o “benefício direto ou indireto, na data da infração penal ...”, seja lá o que isso significa. Certo é que se trata de norma penal de irrestringível alcance, que sempre ficará ao sabor da interpretação criativa do juiz, em detrimento da segurança jurídica e da legalidade estrita. Restará ao réu condenado, em clara e indevida inversão do ônus da prova em matéria criminal, “demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio” (§3º do art. 91-A do projeto), a fim de evitar o confisco indevido de seus bens.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

1.4 Das causas impeditivas e interruptivas da prescrição (art. 116, I, II, III e art. 117, I,

II, III, IV, V, VI, § 1º, § 2º, do CP)

A pendência de embargos de declaração e de recursos aos Tribunais Superiores – inclusive manejados pela defesa –, estes quando inadmissíveis, foram incluídos pelo pacote no rol das causas impeditivas da prescrição (art. 116, III, do projeto), enquanto que a publicação da sentença e do acórdão recorríveis – inclusive absolutórios – e ainda a execução provisória da pena foram acrescidas ao rol das causas interruptivas da prescrição (art. 117, IV e V do projeto), justificando-se nesse particular a proposta na necessidade de se dar “mais efetividade à ação estatal”, a partir da inconsistente premissa de que a prescrição “é válvula de escape da maior parte de criminosos para furtar-se à aplicação da lei”. Contudo, a premissa e a justificativa, entretanto, são frutos de uma visão utilitarista – adotada pela ideologia de combate à criminalidade –, que enxerga o processo penal como mero instrumento de realização do poder punitivo do Estado. Essa concepção inverte a finalidade do processo penal moderno, voltada à contenção ou limitação do poder punitivo estatal, o qual se estrutura sob os pilares do sistema acusatório, assegurando ao réu – não “ao criminoso” como referido impropriamente na parte acima citada da exposição de motivos –, presumidamente inocente, o exercício pleno dos direitos e das garantias constitucionais de natureza processual, sempre presentes num Estado Democrático de Direito.

Atribuiu-se à defesa ônus que não lhe cabe no processo, ou seja, de provocar a incidência de marcos impeditivos e interruptivos da prescrição, tão-somente em decorrência de sua legítima, regular e necessária atuação em prol do acusado, opondo embargos ou interpondo recursos para os Tribunais Superiores, ou até mesmo quando consegue obter o reconhecimento da inocência do réu, por sentença ou acórdão, em desconformidade com os princípios do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (atr. 5º, LV, da CRFB e art. 8º, 2. “a” até “h”, do Pacto de San José da Costa Rica), e o da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB e art. 8º, 2, do Pacto de San José da Costa Rica).

Ignora-se, outrossim, a natureza da prescrição, estritamente vinculada ao exercício do direito de ação, ou seja, à pretensão punitiva estatal, o que se traduz num enorme contrassenso em face da estrutura processual.

Além disso, a dogmática jurídica ensina que a incidência de alguma causa impeditiva da prescrição ocorre por questão prejudicial quanto à existência do próprio crime ou em situação que impeça o réu de responder por seu crime em território nacional, e não pela prática de atos processuais regularmente exercidos pelas partes em conformidade com a legislação processual.

De seu turno, a indevida equiparação da execução provisória à definitiva para o fim da interrupção do prazo prescricional atinge diretamente a pessoa do réu, sem que este tenha culpa formada por decisão condenatória transitada em julgado, vulnerando igualmente o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB e art. 8º, 2, do Pacto de San José da Costa Rica), cujo valor, aliás, é inestimável no Estado Democrático de Direito.

Na verdade, sem prejuízo da ofensa às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como ao princípio da presunção de inocência, as alterações propostas se mostram discrepantes da própria dogmática processual penal vigente, da qual exsurge evidente que a *ratio* da extinção da punibilidade pela prescrição reside na inércia ou demora do Estado em promover a *persecutio criminis in judicio*, e não na atuação legítima da defesa no processo.

Tanto é assim que a prescrição se interrompe, em regra, quando a persecução penal deflagrada pelo Ministério Público obtém algum resultado parcial ou definitivo favorável e, em contrapartida, o réu sofre um gravame no processo, como, por exemplo, o recebimento da denúncia, a pronúncia, a publicação da sentença ou do acórdão condenatórios recorríveis e o início do cumprimento da pena definitiva.

De todo modo, seja por estar em confronto com normas de *status* constitucional ou por falta de congruência com a estrutura dogmática do processo penal, as modificações propostas para a ampliação das causas impeditivas e interruptivas da prescrição são inteiramente destoantes da integralidade de nosso sistema processual.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

1.5 Do tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade e do livramento condicional (art. 75, § 1º, § 2º, art. 83, I, II, III, IV e V, do CP)

O projeto apresentado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, alguns meses antes do pacote anticrime do atual Ministro da Justiça, se situa na mesma linha ideológica de combate à criminalidade e, na toada punitivista, preconiza não só o endurecimento de penas, mas também um tratamento mais rigoroso na execução penal, propondo diversas medidas no intuito de se manter o réu condenado encarcerado pelo maior tempo que for possível, dentre as quais o aumento do tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade e o agravamento dos requisitos para obtenção de livramento condicional, que se aplicam a todos os apenados indistintamente, não obstante, como já ressaltado acima, o fracasso dessa política criminal nas últimas décadas e a falência do

sistema penitenciário nacional, já reconhecida pelo própria Corte Suprema.

A proposta de elevar o limite máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos, tem como justificativa exclusiva à atual expectativa de vida dos brasileiros. Segundo essa linha de raciocínio, se hoje o brasileiro vive em média 75,8 anos – e não 45,5 anos como vivia em média na data de promulgação do Código Penal de 1940 –, conforme os dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o condenado pode ficar encarcerado por até 40 anos.

Não há qualquer preocupação com a capacidade física e mental do ser humano em suportar tão longo tempo de encarceramento, especialmente diante das condições sub-humanas de nosso sistema prisional, em razão dos conhecidos problemas de superpopulação, de ambientes insalubres, de doenças infectocontagiosas, de excessivos períodos de isolamento nas penitenciárias de segurança máxima, de torturas, de riscos de agressões e morte, dentre tantos outros que já provocaram condenações do Brasil perante a Corte IDH.

Cria-se a falsa ilusão de que o investimento numa longa e duradoura segregação do apenado no sistema penitenciário resolve o problema da criminalidade, olvidando-se da rotatividade natural às espécies de crimes eleitos como alvo da política de combate à criminalidade.

A proposta de agravamento dos requisitos do livramento condicional, tem também o escopo de impor ao apenado um tempo maior de encarceramento, qualquer que seja o crime que tenha praticado, na medida em que estabelece um novo requisito objetivo para a sua concessão, qual seja, o “não cometimento de falta grave nos últimos doze meses”.

A falta grave é uma espécie de infração disciplinar, que se encontra normatizada na Lei de Execuções Penais com a previsão das respectivas sanções, inclusive regressão de regime prisional, a ser aplicada em regular procedimento administrativo – sem prejuízo de eventual sanção penal –, justamente com a finalidade de se manter a disciplina nos estabelecimentos prisionais, sendo esta, a propósito, a justificativa apresentada no projeto para incluí-la como requisito objetivo negativo do livramento condicional, o que ressoa como *bis in idem*.

Na realidade, a prática de falta grave de há muito é sopesada pelo juiz quando do exame do pedido do livramento condicional, enquanto elemento do requisito subjetivo normatizado no art. 83, II, do Código Penal, já que diz respeito ao comportamento carcerário do apenado. Sob essa ótica, transformá-la em requisito objetivo, produzirá o efeito negativo de restringir a desejável liberdade decisória do juiz da execução – tal como se verifica na proposta do regime inicial fechado obrigatório –, em prol de uma política criminal

encarceradora, que segue alheia ao insucesso de seus resultados, ao caos do sistema penitenciário – repise-se, o Supremo Tribunal Federal já declarou o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário – e em direção contrária às diretrizes do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

1.6 Medidas para endurecer o cumprimento das penas (art. 33, § 5º, § 6º, § 7º e art. 59, parágrafo único, ambos do CP)

As condições de aprisionamento no Brasil, devido ao descaso das autoridades responsáveis pela custódia das pessoas aprisionadas, são degradantes e não alcançam os objetivos propostos pela Constituição Federal e Lei de Execução Penal, dentre os quais o de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. Superlotação carcerária, ausência de assistências pessoais e materiais às pessoas presas, falta de oportunidades de trabalho e estudos durante o período de cumprimento de pena, comando das unidades prisionais nas mãos das facções criminosas, grande número de motins e rebeliões acarretando mortes de pessoas presas que teriam que estar concretamente protegidas pelo Estado, são a tônica deste quadro caótico do aprisionamento de pessoas no Brasil. O quadro é tão grave que o Brasil já sofreu inúmeras intervenções de organizações internacionais determinando a tomada de providências tendentes à modificação destas condições.

O aspecto principal e comum da proposta de acréscimo destes parágrafos é a imposição do regime fechado, como início de cumprimento da pena, de acordo com circunstâncias variadas, cada uma delas inseridas em cada um dos parágrafos propostos. Observa-se que o texto proposto além de inconstitucional, por ferir o princípio constitucional da individualização da pena, burla entendimentos hoje sedimentados no Supremo Tribunal Federal.

O entendimento sedimentado pela nossa corte constitucional deixa claro que a lei penal, nos parágrafos 3º e 4º do artigo 33 do Código Penal já traz os instrumentos legais para que o juiz sentenciante fixe o regime inicial de cumprimento da pena, procedendo, desta forma, com parcela de sua individualização, a partir de critérios objetivos, para determinar o regime inicial de cumprimento da pena. A partir disto, forçoso concluir-se que toda e qualquer regra que imponha a obrigatoriedade da imposição do regime fechado para o início de cumprimento da pena deve ser considerada inconstitucional, por ferir o princípio constitucional da Individualização da Pena.

Resta, agora, examinar os requisitos que, segundo o projeto de lei, serão determinantes à imposição do regime fechado como o inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Na proposta de acréscimo de um § 5º ao artigo 33 do Código Penal, a intenção é ainda mais gravosa, pois não trabalha somente com os crimes mais graves (hediondos ou assemelhados), abarcando na proposta de imposição de regime fechado inicial desde que o réu seja reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto quando as infrações penais pretéritas que sejam insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo.

A proposta traz grave imprecisão técnica ao conceder uma larga margem de interpretação ao julgador, deixando ao seu arbítrio a definição do que seja infração penal insignificante, até mesmo em decorrência de que, no mais das vezes, em decorrência do princípio da intervenção mínima, uma das bases do Direito Penal, em caso deste tipo de infração penal não deve ocorrer a incidência da lei penal, sendo a absolvição a melhor resposta judicial.

Há também um equívoco terminológico, pois a lei, a doutrina e a jurisprudência conhecem as infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo erro falar-se em infração penal de reduzido potencial ofensivo.

E mais, a valoração da reincidência para imposição, como regra geral, do regime fechado como início de cumprimento de pena fere a teoria do direito penal do fato e consagra a malfadada teoria do direito penal do autor, fazendo com que esta circunstância, que já gerou uma consequência que determinou o agravamento da pena, também traga consequências desfavoráveis ao acusado, impondo-lhe, como regra geral, a obrigatoriedade de ter de iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

1.7 Regime inicial de cumprimento de pena fechado (art. 33, §§ 6º e 7º, do Código Penal)

Nestes dispositivos do embrulho legislativo proposto o raciocínio é simples, simplório, singelo: para alguns tipos de crimes a regra geral do regime inicial de cumprimento da pena ser o fechado fica imposto pela lei.

No § 6º os crimes ali inseridos são os seguintes: - arts. 312, caput e § 1º, crime de Peculato; art. 317, caput e § 1º, crime de corrupção passiva na sua forma simples e na forma majorada; art. 333, caput e parágrafo único, crime de Corrupção Ativa em sua forma simples

e na forma majorada, em relação aos quais deve ser imposto o regime fechado como o regime inicial de cumprimento de pena, exceto se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis.

Veja-se que são duas situações que podem excepcionar a imposição do regime inicial fechado, bastando a presença de uma delas para caracterização da exceção.

Em relação a primeira delas – o pequeno valor da coisa apropriada ou a vantagem indevida – mais uma vez resta a crítica de que são situações que devem acarretar em absolvições em decorrência da incidência do Princípio do Direito Penal Mínimo e/ou adoção da teoria da insignificância.

A segunda exige que todas as operadoras do artigo 59 sejam favoráveis ao réu. Tal exigência é excessivamente rigorosa e vai na contramão da política criminal sustentada nos fundamentos constitucionais. Basta ver que a lei atual, no § 3º, do artigo 33 do CP, determina que o juiz, para fixar o regime inicial de cumprimento da pena, deve observar os critérios estabelecidos no artigo 59 deste mesmo *códex*. No entanto, determina que sejam observados, sem, contudo, exigir que as oito (08) operadoras sejam favoráveis ao condenado. Ora, sabendo-se que tais operadoras possuem variáveis interpretativas, que dão margem a entendimentos extremamente rigorosos, dizer que basta a presença de uma ser desfavorável ao réu para impor o regime fechado para o início de cumprimento da pena, é objetivar o que é subjetivo e propugnar o endurecimento desproporcional e irrazoável na forma de cumprir a reprimenda penal.

Já em relação ao § 7º, os crimes ali previstos, para a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena, são: **art. 157, na forma do § 2º-A** – crime de Roubo majorado com pena aumentada em dois terços, se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo ou se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum, **e do § 3º, inciso I** – quando no crime de Roubo, em decorrência da violência resulta lesão corporal de natureza grave. A regra geral é que para a imposição do regime inicial fechado basta a presença objetiva de um destes crimes, sendo que a situação que excepciona essa regra exige que todas as operadoras do artigo 59 sejam favoráveis ao condenado, cuja crítica nos reportamos a abordagem anterior, quando da análise da proposta de acréscimo do § 6º do artigo 33 do CP.

Se tudo isto não bastasse traz-se, ainda, uma questão de cunho pragmático: onde será colocado todo este contingente de presos que, desde o início, terão que cumprir pena em regime fechado?

A resposta passa, necessariamente, por alguns dados estatísticos, trazidos à baila a

partir da matéria denominada de Monitor da Violência, publicada no site G1 no último dia 28 de abril do ano em curso. Segundo este levantamento: “Os dados apontam que há hoje no país **704.395 presos para uma capacidade total de 415.960**, um *deficit* de 288.435 vagas. Se forem contabilizados os presos em regime aberto e os que estão em carceragens da Polícia Civil, o número passa de 750 mil.”

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

1.8 Possibilita ao juiz da condenação decidir sobre progressão de regime (art. 59, parágrafo único, do Código Penal)

Há também a proposta trazida no parágrafo único, do art. 59, do CP que é flagrantemente inconstitucional por ferir de morte o princípio do juiz natural e o princípio da individualização da pena, pois faculta ao Juiz da condenação, não ao Juiz da Execução Penal - que é quem tem competência jurisdicional para decidir sobre progressão de regime -, preestabelecer o período que lhe aprouver, a partir de sua análise das operadores do artigo 59 do CP, qual o prazo mínimo que o réu deverá cumprir no regime fechado ou semiaberto para progredir de regime.

Assim, de plano já deve ser apontado, também, que o texto proposto peca por determinar, de forma equivocada, a competência para autorizar que o juiz da condenação estabeleça o prazo em que o condenado poderá progredir de regime, ferindo a lei de execução penal que determina, em seu artigo 66, no rol de competências do Juiz de Execução Penal, que ele deve decidir sobre progressão ou regressão de regimes (art. 66, III, b), da lei nº. 7.210/84. Nesta esteira, o que o texto propugna é uma subtração de competência jurisdicional do juízo da execução penal, transferindo-a, em forma de esbulho, ao juízo da condenação.

Mas os problemas não param por aqui. O texto legal pode se afigurar mais gravoso do que a própria lei dos crimes hediondos que determina as frações de cumprimento da pena para fins de progressão de regime em 2/5 ou 3/5, incidindo cada uma delas por ser o réu primário ou reincidente. Não estabelece, inclusive, que em se tratando de crimes hediondos ou a ele assemelhados, o Juiz não está proibido de exigir fração maior do que a exigível pela lei ora mencionada. Assim, ao não estabelecer uma fração mínima, deixa ao arbítrio judicial, sem qualquer tipo de parâmetro ou limitação de quantidade mínima de pena a ser cumprida para a progressão.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta

2 PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A proposta apresenta medidas para aumentar a efetividade do Tribunal do Júri (art. 421, caput e § 1º, art. 492, “e” e §§, art. 584, caput e § 2º, CPP)

A pretexto de “aumentar a efetividade do Tribunal do Júri”, o projeto quer que o julgamento seja realizado independentemente do processamento do recurso interposto contra a pronúncia (recurso sem efeito suspensivo) e, em caso de condenação, que o acusado seja preso, imediatamente, também independentemente do processamento do apelo interposto contra a condenação (execução provisória e apelação sem efeito suspensivo).

Todavia, além de desacompanhada de qualquer justificativa ou embasamento empírico, e inspirada pela obsessiva e descabida ideia de que a condenação e a prisão dos acusados conferem maior efetividade ao Tribunal do Júri, a proposta viola os princípios constitucionais e de direitos humanos da presunção de inocência e do direito a recurso.

Contra qualquer decisão judicial de primeiro grau, proferida por órgão monocrático ou colegiado, há de existir a possibilidade legal de um recurso com o mais amplo espectro impugnativo, hábil para devolver à instância superior a cognição de todas as questões referentes à causa, ou seja, os fatos, o direito aplicável e os meios de prova substanciais, impedindo a execução provisória da decisão recorrida.

O art.14.5 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o artigo 8º, 2, “h” da Convenção Americana de Direitos Humanos garantem, expressamente, o “direito de recorrer da sentença”.

Assim, como já proclamou o Comitê de Direitos Humanos, no *General Comment n.º 32/2007*, viola o disposto no artigo 14.5 da CADH a falta de disponibilização de um recurso eficaz e de natureza ordinária contra a sentença condenatória de primeiro grau. É por isso que as decisões do Júri, apesar de sua constitucional soberania, não podem ser definitivas e contra elas deve o sistema processual garantir recurso eficaz, com efeito suspensivo, que permita, inclusive, o reexame das provas.

O Júri é soberano, como dispõe o artigo 5º, XXXVIII da CF/88, mas isso não implica a negação ou exclusão das demais garantias constitucionais e convencionais. O STF já decidiu que a soberania do Júri “ostenta valor meramente relativo”, “não se reveste de intangibilidade jurídico-processual” e “não confere a esse Tribunal um poder incontestável e ilimitado” (STF, 2001).

A soberania do Júri é uma garantia fundamental dos acusados e não pode ser invocada contra eles. Portanto, determinar a prisão do acusado, diante de condenação proferida pelo

Tribunal do Júri, para iniciar o cumprimento da pena, provisoriamente, sem aguardar o trâmite do prazo recursal ou o processamento do recurso interposto, e sem qualquer motivo concreto a justificar a decretação da prisão preventiva, constitui flagrante violação ao direito constitucional e convencional ao direito de recorrer.

E não se pode invocar, senão de forma falaciosa, o julgamento do HC/STF n. 118.770/SP, para justificar a proposta de início do cumprimento da pena, provisoriamente, antes do processamento do recurso contra condenação do Júri, pois, ao contrário do que consta da ementa publicada, o STF não acolheu a alegada obrigatoriedade de prisão imediata dos condenados pelo Júri, como pretendia o Min. Barroso em seu voto isolado, mas, sim, não conheceu da impetração “ante a inadequação da via eleita”. E, nesse julgamento, também houve o voto do Min. Marco Aurélio, que afirmou que, mesmo diante da condenação do Júri, eventual prisão somente seria admitida se presentes os requisitos exigidos para a prisão cautelar.

Na realidade, o STF nunca decidiu autorizando a prisão do condenado pelo Júri, como antecipação de pena, antes do processamento do recurso interposto. Decidiu, sim, várias vezes, no sentido exatamente contrário. Além disso, sem que exista necessidade da decretação da prisão preventiva, de caráter cautelar, não é possível antecipar o cumprimento da pena, pois, todos os acusados têm direito à presunção de inocência, nos termos do artigo art. 5º, LVII da CF/88, que dispõe, expressamente, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”. E, nos termos do artigo 8º, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e do artigo 14, 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for “legalmente comprovada a sua culpa”, o que, segundo os princípios do sistema de proteção dos direitos humanos, exige o respeito ao direito de recurso, que deve ter o mais amplo espectro impugnativo, possibilitando, sempre, o reexame das provas.

Assim, não há falar em culpa legalmente comprovada sem que seja garantido plenamente o direito ao recurso. E não é possível conferir a tais dispositivos convencionais qualquer interpretação que limite a aplicação das mencionadas garantias constitucionais. É que, de acordo com o disposto no artigo 29.b da CADH, nenhum de seus dispositivos deverá ser interpretado no sentido de “*limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possa ser reconhecido de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados*”. E a interpretação dada aos dispositivos da Convenção Americana, tanto pela Corte, pela Comissão e pelos demais órgãos de monitoramento, “é de caráter vinculativo para os Estados-partes, o que evidencia a

existência de um dever de confluência da atuação estatal de modo a obedecer aquela legítima hermenêutica levada a cabo pelo órgão internacional, seja, ela, expressa nas medidas cautelares eventualmente concedidas, nos casos contenciosos ou nas opiniões consultivas exaradas.

Finalmente, no âmbito do sistema de proteção e garantia dos direitos humanos, há de prevalecer o princípio *pro persona*, que determina a prevalência da interpretação da norma que promova a proteção mais ampla e efetiva da dignidade da pessoa humana e, ainda, a interpretação expansiva das normas protetivas dos direitos humanos e restritiva de suas limitações (CORTEIDH, 1985).

A efetividade do Tribunal do Júri, portanto, não será garantida com as propostas em comento, mas, sim, com a realização dos julgamentos estritamente de acordo com todas as normas, regras e princípios, legais, processuais, constitucionais e de direitos humanos. E não se diga, para salva-lo, que o projeto estaria a permitir ao juiz presidente ou ao Tribunal *ad quem* suspender o cumprimento provisório da pena, pois, na realidade, nesse particular, há uma inaceitável inversão de paradigmas: a regra há de ser a liberdade; a prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, a exceção, que deve ser, sempre e sempre, justificada, quando configurada a necessidade dessa medida extrema.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

3 PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS (LEI 8.072/1990)

3.1 Aumenta o tempo de cumprimento de pena para a progressão de regime de cumprimento de pena (art. 2º, § 5º, Lei nº. 8.072/1990)

A proposta aqui prevista configura flagrante *bis in idem*, pois para os tipos penais arrolados no artigo 1º da lei dos crimes hediondos, que resultarem em morte, os próprios tipos penais já impõem uma pena bem mais rigorosa em decorrência deste resultado letal. Desta feita, adotar-se o resultado morte como critério para exigir-se uma fração maior de cumprimento da pena para obtenção da progressão de regime – mesma fração exigida para os presos que são reincidentes (3/5 – três quintos) – afigura-se desproporcional e injusta, uma vez que o resultado morte, nestes crimes, além de elevar o crime a classe dos hediondos, com todas suas consequências, já determinou que o legislador, no preceito sancionador, tenha imposto uma pena bem mais rigorosa.

Ademais a proposta contida neste parágrafo, mostra-se violadora do princípio constitucional da individualização da pena e, de conseguinte, apresenta-se em desconformidade com o ordenamento constitucional pátrio, uma vez que engessa a atividade jurisdicional, fazendo com que cesse o exame de circunstâncias dentro do processo de execução de cada apenado, impondo ao julgador um mecanismo matemático simples, sem possibilidade de exame de outros elementos que possam trazer concretude à verdadeira individualização da pena.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

3.2 Altera critérios para a progressão de regime de cumprimento de pena (art. 2º, § 6º, Lei nº. 8.072/1990)

A redação propõe que nos crimes hediondos e aos a ele assemelhados fiquem condicionadas à presença de mérito do condenado e a constatação de uma presunção de que ele não voltará a delinquir. Na primeira parte a proposta traz a hipótese de aferição do mérito do condenado. Não refere, de forma expressa, de que forma será verificado este mérito, abrindo um leque infundável de possibilidades, deixando em aberto os métodos para a obtenção deste marcador. Parece, entretanto, que a segunda parte do dispositivo proposto traz, de certa forma, o complemento da primeira parte, ao pontuar que se deverá constatar, diante

das condições pessoais do condenado, se poder-se-á presumir se ele voltará a delinquir.

Imperioso, neste quadro, fazer-se alguns registros comparativos, diante da legislação vigente, bem como de alguns entendimentos jurisprudenciais atuais.

Inicia-se pela lei de execução penal, que, para os crimes em geral, no artigo 112, exige, para fins de progressão, o cumprimento de um sexto (1/6) da pena e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento. Este dispositivo legal foi alterado em 2003, passando a trazer estes requisitos para a progressão, retirando a obrigatoriedade do chamado exame criminológico. Já a lei dos crimes hediondos sofreu uma alteração relativa ao requisito objetivo, com a alteração da fração exigível de tempo de cumprimento de pena para possibilitar a progressão. Lógico que atrelado a isto exige-se o atestado de conduta carcerária expedido pelo diretor da unidade prisional. Depois de muita discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de como deve ser aferido o requisito subjetivo, no caso de progressão de regime nos crimes hediondos ou a ele assemelhados, o STF editou a súmula vinculante nº. 26, que estabelece que na progressão de regime, nesta espécie de crimes, o juiz poderá, de forma fundamentada, determinar a realização de exame criminológico.

Assim, diante de tais circunstâncias, entende-se preocupante que, diante da proposta de redação em comento, a realização de exame criminológico, volte a ser regra como requisito autorizador de progressão de regime nos crimes hediondos ou a ele assemelhados. Poderá ser interpretado como regra legal, a realização de exame criminológico, como requisito à progressão, sem, todavia, ser claro em sua determinação, retirando do Juiz o exame de sua necessidade, contrariamente ao que preceitua a súmula acima referida.

Por fim, merece crítica o fato de que faz renascer a equivocada ideia de que um exame possa determinar se há ou não como se presumir se o apenado delinquirá novamente, pois esta tarefa foge das atribuições profissionais de psicólogos e assistentes sociais que, no mais das vezes, são chamados a realizar tais exames.

Desta feita, considera-se que o regramento legal e jurisprudencial vigente, acima comentados, já são suficientes para regular a matéria de progressão de regime nos casos de crimes hediondos, tornando-se absolutamente desnecessária qualquer alteração legislativa.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

3.3 Restringe direitos do condenado por crimes hediondos ou assemelhados (art. 2º, § 7º, I, II, Lei nº. 8.072/1990)

O dispositivo proposto no § 7º traz proibições para apenados que cumprem penas por crimes hediondos. Entretanto, mais uma vez traz equívocos graves, que se passa a demonstrar.

No inciso I proíbe, durante o cumprimento da pena no regime fechado, saídas temporárias, ressalvando algumas hipóteses como exceções. Ocorre que há uma grande confusão terminológica, pecando, fundamentalmente, em desconhecer que o termo autorização de saída é o gênero, do qual são espécies a permissão de saída e a saída temporária. A partir do equívoco aqui apontado, surge a aberração de vedar-se a saída temporária às pessoas presas que cumprem pena em regime fechado, sendo que nos termos da lei vigente a saída temporária não é aplicável ao regime fechado. A saída temporária é um benefício dirigido as pessoas encarceradas no regime semiaberto.

Assim, para melhor entender a proposição feita, em caso de manutenção da proposta, o que somente se cogita pelo amor ao debate, deva-se corrigir a redação para que onde conste saída temporária seja substituído por autorização de saída.

No inciso I há a proibição para os presos do regime fechado da autorização de saída – corrigindo-se o erro na denominação -, que é o gênero, autorizando, entretanto, como exceção a permissão de saída, que se encontra prevista no artigo 120 da Lei de Execução Penal, e afastamento da unidade prisional para comparecimento em audiências, mediante escolta. Resta a curiosidade se tal dispositivo derroga ou não a possibilidade de trabalho externo pela pessoa presa, nos termos do que preceitua nos artigos 36 e 37 da Lei de Execução Penal, que autoriza este tipo de trabalho, mediante escolta, somente em serviço ou obras públicas. Entretanto, comparando-se as redações dos incisos I e II, forçoso concluir que resta derogada esta possibilidade às pessoas presas do regime fechado, já que em relação àqueles que cumprem pena em regime semiaberto, há previsão para saída da unidade prisional, para o trabalho ou para cursos de instrução ou profissionalizante.

Com isto a crítica deve ser feita em razão de se retirar a possibilidade de a pessoa presa, do regime fechado, uma vez cumpridos os requisitos legais, ser autorizada a prestar serviço externo. Ora o trabalho da pessoa encarcerada é um direito, que na grande maioria das unidades prisionais deste imenso Brasil, é sonegado. Nesta esteira, como praticamente também não há o trabalho interno, em realidade, a proposta legislativa afastará o direito da pessoa presa em regime fechado desfrutar de um direito que lhe é assegurado em lei e na Constituição Federal, como forma de asseguramento de sua dignidade e para prepará-la para o retorno ao convívio social.

Já no inciso II a proposta é trazer a proibição da saída temporária às pessoas presas do regime semiaberto.

Inicia-se remetendo ao artigo 122 da LEP, que estabelece a possibilidade de que os condenados que cumprem pena em regime semiaberto obtenham autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, para visita à família; frequentar curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; e participar em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, com a ressalva, do parágrafo único, de que a ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

Basta comparar o texto proposto com a atual legislação, acima transcrita, para verificar que restam banidas as hipóteses de saída temporária para visita a família e para participação em atividades que retornam para o convívio social.

Antes de debruçar-se nas críticas faz-se mister lembrar quais são as finalidades da saída temporária. As saídas constituem um importante elemento para a consecução das finalidades da execução penal, pois fortalecem os vínculos familiares, reduzem as tensões inerentes ao encarceramento e suas consequências, e o conseguinte distanciamento da realidade cotidiana, e por isso jamais devem ser encarados como um mero benefício ou recompensa (TAMART SOMALLA, 2005).

No tocante à participação em atividades que contribuam para o retorno ao convívio social, "trata-se de hipótese ampla, para atender a atividades que, por sua natureza, poderão colaborar com a reinserção social do condenado" (BRITO, 2019, p. 393). Como exemplo pode-se trazer a concessão de saída temporária para uma pessoa presa para exposição de seus trabalhos artísticos.

Assim, impedir o convívio das pessoas presas do regime semiaberto com seus familiares, bem como impedi-las de participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, pelo fato de que foram condenados por crime hediondo, de tortura ou terrorismo, vai de encontro aos interesses da execução penal que é de reintegrar a pessoa aprisionada ao convívio social. O afastamento destas hipóteses afigura-se um abominável retrocesso, capaz de retirar direitos que, sabidamente, possibilitam uma melhor recuperação social da pessoa condenada, atentando, por via transversa, contra o sistema de progressividade da pena que na, precisa lição do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal

A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao apenado com dias melhores, incentivando-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e uma futura inserção ao meio social (STF, 2006).

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

4 PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI 12.850/2013)

4.1 Dispõe sobre o local do cumprimento da pena e a progressão de regime (acrescenta os §§ 8º e 9º, no art. 2º da Lei nº 12.850/2013).

Neste ponto a proposta de reforma legislativa volta-se para o endurecimento das penas nos casos de pessoas aprisionadas que sejam líderes ou que integrem organizações criminosas. Passa-se a examiná-las.

A primeira delas, que cria o § 8º do artigo 2º da lei n. 12.850/2013, impõe a obrigatoriedade de início de cumprimento de pena em estabelecimentos penais de segurança máxima, quando o apenado for uma liderança de organização criminosa armada ou que tenham armas à sua disposição. Inicia-se lembrando que se rechaça qualquer regra que engesse a atividade jurisdicional, que retire do Juiz de Execução Penal a tarefa de, examinando o caso concreto, decidir de acordo com suas convicções acerca da forma e local onde se dará o cumprimento da pena, precipuamente por violar o princípio da individualização da pena que é de índole constitucional.

A seguir o preceito legal proposto merece crítica no sentido de não determinar quem deverá definir quem são as lideranças. Será necessária a condenação específica no crime de organização criminosa tipificado no artigo 2º da lei n. 12.850/2013, isto é, este dispositivo aplicar-se-á somente aos condenados pelo crime de organização criminosa? Não se sabe, pois a redação proposta é duvidosa.

Mas as dúvidas não param por aí. Mais uma vez a proposta é falha em elementos essenciais referentes a sua clareza, pois ao exame do tipo penal acima referido constata-se a presença de quatro (04) condutas (verbos nucleares do tipo) que servem como elementos caracterizadores do crime em exame, que são: promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa. Observe-se que não está prevista a conduta de liderar, que é o requisito para imposição de início de cumprimento de pena em estabelecimento prisional de segurança máxima. É possível que a intenção seja impor este rigor na hipótese de agravamento da pena, previsto no § 3º do referido dispositivo legal, para quem “exerce o comando”, mas o projeto não esclarece.

A proposta peca pela falta de precisão, de clareza, deixando muitas dúvidas, dentre as quais pode-se apontar, ainda, aquela que diz respeito à competência da definição de quem são estes líderes, se da administração penitenciária ou do juiz da execução penal. Em sendo da

administração penitenciária, haveria violação ao princípio da reserva de jurisdição.

Também não está claro se quem definirá se a organização criminosa é armada ou que possui armas a sua disposição será a administração penitenciária, o Juiz da condenação por crime de organização criminosa ou, ainda, o juiz da execução penal.

Destarte, neste grande rol de dúvidas, lógico que não há como prosperar uma proposta legislativa que padece de tantos vícios.

A segunda hipótese agora a ser analisada consubstancia-se na proposta de criação de um § 9º ao artigo 2º da lei n. 12.850/2013, que tem a seguinte redação: “§ 9º O condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado através de organização ou associação criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo”.

Mais uma vez a redação deixa margem a incontáveis dúvidas.

Nesta tendência punitivista, a proposta foi além da proibição de progressão de regime ou concessão de livramento condicional somente aos condenados por integrar organização criminosa, mas intencionou abarcar aqueles que foram condenados por crimes praticados através de organização criminosa. Nesta situação, no entanto, a condenação deve se dar pelo crime de organização criminosa, pois resta, na figura descrita, subsumida um dos verbos nucleares do crime que acima já foram examinados. Não é possível praticar-se crimes por meio de organização criminosa sem haver a tipificação desta figura delituosa.

Viola igualmente a proporcionalidade trazer esta consequência para os casos de condenação por associação criminosa, já que o tipo penal previsto no artigo 288 do Código Penal não é reservado para os crimes mais graves, podendo ser aplicado para qualquer tipo de crime. Assim, por exemplo, entende-se muito rigoroso proibir-se a progressão de regime ou livramento condicional para pessoas condenadas por crimes de furtos e de associação criminosa, este último crime derivado da associação para a prática dos primeiros crimes. Nesse ponto, a proposta contribui cada vez mais com o aumento da criminalidade, colocando mais pessoas no já superlotado sistema prisional, onde jovens, ao ingressarem, são cooptados como mão de obra barata para as facções criminosas.

Em relação à regra impeditiva de progressão de regime, que é a existência de elementos comprobatórios que indiquem a manutenção dos vínculos associativos, o projeto igualmente peca por falta de clareza ao se omitir em apontar quais são estes elementos comprobatórios e quem decidirá se eles comprovam a manutenção dos vínculos associativos: se a administração penitenciária ou o juiz da execução penal.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta

4.2 Permite que Ministério Público e Polícia Federal firmem acordos ou convênios com órgãos estrangeiros para investigar crimes transnacionais (art. 3º, Art. 3º-A, § 1º, § 2º, § 3º, § 4º, Lei n.º 12.850/13)

De início, é importante esclarecer que as relações internacionais somente podem ocorrer nos termos estabelecidos pelo direito positivo, a saber: a) Auxílio Direto por meio das Autoridades Centrais; b) encaminhamento e execução de Cartas Rogatórias com chancela pela Autoridade Judicial competente (STJ); c) homologação de decisão estrangeira pelo órgão judicial competente (STJ).

Vale apontar que tal arranjo institucional é consagrado pelo direito positivo brasileiro conforme a fácil leitura dos artigos 26 a 41 do Código de Processo Civil e da Constituição da República de 1988.

No âmbito do direito penal e processo penal temos o mesmo modelo legal.

A persecução penal de crimes transnacionais graves é objeto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a qual foi incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto n. 5.015/2004.

Nos termos do citado Tratado Internacional, a cooperação jurídica internacional é disciplinada pelo art. 18. O item 13 do art. 18 do Decreto n. 5.015/2004 preconiza que a cooperação jurídica internacional, inclusive no campo penal, ocorrerá mediante participação das Autoridades Centrais ou pelos clássicos canais diplomáticos, nos exatos moldes acima comentados.

Significa dizer que existe um modelo jurídico consagrado a respeito do mecanismo de cooperação jurídica internacional, que faz alusão a uma Autoridade Central, a qual tem funções jurídicas específicas no tocante aos pedidos passivos de auxílio jurídico, como também, das vias diplomáticas. Isso autoriza concluir, de uma forma geral, que tanto o direito processual civil como o direito processual penal brasileiro acolhem o mesmo modelo de relacionamento internacional, o qual é internacionalmente consagrado.

Esse é um ponto muito importante e, a partir dele, deve-se fazer juízo de valor sobre o Projeto de Lei apresentado pelo atual Ministro da Justiça, em sua totalidade.

Nessa esteira, a fim de melhor entender o modelo classicamente adotado pela legislação brasileira, questiona-se o que seriam as Autoridades Centrais.

O item 13 do art.18 do Decreto 5015/2004 reza claramente que os Estados Nacionais

devem designar uma Autoridade Central para realizar as funções jurídicas de cooperação internacional. Isso ocorre pela razão de que, em sede de Direito Internacional, somente determinadas autoridades estatais estão autorizadas, pelo direito interno, a falar e estabelecer relações jurídicas na arena internacional.

É, por exemplo, o quanto consta do art. 7 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7030/2009), no sentido de que somente uma autoridade com plenos poderes ou uma autoridade que as circunstâncias indicarem estar representando determinado Estado Nacional goza de capacidade de representação internacional.

Isso quer dizer que as relações internacionais transcorrem entre autoridades públicas **previamente** indicadas pelo Estado Nacional; sendo certo que quem pode estabelecer relações internacionais e indicar autoridades - com poderes de representação internacional - é o Presidente da República sob controle do Congresso Nacional (CR, art. 84, VI e VII).

Quanto ao ponto, é preciso ressaltar que as Autoridades Centrais têm competência para realizar juízo de valor a respeito do pedido de cooperação jurídica, notadamente se ele, de algum modo, ofende a ordem jurídica brasileira (CPC, art. 39).

Assim, a Autoridade Central realiza juízo de valor a respeito do pedido de cooperação passiva, possuindo competência para obstar seu andamento, o que reforça a necessidade de prévia designação pela autoridade constitucionalmente competente.

Nessa ordem de ideias, vale pontuar que os Estados Nacionais, no plano internacional, podem ter interesses econômicos conflitantes, e que determinada agenda de combate a crimes transnacionais pode esconder instrumento de política externa de países estrangeiros em detrimento de interesses nacionais. Isso significa dizer que as Autoridades Centrais não são investidas em suas funções jurídicas por autoridade própria; mas sim, em razão dos Tratados Internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil, por meio das autoridades constitucionais autorizadas a tanto. Esse é o modelo legal adotado pela Constituição Federal como também pelos Tratados Internacionais já celebrados por nosso país.

É indubitável que a apuração e a repressão de crimes transnacionais demandem a realização de investigações conjuntas, que podem ser realizadas por agentes e instituições de Estados Nacionais diversos. A cooperação jurídica internacional também abrange a atividade de investigação criminal. E no caso do Brasil, o art. 19 do Decreto 5015/2004 dispõe claramente que as investigações conjuntas devem ocorrer mediante a celebração de acordos ou protocolos bilaterais, inclusive para fins de estabelecer órgãos conjuntos de investigação internacional; na ausência de tais acordos, as questões serão resolvidas casuisticamente, logicamente, pela autoridade constitucionalmente competente ou quem por ela indicada.

Vê-se, assim, que o direito positivo brasileiro já conta com um modelo legal de constituição de equipes de investigações conjuntas, que é subscrito internacionalmente pelos países signatários da citada Convenção das Nações Unidas e respeita as diretrizes legais internacionais no tocante ao relacionamento entre Estados Nacionais, uma vez que os tratados ou as autoridades constitucionais autorizam a formação de tais equipes.

Não é preciso muito esforço para se chegar à conclusão de que o projeto anticrime oferecido pelo atual Ministro da Justiça faz tábula rasa da normatização existente, no plano internacional e nacional, acerca dos mecanismos de cooperação jurídica internacional.

A proposta de alteração legislativa instaura entre nós mecanismo de relacionamento jurídico internacional que não encontra parâmetro nas disposições existentes no atual e recém aprovado Código de Processo Civil e, tampouco, no Tratado Internacional que especificamente cuida da persecução de crimes transnacionais (Decreto 5015/2004).

O projeto tem a potencialidade de transformar qualquer equipe de investigação criminal (formada por Procuradores da República e Delegados da Polícia Federal) em autoridade jurídica responsável por estabelecer relações jurídicas no plano internacional, e isso sem qualquer tipo de habilitação especial para tanto, conforme determina a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o Decreto 5015/2004 e o Código de Processo Civil. Cuida-se, a bem da verdade, de um “cheque em branco” concedido ao Ministério Público Federal e a Polícia Federal Brasileira para agir no campo internacional à revelia dos modelos legais consagrados no âmbito internacional e interno.

Mas não é só. O dispositivo acerca do compartilhamento de provas (art. 3º-A, §2º) incorre no mesmo vício jurídico acima apontado. Isso porque o modelo legal consagrado indica claramente que os pedidos de cooperação internacional, inclusive para fins probatórios, devem passar pelo crivo da Autoridade Central (ou autoridade interna com competência para atuar na área internacional), de modo a se realizar sobre estes juízo, em especial se contrários à ordem jurídica interna e interesses nacionais.

Pela proposta de alteração legislativa, tal juízo de valor deixa de ser feito pelas Autoridades Centrais designadas pelos Tratados Internacionais, sendo simplesmente transferido às equipes de investigação de crimes transnacionais. Quer dizer, tais equipes de investigação se tornam portadoras de poder absoluto no sentido de decidir se eventual cooperação jurídica internacional é ou não violadora da ordem pública brasileira. As relações internacionais passam a ser realizadas sem qualquer tipo de controle prévio, o qual normalmente é feito pelas Autoridades Centrais.

As ilegalidades persistem quanto à formação de equipes de investigação. Isso porque o

art. 3º-A, §§ 2º a 4º do precitado projeto contraria frontalmente o quanto disposto no art. 19 do Decreto 5015/2004, pela simples razão de que dispensa a necessidade de celebração de acordo internacional e investe indevidamente as equipes de investigação em poder de representação do Estado Brasileiro no Plano Internacional; e isso, sem qualquer participação das Autoridades Públicas que possuem competência constitucional para tanto.

O enunciado do pacote apresentado revela a inequívoca pretensão de inflar o poder das denominadas forças-tarefas, cuja constituição e atuação, ao que parece, dar-se-ão, quase sem parâmetros e freios legais ou regulamentares. O projeto prevê como única baliza normativa, a regulamentação por meio de decreto. E nesse contexto, considerando a natureza da espécie normativa indicada para regular, ao arrepio de todo o tratamento legal já existente sobre a matéria, e ausência de estabelecimentos de marcos legais precisos para delimitar o círculo de atuação e o *modus operandi* desses organismos investigativos, não há como olvidar a possibilidade de um manejo sobremaneira casuístico e, por que não dizer, calcado em subjetivismo na orientação da formação e atuação dessas equipes de investigação. Em outras palavras, não há previsão de suficientes mecanismos de controle que coíbam a utilização e condução dessas equipes a direcionamento das investigações e investidas processuais penais a indivíduos ou grupos específicos, afastando-se assim dos primados objetivados e dos fins pretendidos com a previsão em abstrato dessas equipes.

Mas a mais preocupante das consequências é o risco à soberania nacional, já que a atuação dessas equipes, nesses moldes, pode vir a representar uma indesejável interferência no equilíbrio de forças políticas e econômicas que se desenvolvem no plano das relações internacionais entre as diversas nações. Melhor dizendo, é uma medida perigosa já que as equipes de investigação internas podem ser usadas por potências estrangeiras, para fins de execução de política externa contrária aos interesses nacionais.

Sob um outro aspecto, a ausência de marcos legais seguros para um completo delineamento desses mecanismos de atuação terminará por comprometer, ao final, a legitimidade e confiabilidade dos meios de prova obtidos com a sua utilização.

Aliás, no tocante especificamente à questão da confiabilidade da fonte de prova prescrita nos referidos dispositivos legais, convém realizar uma análise mais detida do parágrafo segundo do art. 3º A.

A redação do parágrafo parece desnudar um propósito deliberado de conferir a estas equipes uma discricionariedade extrema na condução das investigações, e um trato praticamente informal do intercâmbio dos elementos informativos colhidos – os quais, ao final, servirão como evidências ou meios de prova no processo - que parece desafiar os mais

comezinhos princípios e direitos fundamentais, e os pilares de um Estado de Direito.

Nesse contexto, a parte final do dispositivo causa perplexidade, já que de todo incompatível não apenas com o restante do dispositivo, mas com o próprio delineamento que se pretende dar ao referido meio de obtenção de prova.

Com efeito, como se deve saber, a preservação da cadeia de custódia é exatamente o mecanismo voltado à salvaguarda do rastreamento e da idoneidade das evidências e elementos informativos aportados ao processo penal, ou à investigação preliminar, assegurando-se a higidez não apenas da atividade de prospecção destes elementos, como de seu manuseio, encadeamento e movimentação pelas forças e entidades repressivas do Estado no curso da investigação preliminar ou da persecução penal, que no mais das vezes se valem do emprego de métodos ocultos de investigação, permitindo que a defesa dos investigados/acusados possa ter acesso à integralidade dos elementos prospectados, e conhecimento no tocante a sua origem, sua inteireza, contexto de apreensão, veracidade da plataforma em que esta veiculado, enfim, que permita-lhe a verificação da retidão do caminho de obtenção e acesso aos meios de investigação de provas e aos meios de prova (PRADO, 2014).

Trata-se de mecanismo que se encontra em confluência com a garantia constitucional da proibição de utilização das provas ilícitas, impedindo que os meios de prova obtidos possam ser maculados com a pecha de suspeição e possibilitando à defesa, inclusive, a “identificação do vínculo entre uma prova eventualmente lícita e outra, anterior, ilícita” (PRADO, 2014, p. 79).

Fato é que, sem a preservação da cadeia de custódia, e, como tal, dessa possibilidade de rastreamento, de verificação regressiva das fontes e meios de prova, não há como se perquirir a respeito da confiabilidade dos elementos de prova obtidos, o que dificulta a fiscalização judicial e, em grande medida, o exercício do direito de defesa, que não pode ficar circunscrito ao recorte dos elementos informativos mais convenientes à acusação (PRADO, 2014).

Sabe-se que “a cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico” (LOPES; ROSA, 2015).

Nesse contexto, a exigência constante da parte final do parágrafo segundo termina por constituir uma previsão inócua e tem seu sentido esvaziado, na medida em que o próprio dispositivo, em sua parte inicial, possibilita, expressamente, a dispensa da formalização ou autenticação especiais no compartilhamento ou transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação. Trata-se da própria negação do conceito de cadeia de custódia.

Considerando, no mais, que a preservação da cadeia de custódia, a par do já consignado, exige ainda “o menor número de custódios possível e a menor manipulação do material” (LOPES; ROSA, 2015), a ausência de qualquer formalidade no intercâmbio desses elementos informativos se contrapõe, evidentemente, a um sistema de controle que procura assegurar a autenticidade dos elementos probatórios.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

4.3 Escuta ambiental (arts. 21A e 21-B da Lei 12.850/2013)

No tocante à escuta ambiental constante da Lei 12.850/2013, vê-se, de pronto, que a abordagem pretendida pelo projeto anticrime do atual Ministro da justiça revela atecnia legislativa e desconhecimento da matéria.

De início, percebe-se que a Seção VI faz menção genericamente à escuta ambiental para se referir a qualquer captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. A doutrina atualizada, todavia, no tocante à captação ambiental, vale-se de três conceitos básicos, a saber:

a) Interceptação ambiental em sentido estrito, que constitui a captação ambiental sub-reptícia da conversa entre dois ou mais interlocutores, realizada por um terceiro, em local público ou privado em que se desenvolve a conversa, sem que os interlocutores tenham ciência do procedimento; b) Escuta ambiental, que é conduzida por terceira pessoa, mas com conhecimento de um ou alguns dos comunicadores; c) Gravação ambiental, que a captação da conversa, realizada pelo próprio interlocutor sem que o outro tenha conhecimento (MASSON; MARÇAL, 2018, pp. 307 e 309).

Vê-se, desta maneira, que o projeto em questão não foi sequer capaz de apresentar devidamente os conceitos aceitos doutrinariamente no tocante ao referido meio de obtenção de prova, deixando não apenas de esmiuçar o instituto, mas confundindo a espécie com a subespécie, não sendo possível ao leitor identificar que modalidades de captação se pretendeu regulamentar com os enunciados propostos.

Mas os problemas relativos a esse ponto do projeto não se encerram nessa questão.

A atecnia legislativa persiste quando se tem em conta que o anteprojeto pretende estender a aplicação da lei de organização criminosa a qualquer infração penal com pena máxima abstrata superior a quatro anos (art. 21-A). Significa dizer que, se houver aprovação, “teremos uma lei de controle de crime organizado que não conterà disposições exclusivamente relacionadas à criminalidade organizada. Um contrassenso lógico – semântico e estrutural - como se depreende” (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 110).

Não se deve olvidar ainda que os dispositivos podem representar um alto grau de

afetação ao direito à intimidade, previsto no art. 5º, incisos X e XII da CF, o que, por si só, reclamaria uma regulamentação mais delineada, mais restrita, sem possibilidade de uma incidência ampliada e elástica, especialmente quando se tem em conta os inequívocos avanços tecnológicos obviamente não previstos pela Constituição Federal, mas que podem se constituir como enorme violação à garantia da intimidade. Não por outra razão que alguns estudiosos tem assinalado a necessidade de essa previsão legislativa vir precedida de discussões com experts, que possam compreender as nuances técnicas dessa matéria, oferecendo uma visão mais completa e exata do que significa esse autorizativo pretendido, já que, “permitir captações à distância, com onipresença do Estado-investigador, ainda que com ordem judicial, é medida que suprime a garantia da intimidade de forma absoluta, sendo inconstitucional, portanto” (TÁVORA; ALENCAR, 2019, p. 111).

Deve-se também atentar para a possibilidade de uso indiscriminado desse meio de obtenção de prova, mesmo quando disponíveis meios menos gravosos, dada a cláusula aberta constante dos incisos I e II do art. 21-A, que dispõe sobre as circunstâncias autorizativas da utilização da captação ambiental.

Outros problemas são identificados. A redação do § 1º do art. 21-A reclama a descrição circunstanciada do local e da forma de instalação do dispositivo de captação ambiental para o requerimento de utilização da medida, mas não há qualquer definição de que locais poderiam receber a instalação desses expedientes, o que leva à conclusão de que qualquer ambiente, público ou privado, estaria englobado pelo permissivo legal.

Já o § 2º prescreve que a instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, no período noturno ou por meio de operação policial disfarçada. Mesmo diante da necessidade de autorização judicial, trata-se de uma previsão que causa certa apreensão, porque pode representar uma ofensa direta a direitos fundamentais, e mais especificamente, à inviolabilidade do domicílio.

Como se deve saber, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (art.5º, XI da CF/88). O permissivo inserido pelo projeto do atual Ministro da Justiça parece prever uma exceção à garantia fundamental, ali inserida sem maiores pudores, que não encontra previsão na Constituição Federal, já que as exceções ao direito fundamental estão expressas no inciso em questão, e que portanto, uma vez aprovado, seria de constitucionalidade duvidosa, para dizer o mínimo.

Observe-se que o dispositivo não prevê ponderação alguma de princípios

constitucionais, apresentando um autorizativo amplo, que confere larga discricionariedade aos operadores do direito no manejo desse expediente investigativo.

Aliás, a enorme discricionariedade na utilização da captação ambiental se mantém quando se verifica a redação do § 3º, que admite a renovação do meio de obtenção de prova assinalado por prazos sucessivos de 15 dias, oferecendo como único parâmetro limitativo a indispensabilidade do meio de prova e a presença de” atividade criminal permanente e, habitual ou continuada”.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

5 PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NA LEI DA LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI 9.613/1998) E NA LEI QUE DISPÕE SOBRE O SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS (LEI 11.343/2006)

A proposta cria a figura do "Agente Policial Disfarçado" (art. 33, § 1º, IV da Lei 11.343/2006 e art. 1º, § 6º da Lei 9.613/1998)

Com a introdução da figura do “agente policial disfarçado”, o Projeto de Lei Anticrime busca legalizar no ordenamento jurídico brasileiro o já rechaçado instituto do Flagrante Provocado, ao autorizar que um policial disfarçado instigue ou induza uma pessoa investigada a praticar os delitos de tráfico de drogas, lavagem de dinheiro e/ou comércio ilegal de arma de fogo. Em outras palavras, o citado projeto franqueia que o policial, disfarçado, crie o próprio crime, ao induzir/instigar o suspeito a prática da conduta antijurídica com a compra e/ou recebimento de: drogas ilícitas; arma de fogo, acessório ou munição; e bens ou valores provenientes de lavagem de dinheiro.

Há uma indubitável tentativa de afastar o enunciado sumular de nº 145 do STF, segundo o qual *“não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”* e, por vias transversas, derrogar o art. 17 do Código Penal.

A proposta é vaga, em especial por não trazer regulamentação específica acerca desse procedimento probatório. Neste ponto, questiona-se se há um propósito deliberado de permitir a atuação do agente provocador sem a necessidade de autorização judicial, quando *“presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”*.

Tal indagação ganha maior relevância quanto se constata que já há previsão legal do “agente infiltrado”, tanto na Lei nº 12.850/2013 quanto na Lei nº 11.343/2006, com regulação própria e cuja legalidade está condicionada a prévia autorização, lastreada em circunstâncias bem determinadas e adstrita à rígida obediência dos requisitos legais. Não parece que o Pacote Anticrime quer reprisar esse meio de produção de prova com inclusão do “agente policial disfarçado”, e sim incentivar *“a prática de conduta aparentemente criminosa, para lograr êxito em prender”* (TÁVORA; ALENCAR, 2019)

Trata-se, portanto, de uma tentativa de estabelecer um novo paradigma da prova no processo penal, mediante a autorização ao agente policial de participação direta no crime com vistas a incriminar pessoas, o que é flagrantemente inconstitucional.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

6 PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NA LEI QUE DISPÕE SOBRE OS PRESÍDIOS FEDERAIS DE SEGURANÇA MÁXIMA (LEI 11.671/2008)

A proposta visa alterar o art. 2º, parágrafo único, art. 3º, § 1º, I, II, III, IV, § 2º, § 3º, § 4º, § 5º, § 6º, § 7º, art. 10, § 1º, art. 11-A, art. 11-B, da Lei 11.671/2008.

Principia-se a abordagem anotando-se que o instituto do regime disciplinar diferenciado (RDD), diante de sua regulamentação legal, que traz um rigor desproporcional e exacerbado, fere a Constituição Federal em regras que dizem respeito ao cumprimento da pena, mais precisamente, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); a proibição de que o indivíduo seja submetido a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, CF); e o princípio da humanidade das penas (art. 5º, LXVII, CF), sendo, por conseguinte, claramente inconstitucional.

Mesmo assim, tendo-o como algo que - embora com vícios de constitucionalidades - acaba sendo largamente aplicado, far-se-á um exame dos pontos que se reputa mais relevantes nesta parte da proposta legislativa denominada de “Medidas para alterar o regime jurídico dos presídios federais: Mudanças na Lei nº 11.671/2008”.

Pontua-se também que, em linhas gerais, a proposta fere o princípio da convencionalidade, pois o artigo 5º.6. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), determina “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”, uma vez que aumenta o rigor da segregação, revela flagrantes violações ao direito de intimidade, afastando a pessoa presa de uma recuperação e de uma readaptação social, bem como impõe sérias restrições ao exercício profissional da advocacia, como se passa a apontar:

- impõe maiores dificuldades de acesso à defesa, em inequívoca ofensa a princípios reitores de nossa Constituição Democrática, tais como o da Ampla Defesa e do Contraditório, os quais, obviamente, devem ser aplicados em sede de execução penal, assim como, na esfera infraconstitucional, afronta o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que define as prerrogativas do exercício da advocacia;

- reduz a possibilidade de visitação, que somente poderá ser feita por meio virtual ou no parlatório, impossibilitando, com isto, o contato físico da pessoa presa com o visitante, o que vai na contramão daquilo que é cediço por todos os que militam na área, no sentido de que a manutenção dos vínculos familiares é um dos meios mais eficazes da reintegração social das pessoas privadas de liberdade;

- impõe violação à intimidade da pessoa presa e de seus familiares e visitantes, uma

vez que estabelece que as visitas serão gravadas e filmadas, bem como autoriza o monitoramento de todos os meios de comunicação da pessoa presa, inclusive a correspondência escrita, independente de prévia autorização judicial;

Em suma, a conclusão é de que este endurecimento nas regras no regime disciplinar diferenciado, somente vem escancarar, de forma cada vez mais evidente, o conjunto de inconstitucionalidades presentes neste instituto odioso e, desta vez, tornar inequívoco que a vontade não é reintegrar à pessoa presa ao convívio social, mas sim simplesmente segregá-la, sem demonstrar compromisso social em buscar devolver um ser humano reintegrado ao convívio social numa busca de vingança, não de justiça. Ademais, deixa claro que, em algumas situações, o próprio estado confessa a sua incompetência, a sua incapacidade de gerenciar o sistema prisional, que hoje são fatores determinantes do domínio das facções criminosas.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta

7 PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NAS LEIS DE EXECUÇÃO PENAL (LEI 7.210/1984) E DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DOS CIVILMENTE IDENTIFICADOS (LEI 12.037/2009)

7.1 Identificação genética. Banco nacional de perfis balístico. Implementação, inclusão e exclusão de registros (art. 7º A, da Lei 12.037/2009 e art. 9º A, da Lei 7.210/1984)

A presente manifestação refere-se ao título XVIII do PL 882/2019, “medidas para aprimorar a investigação de crimes”, especificamente no que tange às alterações nas Leis nº 7.210/84 (Lei da Execução Penal) e na Lei nº 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal, para **ampliação da abrangência e temporalidade dos registros no Banco Nacional de Perfil Genético**.

O direito fundamental de não ser submetido a identificação criminal, salvo em casos excepcionais, é garantia inscrita no artigo 5º, LVIII da Constituição Federal, nos seguintes termos: "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei".

O dispositivo constitucional foi inicialmente regulamentado pela Lei nº 10.054/2000 e, atualmente, encontra-se disciplinado pela Lei nº 12.037/2009. A redação original da Lei de 2009 estabelecia hipóteses restritas de identificação criminal, na tramitação do inquérito policial, sempre com a finalidade estrita de superar dificuldades ou imprecisões na identificação do investigado, com vistas à correta tramitação da investigação, a fim de não envolver terceiros.

O regime jurídico da identificação criminal sofreu profunda alteração com o advento da Lei nº 12.654/2014. A referida lei, com base em duas vertentes, não apenas introduziu no direito brasileiro a coleta de material genético como forma de identificação criminal, alterando os dispositivos da Lei nº 12.037/2009, como também estabeleceu forma de coleta compulsória de material genético de condenados por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por crimes hediondos, mediante alteração da Lei de execução penal (Lei nº 7.210/84). A Lei nº 12.654/2014 permitiu, ainda, a criação de bancos de dados de identificação de perfil genético.

A segunda vertente da Lei nº 12.654/2014 – coleta de material genético de condenados – não se destina à conferência de eventuais divergências nos procedimentos de identificação criminal, mas sim, à formação de banco de dados genéticos com a finalidade de servir de elemento informativo para a apuração da autoria de futuros e eventuais crimes.

A proposta do PL 882/2019 pretende estender essa segunda vertente da Lei nº 12.654/2012, qual seja, ampliar as possibilidades de coleta compulsória do material genético de condenados – desta feita, condenados por qualquer crime sob modalidade dolosa e antes mesmo do trânsito em julgado da sentença condenatória – além de estabelecer a temporalidade da permanência dos dados nos referidos bancos de dados.

A proposta, entretanto, ofende a diversos princípios e garantias constitucionais e, além disso, não é transparente quanto aos custos envolvidos em sua implementação.

7.2 A proteção de dados genéticos com direito fundamental

A questão relativa à proteção ao patrimônio genético de indivíduos e de coletividades é das mais complexas da atualidade, sobretudo em face do vertiginoso desenvolvimento da sociedade da informação, de poderosos interesses econômicos e das novas tecnologias que, em seu bojo, trazem a reboque difíceis questões éticas e inéditos dilemas. Os riscos decorrentes da má utilização de dados genéticos em pesquisas científicas, no mercado dos seguros, dos planos de saúde e mesmo na assistência pública à saúde, têm sido objeto de preocupação em instâncias internacionais e governamentais nas últimas décadas (BROWAEYS; GUILLEBAUD; KAPLAN, 2000; MANNI, 2008).

Nos planos do direito internacional e do direito constitucional, os direitos à identidade genética e proteção do patrimônio genético têm sido reconhecidos como direitos fundamentais decorrentes do princípio da dignidade humana. Ou seja, “*a identidade genética é um bem jurídico fundamental a ser preservado, como uma das manifestações essenciais da personalidade humana*” (PETTERLE, 2006, p. 19).

Uma vez reconhecido o *status* de direito fundamental ao direito à identidade e ao patrimônio genético, deve o Estado prestar-lhe a tutela diferenciada que caracteriza os demais direitos e garantias individuais, razão pela qual eventual restrição, ainda que na via legislativa, deve considerar “*em primeiro lugar, os limites imanentes que decorrem do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, enquanto projeção direta e ineliminável da dignidade da pessoa humana*” (ANDRADE, 2012, p. 309).

De acordo com essa compreensão do direito à identidade genética como direito fundamental, constata-se que a proposta em análise incidiu nos insuperáveis vícios de inconstitucionalidade abaixo enumerados.

7.3 Ofensa ao princípio da presunção de inocência

Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano (1990) define as intervenções corporais como

Medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento e, se necessário, por meio da coação direta, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação com as condições ou o estado físico ou psíquico do sujeito, com o fim de encontrar objetos escondidos nele (SERRANO, 1990, p. 290).

Ainda que se considere que a coleta de material genético deve ser realizada por método indolor, sempre deve ser considerada a possibilidade de recusa por parte do condenado, o que pode motivar, em casos extremos, a intervenção física, com perigosa aproximação à vedada prática da tortura.

A propósito, cabe citar os ensinamentos de André Luiz Nicolitt e Carlos Ribeiro Wehrs (2014).

Ademais é de se destacar que a dignidade humana restaria igualmente violada, pois, não havendo consentimento do indiciado, a colheita deverá ocorrer com o emprego de força sobre o corpo para vencer a resistência do indiciado, o que seria equivalente à tortura nos termos da Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis da Assembléia-Geral das Nações Unidas que foi ratificada pelo Brasil (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 140).

Nesse sentido, a proposta visa reforçar e aprofundar o caráter compulsório da coleta do material genético, mediante tipificação da recusa como falta grave no âmbito da execução penal, estendendo a medida a todos os condenados por crimes dolosos, ainda que sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ora, a existência de falta grave pode acarretar graves repercussões na esfera jurídica do apenado, limitando ou retardando significativamente benefícios que, a depender do contexto carcerário em que se encontre, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como “estado de coisas inconstitucional” (ADPF nº 347/DF), pode significar a diferença entre viver e morrer.

Diante da multiplicidade de direitos fundamentais em jogo, a coleta coercitiva antes do trânsito em julgado ofende frontalmente a garantia constitucional da presunção de inocência.

De fato. De acordo com Aury Lopes Júnior e Ricardo Gloeckner Jacobsen (2014), considerando a gravidade da restrição a direitos fundamentais, que implica não apenas na disponibilidade dos dados genéticos do condenado, mas, igualmente, em intervenção corporal coercitiva, não há razão que justifique a antecipação para momento anterior ao trânsito em julgado.

Quanto à manutenção de banco de dados genéticos de pessoas condenadas, o projeto aprofunda os maus tratos ao princípio da presunção da inocência ao estabelecer, em verdade, uma presunção “*de voltar a delinquir*”, como destaca, com propriedade Eugênio Pacelli de

Oliveira (2017).

Uma coisa é permitir a identificação genética para finalidades probatórias; outra, muito diferente, é referendar um cadastro genético nacional de condenados em crimes graves. Aí, parece-nos, haveria transcendência exponencial da Segurança Pública, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas. A pessoa, em semelhante cenário, passaria do estado (situação) de inocência para o estado de suspeição, ainda que se reconheça – e o fazemos expressamente!– o proveito na apuração de futuros delitos (casos de reiteração, evidentemente). A radicalização no tratamento do egresso do sistema carcerário atingiria níveis incompatíveis com as funções declaradas da pena pública. De resto, a elevação prévia do processo de estigmatização do culpado poderia concretizar o alarme a que se referia Rui Barbosa em seus famosos Discursos: ‘prendam os suspeitos de sempre’. Que não se pense que desconhecemos a gravidade dos crimes que se repetem tragicamente no país. Ou que ignoramos a necessidade de um combate mais eficaz contra tais ações. E, menos ainda, que não nos alinhamos a todos aqueles que se indignam contra agressões abjetas e incontroláveis por parte das pessoas referidas na citada lei. Nada disso. A questão é: não haverá limites para essa nobilíssima batalha?’ (OLIVEIRA, 2017, p. 152).

Nesse mesmo sentido, já destacou o Supremo Tribunal Federal.

A seletividade primária, atinente à limitação legal de imposição da submissão à identificação do perfil genético aos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por crimes hediondos, quanto a seletividade secundária, referente à discricionariedade dos órgãos da execução penal de escolher o condenado que será submetido à coleta (haja vista que poucas pessoas estão sendo selecionadas para realizar tal procedimento), partem de uma premissa manifestamente inconstitucional, qual seja, de que os indivíduos que cometeram determinadas tipos de ilícitos têm maior propensão para praticá-los novamente (STF, 2016).

Destaque-se que, assim como a execução provisória ou antecipada da pena a partir da condenação em segundo grau de jurisdição, a constitucionalidade da extração compulsória de material genético, seja para fins de identificação criminal, seja no bojo da execução penal, ainda se encontra pendente de decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 973837-MG, com repercussão geral reconhecida).

Assim, mais uma vez, o pacote parece querer “pautar” as orientações jurisprudenciais da Suprema Corte, por uma peculiar concepção hermenêutica, como se práticas inconstitucionais pudessem ser validadas pela edição de lei contrárias à Constituição, ou como se, em total inversão da hierarquia das fontes do direito, leis ordinárias fossem capazes de ditar o conteúdo material do texto constitucional.

7.4 Ofensa ao princípio da proporcionalidade

Há que se destacar que a ampliação da base de dados genéticos, tal como proposta no PL 882/2019, poderá atingir aos condenados por crimes de baixo potencial ofensivo, bem como aqueles que sequer tenham que cumprir sanções privativas de liberdade, já que o dispositivo não exclui, expressamente, os beneficiados por substituição por penas restritivas

de direitos. Neste aspecto, o projeto vulnera o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que infrações de baixo potencial ofensivo não poderiam legitimar a intervenção no corpo do acusado e a ofensa à sua privacidade e intimidade, já assinalados.

Ou seja, se aprovada a proposta, invés de exceção, a coleta compulsória de DNA se tornará a regra, "como se tal procedimento fosse algo absolutamente corriqueiro e não suscitasse complexas discussões sobre os direitos dos condenados, tanto sob o prisma criminal, como sob o prisma da proteção de dados" (FRAZÃO; LINDOSO, 2019).

A manutenção dos dados genéticos do condenado por tempo superior ao da reabilitação (artigos 93 a 95 do Código Penal e 743 a 750 do Código de Processo Penal), de igual forma, vulnera os princípios da proporcionalidade, da privacidade e da intimidade dos condenados.

Nesse sentido, é importante citar a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) no caso *S. and Marper versus United Kingdom*. A Corte, ao analisar um pedido de descarte de materiais genéticos colhidos em investigação policial. "destacou o fato de que o material colhido foi mantido 'indefinidamente', independentemente da natureza ou da gravidade do delito imputado ao investigado/acusado" (SUXBERGER, 2015, p. 655) e concluiu que manter dados genéticos, ilimitada e indiscriminadamente, é uma ingerência indevida na vida privada de quem os dados são tomados.

Muito embora o Brasil não esteja diretamente sujeito ou comprometido com os tratados internacionais da comunidade europeia, trata-se de importante parâmetro a ser seguido por outras cortes internacionais de direitos humanos no exame da matéria.

7.5 Ofensa ao princípio da não autoincriminação

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXIII preconiza que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. O artigo 14.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU reconhece a toda pessoa acusada o direito "*de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*". No âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos preconiza, em seu item 8.2, como garantia mínima a toda pessoa acusada o "*direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*".

Os dispositivos abrigam o conhecido princípio da vedação à autoincriminação, também conhecido como *nemo tenetur se detegere*. De acordo com o professor da Faculdade

de Direito da PUCRS, Nereu Giacomolli (2015), o *Nemo tenetur* engloba:

(a) a negativa em declarar, ou seja, de permanecer em silêncio ou responder somente ao questionamento que não resulte em autoincriminação; (b) condutas ativas, tais como o comparecimento à reconstituição dos fatos, comparecimento para depor, fornecimento de documentos para exames grafotécnicos e assoprar o etilômetro; (c) comportamentos passivos que possam induzir à formação de substrato probatório incriminatório (*Nemo tenetur se ipsum accusare*), tais como a submissão ao reconhecimento e à extração coativa de material para ser analisado (coleta de sangue, de esperma, de saliva, de urina, v.g.); (d) invasividade interna, como a introdução de agulhas para extração de sangue ou de outros líquidos do corpo, a introdução de substâncias químicas via sondas (eméticos, v.g.), a intervenção cirúrgica, com o objetivo de obtenção de prova (implante subcutâneo, v.g.); (e) a invasividade externa, por manter relação com a interna, como a extração de cabelos, pelos, unhas; (f) a impossibilidade de interpretar-se o silêncio ou o não fazer contra o sujeito, não só nos interrogatórios, nos momentos das abordagens policiais, mas sempre que a conduta possa produzir autoincriminação (GIACOMOLLI, 2015, p. 207).

Diante do conteúdo da garantia constitucional de não auto-incriminação, a coleta compulsória de material biológico, com a finalidade de constituir um amplo banco de dados genético de pessoas condenadas, fere frontalmente seu conteúdo. Ainda que se considere que, no caso de fatos futuros não há investigação instaurada, o fato é que a antecipação no tempo não afasta sua finalidade que é a de produzir prova de autoria contra o titular do material genético.

Como bem destacou Leonardo Marcondes Machado (2019), a extração compulsória de material genético para criar um banco de dados formado exclusivamente pelo DNA de condenados criminais é incompatível com a garantia de não autoincriminação (art. 5º, LXIII, da CRFB; art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU; art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos/Pacto de San Jose da Costa Rica), para além de outros direitos individuais necessários à histórica contenção do (ab)uso do poder punitivo estatal e da seletividade criminal (MACHADO, 2019).

7.6 Ofensa ao princípio da não-discriminação

Defensores da criação dos bancos de dados genéticos costumam apontar que, nos Estados Unidos,

O projeto inocência (The Innocence Project) de Nova York, conseguiu absolver 217 pessoas até o dia primeiro de junho de 2008, graças aos exames de DNA dos elementos probatórios relacionados com a condenação original. Em 16 casos os réus foram condenados à morte antes de demonstrar sua inocência. Em mais de 35% dos casos em que houve absolvição após a condenação, o agressor real também foi corretamente identificado com o exame em DNA (COUTINHO, 2015, p. 111).

O argumento impressiona, mas deve ser examinado com cautela, pois a apontada quantidade de erros judiciários não pode ser automaticamente atribuída à inexistência de

bancos de dados genéticos, mas sim, a falhas dos procedimentos investigatórios que não procederam de forma tecnicamente adequada aos cotejos entre o material genético coletado na cena do crime e aquele pertencente aos acusados, o que independe, a princípio, da existência de um banco de dados genético. O banco seria importante, nesse caso, para a atenuação do sentimento de impunidade, mas não para evitar condenações equivocadas.

E ainda que se reconheça a necessidade de aprimoramento científico dos métodos de investigação e de identificação criminal, a fim de promover uma repressão a crimes de maior gravidade com maior eficiência ou para evitar condenações de inocentes, tal procedimento deve realizar-se de forma não discriminatória.

Como bem observa Fauzi Hassan Choukr (2017), se a intenção é identificar com mais segurança o autor do crime, possibilitar um grau de repressão mais eficiente, ou até evitar que inocentes não sejam injustamente condenados, esse procedimento deveria ser aplicado a todos os cidadãos brasileiros, pois, formalmente, todos são iguais, sem distinções de qualquer natureza, não podendo haver a discriminação de pessoas que já foram anteriormente condenadas penalmente. Para esse autor,

Admitir tal seletividade corresponde a considerarmos que uma pessoa que já foi condenada por um crime grave tem mais propensão a cometer outros crimes, bem como que, mesmo após ressocializada, deve ser submetida a tratamento diferenciado dos demais cidadãos, em razão do seu histórico passado (CHOUKR, 2017, p. 153).

Obviamente, eventual opção pela universalização do perfil genético como forma de identificação não pode prescindir de aprofundado debate em torno do tema, em face de suas complexidades e possíveis impactos.

7.7 Necessidade de transparência quanto aos custos da implementação da política pública

Outra questão que deve ser claramente discutida, ainda que não relacionada propriamente à juridicidade da proposta, diz respeito a seus custos de implantação.

Durante as discussões preliminares à edição da Lei nº 12.654/2012, o professor Sérgio Pena, titular do Departamento de Bioquímica e Imunologia da Universidade Federal de Minas Gerais já alertava que a adesão automática à metodologia utilizada nos Estados Unidos, em razão de se tratar de procedimento protegido por patentes internacionais, poderia trazer grandes custos ao Brasil. O professor Sérgio Pena (2005) ponderava, à época que, em sua opinião, a tecnologia brasileira deveria ser privilegiada.

No entanto, durante a tramitação do PLS nº 93, de 2011, do Senador Ciro Nogueira,

que deu origem à vigente Lei nº 12.654/2012, decidiu-se pela tecnologia estadunidense. Na oportunidade, consignou o Senador Demóstenes TORRES, em seu relatório:

Os esforços visando o desenvolvimento da Genética Forense no cenário nacional resultaram, em 2009, na assinatura do Termo de Compromisso para utilização do *software* CODIS, programa de gerenciamento de perfis genéticos desenvolvido pelo FBI, como já informado. Em 2010, foi feita a maior instalação do programa CODIS fora dos EUA, incluindo 15 laboratórios estaduais, um laboratório federal, mais os bancos nacionais, tanto do CODIS 5.7.4 (criminal), quanto do CODIS 6.1 (pessoas desaparecidas). Essa estrutura de laboratórios e bancos foi batizada como Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (SENADO FEDERAL, 2011).

O professor de Medicina Legal da UFSC, Zulmar COUTINHO (2015), observa que nos Estados Unidos e no Brasil há pedidos da Promega Corporation para o registro de patente do sistema multiplex utilizado pelo CODIS. Tais pedidos, se concedidos, poderão envolver custos significativos envolvendo propriedade industrial, o que deve ser tratado com transparência, nos acordos técnicos que se fizerem necessários para a implementação da política pública, notadamente em tempos de severas restrições orçamentárias e limite de despesas ditado pela Emenda Constitucional nº 95/2016, de observância obrigatória nos três poderes da esfera federal, por vinte exercícios a contar de 2016.

Além das patentes, os custos dos exames para confrontação do material coletado nas cenas de crimes com o material genético dos acusados, da infraestrutura necessária para a manutenção dos bancos de dados, da capacitação de agentes da segurança pública e do aprimoramento das cadeias de custódia devem ficar claros para os entes federativos envolvidos e para toda a sociedade.

Sugestão: pela rejeição integral da presente proposta.

8 PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NA LEI QUE DISPÕE SOBRE O SERVIÇO TELEFÔNICO DE RECEBIMENTO DE DENÚNCIAS E SOBRE RECOMPENSA POR INFORMAÇÕES QUE AUXILIEM NAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS (LEI Nº 13.608/2018)

O projeto introduz a figura do informante do bem (art. 4º-A, parágrafo único, art. 4º-B, § 1º, § 2º, § 3º e Art. 4º-C, § 1º, § 2º, § 3º, da Lei nº 13.608/2018).

O termo “informante do bem” é uma tentativa de tradução da consagrada expressão da língua inglesa “*whistleblower*”, ou seja, aquele que toca o apito: *whistle* (apito) = *blower* (assoprador). Utiliza-se a expressão para fazer referência àqueles que denunciam um ato ilícito, por analogia com os antigos policiais ingleses que faziam soar o apito para advertir a presença de um possível infrator da lei.

O interesse sobre o instituto acendeu-se, de forma especial, em razão de alguns casos de repercussão, o que despertou o interesse midiático e da comunidade acadêmica.

Neste sentido, exemplificativamente, o caso “Watergate” cujo denunciante teve sua identidade protegida até recentemente, chegou a levar à renúncia do Presidente Nixon. Outros casos de repercussão foram os casos de Daniel Ellsberg, ex-analista militar nos Estados Unidos, vencedor do Prêmio Nobel da Paz em 2015, por fornecer ao *New York Times* os famosos *Pentagon Papers* cujo conteúdo revelou decisões antiéticas das autoridades estadunidenses durante a Guerra do Vietnam; Edward Snowden e as práticas da NSA; Bradley Manning e o caso dos danos colaterais durante a Guerra do Iraque, revelados por intermédio do “*wikileaks*” de Julian Assange; Hervé Falciani e o “*Swissleaks*”; o escândalo empresarial da Enron e, por derradeiro, o escândalo dos “*Panama Papers*” são apenas alguns dos casos rumorosos que pousaram os holofotes sobre a figura dos “*whistleblowers*”.

A adoção de normas jurídicas de proteção a denunciante de corrupção foi recomendada aos Países signatários dos seguintes tratados internacionais: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Artigos 8, alíneas 4 e 5, 13.2 e 33); Convenção Interamericana contra a Corrupção (Artigo II, parágrafo 8); Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa de 27 de janeiro de 1999 (artigo 22); Convenção Civil sobre a Corrupção no Conselho da Europa, de 04 de novembro de 1999 (artigo 9) .

Diversas instâncias internacionais também destacam o papel dos denunciante como mecanismo de detecção e controle da corrupção e a necessidade da criação de mecanismos para a sua proteção, sendo oportuno citar os seguintes documentos: a Resolução 1729 de 2010 e a Recomendação 1060 de 2010, ambas do Conselho da Europa; o Ponto 7 do Plano

Anticorrupção do G-20, adotado em Seoul em 2010; os Princípios Diretores Anticorrupção do G-20, de 2011 e o Repositório de Boas Práticas e Princípios Diretores da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de 2011.

Cabe citar, dentre outros, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção contra a Corrupção – Convenção de Mérida, de 2003, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006

No âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), merece destaque a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 1997 e promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000, na qual o Brasil assume o compromisso de envidar todos os esforços, inclusive tipificando criminalmente atos de corrupção praticados por funcionário estrangeiro. A referida convenção é complementada pelos textos das Recomendações expedidas em 2009 que estimulam a prática do “*whistleblowing*” e recomenda que os países signatários da Convenção adotem medidas protetivas eficazes aos denunciadores no setor privado e no setor público.

Destaque-se, ainda, a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 1996 – ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 4.410/2002.

Estas diretivas do direito internacional resultaram na adoção de legislações específicas de incentivo e proteção ao “*whistleblowing*”, sendo pertinente citar, os exemplos do Chile (Ley 20.205/2007), do Reino Unido (PIDA – *Public Interest Disclosure Act*), além dos já citados textos normativos da França e dos Estados Unidos, dos quais releva o denominado *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de aplicação extraterritorial em determinadas hipóteses, inclusive.

Alguns autores classificam o *whistleblowing* de acordo com o órgão ou instância para os quais são destinadas as denúncias: se direcionadas para canais internos de apuração, exemplificativamente, no âmbito de programas de *compliance* corporativo, trata-se de *whistleblowing* interno. Se, diferentemente, as denúncias são direcionadas a órgãos de apuração externos à corporação ou à pessoa jurídica em cujo âmbito a prática ilícita supostamente se desenvolve, estamos diante do *whistleblowing* externo.

Há autores, inclusive, que não reconhecem nas denúncias dirigidas a canais internos uma autêntica manifestação de *whistleblowing*, diante da pouca credibilidade neles depositada, sobretudo quando a criminalidade possui grandes proporções, quando se apresenta endêmica, ou atinge pessoas situadas nos mais altos escalões da hierarquia corporativa.

De qualquer forma, a distinção é importante, já que há países que propõem modelos

escalonados, nos quais as proteções estatais ao *whistleblower* somente lhe seriam outorgadas caso as denúncias fossem preferencialmente direcionadas a canais internos. O *whistleblowing* externo ficaria reservado para os casos em que as denúncias internas não tiveram solução em prazo razoável ou para os casos em que a denúncia interna, a depender das dimensões das práticas, do grau hierárquico dos agentes e da quantidade de pessoas envolvidas, presumivelmente não alcançaria os resultados almejados, além de propiciar oportunidade para a destruição de provas e embaraço às investigações por parte de agente estatais competentes.

Ainda de forma preliminar, podemos classificar a prática do *whistleblowing* de acordo com a intensidade de sua colaboração.

Um modelo possível, que conta com a adesão da maior parte dos países que adotam o instituto, é o “*whistleblower portador da notitia criminis*”. Neste modelo, a atividade do *whistleblower* seria circunscrita ao oferecimento da denúncia, a qual deve conter uma narrativa circunstanciada dos fatos, a identificação dos autores (se possível) e das demais pessoas que presenciaram a suposta prática delitiva e o oferecimento de documentos ou outros elementos iniciais de prova dos fatos narrados. Após tal momento, o *whistleblower* poderia até mesmo ser convocado pela autoridade policial para prestar esclarecimentos, mas não para ele próprio coletar novas provas, além daquelas que acompanham a denúncia, não acessíveis aos órgãos estatais.

Esse parece ser o modelo adotado nas proposições que ora se apresentam.

Outro modelo possível é o *whistleblower* que se dispõe a colaborar de forma mais ativa e intensa na coleta de provas no âmbito interno da corporação. Este modelo de *whistleblowing* que denominaremos para fins didáticos de “*whistleblower infiltrado*” pode ser orientado pelos agentes competentes para colaborar ativamente com a investigação, coletando emails e outros documentos produzidos no âmbito da corporação, fotografando, implantando dispositivo de escuta ambiental, gravando telefonemas etc.

Este modelo foi utilizado nos Estados Unidos, mediante prévia autorização judicial e foi decisivo, por exemplo, para a investigação de atos de corrupção praticados pelo Congresso estadunidense do Estado da Louisiana, Willian Jefferson.

Ainda relevante para fins de classificação é o *whistleblower* que age sem a intenção de auferir ganhos econômicos e aquele que, a depender do modelo de recompensa adotado, age com vistas à obtenção de parte dos recursos que forem recuperados pelo Estado, tal como estabeleceu, exemplificativamente, a *Dodd-Frank Act de 2010*, no contexto dos escândalos financeiros após 2008, no sistema bancário estadunidense.

No Brasil, há iniciativas no sentido de incentivar a participação dos cidadãos no

desenvolvimento de atividades de segurança pública.

No Estado de São Paulo, o Programa Estadual de Recompensa – Lei nº 10.953/2001, regulamentada pelo Decreto nº 46.505/2002 já preconiza como forma de benefício a portadores de informações úteis à localização foragidos da Justiça o pagamento de R\$ 50.000,00. Não se trata propriamente de *whistleblowing*, uma vez que o programa se destina, exclusivamente a facilitar capturas.

Mais recentemente, a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, em seu artigo 4º facultou que União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas competências, estabeleçam formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos, dentre as quais o pagamento de valores em espécie.

A mais recente tentativa de introdução no ordenamento pátrio da figura do “*whistleblower*” se deu no contexto das denominadas “*10 medidas de combate à corrupção*” protagonizadas pelo Ministério Público Federal.

A leitura da proposta demonstra a clara opção pelo modelo estadunidense, assemelhando-se o “informante do bem” ao “*whistleblower*”. As medidas de incentivo (proteção contra retaliações e estímulo pecuniário), a seu turno, orientam-se para a apresentação de relatos e denúncias de “*informações sobre crimes contra a Administração Pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público*”.

Trata-se, portanto, da inauguração de um novo paradigma de política criminal, mediante a ampliação das possibilidades de participação direta do cidadão na deflagração de uma possível persecução penal ou de uma possível ação de improbidade administrativa, muito mais que alteração colateral nas normas processuais penais.

Portanto, antes da análise dos detalhes do texto proposto, cabem algumas considerações sobre os impactos dessa mudança paradigmática no processo penal pátrio e, mais amplamente, na cultura jurídica brasileira.

Como destaca, entre outros, o professor Leonel González Postigo, somos o único país da América Latina que ainda não implementou o sistema acusatório

De fato, ainda operamos sobre a base normativa de um processo penal herdado de um período ditatorial e adotamos, de forma acrítica, práticas resultantes de uma mentalidade inquisitória, na expressão consagrada por Jacinto Coutinho. Nesse sentido, destaca Maurício Zanoide Moraes (2010, p. 79) “nosso sistema processual penal ainda vigente, examinado pelo modelo concebido e projetado pelo código de processo penal, em 1941, é um modelo

autoritário, com tendência punitiva, e que rejeita a presunção de inocência em todos os seus aspectos fundamentais”.

Assim, o *whistleblower* no contexto da investigação criminal representaria mais um elemento a distanciar o processo penal brasileiro do sistema acusatório, na medida em que o magistrado ficaria diretamente envolvido nas questões atinentes à confidencialidade de sua identificação, necessidade de decretação de medidas protetivas, validade formal do relato e, na hipótese de se admitir a recompensa, na administração do interesse do “*whistleblower*”, mediante decretação de medidas cautelares assecuratórias da obrigação que venha a ser reconhecida na eventual sentença condenatória. O Projeto de Lei 10.372/2018 propõe inclusive que o valor da recompensa varie entre 5% e 20% dos valores recuperados graças às informações prestadas, envolvendo o magistrado também na definição da importância da ação do informante e no valor de sua recompensa.

A hipótese de haver múltiplos informantes tornaria essa administração ainda mais complexa.

Ainda que a participação da cidadania nos espaços de poder seja inerente à concepção de democracia, tal participação em atividades de segurança pública e na justiça criminal deve ser pensada com cautela.

As políticas criminais que estimulam tais práticas correm o risco de representar mais um passo em direção à privatização das atividades investigativas, ao controle social do cidadão pelo cidadão, à cultura do “vigilantismo”, ao isolamento e à atomização das relações interpessoais.

David Garland (2008), em sua obra “*A Cultura do Controle*” aponta a tendência crescente, a partir dos anos 1970 e 1980, acentuada a partir da emergência dos governos neoliberais de Thatcher e Reagan, de reconhecer que o controle do crime se situava “além do Estado”. Assim, a partir do reconhecimento de que as instituições de justiça criminal são severamente limitadas em termos de controle do crime, mecanismos situados em instâncias privadas passaram a ser convocados para dele participar ativamente.

Ademais, se a participação popular se faz a partir da mobilização midiática, as consequências podem ser deletérias no que tange à observância do devido processo legal (SCHREIBER, 1998).

Com estas preocupações quanto aos impactos negativos de uma política criminal de estímulo a denúncias, passamos a analisar o texto de proposta de introdução do instituto do “*whistleblowing*” no ordenamento jurídico brasileiro.

Um outro modelo de regulação do mesmo instituto é proposto pelo Projeto de Lei

10.372/2018, que batiza o “**whistleblower**” de “Cidadão Colaborador”. Aqui, diferentemente do que se faz no Projeto de Lei 882/2019, o instituto é regulado apenas no âmbito do Combate às Organizações Criminosas. Confira-se o teor da proposta:

8.1 Do Cidadão Colaborador

A designação do instituto como “informante do bem”, além da carga cultural e simbólica negativa já inerente à figura do informante como pessoa de ética duvidosa, traz embutida a pretensão de assumir como significado a antítese de um possível “informante do mal” o que, efetivamente, não melhora a nomenclatura escolhida, mas apenas acrescenta dúvidas quanto à credibilidade e aos aspectos éticos de sua atuação.

Por outro lado, a designação “cidadão colaborador” torna propícia confusão entre o informante e aquele que pratica a “colaboração premiada” regulada no art. 4º da Lei 12.850/2013. A utilização de termos tão próximos na mesma lei é indesejada, tendo em conta a natureza diversa dos dois institutos.

O Projeto de Lei 882/2019 propõe alterações na Lei nº 13.608/2018, cujo objeto é dispor sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias (“disque-denúncia”) e a possibilidade (faculdade) de que União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas competências, estabeleçam recompensas por informações que auxiliem nas investigações policiais.

As modificações propostas no PL 882/19 possuem objeto muito mais amplo e abrangente do que o objeto da lei cuja modificação se pretende. O PL 882/19 trata da estruturação de canais de recebimento de denúncias – “*unidades de ouvidoria ou correição*” - em toda administração direta e indireta nos três níveis da Federação.

Assim, inicialmente, já se constata a má técnica legislativa, em desrespeito ao artigo 7º, I, da Lei Complementar nº 94/98 (*excetuada as codificações, cada lei tratará de um único objeto*), uma vez que pretende dilatar, forçosamente, âmbito de aplicação de lei com objeto mais restrito, em exercício similar ao de fazer o camelo entrar no buraco da agulha.

Ademais, se a proposta visa aprimorar a Lei nº 13.608/2018, a lei deixa de fazer qualquer menção ao fato de o artigo 5º, da lei em questão remeter a um dispositivo legal já revogado.

De fato, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001 foi integralmente revogada pela Lei 13.756, de 2018. Em verdade, a possibilidade de utilização de recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para a premiação em dinheiro por informações que auxiliem

na elucidação de crimes, consta atualmente do art. 5º, X da Lei nº 13.756/2018, e não mais do artigo 5º da Lei nº 10.201/2001.

O Projeto de Lei 882/2019, ao determinar que Estados, Distrito Federal e Municípios, mantenham obrigatoriamente canais de recepção de denúncias na forma ali estabelecida, incorre em maus-tratos ao princípio federativo, uma vez que a União estará obrigando – e não facultando - aos demais entes federativos, a criação e manutenção de estruturas administrativas, inclusive com repercussões financeiras e orçamentárias decorrentes da adoção desse novo modelo.

Cabe destacar que o dever de manter ouvidorias no que tange ao Poder Judiciário da União e ao Ministério Público Federal e Estadual já decorre diretamente do texto constitucional (BRASIL, 1988, art. 103, § 7º).

Os dois projetos permitem que os relatos ou denúncias sejam apresentados por qualquer pessoa, sem qualquer distinção, o que remete à possibilidade de que também pessoas jurídicas sejam denunciantes.

Todavia, o exercício da faculdade de relatar ou denunciar não pode ser exercitado de forma leviana. Sua prática implica responsabilidades civis, administrativas e podem repercutir, inclusive, no campo penal. A apresentação de denúncias fundadas em documentação falsa, por exemplo, é conduta que passível de incursão nas sanções dos delitos de falsidade ou de denunciação caluniosa, entre outros. A admissibilidade de pessoas jurídicas denunciantes pode resultar em mecanismo de blindagem às responsabilidades decorrentes de denúncias ou relatos falsos, fraudulentos ou realizados com desvio de finalidade.

A falta de clareza da proposta, quanto ao ponto, pode levar ao entendimento de que a pessoa envolvida nas práticas ilícitas possa atuar como “informante do bem”. Todavia, a doutrina e as normas internacionalmente consolidadas repudiam tal possibilidade. Em nossa tradição jurídica, a hipótese acarretaria ofensa ao princípio geral de direito de que ninguém pode auferir benefícios em virtude de suas próprias ações contrárias à lei ou à ética (*venire contra factum proprium*).

De fato, o “*whistleblowing*”, como prática relacionada à participação voluntária do cidadão no trato da coisa pública, não pode ser confundida com a delação premiada, pois não pode reverter em outros benefícios além da proteção estatal contra retaliações e, nos países em que isso é possível, recompensas financeiras. A prática do “*whistleblowing*” não possibilita a concessão de benefícios penais – tais como diminuição de pena, perdão judicial, regime de cumprimento diferenciado - para o informante.

Por essas razões, o corréu ou aquele que possa de alguma forma ser antevisto como

corrêu não pode ser “*whistleblower*”, o que necessitaria estar exposto nas propostas legislativas para evitar distorções.

A característica da voluntariedade afasta a possibilidade de que sejam caracterizados como “informantes do bem” aquelas pessoas que, dentro de uma organização pública, detenham as atribuições específicas de controle, investigação ou denúncia, em razão de função, cargo ou emprego público (RAGUÉS I VALLÉS, 2013).

Não se admite, assim, que o chefe de departamento, por exemplo, seja recompensado pecuniariamente por levar ao conhecimento da direção geral da empresa supostos atos ilícitos ou antiéticos de seus subordinados hierárquicos, já que tal atuação se insere em suas atribuições ordinárias (RAGUÉS I VALLÉS, 2013).

Da mesma forma, os servidores de controle interno, os integrantes de comitês de conduta, os integrantes de comissões de sindicância, de controladorias, auditores de Tribunais de Contas, auditores da Receita Federal, policiais, representantes do Ministério Público e todos os que, em razão das atribuições inerentes à sua atuação no serviço público não podem ser caracterizados como “*whistleblowers*” por lhes faltar, exatamente, a nota de voluntariedade.

De fato, por se tratar de pessoas que já são remuneradas por recursos públicos exatamente para o exercício dessas atribuições, o recebimento de recompensas pecuniárias extras por atos inerentes às suas próprias funções caracterizaria um *bis in idem*, em prejuízo ao Erário.

Importante destacar, ainda, que somente poderá ser caracterizado como *whistleblower* aquele que não detenha, por lei, dever específico de informar atos suspeitos, tais como as pessoas físicas e jurídicas obrigadas a informar operações financeiras ao COAF na forma do art. 11 da Lei nº 9.613/98.

As lacunas ora apontadas demonstram a insuficiência das propostas.

A Lei nº 8.112/90, que estabelece o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União estabelece, na redação original do inciso VI do artigo 116, o dever do servidor público de “levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior”.

De outro lado, a conduta do servidor hierarquicamente superior a outros, consistente em “deixar (...), por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente” já é sancionada criminalmente no artigo 320 do Código Penal brasileiro com penas de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, o denominado crime de

“condescendência criminosa”.

A seu turno, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) acrescentou disposição para as situações em que a irregularidade, ou sua suspeita, recaírem sobre a autoridade à qual o denunciante estiver subordinado, determinando que, neste caso, deverá denunciar a outra autoridade competente para apuração.

Da mesma forma, a lei das licitações (Lei nº. 8.666/93) em seu artigo 101 preceitua que “qualquer pessoa poderá provocar, para os efeitos desta Lei, a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência”.

Portanto, os dispositivos legais já existentes outorgam suficiente proteção ao servidor público que decidir denunciar irregularidades em sua instituição, o que leva ao questionamento acerca da real necessidade de mais um normativo nesse sentido.

O Projeto de Lei 882/2019 prevê que o encaminhamento para apuração do relato do informante será realizado pelas unidades de ouvidoria e correição sempre que for considerado “razoável”. Não há qualquer menção à juntada de algum elemento inicial de prova, algum vestígio, nada. Percebe-se que a falta de um mínimo de requisitos está orientada por uma política criminal de estímulo às denúncias, o que, como dito inicialmente, pode acarretar graves conseqüências no esgarçamento do tecido social.

Ademais, a análise da “razoabilidade” deixa margem de discricionariedade excessiva aos órgãos receptores das denúncias, possibilitando a instauração de investigações preliminares abusivas ou indevidas.

8.2 Questão do anonimato X sigilo quanto à identidade: inconstitucionalidade

O Projeto de Lei 882/2019 preconiza, como uma das formas de proteção ao “informante do bem”, o sigilo quanto à sua identidade, a qual somente será revelada “*em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos*”.

O sigilo quanto à identidade do denunciante opera como cláusula de anonimato para o denunciado. O desconhecimento acerca da identidade do denunciante impede a plenitude do exercício do direito de defesa.

De fato, a Constituição Federal, ao assegurar a liberdade de expressão do pensamento, vedou o anonimato (artigo 5º, IV). Tal vedação, compatível com o espírito republicano (MARMELSTEIN, 2009), explica-se, ainda, por razão prática, já que eventuais excessos que viessem a ofender o direito fundamental à honra, reputação e imagem dos envolvidos

restariam sem possibilidade de prevenção, correção ou reparação judicial, caso não se assegurasse o acesso à identidade do autor da denúncia.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 24.504-5, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (2002), vencido o Min. Ayres Britto, declarou a inconstitucionalidade da parte final do § 1º do art. 55 da Lei nº 8.442/92 e dos dispositivos do Regimento Interno do TCU que mantinham o sigilo quanto à autoria de denúncia oferecida no âmbito da Corte de Contas Federal.

Neste julgado, o STF determinou que a identificação do denunciante, vencidas as investigações preliminares, deve ser tornada pública, mesmo se confirmada a veracidade de suas declarações prestadas de boa-fé. Entendeu a Corte Suprema que o dispositivo em questão conflitava com o já citado artigo 5, IV da CF, além do princípio administrativo da publicidade e dos direitos do denunciado à preservação de sua imagem, de seu direito de petição e de seu direito ao livre acesso ao Poder Judiciário.

Também é necessário destacar que o Supremo Tribunal Federal (2005), com base neste mesmo dispositivo constitucional, já teve a oportunidade de decidir que denúncias anônimas não podem, por si só, dar início a procedimento investigatório.

Contudo, adverte Celso de Mello que o Poder Público, provocado por delação anônima, pode adotar medidas informais com vistas a apurar, previamente, a possível ocorrência de eventual situação ilícita penal e, constatada a verossimilhança dos fatos denunciados, instaurar inquérito policial desvinculado das peças apócrifas (STF, 2005).

A Corte Europeia também já decidiu que “mesmo quando previstos procedimentos compensatórios das desvantagens sob as quais a defesa labora, uma condenação não deve ser baseada unicamente ou de forma decisiva em declarações anônimas” (CEDH, 1985) e entendeu que a impossibilidade de acusado ou de seu defensor questionarem diretamente uma testemunha protegida por cláusula de confidencialidade quanto à sua identidade retirava do acusado o direito a um julgamento justo e representa ofensa ao artigo 6, (3) “d” da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Diante destas diretrizes aplicadas ao “informante do bem, se a defesa não tiver acesso à identidade do autor do relato, não há como controlar, sob o crivo do contraditório, sua própria qualidade de “informante do bem”. Nem poderá excluir que não se trata de co-partícipe, pessoa em posição de liderança na organização ou mesmo pessoa que detém o dever legal de informar. Caso seja necessária sua oitiva em juízo, será impossibilitada a contradita ou aferir a credibilidade de suas afirmações.

Todas essas circunstâncias reforçam a inconstitucionalidade da opção legislativa pela

manutenção do sigilo quanto à identidade do “informante do bem”.

A inconstitucionalidade da proposta não resta abalada em face do inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal que assegura “a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Este exercício profissional que torna necessário o sigilo da fonte parece ter relação direta com a atividade do jornalista. Extrair da garantia do sigilo da fonte do jornalista a proteção à identidade do “informante do bem” consiste em interpretação equivocada e demasiadamente elástica do texto constitucional, em prejuízo ao direito fundamental à liberdade e à ampla defesa do cidadão denunciado, o que não se admite.

Mas o exercício profissional que se resguarda não pode ser o do informante. Se entendermos dessa forma, devemos entender que o relato do informante é obrigatório ou que a escolha por não reportar se converteria em óbice a seu próprio exercício profissional.

Ocorre que o relato do informante – exceto nos casos em que a lei estabelece o dever legal de informar – é necessariamente voluntário. Não há e não pode haver obrigação ou dever. Se houver dever, como já visto, não se estará no âmbito das práticas internacionais consagradas como programas de *whistleblowing*.

A previsão do parágrafo primeiro do dispositivo em comento, segundo a qual a “se a revelação da identidade do informante for imprescindível no curso de processo cível, de improbidade ou penal, a autoridade processante poderá determinar ao autor que opte entre a revelação da identidade ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo” não afasta a pecha de inconstitucionalidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI, estabelece a inadmissibilidade no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Dessa forma, um procedimento investigatório iniciado com base em relato anônimo não pode ser admitido, em nenhuma hipótese.

A manutenção do sigilo quanto à identidade do informante acarreta a inevitável ilicitude de seu relato e, portanto, impossibilita de pronto sua utilização para qualquer finalidade probatória posterior. Portanto, todos os demais elementos informativos produzidos a partir ou juntamente com seu relato restarão nulos, por derivação.

Como destaca Giacomolli (2015, p. 180), este é o efeito expandido da ilicitude ou da prova reflexa, e explica “a prova é aparentemente lícita, mas derivou de uma ilicitude (efeito expansivo). Os frutos são aparentemente sadios, mas a árvore está contaminada (fruits of the poisonous tree)”.

Quanto aos pontos, portanto, o projeto é inconstitucional.

8.3 A questão da recompensa pecuniária

As repercussões do *whistleblowing* no marco da ação penal ganham maior complexidade se o modelo a ser adotado admitir recompensas financeiras tais como percentual do valor localizado e recuperado pelo Erário ou percentual do valor pago a título de multa.

Nestes casos, a atividade do *whistleblower* deixa de ter uma conotação de ativismo ou mera consciência cívica e passa a visar um interesse econômico na condenação dos denunciados e na recuperação dos valores fruto de crimes.

Este interesse econômico na condenação teria como primeira repercussão, uma certa reserva, por parte do julgador, quanto ao valor probatório de suas declarações, colocando em xeque sua isenção e a possibilidade de ser ouvido como testemunha compromissada.

Quanto ao compromisso de veracidade dos fatos afirmados em seu depoimento, uma vez admitido, seria prestado sob as sanções dos crimes de falso testemunho, denunciação caluniosa ou do artigo 19 da Lei nº 12.850/2012.

Mas o aspecto que mais inspira reflexões e aprofundamentos, dado o interesse econômico na recompensa financeira decorrente da condenação, a legislação a ser editada venha a reconhecer a admissibilidade de que o "*whistleblower*" atue como assistente de acusação.

A lei processual vigente, no artigo 268 do Código de Processo Penal autoriza que o ofendido, seus representantes ou sucessores venham a ingressar na ação penal já instaurada.

Como afirma Aury Lopes Junior (2015), a motivação para o ingresso do assistente de acusação, em geral, prende-se a um desejo de vingança ou à preservação do interesse econômico vinculado ao ressarcimento pelos danos suportados em razão da ação criminosa. O desejo de vingança não se constitui em justificativa hábil a permitir a atuação do assistente de acusação, em um processo penal estruturado de acordo com as garantias constitucionais.

A atuação se justifica, portanto, exclusivamente, em decorrência da possibilidade de que o juiz fixe valor mínimo para a reparação civil (art. 387, IV do Código de Processo Penal), servindo a sentença condenatória de título executivo judicial para execução imediata ou para a instauração de processo de liquidação para apuração do valor restante, “sem que se discuta mais a causa de pedir, mas apenas quanto deverá ser o complemento” (LOPES JR, 2015, p. 789).

No caso do "*whistleblower*" que busca sua recompensa financeira prometida em lei,

caso este venha a ser o modelo a ser adotado, haveria interesse econômico similar ao do ofendido.

Desta forma, a argumentação que encontra um interesse econômico a justificar seu interesse na sentença condenatória mostra-se bastante coerente com o que já ocorre em relação ao ingresso do ofendido no processo. Haveria justificativa para que também seja admitido como assistente, uma vez que também ele está buscando um interesse econômico, tal como o ofendido ou a CVM e o BACEN, nos crimes da Lei nº 7.492/86.

Todavia, a questão deve ser objeto de permissivo legal expresso, uma vez que o artigo 268 do CPP elenca um rol restrito de pessoas admissíveis como assistentes.

Contudo, esta possibilidade não está isenta de críticas.

O risco que se corre, ao admitir-se o ingresso do “*whistleblower* recompensável” na ação penal como assistente de acusação é aquele já sinalizado por Lopes Junior (2015) e decorre da mistura de pretensões (acusatória e indenizatória) gerando uma grave confusão lógica e, principalmente, um hibridismo bastante perigoso e problemático, que pode conduzir a ‘condenações penais disfarçadas de absolvições fáticas’, ou seja, condena-se alguém na esfera penal a uma pena irrisória (multa e restritiva de direitos), muitas vezes por delitos insignificantes, pois no fundo o que se quer satisfazer é a pretensão indenizatória.

De fato, a atuação como parte coadjuvante na ação penal tanto pode contribuir para um aprofundamento da cognição do juiz quanto aos fatos e circunstâncias que caracterizam a pretensão acusatória, quanto pode representar maiores delongas, com a instauração, na jurisdição penal, de incidentes de cunho patrimonial (sequestros, arrestos, hipotecas legais, alienações judiciais etc) que melhor se afeiçoam à jurisdição cível. O Projeto de Lei 10.372/2018 prevê expressamente a possibilidade de manejo de recurso contra decisão que indeferir pagamento ao informante. Essa medida aumenta a judicialização em âmbito criminal, não se prestando a desafogar tribunais ou a tornar mais rápido o processo de causas criminais complexas.

8.4 A problemática superposição entre o relato do “informante do bem” e colaboração premiada

Ainda é passível de se questionar, quanto à eficácia da jurisdição penal, nos processos em que atue o *whistleblower* “recompensável” se seria admissível que o denunciado pudesse ter ampla liberdade para celebrar acordo de colaboração premiada, incluindo os fatos já denunciados pelo “informante do bem”.

A resposta nos parece negativa.

Nesta perspectiva, é forçoso reconhecer que a colaboração premiada tem a mesma finalidade do *whistleblowing*. Desta forma, sua admissibilidade quanto aos mesmos fatos já reportados pelo *whistleblower* caracterizaria *bis in idem* e poderia conduzir à impunidade, além de hipotético prejuízo aos cofres públicos, diante da possibilidade de conluio entre *whistleblower* e colaborador ambos “premiados”.

Portanto, a superposição de premiações destinadas ao *whistleblower* e ao colaborador premiado (Lei nº 12.850/2013, por exemplo) merece maior esforço de reflexão e deve ser analisada com cuidado pelo legislador antes da introdução do instituto no sistema normativo brasileiro.

Nesse ponto, os projetos são lacunosos.

Mas há ainda outros aspectos acerca do valor probatório do relato do reportante.

8.5 O valor probatório do relato do “informante do bem”

De acordo com o disposto no § 2º do artigo 4º-B do Projeto de Lei 882/2019: “ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado pelo informante, quando mantida em sigilo a sua identidade”.

A interpretação *contrario sensu* do dispositivo causa perplexidade: então quando a identidade do informante for revelada, é possível a condenação apenas com base em seu depoimento?

Não se pode perder de vista que o relato do informante é um fragmento de realidade, muitas vezes ditado por razões múltiplas que podem oscilar desde o desejo cívico de “contribuir para o aperfeiçoamento das instituições” até razões espúrias, mesquinhas ou banais, como a simples vontade de incomodar ou vingar-se de um desafeto. Ainda que em alguns países, como a França, somente admita relatos de boa-fé, há que se reconhecer que, sobretudo se os elementos indiciários que acompanham o relato são de baixa credibilidade, seu valor não deve ser maior que o de uma testemunha ou mero informante, e se ouvida em juízo, não poderá prestar compromisso, notadamente nos casos em que há intenção de ganhos monetários.

Aqui, a interpretação *contrario sensu* do dispositivo leva, igualmente, à sua inconstitucionalidade por ofensa ao princípio do devido processo legal.

8.6 O custo da rede estatal de proteção a “informantes de bem” x EC 95/2016

O Projeto de Lei 882/2019 prevê a atuação de informantes com relação a qualquer crime, destinando-lhe recompensas sem fixar valor mínimo, apenas estabelecendo um máximo de 5% do valor recuperado. O Projeto de Lei 10.372/2018, por sua vez, embora regulando a atuação de cidadão colaborador apenas com relação a crimes de organizações criminosas, estabeleceu recompensa entre 5% e 20% dos valores recuperados.

No paradigma atual, o Poder Executivo federal tem discricionariedade para regulamentar os valores e forma de pagamento de recompensas pagas pelo Fundo Nacional da Segurança Pública, nos termos do art. 5º, X, da Lei 13.756/2018. Nenhum dos dois projetos de lei ora analisados identifica se as recompensas que disciplinam seriam cobertas por esse fundo ou não. Deveria o pagamento ser feito por precatórios expedidos pela vara criminal, na forma do art. 100 da Constituição? Ou seria necessária regulamentação do Executivo estabelecendo um procedimento para empenho e pagamento administrativo? Em qualquer dos casos, estando em jogo crimes da competência da Justiça Estadual, o pagamento das recompensas seria feito pelo Estado ou pela União?

Ainda que se explicita o Executivo federal como responsável por custear todas as recompensas, necessário será observar o art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000). Este exige a apresentação (i) da estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que a medida deva entrar em vigor e nos dois subsequentes ou (ii) da declaração de que o aumento tem compatibilidade com o orçamento aprovado. Assim o é porque uma lei que introduza uma ampla disciplina de recompensas para reportantes institui nova política pública que aumenta a despesa pública, atraindo a incidência do artigo de lei mencionado.

Sobretudo no caso do Projeto de Lei 10.372/2018, os valores de recompensa podem ser significativos, sendo devidos ainda que a maior parte dos valores recuperados sejam destinados à vítima, e não perdidos em favor do Poder Público. Haveria maior equilíbrio entre os gastos com recompensa se estes constituíssem parcela apenas dos valores cujo perdimento é decretado em favor do Poder Público e apenas se o fundo ou órgão responsável pelo pagamento das recompensas fosse da mesma esfera federativa recebedora dos valores cujo perdimento se decretou. Do contrário, um inconveniente desequilíbrio pode ser estabelecido no longo prazo.

A experiência estadunidense com programas de estímulo à atuação de “*whistleblowers*” demonstra que a ausência de recursos é uma das principais causas para seu insucesso (VAUGHN, 2012).

O estímulo para que pessoas realizem relatos ou denúncias, sem uma rede adequadamente estruturada para sua recepção e processamento, integrada por agentes públicos capacitados para a tarefa, já é, por si só, frustrante. Todavia, incentivar a prática do *whistleblowing* sem que o Estado tenha condições de prestar proteção adequada aos denunciantes, beira à irresponsabilidade e inconsequência com estas pessoas.

Neste sentido, o contexto econômico atual não se revela propício para a criação de novos programas ou implementação de outras políticas públicas além daquelas já determinadas nas leis em vigor.

A partir de dados obtidos por intermédio da Lei de Acesso à Informação e do site *Portal Brasileiro de Dados Abertos*, um em cada três postos está vago no Governo Federal, com tendência ao aprofundamento do déficit de servidores públicos. Dos 781.229 cargos previstos em lei, 253.276 estão desocupados e sem previsão de provimento em curto ou médio prazo, sendo que nos próximos três anos estima-se que 3.000 servidores desliguem-se do serviço público por aposentadoria.

Mas, além da diminuição do quadro de servidores, há ainda a questão orçamentária. A Emenda Constitucional nº 95/2016 congelou os gastos públicos por vinte exercícios. Portanto, a execução de novas ações ou programas governamentais deverão, necessariamente, obter recursos mediante remanejamento de rubricas reservadas a ações ou programas governamentais já existentes.

Vejamos o que aconteceu, nos últimos anos, com os recursos orçamentários destinados aos programas de proteção a testemunhas.

Em 2012, os recursos federais destinados especificamente ao Sistema Nacional de Proteção a Pessoas Ameaçadas alcançaram o total de R\$ 39.450.000,00 (trinta e nove milhões, quatrocentos e cinquenta mil reais) a serem utilizados em três programas: Testemunhas e Vítimas ameaçadas, Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte e Defensores de Direitos Humanos Ameaçados.

No ano de 2019, a Lei Orçamentária de 2019 destinou R\$ 28.924.000,00 (vinte e oito milhões, novecentos e vinte e quatro mil reais) para o objetivo nº 0974 “*proteger a vida de testemunhas, vítimas, defensores de direitos humanos e crianças e adolescentes ameaçados e prevenir e combater a tortura e o trabalho escravo*”. Ou seja, em sete anos, além do corte superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), o que representa uma redução de aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento), os recursos ainda necessitarão ser compartilhados com mais outros dois programas de grande relevância, quais sejam, o combate à tortura e ao trabalho escravo. Essa constatação é extremamente preocupante, já que é pouco

crível que o número de pessoas ameaçadas tenha diminuído nessa proporção nesse período.

Ou seja, os programas de proteção aos “informantes do bem” constituiriam mais uma ação governamental na disputa por tais recursos orçamentários escassos. A criação do instituto por lei, no atual contexto, em inexistente a mais remota possibilidade de prover recursos orçamentários adequados e suficientes para a estruturação de um programa consistente de *whistleblowing* no serviço público, retira a credibilidade da proposta, aproximando-a de outras medidas de populismo penal já praticadas no passado recente.

Ainda que se admita a possibilidade de se destinar ao *whistleblower* parte dos recursos recuperados ao final da ação penal ou da ação de improbidade, permaneceria a necessidade de se prover, com recursos públicos, as ações protetivas no interregno entre a instauração das investigações preliminares e o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 91, II, “b” do Código Penal), sobretudo nos casos mais graves, em que haja risco à vida ao “informante” e seus familiares.

Por se tratar de propostas inconstitucionais, lacunosas, formuladas com má técnica legislativa, sem a consideração dos impactos orçamentários, das repercussões negativas nas relações de trabalho, na criação de uma cultura de “vigilantismo” e, sobretudo, por consistirem em mais um passo no sentido de reforçar um modelo de processo penal autoritário, favorecendo práticas inquisitórias que nos distanciam ainda mais dos 19 países da América Latina que já adotaram o sistema acusatório adversarial, manifestamo-nos pela rejeição total da proposta.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta

9 PROPOSTA DE INTRODUÇÃO DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A alteração pretendida é a inclusão dos artigos 28-A e 395-A no Código de Processo Penal e do parágrafo 1º no artigo 17 da Lei 8.429/1992.

Observa-se uma tendência no meio jurídico brasileiro de importação acrítica de institutos alienígenas, sem mínimo respaldo na história ou na cultura jurídica pátrias, ao contrário do sistema *common law*, onde tais institutos se encontram perfeitamente ambientados.

O Projeto de Lei Anticrime é um exemplo dessa tendência, na medida em que pretende importar o *plea bargaining*, ou seja, a negociação da pena prevista no sistema da *common law*, para o sistema jurídico penal brasileiro regido pela *civil law*.

A incompatibilidade é evidente já que no sistema anglo-saxão vigora o princípio da oportunidade em que há discricionariedade do Ministério Público para promover a persecução penal, conforme o interesse público, enquanto que no sistema romano-germânico impera o princípio da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal pública. Admitir a negociação ilimitada da pena privativa de liberdade representaria, portanto, o fim do próprio sistema processual penal como concebido originalmente no ordenamento jurídico brasileiro, importando em evidente violação às garantias constitucionais previstas para o processo penal e em um agigantamento do poder persecutório do Ministério Público, sem o indispensável controle pelo Judiciário sobre a ocorrência de lesões ou ameaças a direitos, em face de seu apequenamento.

Especificamente no Título XII do anteprojeto ora analisado, propõe-se a introdução de novas “soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade”, sendo a ele, portanto, totalmente aplicáveis as críticas inerentes à importação da chamada justiça penal negocial. Como afirma Geraldo Prado (1994), somente é possível abrir mão do devido processo legal quando o interesse em jogo é de índole patrimonial ou equivalente, porém, as liberdades públicas não têm essa característica e se inserem no núcleo inflexível dos direitos fundamentais. Segundo o autor, prevalece o interesse público de tutela das condições de se assegurar a dignidade da pessoa humana, sendo irrenunciável o direito fundamental, pelo particular, enquanto antecedente lógico da indisponibilidade a invalidar, por contradição com a Constituição, qualquer ato tendente à abdicação dos direitos individuais.

Na verdade, como se percebe, a quase totalidade do Pacote Anticrime nada traz de

realmente novo, revelando-se em mais um instrumento de endurecimento do sistema penal como panaceia para a solução dos sérios problemas que afligem a sociedade brasileira em torno do tema segurança pública, muito embora, nas últimas décadas, possa ser verificado que a edição de leis penais mais gravosas não tenha surtido o efeito desejado na medida em que o encarceramento vem aumentando exponencialmente sem que os problemas de segurança sejam resolvidos. Antes, vêm eles se agravando.

Nesse palco, a edição de leis penais mais severas com o fim de atender a um clamor populista está em descompasso com os estudos mais abalizados e atuais sobre a temática, ignorando a ampliação gradativa da insegurança pública e do hiperencarceramento, fatores intimamente correlacionados.

9.1 Acordo de não persecução penal (art. 28-A, Código de Processo Penal)

Aqui desde logo avulta a similitude entre a proposta de artigo contida no anteprojeto oriundo do Poder Executivo e outro dispositivo previsto em anteprojeto anterior, da lavra do Min. Alexandre de Moraes sob a identificação PL 10.372/2018, valendo colocá-los lado a lado.

O “acordo de não persecução penal”, não obstante o acréscimo de requisitos estratégicos (confissão, pena máxima não superior a quatro anos), trata-se em essência da já conhecida transação penal prevista no art. 98, I da Constituição Federal.

De início, os elementos de informação obtido em fase inquisitorial perante órgãos policiais, especialmente a confissão do suposto autor do fato, não possuem natureza probatória, uma vez que não se cercou das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do devido processo legal.

Apesar disso, o Projeto de Lei em análise considera bastante, para a negociação a existência, do que denomina de confissão circunstanciada por parte do investigado colhida no curso da investigação policial, sem que a presença de advogado ou defensor público seja assegurada ao indiciado, atribuindo a essa confissão status de prova em caso de revogação do acordo de não persecução penal. A exigência de que o suposto autor do fato se auto-incrimine para ter direito a um benefício é inconstitucional diante do parâmetro posto pelo artigo 5º, LIV e LV da Constituição Federal. Faz-se necessário ainda reconhecer que a exigência de confissão, consiste violação da garantia individual de não produzir prova contra si, o que afronta ainda o disposto no artigo 8º, inciso II, alínea “g”, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário.

O estabelecimento da confissão como requisito para o instituto em análise opera uma inversão no sistema acusatório previsto no artigo 129, I, da Constituição Federal, impondo que o indiciado colabore com a acusação, cujos contornos, na hipótese do acordo de não persecução penal (previsto no art. 28-A do projeto), sequer são conhecidos com clareza com sério risco de excesso de acusação (*overcharging*).

O uso da expressão “desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, embutida no *caput* do dispositivo proposto confere discricionariedade ao membro do Ministério Público, dada a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, em dissonância com o sistema penal e processual penal adotado no ordenamento jurídico pátrio, face ao risco de submissão à voluntariedade dos operadores do direito.

A seu turno, o inciso I do proposto artigo 28-A praticamente repete a dicção do artigo 89, § 1º, inciso I, da Lei 9099/95: quando da homologação da suspensão condicional do processo, a inicial acusatória (seja denúncia ou queixa-crime) já deverá ter sido recebida pelo órgão jurisdicional competente, pelo que ao menos já **necessariamente** estará presente a **justa causa** seja para o recebimento seja para a oferta do *sursis* processual.

Vale chamar a atenção para a circunstância de que, como mencionado no *caput* do artigo 28-A, a suspensão condicional do processo pressupõe que não seja o caso de arquivamento, impondo a presença de elementos probatórios mínimos de autoria e materialidade.

O artigo 28-A, § 8º proposto, apresenta a seguinte redação: “recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de **complementação das investigações** ou oferecimento de denúncia” (grifamos). Tal redação merece a mesma crítica já realizada ao vigente artigo 28 do Código de Processo Penal no sentido de que não foi recepcionado pelo disposto no artigo 129, I, da Constituição da República, uma vez que atribui ao juiz conduta processual própria do órgão acusador a quem incumbe buscar complementação da prova, independente de provocação judicial, devendo o magistrado tão somente apreciar os autos como lhes são apresentados pelas partes e sendo inadmissível atitude proativa em sede de processo penal.

Dispõe o artigo 76, § 6º, da Lei 9099/95 que “a imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, **e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível**” (grifamos), o que foi simplesmente desconsiderado pelo projeto de artigo 28-A inciso I ao dispor que poderá ser exigido (e fatalmente será, quase como regra poderíamos dizer) como condição do acordo de não persecução penal a reparação do dano,

isto ainda na fase de mero Inquérito Policial.

Exigir a reparação do dano como condição para **qualquer** benefício despenalizador, negar tal benefício ou revogá-lo, respectivamente, pela não aceitação ou descumprimento da condição implicaria em seguir na direção de uma condenação criminal por força de controvérsia de natureza cível e, em específico, patrimonial, o que viola de forma transversa o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) que, em seu artigo 7.7 estatui que “ninguém deve ser detido por dívidas”.

Na esfera penal, a obrigação de reparar o dano é fruto da sentença penal condenatória transitada em julgado (artigo 63 do Código de Processo Penal), não podendo, numa inversão de valores, a obrigação de reparar o dano gerar uma condenação, sob pena de consistir numa condenação originária de dívida, a gerar uma prisão por dívida, o que é claramente vedado, como visto, pela Convenção Interamericana.

O estabelecimento da reparação de dano como condição *sine qua non* de um benefício despenalizador desvirtua o direito e o processo penal ao conduzir a causa penal para um debate que lhe é, a princípio, estranho. Por outras palavras: o processo penal não pode colocar a questão patrimonial como pressuposto, nem o direito penal pode ser aplicado porque assim demanda o direito civil.

Forçar um indiciado ou mesmo réu a celebrar um acordo de natureza cível implicaria em coagi-lo, com base em meros indícios de um Inquérito Policial (Bernd Schünemann, segundo Vinicius Gomes de Vasconcellos, chama a isto, junto a outros exemplos de hipervalorização dos indícios coligidos na fase pré-processual, de “apoteose do inquérito”), a abrir mão da jurisdição cível, de contestar ou discutir em Juízo a dívida em si, sua existência ou seu valor, violando desta feita a cláusula pétrea de inafastabilidade do controle jurisdicional de um lado e, por outro, o princípio da dignidade humana, já que não se afigura minimamente admissível uma barganha envolvendo a liberdade de um lado e o patrimônio de outro.

O inciso III do artigo 28-A proposto pelo Ministério da Justiça se mostra como medida de elevada gravidade para momento tão inicial e superficial de apuração da culpa, condição portanto de todo incompatível com a fase de inquérito policial, sobretudo se conjugada a outras condições tal como viabiliza o *caput* do dispositivo.

Já o inciso V do mesmo dispositivo, ainda que encontre reflexo no artigo 89, § 2º, da Lei 9099/95 ao viabilizar a indicação de condição não expressamente prevista, insere, novamente, elevado grau de subjetividade e discricionariedade no âmbito criminal que deve sempre ser norteado pelos princípios da legalidade e da taxatividade. Novamente aqui andou

melhor o legislador de 1995 ao estipular para a transação penal no *caput* do artigo 76 (portanto: ainda na fase inquisitorial) que “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de **pena restritiva de direitos ou multas**, a ser especificada na proposta” (grifamos), assim delimitando as hipóteses de oferta.

O inciso II do parágrafo 2o do artigo 28-A, ao vedar a proposta de não persecução penal aos casos em que houver, quanto ao investigado não reincidente, “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas”, traz gravíssima violação ao princípio constitucional da presunção de inocência previsto no (ultimamente tão maltratado) inciso LVII do artigo 5o da Constituição Federal, valendo lembrar que “a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena” - tese firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 591054, com repercussão geral reconhecida.

Os parágrafos 5º, 6º e 7º do artigo 28-A conforme propostos deveriam prever expressamente, por um lado, também a possibilidade de devolução ao Ministério Público quando o juiz considerar as condições celebradas exageradas ainda quando houver aceitação do indiciado e de sua defesa, e por outro lado a possibilidade de homologação parcial da avença, priorizando desta feita o princípio da inafastabilidade da jurisdição, colocando-o (por óbvio e como deve ser) acima de acordos celebrados entre um órgão do Poder Executivo e particulares.

Ainda quanto ao parágrafo 6o, em sua parte final há a determinação no sentido de que “homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal”, providência que parece absolutamente desnecessária já que a fiscalização do cumprimento do acordo pode e deve ser feito pelo próprio juiz que o homologou, sem sobrecarregar as Varas de Execução e viabilizando a pronta aplicação do que dita o parágrafo 10 do dispositivo, i.e., a rescisão do acordo e oferta de denúncia.

O parágrafo 9o firma que “a vítima será intimada da homologação do acordo”, revelando falta de técnica na redação do projeto, uma vez que o mais adequado seria estatuir que a vítima será **notificada** a tal respeito. Outrossim, percebe-se que a vítima só será chamada a conhecer da avença quando já homologada, o que denota descaso para com sua figura, indispensável, por exemplo, para o fornecimento de subsídios visando aquilatar o dano

e sua reparação, pelo que seria necessário que estivesse presente já na fase prevista no parágrafo 3o, aí sim sendo **intimada** a comparecer à reunião entre o Ministério Público, o investigado e seu defensor visando discutir e formalizar a avença - sempre tendo em conta as graves objeções já acima levantadas quanto à condição de reparação do dano.

Na redação do parágrafo 12, enfim, é de todo conveniente acrescentar que a homologação e cumprimento do acordo não serão considerados para fins de reincidência, aliás como o fez de forma expressa o parágrafo 4o do artigo 76 da Lei 9099/95.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

9.2 Plea bargain (art. 395-A, Código de Processo Penal)

O *plea bargain* corresponde ao instituto adotado pelos países da *common law*, ou seja, sistema diferente da *civil law* que é utilizado no Brasil. A inspiração estadunidense da proposta permite apontar uma diferença fundamental: no modelo norte-americano: a solução negociada, além de não se restringir apenas ao ato de negociação, está inserida dentro de um verdadeiro sistema acusatório no qual o papel de cada um dos atores da cena jurídica está perfeitamente delimitado.

A incompatibilidade com o sistema judicial nacional é evidente posto que no sistema anglo-saxão (*common law*) vige o princípio da oportunidade, ou seja, há discricionariedade do Ministério Público em promover a persecução penal, conforme o interesse público. Já no sistema brasileiro de inspiração romano-germânica (*civil law*) imperam os princípios constitucionais da legalidade e obrigatoriedade da ação penal pública.

Na proposta de alteração do art. 395 CPP (Art. 395-A) observam-se vários outros problemas.

Inexiste limite para a aplicação consensual da pena, seja quanto ao crime, seja quanto à pena, podendo a negociação se dar em qualquer delito, não importando sua gravidade, assim como é cabível a antecipação da pena, sem que se imponha uma quantidade limite de pena a ser objeto do acordo, salvo o parâmetro da pena máxima abstratamente fixada no tipo penal.

Por outro lado, tal qual na alteração do art. 28 do CPP, há a inconstitucionalidade da necessidade de confissão do acusado, pois a utilização de elemento de informação obtido perante os órgãos policiais ou perante o Ministério Público, não pode ocorrer para qualquer efeito, por não se cercar das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do devido processo legal, representando verdadeira prova.

Alicerçar qualquer medida na imprescindibilidade da confissão representa um retorno

à época em que a confissão era tida como a rainha das provas e que atualmente não mais se justifica.

A adoção do *plea bargain* ou solução negociada representa uma afronta às garantias do contraditório e da ampla defesa, que estão previstas no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, as quais devem ser respeitadas em um processo penal democrático. Da garantia de ampla e plena defesa decorrem uma série outros direitos e garantias, tais como a de ser informado da acusação, o direito de ser ouvido, o direito de não colaborar com a acusação, o direito ao silêncio e de não produzir provas contra si mesmo e o direito à igualdade de armas.

O contraditório compreende, em um processo, não apenas a possibilidade de ciência bilateral às partes acerca dos atos e termos do processo, mas a contraposição de teses, ou seja a possibilidade de contrapor-se, de apresentar a sua resposta ao longo de todo processo.

As soluções negociadas inseridas no aludido projeto acabam por sepultar, sem qualquer cerimônia, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as quais correspondem, por sinal, a cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF).

Na verdade, o PL ignora as garantias constitucionais, mesmo aquelas que não podem ser suprimidas por emenda constitucional. Assim, a proposta anticrime objetiva desconstruir garantias indispensáveis ao Estado Democrático de Direito, mesmo que se faça necessário rasgar a Constituição.

Se tudo isso não bastasse, tampouco se pode falar de contraditório, pois sem qualquer paridade de armas, a acusação, através de sua superestrutura, dita, sem qualquer contraposição ou resposta, colhe, sem que haja efetivamente um processo, uma condenação.

Trata-se de uma importação desaconselhável do instituto da *plea bargain* – até porque a proposta não veio acompanhada, por exemplo, da chamada investigação defensiva, que poderia emprestar algum equilíbrio entre as partes (acusação e defesa), antes da negociação de um possível acordo, e, de igual forma, do juiz de garantias, que poderia evitar que o acordo fosse baseado em investigações sem um mínimo de lastro probatório (*justa causa*).

Repita-se que a proposta afronta diversos princípios constitucionais consagrados e assegurados pela vigente CF, já que empresta força para elemento de informação, colhido longe do contraditório, da ampla defesa, do controle judicial e, de igual forma, da publicidade, para embasar, o acordo penal propriamente dito, com antecipação de pena sem o devido processo legal, nos termos do 395-A do mesmo projeto.

Na hipótese, toda negociação pode ocorrer já após o oferecimento da inicial acusatória e, necessariamente, nos dizeres do projeto, até o início da instrução. O que se tem, de modo escancarado, é a utilização, como se prova fosse, de elemento de informação colhido sem as

elementares garantias do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do devido processo legal. Aquilo que não pode (elemento de informação) alicerçar sentença penal condenatória, justamente em decorrência da não observância dos citados e elementares princípios constitucionais informadores do processo penal, passa a servir de base, de base única, diga-se de passagem, para justificar a “antecipação de pena”.

O projeto desconsidera, ademais, a realidade dos investigados e acusados em geral, que são defendidos pela defensoria pública, nos locais em que esta já funciona (em conhecida e ainda presente necessidade de expansão), ou por defensores dativos, que, no primeiro caso, atuam com conhecida sobrecarga de trabalho ou, no segundo, como “apagadores de incêndio”.

Vale ainda citar, com toda ênfase, que o referido princípio do devido processo legal é violado pela proposta em análise, pois garante que alguém seja encaminhado ao cárcere, mesmo ao regime mais rigoroso dentre os previstos na legislação penal brasileira, sem a necessidade da produção de prova alguma (prova judicializada e produzida a partir dos limites trazidos pelo contraditório, pela ampla defesa e, como regra geral, da publicidade) e sem que o julgador precise, passo a passo, fundamentar a decisão condenatória e a extensão da reprimenda.

Outra questão bastante complexa diz respeito à aglutinação na mesma pessoa das figuras do acusador e do julgador. Ao se adotar a solução negociada proposta no PL em última análise se atribuirá todo poder ao órgão acusador. A função de julgar, por previsão constitucional, é do Judiciário (princípio da reserva de jurisdição – art. 5º, LXI da CF/88) e não do Ministério Público, que sendo parte, não detém o poder de dizer o direito e principalmente de impor uma pena diante do indisponível direito à liberdade (art. 5º, caput e LIV da CF/88).

A pena passará a ser estipulada pela própria acusação, sem qualquer controle jurisdicional efetivo, mas meramente homologatório. Nesse contexto, não é exagerado imaginar, considerando o que rotineiramente se observa nas ações penais, que haja sério risco de excesso de acusação (*overcharging*) para obtenção do acordo penal, a representar um ônus para o sistema criminal e para toda a sociedade.

Enxertada a barganha penal tal qual um corpo estranho no sistema brasileiro, no qual, apesar dos termos da nossa Constituição, ainda persiste o modelo inquisitório, o resultado esperado é o pior possível. O projeto confere todo poder à parte que acusa para, a partir de uma acusação superlativa, alcançar o acordo e pena desejados; ao passo que impõe submissão a quem se defende e que está longe de se encontrar em pé de igualdade para “negociar”. Por

fim, estabelece apenas o controle formal a quem deveria resguardar as garantias constitucionais e, assim, evitar qualquer lesão ou ameaça a direito.

Com efeito, na hipótese de ser aprovado o "Pacote Anticrime", quase nada remanescerá de democrático em nosso processo penal, com evidente violação ao princípio da necessidade de julgamento (*nulla poena sine iudicio*), de modo que a pena passará a ser imposta pela própria acusação sem qualquer controle jurisdicional efetivo, quando muito meramente formal. Com essa possibilidade, há ainda a violação de duas garantias constitucionais, a da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), e da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

Essa competência, por previsão constitucional, é do Judiciário e não do Ministério Público, que sendo parte, não detém o poder de dizer o direito e, muito menos, diante do indisponível direito à liberdade, de impor uma pena.

Por fim, deve-se destacar que o mecanismo do *plea bargain* é igualmente criticado nos EUA especialmente diante do fenômeno do superencarceramento, voltado basicamente para a população negra e latina, e dos resultados reveladores do programa “*The Innocence Project*” que por meio de análises de vestígios de DNA conseguiu inocentar vários apenados, muitos dos quais realizaram acordos de *plea bargain*, tendo, por inúmeros motivos, “confessado” o crime que não cometeram.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

9.3 Permite a transação, acordo ou conciliação nas ações de por meio de acordo de colaboração ou de leniência nas ações de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992)

O PL ainda se propõe a modificar o Art. 17 da Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa, cuja atual redação veda qualquer possibilidade de transação, acordo ou conciliação.

A Lei de Improbidade Administrativa disciplina matéria de Direito Administrativo com repercussões cíveis. Daí porque se vislumbra de imediato inconstitucionalidade material na ampliação da negociação de forma tão ampla e extensiva. Isso porque não há um tratamento técnico da questão, uma vez que a proposta pretende amalgamar a sistematização cível da improbidade administrativa com a criminal da Lei nº 12.850/2013 e, também, com aquela da lei contra a corrupção aplicável à pessoa jurídica (Lei nº 12.846/2013).

Como se não bastasse, observa-se também inconstitucionalidade formal da disciplina

cível por meio de projeto de lei com foco criminal. Nesse aspecto, a inconstitucionalidade formal da proposta é flagrante, por desobedecer o procedimento detalhado na Lei Complementar nº 95/1998, especialmente no Art. 7º, eis que cada projeto deve cuidar de um objeto próprio e especificamente delimitado.

É, portanto, proibida pela legislação que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, tentar introduzir qualquer modificação na Lei de Improbidade Administrativa por meio do “pacote anticrime”, dada a diversidade de matérias de que tratam.

Sugestão: Pela rejeição integral da proposta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Lisboa: Almedina, 2012.

BERNSTEIN, Carl e WOODWARD, Bob. *Todos os homens do Presidente*. São Paulo: Ed. Três Estrelas, 2014;

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 mar 2019.

_____. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Parecer s/nº de 2011*. Em caráter terminativo, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 93, de 2011, do Senador Ciro Nogueira, que estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. Relator: Senador Demóstenes Torres. Aprovado pela CCJ-SF em 24.08.2011. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiVl_qJ5rfiAhV3HbkGHSuhCRgQFjAAegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Flegis.senado.gov.br%2Fsdleg-getter%2Fdocumento%2Fdownload%2Ff2cbb74c-ae7f-464b-a2a2-3a65391c13c7&usq=AOvVaw1RApnM9eZseGleTNTKL-eD., Acesso em 26/05/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 1957*. André Zacharow e Cássio Taniguchi vs Ministério Público Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em 11/05/2005. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2109812>. Acesso em 25 mai 2019.

_____. _____. *Mandado de Segurança 24.369*. Conselho Federal de Farmácia vs Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 10/10/2002. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2054698>. Acesso em 25 mai 2019.

_____. _____. *Habeas corpus n.º 81.423-SP*. João Marcos Binhardi vs Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 18/12/2001. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1976356>. Acesso em 25 mai 2019.

_____. _____. *Habeas corpus n.º 82.959*. Oseas de Campos vs Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 23/02/2006. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2110217>. Acesso em 25 mai 2019.

_____. _____. *Reclamação n.º 20644-MG*. Ministério Público do Estado de Minas Gerais vs Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgada em 28/04/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4763927>. Acesso em: 26 mai 2019.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 392, 393

BROWAEYS, Dorothé Benoit; GUILLEBAUD, Jean-Claude, KAPLAN, Jean-Claude. *O lucro comanda os bancos de genes*. Brasil: Le Monde Diplomatique Brasil, 2000. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/o-lucro-comanda-os-bancos-de-genes/99.>, Acesso em: 26/05/2019.

BUCH, João Marcos. *Execução Penal Aplicada: Anotações para redução de danos*. São Paulo: Giostri, 2019, p. 66

CHATEAURAYNAUD, Francis et al. *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*. Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013. Disponível em: <http://www.dicopart.fr/it/dico/lanceur-dalerte>. Acesso em 04 mai 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal*. vol. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

COUTINHO, Zulmar Vieira. *Exames em DNA. A verdade técnica e ética além dos 99,99%*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Doorson vs. The Netherlands*. Disponível em: http://www.hr-dp.org/files/2013/09/08/CASE_OF_DOORSON_v._THE_NETHERLANDS_.pdf. Acesso em: 26 mai 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985*. La Colegiación Obligatoria de Periodistas - Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, n.º 5. § 12. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em: 25 mai 2019.

FRAZÃO, Ana; LINDOSO, Maria Cristine. *O projeto anticrime de Moro e o problema do tratamento de dados genéticos*. Brasil: Jota, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-projeto-anticrime-de-moro-e-o-problema-do-tratamento-de-dados-geneticos-13022019>. Acesso em: 26 mai 2019.

GARLAND, David. *A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio da Janeiro: Ed. Revan, 2008, p. 270/274.

GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*, v. 1. Florianópolis: Ed. Tirant lo Blanch, 2018.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

HARDING, Luke. *Os arquivos de Snowden: a história secreta do homem mais procurado do mundo*. Rio de Janeiro: editora Leya, 2014.

JUBB, Peter B. *Whistleblower: a restrictive definition and interpretation*. In: *Journal of Business Ethics*, vol. 21, N. 01 (agosto, 1999), pp. 77-94. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25074156>. Acesso em: 06 mai 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

_____. JACOBSEN, Ricardo Gloeckner. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. ROSA, Alexandre Morais da. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Brasil: Conjur, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia>. Acesso em: 08.05.2019.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Projeto 'anticrime' e banco nacional de perfil genético: nem tudo que reluz é ouro*. Brasil: Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policia-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro>. Acesso em: 26 mai 2019.

MANNI, Franz. *A quem pertence o Código*. Brasil: Le Monde Diplomatique Brasil, 2008. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-quem-pertence-o-codigo/>. Acesso em: 26 mai 2019.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 2ª Ed.. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. 4 ed., rev., atual.,e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de inocência: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 172.

NADER, Ralph. PETKAS, Peter. BLACKWELL, Kate. *Whistle blowing: the report of the conference on professional responsibility*, 1972.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Notícula sobre a identificação genética*. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/noticula-sobre-a-identificacao-genetica/>. Acesso em: 26 mai 2019.

PENA, Sérgio. *Segurança pública: determinação de identidade genética pelo DNA*. In: Parcerias estratégicas – número 20 – junho de 2005, p. 447-460. Disponível em: <https://docplayer.com.br/3944336-Seguranca-publica-determinacao-de-identidade-genetica-pelo-dna.html>, Acesso em: 26 mai 2019.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PRADO, Geraldo. *Opinião pública e processo penal*. Boletim legislativo ADCOAS. Rio de Janeiro, ano 28, n. 30, p. 851-853, out. 1994.

_____. *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde El derecho penal*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2013.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime de dados de identificação de perfil*

genético. Brasília: Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

TAMART SOMALLA, Josep-Maria, e outros. *Curso de Derecho Penitenciário*. 2 ed, Valencia: Tirant lo Blanc, 2005.

TAVORA, Nestor; e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Comentários ao anteprojeto de lei anticrime tripartido em três projetos de lei conforme versão enviada ao Congresso Nacional*. Salvador: Juspodivm, 2019.

VAUGHN, Robert, *The successes and the failures of whistleblower laws*. Northhaptom, MA: Eduard Elgar Editors, 2012.