

Resta algo do pacote anticrime? Mais punição e menos garantias



O Pacote Anticrime, como amplamente propagado por seus entusiastas,

tinha por objetivo principal: o recrudescimento do trato dos acusados/réus/condenados. Todavia, durante sua tramitação no Congresso Nacional, aglutinou-se às normas punitivistas alguns dispositivos garantistas. Resultado? As primeiras foram, em geral, aplaudidas pela mídia, sociedade e a maioria do Judiciário, ao passo que grande parte das demais, apesar de formal e materialmente constitucionais, sofrem inúmeros obstáculos para serem efetivamente implementadas na prática forense.

São vários os movimentos contrarreformas, uma verdadeira “sabotagem inquisitorial”¹, e muitos protagonistas são, inclusive, integrantes da própria magistratura, os quais, no exercício da atividade judicante, concretizam a norma jurídica em manifesta desconformidade com o texto da lei e com a teleologia dos direitos e garantias processuais fundamentais. Entretanto, quando o Judiciário se comporta como legislador positivo, fere o princípio constitucional da separação de poderes e ainda usurpa a competência da União para legislar sobre processo penal.

Começaremos nossa análise crítica pelo art. 3º-A do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19. Esse dispositivo apenas reafirmou a opção constitucional pela adoção do sistema acusatório. Todavia, em que pese não se tenha sequer sido suscitada sua inconstitucionalidade, encontra-se com a vigência suspensa, em razão de decisão cautelar do Ministro Luiz Fux, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6298, 6299, 6300 e 6305.

A importante e necessária figura do juiz de garantias, prevista nos art. 3ºB-3ºF do CPP, também se encontra com a vigência suspensa por prazo indeterminado, por força da decisão acima referida. O questionamento da constitucionalidade formal do juiz de garantias, sob a alegação de que normas de organização judiciária devem ser regulamentadas pelo próprio poder judiciário, é falacioso, porque a instauração do juiz de garantias significa tão somente a criação de uma competência funcional por fase do processo, missão essa de competência da lei processual.

No que tange à sua constitucionalidade material, alega-se ausência de prévia dotação orçamentária para implementar as mudanças organizacionais que advirão da instauração do juiz de garantias, além da



violação do novo regime fiscal da União (instituído pela EC n° 95). Pensamos que os gastos inerentes à implementação do juiz de garantias podem ser contornados com a reorganização da estrutura administrativa e recursos humanos do Judiciário. Aliás, sem a criação de cargos, dado o funcionamento digital, como a pandemia demonstrou ser plenamente possível. Vamos além: por que não se questionou, pelas mesmas razões lógicas, o aumento de despesas oriundos da nova redação do art. 75 do CP² (aumentou o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade de 30 para 40 anos)?! Talvez porque que o elevado custo de um preso aos cofres públicos não interesse ao populismo penal!

A instituição do juiz de garantias, responsável pela salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais na fase investigatória, visa blindar o juiz do processo de eventuais contaminações decorrentes da tomada de decisões anteriores. Destarte, trata-se de uma figura fundamental em Estado Democrático de Direito, haja vista que a imparcialidade do magistrado é princípio fundamental do direito processual, bem delinearão Aury Lopes Jr e Ruiz Ritter na semana passada ([aqui](#)). A teoria da dissonância cognitiva³ explica que, quando um magistrado decreta uma prisão preventiva de ofício, sua postura ativa contamina, muitas vezes involuntariamente, suas posteriores decisões no curso do processo.

Também na perspectiva de assegurar a imparcialidade das decisões e sedimentar o sistema acusatório, entendemos como válidas (e necessárias!) as mudanças operadas nos arts. 282, §2º⁴, 311⁵ e 316⁶, todos do CPP, com a redação dada pela Lei n° 13964/19. Esses dispositivos vinculam a decretação da prisão preventiva, bem como das demais medidas cautelares, a pedido prévio do Estado Acusador. Ou seja, nessas situações, o magistrado não pode mais agir de ofício, cabendo-lhe atuar como espectador.

No cotidiano da Justiça Penal existe uma resistência de que o juiz abandone seu papel (inconstitucional) de protagonista. Situação elucidativa dessa afirmação são as inúmeras conversões, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva. Ora, inexistente diferença substancial entre a prisão preventiva precedida de liberdade ou decorrente de conversão da prisão em flagrante. De acordo com os ditames constitucionais e legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, o juiz não pode, em nenhuma fase da persecução penal, decretar prisão preventiva ou qualquer medida cautelar de ofício. É verdade que temos importantes decisões assegurando a vedação de que o juiz converta, de ofício, a prisão em flagrante em preventiva. Citamos, a título exemplificativo: 1) HC 188.888, julgado pela 2º Turma do STF (06/10/2020); 2) HC 186.421/SC, julgado pela 2º Turma do STF (17/07/2020); 3) HC 590.039/GO, julgado pela 5º Turma do STJ (20/10/2020). (confira o podcast Criminal Player 190, em que se fala do HC 193.053, STF)

Todavia, as decisões retro mencionadas – em que pese demonstrem uma salutar inflexão do entendimento então consolidado a respeito do art. 311 do CPP, alterado pelo Pacote Anticrime – ainda não refletem a jurisprudência de diversos tribunais brasileiros, inclusive das Cortes Superiores. Registramos, a título de exemplo, as seguintes decisões em sentido contrário: HC 174102/RS, julgado pela 1º Turma do STF (18/02/2020); RHC 120281, julgado pela 5º Turma (05/05/2020) e o HC 580.435/RS, julgado pela 6º Turma (04/08/2020).

Doravante, vamos falar de outro assunto (desnecessariamente) polêmico: a (ir)retroatividade do acordo de não persecução penal. Ora, esse instituto resvala consequências no *jus puniendi* do Estado, uma vez que seu efetivo cumprimento enseja a extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 28-A, §13, do CPP. Por conseguinte, pode-se concluir que se trata de uma norma híbrida (de natureza penal e processual penal) e, portanto, é cabível a aplicação do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica⁷. Nesse sentido, entendeu a 6º Turma do STJ, nos autos do AgRg no HC



575.395/RN (DJe 14/09/2020), pela possibilidade de realização do acordo de não continuidade da persecução penal durante a fase processual⁸.

Contudo, em um nítido entendimento autoritário, existem decisões negando a incidência do ANPP aos processos penais em andamento quando da vigência da Lei 13.964/19, em contrariedade à determinação constitucional de retroatividade da *novatio legis in melius*. No sentido de ser incabível o ANPP após sentença condenatória, recorrível ou transitada em julgado, encontramos algumas decisões do STF: HC 191.464, decisão monocrática do Ministro Roberto Barroso (DJe 23/09/2020); ARE 1171894, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, e o HC 186.289, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia. A posição da 5ª Turma do STJ em alguns julgados é ainda mais equivocada, ao concluir que a realização acordo de não persecução penal é adstrita ao momento pré-processual, conforme decidido no AgRg no RHC 128660 (DJe 24/08/2020), de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, bem como no RHC 130175-SP (DJe 03/09/2020), relatado pelo Ministro Felix Fischer e ainda no AgRg no Resp nº 1.860.770 – SP (DJe 09/09/2020), relatado pelo Ministro Joel Ilan Paciornik.

No que tange à retroatividade da *novatio legis in melius*, ponderamos também que a exigência de representação da vítima para processamento dos delitos de estelionato deve retroagir para atingir os processos que já tramitavam quando do advento da Lei 13.964/19, devendo a vítima ser intimada para manifestar se tem interesse no prosseguimento do feito, uma vez que a ausência de representação implica extinção da punibilidade do agente. Nesse sentido, entendeu a 6ª Turma do STJ, nos autos do HC 583.837, julgado em 04/08/2020. Todavia, existem decisões dos Tribunais Superiores limitando o alcance da norma apenas para os casos em que ainda houve oferecimento da denúncia: HC 187.341, julgado pela 1ª Turma do STF, em 06/10/2020, e o HC 573.093, julgado pela 5ª Turma do STJ, em 10/06/2020.

Os exemplos acima delineados não são exaustivos, mas são elucidativos para mostrar a sabotagem inquisitorial referida no começo do artigo. Mas, então, afinal, sobrou algum dispositivo do Pacote Anticrime? Sim, as normas punitivistas!

Estão a “pleno vapor”, por exemplo, os novos patamares de cumprimento de pena exigidos para a progressão de regime, chegando a alcançar 70%, em casos de réus reincidentes, condenados por crime hediondo ou equiparado com resultado morte (art. 112, inc. VIII da LEP), sendo-lhes ainda vedada a concessão de livramento condicional. Ou seja, nessas hipóteses, teremos situação mais gravosa que a existente quando da vigência do regime integralmente fechado (declarado inconstitucional pelo STF), já que, a esse tempo, era assegurado ao apenado livramento condicional após o cumprimento de 2/3 da pena. Também estão sendo aplicadas as alterações feitas na Lei dos Crimes Hediondos, uma delas classificou até mesmo o delito de furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A) como hediondo.



Concluimos que não adiantam alterações legislativas dissociadas de mudanças de mentalidades. O populismo penal mitiga os direitos fundamentais, muitas vezes por intermédio de interpretações regressistas, oportunistas, a pretexto de proteção da comunidade. Por conseguinte, em Estado Democrático de Direito, a proteção dos direitos do indivíduo deve desfrutar de posição de coexistência (e não de hierarquia) com a proteção dos interesses da sociedade, sob pena de o devido processo legal substancial ser mera promessa de amor.

Todo cuidado com a sexta 13!

1 Expressão cunhada por Aury Lopes Jr e Alexandre Moraes da Rosa.

<https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria><https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>.

2 Pensamos, inclusive, que esse artigo fere a vedação constitucional de penas de caráter perpétuo. Mas, adentrar no mérito dessa questão, extrapolaria os fins desse artigo.

3 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 71-74; RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. 2 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 99-144.

4 § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

5 Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

6 Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

7 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte geral, vol. I. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.235.

8 MORAIS DA ROSA, Alexandre; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. **Como negociar o Acordo de Não Persecução Penal**: Limites e possibilidades. Florianópolis: EMais, 2020. ([aqui](#))

Date Created

13/11/2020