

PROJETO DE LEI ANTICRIME

Mundos bipolares provocam conforto, um gueto mental quente e agradável. O bem ao meu lado e o mal do outro (LEANDRO KARNAL, “A mulher de Cesar ou a moral pública”; O Estado de S. Paulo, 17/2/2019).

Ementa das críticas e propostas:

1. É bem-vindo o **acordo de não persecução penal**, na verdade um *sursis* processual ampliado em relação à previsão do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Todavia, é descabida a exigência de “*confissão circunstanciada*” do agente em razão de o acordo não ter natureza condenatória. O instituto deveria ser alçado à condição de direito processual público de natureza subjetiva. Não externada a proposta pelo MP, o interessado poderia requerer o benefício ao juiz que decidirá a respeito, com direito a recurso das partes.
2. *Plea bargain*, barganha, ou acordo penal. A despeito das críticas, a proposta é bem-vinda e encontra precedentes legislativos nos projetos de Código Penal de 2012 e no de Processo Penal de 2009. Necessidade de balizamento legal da proposta ministerial e da inserção do juiz para regulá-la, sempre com direito de recurso para as partes. Exigência de confissão circunstanciada. Conceito indeterminado e sujeito a arbitrariedade. Suficiência da confissão parcial ou total, como nos projetos dos CP e CPP.
3. Recurso em sentido estrito (RSE) contra a pronúncia despido do efeito suspensivo. Sistemática vigente desde 1941 que funciona como filtro para se afastar acusações indevidas ou excessivas. Permissão para a realização do Júri sem o julgamento do RSE que traduz verdadeiro linchamento institucionalizado e priva o réu dos recursos necessários à sua defesa. Melhor seria que se estipulasse prazo para os tribunais julgarem os recursos com mais rapidez.
4. Prisão logo após o julgamento pelo Júri. Tanto o conselho de sentença popular como o juiz presidente do júri podem cometer erros e abusos. Necessidade de a instância superior apreciar a apelação para só depois, se o caso, expedir-se o mandado de prisão.
5. Prisão em segunda instância. Quando não havia regra ordinária disciplinando a prisão após o julgamento em segundo grau, o STF, pela via interpretativa, com os olhos postos na presunção constitucional de inocência, decidiu no **HC n. 84.0078**, rel. Min. EROS GRAU, que esta só seria

possível com o trânsito em julgado. Agora, mesmo depois da edição da Lei n. 12.403/2011, pela via interpretativa, decide-se contra a lei e contra a Constituição. Projeto que legisla para abonar a prisão logo após o julgamento pelo colegiado, mas retira o automatismo da prisão ao contemplar a possibilidade de o tribunal, sob condições, conceder efeito ativo aos recursos de natureza extraordinária. Providência salutar, embora inconstitucional a prisão determinada antes do trânsito em julgado sem pressupostos cautelares.

6. Embargos infringentes. Redução descabida do seu alcance apenas para a situação de absolvição. A redução de pena, a fixação de regime mais benéfico para o condenado ou mesmo a verificação do cumprimento do devido processo legal estabelecidos no voto vencido só qualifica o sistema judicial penal. Sistemática pretendida que, na busca de celeridade, se revela incompatível com a resposta penal justa.
7. Excesso doloso na legítima defesa, escusável medo, surpresa e violenta emoção. Novidades que enfraquecem a resposta penal e, pior, podem funcionar como válvula de impunidade em casos graves.
8. Legítima defesa de agente policial e de segurança pública. A prevenção de agressão ou de risco de agressão à vítima mantida refém, pela subjetividade da situação, vai aumentar as ações policiais com morte. É um cheque em branco para ações letais sem paralelo no Estado brasileiro.
9. Possibilidade de o delegado de polícia deixar de realizar o flagrante nos casos em que identifica a presença das excludentes de ilicitude. Medida inconveniente. Necessidade de se lavar o flagrante, podendo o juiz, e apenas ele, relaxá-lo em caso de ação justificada.
10. Endurecimento do cumprimento da pena no caso de integrante de organização e associação criminosa. Equiparação do integrante de associação criminosa para fins punitivos. Desproporcionalidade. Utilização excessiva por parte do MP dessas figuras criminosas que mais serve para banaliza-las e confundir com situações de coautoria. O recolhimento à prisão não pode ensejar o reconhecimento da continuidade do pertencimento à organização criminosa sob pena de se criar condições para todo o tipo de perseguições e arbitrariedades. Indefinição da competência para o reconhecimento da continuidade da organização e/ou associação criminosa.
11. Ampliação do regime fechado para crimes não hediondos. Corrupção e peculato. Ressalva das condições favoráveis do art. 59 do CP que retira a obrigatoriedade do regime inicial fechado o que é salutar.
12. Fixação pelo juiz de período mínimo no regime fechado ou semiaberto para o início do cumprimento da pena. Regra expletiva. Omissão do projeto

quanto ao período máximo que, exceção aos crimes hediondos, deve ser de 1/6 e deve estar expresso em lei.

13. Aumento da fração do regime inicial fechado nos casos de crimes hediondos, tortura e terrorismo para 3/5 desde que ocorra o evento morte. Endurecimento do regime carcerário que só funciona como exacerbação do castigo nas já abarrotadas cadeias e sem qualquer função de prevenção especial.
14. Saídas temporárias. Equívoco do projeto. Não há saída temporária no regime fechado. §7º, I, descabido. Fim do instituto no regime semiaberto revela ignorância quanto ao significado do sistema progressivo e mostra-se incoerente, pois o sentenciado pode estudar e trabalhar fora do estabelecimento prisional.
15. Impossibilidade de se conceder liberdade provisória para reincidentes, criminosos habituais e integrantes de organizações criminosas. Proposta inconstitucional e sem relevo. O legislador não pode se imiscuir no poder geral de cautela do juiz. Nova sistemática do CPP, desde 2011, na qual o juiz converte o flagrante em preventiva. Portanto, a questão não está ligada à impossibilidade da concessão de liberdade provisória, mas à decretação da preventiva.
16. Resistência com morte. Pena de 6 a 30 anos. Flagrante desproporcionalidade, sobretudo no caso de mero “risco de morte” em situação punitiva equiparada ao resultado consumado desta. Inadmissibilidade.
17. Escuta da conversa telefônica do advogado. Sigilo desta comunicação garantido pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, d), que é supralegal. O sigilo da conversa do advogado atina com o devido processo legal. Não há possibilidade de defesa ampla sem que se possa conversar com plena liberdade com o cliente preso. A ideia de “decisão fundamentada”, desvinculada de pressupostos legais, escancara o arbítrio. Código Penal português que admite a escuta unicamente “se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime” (art. 1987, n. 5). Defender as prerrogativas profissionais dos advogados, que existem para garantir o correto exercício da profissão em prol do cidadão, representa, como alerta o ministro CELSO DE MELLO, “um gesto de legítima resistência à opressão do poder e à prepotência de seus agentes e autoridades. Traduz, por tal razão, um exercício de defesa da própria ordem jurídica, pois as prerrogativas profissionais dos Advogados estão essencialmente vinculadas à tutela das liberdades fundamentais a que se refere a declaração constitucional de direitos”.

Introdução

1. O Projeto de lei Anticrime, ao contrário do que diz o seu art. 1º, não está confinado ao crime de “corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa”. É muito mais amplo e afeta o sistema como um todo. Valham-nos, para exemplificar, as propostas de solução negociada do litígio penal (suspensão processual alargada e a barganha, *plea bargain*), a de prisão logo após o julgamento pelo júri e, de forma genérica, em segunda instância, além da inexplicável redução do cabimento dos embargos infringentes. Como na proposta anterior, denominada “10 medidas contra a corrupção”, aqui também se esconde a amplitude da reforma pretendida. Estratégia? Fica mais fácil passar a reforma sob a etiqueta do combate à corrupção e ao crime organizado?

2. Para me evadir do gueto mental “quente e agradável” referido por LEANDRO KARNAL, convém, desde logo, dizer que a proposta do Ministro da Justiça se limita, em alguns poucos casos, a incorporar tendências que a jurisprudência tem consagrado. De outro lado, introduz novidades interessantes como i. a solução negociada da acusação criminal em dois níveis distintos, ii. promove a relativização, ainda que diminuta, da prisão em segunda instância e iii. a redefinição do denominado crime de caixa dois em eleições. São pontos, malgrado as controvérsias, positivos.

3. Mas o grosso do projeto é desnecessária e desabridamente **autoritário**; repete erros do passado, apostando no endurecimento do regime carcerário, embora em menor grau do que fez a Lei dos Crimes Hediondos de 1990. Impõe, para exemplificar, aos condenados por crimes dolosos, mesmo sem trânsito em julgado, a submissão, obrigatória, “à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA ..., por técnica adequada e indolor, quando ingresso no estabelecimento prisional” (XVIII, art. 9-A na Lei de Execução Penal- LEP). Retira o efeito suspensivo do Recurso em Sentido Estrito (RSE) interposto contra a decisão de pronúncia, que manda o réu a Júri (II, art. 421 do CPP), marchando

contra uma prática correta que vem desde 1941, por quê? O incensado ministro da justiça, que não tem experiência alguma em matéria de Júri, pretende modificar algo que só vem favorecendo a boa aplicação da justiça. Muita rapidez é a antítese da justiça; aproxima-se do linchamento institucionalizado. E que dizer da restrição ao cabimento dos embargos infringentes? Estes, também desde 1941, funcionam bem limitados aos termos do voto vencido. Com a proposta (III, art. 609), desnecessariamente, caberão apenas quando se tratar de voto vencido para a absolvição, por quê? É bom para a justiça penal que se mande para a cadeia quem, num julgamento ampliado, possa ter a pena diminuída ou o processo anulado por desrespeito ao devido processo legal? É como se o ideário da reforma, não importa a correção da resposta penal, estivesse atrelado apenas à rapidez.

4. O projeto, com o intuito de dar mais segurança jurídica aos policiais e agentes de segurança em geral, amplia indevidamente o conceito de legítima defesa, criando para estes uma espécie de legítima defesa própria, justamente quando o índice de mortes de civis aumenta preocupantemente em razão de ações policiais¹.

5. Afora outras críticas, o projeto avança sobre direitos e garantias do cidadão e do advogado para contemplar a possibilidade de os atendimentos serem gravados mediante decisão judicial fundamentada (hoje tenho a sensação de que toda a vez que me comunico por interfone numa unidade prisional, sempre o são). Em resumo, como bem situou o valioso editorial do jornal O Estado de São Paulo (23/02/2019, p. 3):

O pacote Moro comete abusos, minimiza garantias, amplia vulnerabilidades e premia deficiências do sistema de Justiça.

¹ Por todos, vale a incisiva crítica do advogado e articulista LUÍS FRANCISCO CARVALHO FILHO, *Ilegítima defesa*, Folha de São Paulo de 9/2/2019.

Vejamos algumas das principais questões.

Solução negociada no projeto (alteração no Código de Processo Penal)

6. Ao tratar da solução negociada da causa penal (XII), o projeto o faz em dois níveis diferentes: i. especificamente para os crimes sem violência ou grave ameaça com pena máxima não superior a quatro anos (“acordo de não persecução”) e ii. genericamente, para todos os outros crimes, observados os requisitos adiante examinados (“acordo penal”).

Suspensão processual (acordo de não persecução)

7. No primeiro caso, estamos diante de uma solução de natureza despenalizadora já conhecida entre nós desde a Lei n. 9.099/95 como suspensão condicional do processo ou *sursis* processual (art. 89), que agora é bem vinda na sua ampliação e merecedora de aplauso. Diz o texto do projeto:

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

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

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

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

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como

função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e

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

8. As consequências do acordo são a reparação do dano, prestação pecuniária, renúncia a bens e direitos, e a imposição da pena de prestação de serviço à comunidade (art. 28-A, III), além de, eventualmente, outra condição a ser proposta pelo MP. Aqui, à semelhança do disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, amplia-se a sistemática da suspensão condicional do processo para casos em que a pena máxima seja inferior a 04 anos e o crime não envolva violência e nem grave ameaça. Na versão original, o projeto previa pena inferior a 4 anos, mas isso foi, corretamente, corrigido para guardar uma relação com o art. 44, inc. I, do C. Penal, que trata da aplicação da pena alternativa para crimes nessas mesmas circunstâncias.

9. Aceita a suspensão processual, haverá as consequências dos incisos I a V, porém, sem a perda da primariedade. É uma boa medida de política criminal, economia processual e também, eventualmente, para o bolso do acusado.

10. Importante frisar que o acordo de persecução não tem natureza de condenação. Tanto que seus efeitos não têm a mesma natureza do “acordo penal” referido no art. 395-A. Também a celebração do acordo de não persecução penal, como na suspensão processual, protege o agente no que diz com o sigilo dos seus antecedentes (cf. §12).

Críticas:

11. Andaria melhor o projeto se tivesse alterado o art. 89 da Lei 9.099/95 e, não, o art. 28 do CPP, que não tem nada a ver com o assunto.

12. O projeto também parece não ter prestigiado a melhor técnica legislativa com a utilização da expressão “tendo o investigado confessado circunstanciadamente

a prática de infração penal”. O que é “confessar circunstanciadamente”? Seria entregar os comparsas, partícipes e coautores? Se for, estaríamos no campo da delação premiada. Como não se trata disso, bastaria que o dispositivo legal referisse confissão “total ou parcial”, como se lê no art. 105, I, do projeto de Código Penal de 2012 e, também, no §1º, do art. 283, do projeto de Código de Processo Penal.

12.1. De qualquer modo, se a celebração do acordo de não persecução não tem natureza condenatória, é descabida a exigência de confissão, total ou parcial e, pior ainda, circunstanciada. Feito o acordo, a confissão é dispensável, pois o que importa é a observância das condições.

13. Da forma como redigido o dispositivo no atual projeto do Ministério da Justiça ficaremos ao sabor das idiosincrasias de membros do Ministério Público e dos juízes para saber o que é confissão circunstanciada e, o pior, sem possibilidade de recurso no caso de não se reputar “*suficientemente circunstanciada*” a confissão. A técnica dos projetos do Código Penal e Processual Penal é, no ponto, bem melhor e deveria ser seguida.

14. Por fim, malgrado a ideia de “negociação entre as partes” que informa o projeto, melhor seria a criação de um dispositivo que elevasse o acordo de não persecução penal à categoria de direito processual público de natureza subjetiva.

14.1. Assim, se o investigado preencher os requisitos de lei, mas o Ministério Público não propuser o acordo, este será requerido pelo interessado e o juiz deliberará a respeito, com direito a recurso para o Tribunal em qualquer caso. Afirma-se o princípio da proteção judicial efetiva (CF, XXXV), a soberania e a importância do Poder Judiciário em matéria de decidir sobre direitos e, por outro lado, não se entrega o cidadão ao melhor, ou pior, alvitre do representante do Ministério Público de ocasião.

Acordo penal

15. O acordo penal tupiniquim ou, como reza a doutrina americana, *Plea Bargain*, não representa nenhuma novidade em termos de proposta legislativa. O projeto de Código Penal de 2012, composto por juristas conceituados e de índole democrática, contemplava o instituto da “barganha”, que tem as mesmas características do projeto agora apresentado pelo Ministro da Justiça. Idem o projeto de Código de Processo Penal no seu art. 283, também composto por juristas democráticos e da maior qualidade.

16. A barganha, ou acordo penal, permite a transação durante o processo para abreviá-lo, mas sempre com um desfecho punitivo. É apontada como um fator de eficiência da jurisdição e, eventualmente, vantajosa para o acusado pela economia de tempo, energia, custos e pena menor do que a que sofreria caso condenado em processo regular.

17. Apesar dos entusiastas do instituto, são inúmeros e qualificados os seus críticos. Uns, porque entendem que há grave ofensa a garantias constitucionais como as do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, além de apontarem as diferenças entre os sistemas da *civil law*, ao qual nos filiamos, e da *common law*, anglo americano². Outros, porque sustentam a existência de defeitos funcionais no país de origem (EUA), pois presos pobres, com profissionais nem sempre em condições ou dispostos a lutar pelos seus direitos, são aconselhados a aceitar o acordo para evitar coisa pior. Aqui não seria diferente e, talvez, mais tenebroso. Daí a crítica ácida do jornalista ELIO GASPARI ao instituto. Diz ele que “é muito bonito na teoria, mas a prática será outra”. “O direito saxônico funciona melhor que o brasileiro, mas a pirataria de mecanismos obrigará orquestras de frevos a tocar o rock” (*A rebelião do andar de cima*; Folha de S. Paulo, p. A13, de 17/2/2019).

² Por todos, AURY LOPES JR., *Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?*, www.conjur.com.br, acessado em 22/02/2019.

18. Há, ainda, os que, associando-se, ou não, às críticas precedentes, ancorados numa concepção ligada à teoria absoluta das penas, não concebem qualquer tipo de negociação em matéria penal. Nas pegadas de KANT, assinalam que a lei penal é um imperativo categórico livre de toda consideração a respeito de fins; o não cumprimento da pena integralmente frustra as exigências irrenunciáveis da justiça e do próprio direito³.

19. O perigo de acusações excessivas para amedrontar o acusado e forçar a aceitação de um acordo é real e não pode ser ignorado. Mas também não se pode afastar um instituto pelo seu emprego distorcido e corrompido. Há meios e regras para obviar abusos e distorções, ainda que não completamente. Se os níveis de erros serão toleráveis, ou não, só a prática o dirá. Daí, como se verá adiante, a necessidade de um balizamento legal das propostas tal como efetuado nos projetos de Código Penal e Processual Penal. Afora o mais, é necessário engajar o juiz na eventual suplementação e correção de propostas. Tudo, obviamente, com a previsão de recursos. Não há razão para se preterir o duplo grau de jurisdição.

20. Por outro lado, não compactuo com os que pensam em ofensa a princípios e garantias constitucionais. A proposta em foco não envolve o modelo adversarial de justiça, onde e quando os princípios constitucionais atinentes à defesa devem, em toda sua extensão, ser rigorosamente observados. O modelo negocial tem outra inspiração e não pode ser travado por regras pensadas para o sistema clássico ou adversarial de atuação estatal punitiva. Se a aceitação do acordo é voluntária e válida, não há qualquer óbice para que se implemente uma solução punitiva negociada.

³ JESCHECK, Hans-Henrich, **Tratado de derecho penal**, trad. S. Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981, vol. I, p. 96 e ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel, **Fundamentos del derecho penal**, Valência: Tirant lo Blanch, 1993, p. 68/69.

20.1. Também a diferença entre os sistemas de direito não chega a ser um empecilho como se viu com a introdução da Lei 9.099/95 que introduziu a transação penal e, no geral, vai bem.

21. Por fim, a teoria absoluta das penas foi sobrepujada pelas teorias relativas há muito tempo, concebendo-se estas em seu aspecto funcional de reintegração do condenado e utilidade social.

22. Ao tratar do acordo penal a proposta do Ministério da Justiça estabelece o seguinte:

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

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

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

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

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

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

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

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

§ 5º Se houver vítima decorrente da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos,

sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

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

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

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

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

§ 10. No caso de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas.

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

Críticas:

23. Corretamente, a celebração do acordo penal tem natureza de condenação (§8º), pois haverá cumprimento de pena. Todavia, as mesmas críticas lançadas acima quanto ao uso da expressão "*confissão circunstanciada*" no acordo de não persecução (*sursis* processual), valem para o acordo penal (cf. supra, itens 12 e 13).

24. Por outro lado, caso o acusado tenha interesse no acordo penal, mas o Ministério Público se negue a propô-lo, deveria haver previsão legal de apreciação pelo juiz do pedido do acusado, com direito a recurso para ambas as

partes da decisão. Não há razão para o denominado acordo penal ficar apenas nas mãos do MP ou, quando o caso, nas do Querelante. Podemos perfeitamente ter um instituto diferente do *plea bargain* americano, adaptado à nossa cultura processual e ao nosso sistema romano-germânico. Portanto, a regra do §11 deveria ser banida para não deixar o acusado apenas nas mãos do MP e permitir que o Judiciário possa suprir a vontade (ou falta dela) da parte acusadora, inclusive corrigindo sua proposta, mas sempre com direito a recurso. É uma forma de se mitigarem distorções e abusos eventualmente praticados.

25. Merece aplauso a previsão constante do §7º do projeto “O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal”. Todavia, excetuado o último caso, deveria haver nos demais a previsão de o próprio magistrado fazer a adequação, sempre com recurso para o tribunal competente.

26. O §10 do projeto estipula que no caso “de acusado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em **regime fechado**, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas”. A regra não é desarrazoada e segue a jurisprudência no que diz com o agravamento do regime em razão das circunstâncias indicadas no dispositivo. Contudo, deveria estipular o máximo do cumprimento da pena em regime fechado. Pensamos, considerando-se que se trata de um acordo, mediante a confissão do acusado, que 1/6 da pena no regime fechado é razoável. O regramento, dada a novidade do instituto, não pode ficar em aberto ou pela metade.

27. Para se fazer um paralelo, o projeto de Código Penal de 2012 proíbia o apenamento em regime fechado. O instituto era regrado da seguinte maneira:

Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público de um lado, e o Ministério Público ou o querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia de suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º São requisitos de acordo de que trata o *caput* deste artigo:
I - a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II - o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º a 4º deste artigo;
III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão nos termos do artigo 61 deste Código;

§ 3º **Fica vedado o regime inicial fechado.**

§ 4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1º poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal.

28. Conforme o texto do projeto do CP, nunca será aplicada a pena que importe na imposição do regime fechado, mas isso não significa que só caberia a proposta de barganha nos crimes em que não seja cominada pena superior a 8 anos e, portanto, com regime inicial fechado. Parece perfeitamente possível que um crime apenado com regime fechado, depois do acordo, que envolve a redução da pena, venha a tê-la fixada em regime mais brando.

29. A pena na proposta do projeto do CP deve ser aplicada em patamar não superior ao mínimo legal — podendo ainda ser reduzida de um terço (1/3) abaixo do mínimo (mediante requerimento das partes). Se houver pena de multa, esta também deve ser no mínimo, devendo o valor constar no acordo (§ 4.º, art. 105).

30. Essas regras — ausentes no atual projeto do Ministro da Justiça — balizam de forma mais segura a proposta de acordo de modo a se impedir abusos por parte do órgão acusador. Como se trata de instituto novo e sujeito a forte oposição, penso que este regramento seria bem vindo e atenua a possibilidade de distorções punitivas.

31. Já o projeto do CPP prevê o seguinte no seu art. 283:

Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos].

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

I - a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

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

Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.”

32. Interessante observar que o projeto do CPP, como o do CP, também prevê a aplicação da pena no mínimo e com a possibilidade de ainda vir a ser reduzida em 1/3, preenchidas certas condições. Isso baliza, repita-se, a proposta ministerial e evita excessos. Falta uma previsão dessa natureza no projeto anticrime do Ministério da Justiça o que lhe dá um tom mais punitivo que os projetos anteriores.

33. É certo que no projeto atual há a possibilidade de, independentemente da quantidade da pena fixada, vir a “ser alterado o regime de cumprimento das penas”. É o que vimos nos acordos da Lava Jato em que delatores tinham penas superiores a 08 anos, mas com “*regime diferenciado*” aberto, figura sem previsão legal, que se fez na “mão grande” e, em boa hora, se positiva. É uma saída inteligente e atrativa para o denunciado.

34. A redução substantiva da pena é condição *sine qua non* para que vingue o acordo penal como solução negociada. Isso demandará de membros do Ministério Público, da Magistratura e da Defensoria Pública um trato especial para se evitar que inocentes confessem e suportem, indevidamente, penas. A eficiência do sistema há de estar subordinada ao respeito incondicional à dignidade humana. Punir muito, rapidamente e mal, é incondizente com um Estado democrático de direito.

Júri. Recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia

35. Vigorando a quase 80 (oitenta) anos, o CPP, desde o seu nascedouro, contemplava o recurso em sentido estrito (RSE) contra a decisão de pronúncia (art. 581, IV) dotado de eficácia suspensiva (art. 584, §2º). O RSE subia nos próprios autos da ação penal (art. 583, II) e o libelo, na forma do antigo art. 416, só poderia ser oferecido após “passada em julgado a sentença de pronúncia”.

36. A reforma de 2008, embora tivesse suprimido o libelo, não alterou esse panorama. O RSE continua a subir nos próprios autos e o art. 421 estipula: “Preclusa a decisão de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri”. Obviamente, o conceito de preclusão da pronúncia atina com a impossibilidade de sobre ela pairarem recursos ou, mais claramente, sobre sua imutabilidade. O legislador retirou a expressão “passada em julgado” porque a pronúncia, segundo entendimento praticamente unânime hoje, não é sentença. O efeito prático, porém, é o mesmo: não se submete o réu a júri popular enquanto pairarem recursos contra a pronúncia.

37. Sobre os dispositivos de ontem e de hoje que determinam a preclusão da decisão de pronúncia para se sujeitar alguém a julgamento pelo júri popular, JOSÉ FREDERICO MARQUES assinala: “*Os atos preliminares do judicium cause **não podem ter início antes de tornar-se imutável a sentença de pronúncia**. ... Quando operar-se a preclusão no tocante à pronúncia, terá início o juízo da causa*” (**A instituição do júri**, ed. Atualizada. Bookseller, Campinas, 1997, p. 428/429).

38. GUILHERME NUCCI, antigo juiz presidente do Júri da Capital paulista, é categórico ao afirmar que só se pode passar à fase subsequente “*sem mais possibilidade de ingresso de qualquer recurso, afinal, a pronúncia passa a ser o espelho fiel da acusação em plenário, eliminado que foi o libelo*” (**Código de Processo Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 767). Vale dizer, “o caput [do art. 421] simplesmente consigna o encerramento da primeira fase do

procedimento do júri, que ocorre com a preclusão da decisão de pronúncia, com a não utilização ou o esgotamento dos recursos” (VICENTE GRECO FILHO, **Manual de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo, ed. Saraiva, 2009, p. 398). Daí, TOURINHO FILHO, com propriedade, afirmar que “preclusa a via impugnativa, não poderá ela ser alterada, a menos que se verifique circunstância superveniente” (**Manual de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo, 2011, p. 750). Sim, porque “a preclusão a que se sujeita a decisão de pronúncia (quando então terá prosseguimento o rito) importa apenas que não poderá ser mais alterado o seu conteúdo” (EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER, **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro. ed. Lumen Juris, 2010, p. 849/50).

39. Agora o projeto em estudo pretende modificar essa sistemática para permitir que o acusado vá a júri popular, ainda que pendente o RSE. Eis a disposição:

Art. 421. Proferida a decisão de pronúncia e de eventuais embargos de declaração, os autos serão encaminhados ao juiz-presidente do Tribunal do Júri, independentemente da interposição de outros recursos, que não obstarão o julgamento.

40. É certo que, a despeito da clareza do dispositivo em vigor, tanto o STJ como o STF passaram a aceitar que em face de recursos de natureza extraordinária, desprovidos de eficácia suspensiva, se possa submeter o réu a júri (STJ, RHC n. 22.317, rel. Min. OG FERNANDES; REsp. n. 197.071, rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO e o REsp. n. 1.012.187, rel. Min. MARIA THEREZA, apud: **RCD no HC n. 342.512**, rel. Min. SEBASTIÃO REIS JR., DJe 18/12/2016 e no STF, **HC n. 130.314**, rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 05/12/2016).

41. Mesmo que contra a expressa letra da lei se possa aceitar o entendimento de que os recursos de natureza extraordinária, sem efeito suspensivo, não possam impedir o julgamento pelo júri, qual o sentido de se modificar a lei para retirar a eficácia suspensiva de um recurso ordinário? Celeridade?

42. Muita celeridade na realização do julgamento popular pode ser sinônimo de linchamento institucional. A defesa, mais que a acusação, precisa de um tempo e um distanciamento razoáveis para cumprir seu papel social de forma eficaz e não apenas simbólica, como quem cumpre tabela para oficializar um jogo de cartas marcadas. O novo padrão de justiça almejado é incompatível com a ampla defesa. O filtro representado pela decisão de pronúncia — e também o seu recurso — é importante não só para se evitar a exposição a júri de quem não deve ser julgado pelo órgão popular, mas também para se evitar acusações excessivas.

42.1. Se até mesmo em recurso especial pode sobrevir o afastamento de uma qualificadora (cf. STJ, 5ª T., **REsp n. 1.277.036/SP**, rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 10/10/2014), que dizer de um recurso ordinário em que as provas podem ser reexaminadas em profundidade?

43. E pouco importa que o §1º do art. 421 proposto pelo projeto determine que “Havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público”. É que, submetido o réu a julgamento pelo júri antes do julgamento do RSE, este ficará prejudicado ou pela absolvição ou pela condenação. Numa palavra, a fórmula adotada pelo projeto ceifa a plenitude do direito de defesa constitucionalmente assegurada aos acusados da prática de crimes da competência do júri (CF, art. 5º, inc. XXXVIII, letra a). Afinal, um dos recursos postos à disposição da defesa pode virar letra morta se não for apreciado antes do veredicto popular.

44. A reforma proposta pelo projeto ao art. 421 do CPP e reafirmada pelo §2º do art. 584, é, no particular, **pífia** e atenta contra uma sistemática quase secular em nome de uma demagógica celeridade. Melhor seria a fixação de prazos para os Tribunais julgarem os recursos ordinários com mais celeridade.

Prisão logo após o júri

45. A proposta legislativa adota, no ponto, o posicionamento majoritário da 1ª Turma do STF fixado no **HC n. 118.770** e no Agravo Regimental na **Reclamação n. 27.011**, ambos da relatoria do Min. ROBERTO BARROSO.

46. O Plenário não se pronunciou sobre o tema e nem a 2ª Turma, mas já se pretende consagrá-la como solução legislativa. Antes de avançar na crítica da proposta legislativa, é bom dizer que o próprio Min. CELSO DE MELLO, com a autoridade de Decano da Suprema Corte, veio a conceder ordem de *habeas corpus* n. **147.452** (DJe 02/10/2017) em tema semelhante e que sugere as dificuldades quanto à própria constitucionalidade da proposta:

EMENTA: A QUESTÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE CONDENAÇÕES PENAS NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PRÉVIO E EFETIVO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA EXECUÇÃO DA PENA. DIREITO COMPARADO: ITÁLIA E PORTUGAL, CUJAS CONSTITUIÇÕES SOMENTE FAZEM CESSAR A PRESUNÇÃO “JURIS TANTUM” DE INOCÊNCIA COM O ADVENTO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA IRRECORRÍVEL. DISSENSO INTERNO REGISTRADO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSÍVEL ALTERAÇÃO DE RECENTE DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL QUE SE FORMOU, NESTA CORTE, POR EXÍGUA MAIORIA (6 VOTOS A 5).

47. Mas aqui, é bom lembrar, estamos diante da pretensão de se prender em razão de julgamento colegiado de primeiro grau. A 5ª Turma do STJ, em acórdão da lavra do Min. REYNALDO FONSECA, repeleu a juridicidade de tal proposta e permitiu que o condenado pelo Júri pudesse recorrer em liberdade:

2. Caso em que o paciente, após responder ao processo em liberdade, foi condenado no dia 24/11/2017 **pelo Tribunal do Júri**

à pena de 31 anos, 5 meses e 15 dias de reclusão. Na mesma oportunidade, o juiz-presidente acolheu o pedido ministerial formulado com base no acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido no julgamento do HC 118.770/SP, e deferiu a imediata execução provisória da pena. Acontece que a conclusão majoritária do referido julgado foi no sentido de não admitir a impetração, sem comprometimento com a respeitável tese esboçada na ementa do digno Redator para o acórdão. **Não há notícia, aliás, de qualquer precedente da Segunda Turma ou do Pleno do STF que proclame a execução provisória da pena antes do exame da sentença condenatória pelo Tribunal de apelação,** como entendeu o acórdão impugnado.

3. (...)

4. Na espécie, é prematuro antecipar a execução da pena antes de se submeter o édito condenatório do Tribunal do Júri ao controle revisional da Corte de apelação, com a efetiva estabilização da discussão sobre a matéria fática. Precedentes.

5. Em suma, a execução provisória da pena, *in casu*, foi determinada pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri em face do veredicto popular, antes mesmo da interposição do recurso de apelação cabível para a instância ad quem, o que configura manifesta ilegalidade, passível de correção de ofício por esta Corte Superior de Justiça (RHC 84.406/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018).

6. De qualquer modo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, salvo pontuais divergências, sempre entenderem que a decisão do Tribunal do Júri não é imediatamente exequível. A soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pela Lei Adjetiva Penal. O fato de a Corte revisora, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o juízo rescisório, não provoca a execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento, com reexame de fatos e provas.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício para suspender o processo de execução provisória da pena até o exaurimento dos recursos sujeitos a julgamento pelo Tribunal estadual, assegurando ao paciente o direito à liberdade, mediante medidas cautelares a serem estabelecidas pelo Juízo de primeiro

grau, se necessárias, salvo se estiver preso cautelarmente por outro motivo (HC n. 438.088, DJe 1º/6/2018).

48. No mesmo sentido: **RHC n. 84.406**, rel. Min. JORGE MUSSI (DJe 01/02/2018). Assim também o **RHC 92.108** relatado pelo em. Min. REYNALDO DA FONSECA (DJe 14/3/2018). Enfim, o posicionamento correto é o de que **“é prematuro antecipar a execução da pena antes de se submeter o édito condenatório do Tribunal do Júri ao controle revisional da Corte de apelação”** (HC n. 438.088, Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 1º.06.18). Idem o TJSP, 8ª Câ. Criminal, no HC n. **2207122-22.2018.8.26.0000**, rel. Des. ROBERTO PORTO. O julgado da Corte paulista deixou assentado:

... mesmo não sendo possível alterar-se o juízo sobre os fatos, há a possibilidade, ainda que eventual, de modificação do quantum da pena imposta o que poderia, até mesmo, ensejar a alteração do regime prisional inicial fixado (j. em 25/10/2018).

49. Não é apenas pelo fato de a soberania do Tribunal Popular não ser absoluta que se deve aguardar a confirmação do seu veredito pelo Tribunal de Justiça. Erros processuais podem ter ocorrido: cerceamento de defesa pelos mais variados motivos, desde o indeferimento de diligências na fase do art. 422 do CPP até incidentes havidos em Plenário. Mais: a pena fixada pelo juiz pode ser desproporcional e, portanto, passível de redimensionamento e com ela, como se extrai do julgado paulista acima citado, o regime de seu cumprimento. Tudo isso, sem falar no princípio da presunção de inocência que deve garantir ao réu o mesmo *status* que detinha antes do julgamento que, mesmo efetuado pelo júri, não é imutável nos termos do art. 593, III, do CPP.

50. Impor a prisão imediata após o julgamento pelo júri é ignorar não apenas os abusos e erros que jurados e juízes cometem no dia a dia, mas instituir um tipo de autoritarismo que guarda as marcas do Estado Novo. Cria-se também uma dicotomia extravagante: o acusado que respondeu ao processo por latrocínio em liberdade poderá recorrer em liberdade, mas não o condenado por homicídio. É

um *aggiornamento* de índole regressiva, marcadamente autoritário, incondizente com os direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal.

Prisão após o julgamento em segunda instância

51. Após o julgamento pelo Pleno do STF do **HC n. 126.292**, relatado pelo saudoso Min. TEORI ZAVASCKI, houve uma avalanche de decisões de juízes e tribunais impondo a prisão automaticamente para condenados em segunda instância. Em alguns casos, nem se esperava o julgamento dos embargos declaratórios e até mesmo dos infringentes para mandar prender. A forte adesão ao entendimento firmado no precedente em questão, que, além de ter sido tomado por escassa maioria e não vinculava os tribunais, dá a dimensão, goste-se ou não, da sua aceitação por juízes e tribunais. A ementa do julgado é a seguinte:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (j. em 17/02/2017).

52. Vale recordar que o entendimento firmado por último rompia com a orientação ditada pelo mesmo Plenário em 5/02/2009, por ocasião do julgamento do **HC n. 84.078**, Relator o Ministro EROS GRAU, por maioria, consignou que *“ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP”* (Informativo nº 534/STF).

53. Entre uma decisão e outra, o Legislativo, com a reforma de 2011 no Código de Processo Penal, redesenhou o art. 283 para reafirmar a impossibilidade da prisão logo após o julgamento de segunda instância, salvo a existência de pressupostos cautelares:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

54. Numa palavra, antes do trânsito em julgado só pode prender se existirem pressupostos cautelares autorizadores da medida que é excepcional. O art. 283 do CPP, nunca declarado inconstitucional, é consequência direta da garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º LVII).

55. Vivemos uma espécie de *samba do crioulo doido*. Quando não havia regra ordinária disciplinando a prisão após o julgamento em segundo grau, o STF, pela via interpretativa, com os olhos postos na presunção constitucional de inocência, decidiu no **HC n. 84.0078**, rel. Min. EROS GRAU, que esta só seria possível com o trânsito em julgado. Agora, mesmo depois da edição da Lei n. 12.403/2011, pela via interpretativa, decide-se contra a lei e contra a Constituição.

56. Voltamos, mesmo diante da garantia da presunção de inocência prevista na Constituição Federal (art. 5º, inc. LVII, e da regra clara do art. 283 do CPP), sem nenhum acanhamento, ao regime do Estado Novo de 1941, que permitia a execução provisória da pena (CPP, art. 669, I).

57. O projeto governamental cuida agora de legislar para reduzir o alcance da garantia constitucional da presunção de inocência, circunscrevendo-a até o julgamento pela última instância ordinária. **Duvidosa a constitucionalidade**. O texto tem o seguinte teor:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de

condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado.

58. Depois, como se já não bastasse o art. 283 reformado, o projeto acrescenta uma nova disposição no art. 617, que cuida da impossibilidade da *reformatio in pejus*:

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

59. Além de desnecessária, pois o art. 283, tal como pretendido no projeto, já dá o recado impondo a prisão *ante tempus* após o julgamento de segunda instância, tal regra ficaria melhor se fosse colocada no capítulo dos embargos, art. 619 e seguinte do CPP.

Mitigação do automatismo:

60. A despeito da discordância que se possa ter em relação à prisão após o julgamento de Segunda Instância, o ponto positivo do projeto é que ele mitiga, excepcionalmente, o seu automatismo, quando permite que o Tribunal deixe de autorizar a execução provisória, art. 617, §1º:

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

61. Também o art. 637 do projeto reconhece, na linha do que dispõe o Código de Processo Civil de 2015, que os Tribunais Superiores poderão atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao especial quando cumulativamente:

- I - não tem propósito meramente protelatório; e
- II - levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade

por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

62. A ideia de cumulação das exigências chega a ser um absurdo lógico. Ou bem há uma questão relevante que possa importar na absolvição ou redução de pena e não se pode falar em recurso protelatório, ou bem não há qualquer questão relevante para se dar trânsito ao recurso de natureza extraordinária e, muito menos, efeito suspensivo. Melhor seria que este efeito fosse atribuído ao recurso após a sua admissão pelo Tribunal de origem ou pelo tribunal superior. Nestas hipóteses, que, aliás, são infrequentes, o recurso necessariamente traz, em tese, algo relevante e não pode ser tido como protelatório.

63. O inciso II acima referido, da forma como redigido, parece querer introduzir a exigência da Repercussão Geral para o recurso especial, *verbis*: “levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, **com repercussão geral...**”. Esta, pelo teor do texto, não está atrelada apenas ao extraordinário como ocorre hoje. Como quer que seja, é preciso que o tema venha a ser discutido, uma vez que há um anseio de não poucos ministros do STJ nesse sentido. O que não pode é a matéria, pela sua relevância, entrar de contrabando, sem maior discussão.

Embargos infringentes

64. Desde 1941, quando foi promulgado o Código de Processo Penal, os embargos infringentes são cabíveis na extensão do voto vencido, ainda que parcial a divergência. O art. 609, parágrafo único, tem a seguinte redação:

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência. (Incluído pela Lei nº 1.720-B, de 3.11.1952).

65. Assim, se o voto vencido se limitar a reduzir a pena de forma mais expressiva que os votos vencedores, ou mesmo reconhecer nulidade quando estes a repeliram, cabem embargos “*infringentes e de nulidade*”.

66. Essa sistemática funciona bem até hoje e não há razão lógica e nem jurídica para se impedir que um colegiado ampliado aprecie questões ligadas à dosimetria da resposta penal, ou atinentes ao regime do cumprimento de pena e até mesmo a eventual nulidade. Se um desembargador afirmou a existência de algo que favoreça a situação do réu, qualifica a atividade jurisdicional a reapreciação da matéria penal ou processual.

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

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

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

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

69. Talvez se possa dizer que a proposta legislativa tenha se inspirado nos embargos infringentes previstos pelo art. 333, inciso I, no Regimento Interno do STF. Mas é bom recordar que a previsão regimental trata de ação penal originária numa Corte que, apenas excepcionalmente, faz as vezes de jurisdição ordinária.

Não há porque reproduzir um modelo feito para a Corte Suprema em Cortes ordinárias que examinam fatos e provas com outra latitude.

70. A título de remate, é bom destacar que, mesmo no STF, no julgamento do “Caso Maluf” a Suprema Corte se mostrou dividida quanto à extensão dos embargos infringentes. Formou-se forte corrente no sentido de que apenas um voto bastaria para ensejá-los, quando o RISTF fala em quatro no Pleno e, por simetria, deveria ser dois na Turma. Também os admitiram, em tese, para a hipótese de redução de pena (AP- 863).

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

Causas de exclusão da ilicitude: aspectos penais e processual penal

72. O projeto modifica o art. 23 do CP, que prevê as causas de exclusão da ilicitude, para inserir um §2º, de modo a alargar as causas de impunidade, permitindo que o juiz deixe de aplicar a pena ou mesmo reduza-a até a metade:

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

73. O projeto parece querer ressuscitar o “*excesso escusável*” do CP de 1969 assim redigido no código que nunca chegou a vigorar:

§1º — Não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação.

73.1. A prevalecer o projeto, toda a vez que no excesso, ainda que doloso (veja-se que a lei não faz nenhuma distinção entre a qualidade do excesso, ié, se doloso ou culposo) o juiz identificar a ocorrência de “escusável medo”, “surpresa” ou

“violenta emoção”, estará autorizado a reduzir a pena até a metade ou mesmo deixar de aplicá-la.

74. O excesso culposo não merece comentários, pois a hipótese, normalmente, se acomoda na lesão corporal culposa ou no homicídio culposo. Todavia, no que concerne ao excesso doloso, a **proposta** chega a ser **esdrúxula** para um governo que se elegeu com o declarado propósito de combater a impunidade. Veja-se que em se tratando de excesso doloso fica afastada a própria excludente de ilicitude (cf. NUCCI, Guilherme Souza, **Código Penal Comentado**. 13^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 269; MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Manual de Direito Penal**. 19^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, I/194 TOLEDO, Francisco de Assis, **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 208 e DAMÁSIO, Jesus, **Código Penal Anotado**. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 136).

75. Em bom português, quem matou excedendo-se dolosamente, ainda que inicialmente amparado em alguma excludente de ilicitude, não pode se beneficiar com a redução da pena até a metade ou com eventual isenção desta; deve responder pelo crime integralmente. É que nesses casos, como alertam os estudiosos, “o agente consciente e propositadamente causa ao agressor, ao se defender, maior lesão do que seria necessário para repelir o ataque. Atua, muitas vezes, movido pelo ódio, pela vingança, pelo rancor, pela perversidade, pela cólera, entre outros motivos” (NUCCI, Guilherme, **Código Penal Comentado**, ob. cit., p. 268). Imagine-se, como aventa o saudoso FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, “a imobilização de um frágil agressor, por parte de um truculento agredido, sem maiores riscos, o emprego de armas e de instrumentos letais (ou mesmo o espancamento do agressor) será um meio desnecessário” (**Princípios**, ob. cit., p. 201). Parece que o grande penalista visualizou o recente caso do rapaz imobilizado e covardemente morto pelo segurança de um supermercado no Rio de Janeiro. Agora, imagine-se o segurança invocando o “escusável medo” ou a “violenta emoção”. Expressões vagas que vão ensejar toda a sorte de decisões.

76. A propósito, o projeto afirma que o juiz poderá reduzir a pena, mas em se tratando de crime afeto à competência do júri popular, este, que muitas vezes julga emocionalmente, é que deverá decidir sobre a presença da circunstância fática do medo, violenta emoção ou surpresa. Do contrário, a se admitir que o juiz possa reconhecer circunstancia fática que atina com a redução de pena ou mesmo sua isenção, arranha-se a soberania do conselho de sentença.

76.1. Salvo melhor juízo, o excesso doloso na legítima defesa poderia funcionar como uma atenuante genérica; quiçá uma causa especial de diminuição de pena com o redutor máximo de 1/3, mas nunca com a redução pela metade ou mesmo a isenção de pena.

77. Mas se as expressões vagas como medo escusável, surpresa e violenta emoção, relativamente ao excesso doloso, causam repulsa como causas de diminuição ou isenção de pena, mais grave é a criação de uma “legítima defesa própria” para policiais ou agentes de segurança pública. A disposição tem o seguinte desenho:

Art.25.....
Parágrafo único. Observados os requisitos do **caput**, considera-se em legítima defesa:
I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e
II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

78. O inciso I não causa dificuldade e, a rigor, já está compreendido na legítima defesa. Representa apenas uma explicitação de situação onde se faz presente a iminência de uma agressão injusta a terceiro. Mas se assim é, por que a constituição de um tipo penal permissivo?

79. A resposta parece estar na pretensão da licença para o abate revelada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, antigo juiz federal. Isso é um atraso, um retrocesso no processo civilizatório de um país em que a polícia já mata muito. Somos, portanto, contra a disposição em apreço em nome do respeito ao cidadão e da necessidade de estrita legalidade nas ações policiais, que sempre devem ser associadas ao respeito à vida.

80. O inciso II sequer faz referência à iminência da agressão. Basta que o agente policial ou de segurança pública, genericamente considerado, aja prevenindo a agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crime. Se é fato que a situação de cativo reclama redobrada atenção dos agentes da lei para proteger o refém, não é menos verdadeiro que o “risco de agressão” deve ter alguma iminência, pois, do contrário, todo caso de sequestro com refém será resolvido com a morte dos agentes criminosos. Sempre se poderá dizer que havia “risco de agressão à vítima”. É um cheque em branco que polícia alguma de país civilizado tem. O Brasil certamente vai ganhar mais mortos nas ações policiais. A vida ficará menos protegida com a licença para matar que a lei vai conceder a policiais ou a militares no exercício das funções de segurança.

Mudança processual

81. O parágrafo único do art. 310 do CPP prevê a possibilidade de o juiz, fundamentadamente, até mesmo de ofício, conceder ao acusado liberdade provisória se o agente estiver no abrigo de alguma das excludentes de ilicitude.

82. A rigor, com a reforma de 2011, essa disposição perdeu relevo, pois o juiz, sempre que se deparar com uma ação em legítima defesa ou outra excludente, poderá deixar de converter a prisão em flagrante em prisão preventiva e o investigado ou acusado ficará em regime de liberdade (CPP, art. 310, II).

83. O texto do projeto dá um passo além. Permite que a autoridade policial deixe de efetuar a prisão quando do flagrante. Nem penso no policial malformado que,

eventualmente, poderá querer *livrar a barra* do colega encarcerado ou do cidadão bem aquinhoado; penso no bom policial civil pressionado pelo colega de ofício ou por policiais militares numa ocorrência realizada em um Distrito de periferia. Penso também nos homicídios praticados por civis e que podem ensejar solturas indevidas. A regra proposta tem o seguinte teor:

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

84. Antes da Lei 9.099/95 a prisão por crimes apenados com detenção e outros menos graves era suscetível da concessão de fiança pelo próprio Delegado de Polícia; nos crimes mais graves, apenados com reclusão, sempre foi o juiz quem decidia pela soltura com ou sem fiança. Permitir, porém, que a autoridade policial deixe de efetivar a prisão como decorrência do flagrante em casos mais graves, apenados com reclusão, é autorizar que um elemento estranho ao Judiciário avalie uma situação que deve ser reservada ao magistrado.

85. A prudência recomenda que uma autoridade mais distanciada dos fatos e também, como regra, juridicamente mais qualificada, faça o juízo sobre a presença de uma justificativa. O juiz, salvo os casos de flagrante delito, é quem manda prender. Portanto, deve ser ele quem, nos casos mais graves, determina a soltura.

86. A proposta legislativa em foco enfraquece a figura do juiz e abre espaço para toda a sorte de desgastes do Judiciário com a soltura indevida pela autoridade policial e a prisão decretada posteriormente com o sujeito em liberdade, já distanciado do crime e dos fatos.

Endurecimento do cumprimento de penas

Mudança na Lei 12.850.

87. O art. 2º da lei que define o Crime Organizado fica acrescido de dois novos parágrafos: o 8º para estipular “*as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima*”. Esta disposição parece razoável feita a prova de que se trata mesmo de uma liderança de organização criminosa armada. O §9º tem o seguinte teor:

§ 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.

88. Este dispositivo é o reconhecimento da falência do nosso sistema prisional. É de se supor que quem está preso perca o vínculo associativo. Sim, é uma suposição, pois o sujeito, se não estiver no RDD, pode, em tese, se comunicar com comparsas e se tiver um telefone celular na cadeia pode até ser mais atuante e dar ordens. No ponto, o aumento de fiscalização é essencial e não a perpetuação do regime fechado. Aliás, da maneira como redigido o dispositivo, haverá ampla e indevida sujeição do preso às autoridades, transformando o sujeito em *cera mole* nas suas mãos, pois sempre se poderá dizer que o vínculo não cessou...

89. Saber se alguém continua vinculado ao crime e, portanto, se é agente ativo de alguma organização, é tarefa para o juiz criminal que julga processos e não para o da Execução Penal. Pela imprecisão do dispositivo, fica difícil saber qual a autoridade responsável pela continuidade do vínculo e quem vai impedir a progressão no regime prisional.

90. Por outro lado, a equiparação para fins de tratamento punitivo entre integrantes de organização criminosa (OrCrim) e de associação criminosa é descabida e **desproporcional**. Basta verificar os nomes dos crimes e as penas que lhe são atribuídas para se perceber o descabimento da medida.

91. Afora o mais, pesa registrar que a grande maioria dos crimes em que há mais de três partícipes articula-se o crime de associação criminosa e quando há mais do que quatro, temos o de organização criminosa. Assim, quem tivesse roubado o Banco Central em Fortaleza sob a vigência da Lei n. 12.850/2013 estaria alcançado pela acusação de pertencer a uma organização criminosa. Idem, traficantes internacionais que operam articuladamente com divisão de tarefas. Acontece que também os membros da direção da VALE e SAMARCO, pela ocorrência de Mariana estão sendo acusados de pertencerem a uma organização criminosa; enfatiza-se a divisão de tarefas próprias de uma empresa reconhecidamente legal e que gera empregos e riquezas para o Brasil. Alguns membros do PMDB também estão sendo acusados de integrarem uma OrCrim. Idem, alguns do PT. Há um verdadeiro abuso na articulação deste crime e, também, o de associação criminosa.

92. A prevalecer a proposta constante do §9º, poderemos ter presos sem direito à progressão no regime prisional, quiçá por capricho, quiçá por perseguição. Essa proposta, portanto, além da desproporcionalidade que encerra quando inclui o crime de associação criminosa para os mesmos fins, enseja todo o tipo de arbítrio e não pode vingar.

Ampliação do regime fechado para crimes não hediondos (Código Penal)

93. O art. 33 do CP fica acrescido de mais três parágrafos:

§ 5º No caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se

insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo.

§ 6º No caso de condenados pelos crimes previstos nos arts. 312, **caput** e § 1º, art. 317, **caput** e § 1º, e art. 333, **caput** e parágrafo único, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis.

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

94. O §5º não enseja muita dificuldade desde que o juiz, na sentença, ou o Tribunal, no acórdão, estabeleçam a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. Parece razoável nesses casos que o início da pena seja cumprido, como regra, no regime inicial fechado, mas deveria existir uma cláusula que permitisse ao juiz da causa, diante das condições etárias ou outras que julgar pertinentes, determinar o início da pena em regime semiaberto.

95. O peculato e a corrupção passam a ser apenados, não importa a quantidade da pena, com o regime inicial fechado, “salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis”. A ressalva constante do projeto está em perfeita sintonia com a jurisprudência que autoriza a imposição do regime mais constrictivo quando uma das circunstâncias do art. 59 não for favorável ao agente. Pensamos ser uma demasia, mas estabelecido o consenso democrático de que se deva apenar mais incisivamente o agente público corrupto ou o corruptor, a regra se apresenta equilibrada.

96. As mesmas considerações valem para o § 7º.

Alteração no art. 59 do Código Penal

"Art.59.....

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

97. Nesses quase 35 anos de vigência na Parte Geral do Código Penal, a jurisprudência, interpretando o art. 33, sedimentou o entendimento de que, como regra, se as condições do agente forem favoráveis (art. 59) e a pena for inferior a quatro anos, esta se iniciará em regime aberto. Idem no que diz com o semiaberto, se a pena for superior a quatro anos e não exceder a oito. Só mesmo as penas superiores a oito anos e nos casos de crimes hediondos ou a eles equiparados, qualquer que seja a quantidade de pena, é que se inicia o seu cumprimento em regime fechado.

98. Agora, pretende o projeto aumentar a discricionariedade do magistrado em matéria de fixação do regime inicial de cumprimento de pena para permitir, por exemplo, que mesmo em casos de penas inferiores a quatro anos se fixe o regime fechado ou semiaberto. Esclareça-se que isso já vem sendo feito quando as condições do art. 59 não são favoráveis ao agente. Daí, a *contrario sensu*, a permissão que se extrai do verbete da Súmula 719 do STF:

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

99. Motivadamente, portanto, é possível a imposição de regime de cumprimento de pena mais severo do que a pena aplicada o permite. Essa a jurisprudência do STF (**HC n. 138.862**, rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe 16/12/2016):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO (ART. 121, CAPUT, C/C ART. 14, II, DO CP). PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 (OITO) ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO (ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CP). INEXISTÊNCIA DE

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES ANTERIORES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. O regime inicial de cumprimento da pena não resulta tão somente de seu quantum, mas, também, das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º, do mesmo Código. Destarte, não obstante a pena ter sido fixada em quantidade que permite o início de seu cumprimento em regime semiaberto, nada impede que o juiz, à luz do artigo 59 do Código Penal, imponha regime mais gravoso. Precedentes: HC 104.827, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 06.02.13; HC 111.365, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 19.03.13; ARE 675.214-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 25.02.13; HC 113.880, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 17.12.12; HC 112.351, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 08.11.12; RHC 114.742, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 08.11.12; HC 108.390, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, Dj de 07.11.12. 2. In casu, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, reduziu a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, mantendo, contudo, o regime inicial fechado, com fundamento na “subsistência de circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade, antecedentes, motivos e consequências do crime)”. **Entretanto, dos autos não ressaí reprovabilidade superior àquela inerente aos elementos normativos do tipo tentado, de modo que deve ser estabelecido o regime semiaberto de cumprimento de pena desde o início.** [...] 5. Recurso ordinário em habeas corpus a que se dá parcial provimento para fixar o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto. (RHC 119.963, Rel. Min. Luiz Fux).

100. A regra que se pretende introduzir é expletiva e, portanto, não tem razão de ser. Mas, caso se pense diferentemente, excetuados os crimes hediondos e os que lhe são equiparados, que têm regulação própria, o período inicial a ser fixado pelo juiz para o regime fechado ou semiaberto, coerentemente com o disposto no

art. 112 da Lei de Execução Penal, não pode ser superior a 1/6 da pena e isso deve estar expresso na lei.

Alteração na lei dos crimes hediondos

101. O projeto, ainda que de maneira limitada, embarca na ideia de que penas mais duras servem para conter a criminalidade, além de castigar mais fortemente os criminosos. Isso já foi testado antes com o regime integral fechado nos casos de crimes hediondos (§1º do art. 2º da lei 8.072/90) e não funcionou. Vejamos a regra:

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

101.1. Lembremo-nos que a Lei dos Crimes Hediondos, na sua versão original de 1990, impunha o regime integral fechado nas infrações assim qualificadas. Em fevereiro de 2006, ao julgar o **HC n. 82.959**, o Pleno do STF considerou a regra inconstitucional depois de ter vigorado por quase 16 anos. As extorsões mediante sequestro não diminuíram, nem os estupros e nem o tráfico ilícito de drogas. Na contramão, o fim do regime fechado integral também não revelou aumento dessa criminalidade.

102. A confiança de que há prevenção do crime no incremento nominal da pena ou no endurecimento do regime carcerário é redondamente equivocada. “Quanto mais severa a pena, menos crime. Essa é a ilusão”, disse em memorável página o hoje deputado federal LUIZ FLÁVIO GOMES⁴.

⁴ Prefácio ao **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**, de ALBERTO ZACHARIAS TORON. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 06.

103. O projeto joga suas fichas em castigo mais severo nos crimes hediondos e os que lhe são equiparados quando ocorra o evento morte. Procura-se veicular no âmbito da sociedade uma a ideia de rigor penal que, ao mesmo tempo, deve atuar como contra estímulo a novas ações delitivas.

104. Numa sociedade como a brasileira, com fortes contrastes sociais, onde os miseráveis, que constituem ponderável parcela da sociedade, estão excluídos do processo de produção e consumo, onde as normas se tornam incapazes de exercer influência, numa verdadeira anomia, isto está associado, para repetir os termos de Ralf DAHRENDORF, “com a incapacidade das sociedades em criar lealdade a seus valores básicos”⁵. E esta incapacidade, por sua vez, está ligada, de um lado, à ausência de liames culturais e, por outro, ao fato de que entre nós a cidadania está se tornando menos um fator de união do que de divisão.

105. Ignorar, nesse contexto, a lição de MANOEL PEDRO PIMENTEL, que ao citar DURKHEIM, advertia: “quando a taxa da criminalidade é inusitadamente alta, como acontece agora no mundo capitalista, esse excesso é de natureza mórbida, revelando que a sociedade está doente”⁶, é insistir numa política criminal errada, isto é, que olvida as conquistas científicas da criminologia e da própria dogmática, para construir “um “*modelo-álibi*”, destinado a tranquilizar a opinião pública”⁷.

106. É forçoso reconhecer-se que “*la norma penal solo puede tener eficacia motivadora si vá acompañada en la misma dirección por otras instâncias sociales motivadoras*”⁸. Isto implica que o Direito Penal não pode estar fundado apenas no medo da pena ou

⁵ **A lei e a ordem**, Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987, p. 106.

⁶ Manoel Pedro Pimentel, *Sociedade criminógena*, in: “RDP”, RJ, ed. Forense, 1982, vol. 31, p. 95.

⁷ Delmas-Marty, “Modelos e movimentos de política criminal”, tit. or. “*Modèles et mouvements de politique criminelle*”, trad. Edmundo Oliveira, RJ, ed. Revan, 1992, p. 177.

⁸ Muñoz Conde em “*Derecho Penal y control social*”; ed. Fundación universitária de Jerez, 1985, p. 38.

na sua crueldade com o regime integralmente fechado ou, como se quer agora, com sua ampliação.

107. Por essas e outras razões, nunca foi tão oportuna a sábia lembrança de ASSIS TOLEDO: “A lei penal mais repressiva, com penas cruéis, já foi utilizada, aqui e alhures, mas contraditoriamente deu como resultado novos tipos de crime, como ocorreu com o gangsterismo por ocasião da lei seca, com a criminalidade profissional na Idade Média, com o mercado negro durante os tabelamentos de preço, apesar das punições estabelecidas. É um círculo vicioso interminável. No Brasil, não faz muito tempo, tivemos o exemplo da criminalidade política violenta, a despeito da extrema rigidez de textos já revogados da denominada Lei de Segurança Nacional. Atenuada esta e abolidos inúmeros crimes então tipificados, aquela forma de criminalidade tendeu a desaparecer ante a simples alteração do quadro político brasileiro. (...). O problema – assim pensamos – não reside na questão de ser benevolente com o crime (ninguém razoavelmente poderia sê-lo), mas de saber como contê-lo dentro de limites socialmente toleráveis, de modo sério e verdadeiramente eficiente. *Sem retóricas que a nada têm conduzido. Sem leis que ficam no papel e não são executadas. (...). Por último, sem penas eternas, postas em confronto com a duração média da vida humana, que tornem irrealizáveis a disciplina nos presídios e o trabalho do Estado em prol da emenda do delinqüente*”⁹.

108. De fato, quando as condições de acesso aos bens mais mezinhos (alimentação, saúde, habitação e escola) se tornam impensáveis, as normas da sociedade oficial, aquela que produz e deve lidar com os “excluídos”, “marginalizados” ou os “não-cidadãos”, não os atinge. Não só deixa de ter eficácia intimidativa, como, antes ainda, não tem qualquer efeito motivador. É o

⁹ “Princípios básicos de direito penal”, SP, ed. Saraiva, 1986, nota à 3ª ed., *apud*: “*Crimes hediondos (alguns aspectos importantes)*”, no “Livro de Estudos Jurídicos n. 3”; coord. James Tubenclak e outro, RJ, ed. Instituto do Estudos Jurídicos, 1991, pp. 217/218.

caso do garoto favelado que cresce sob a inspiração e exaltação de valores ligados à criminalidade, onde a ruptura com as normas da sociedade social é manifesta. Neste contexto, falar em defesa da lei e da ordem só pode ter como significado a defesa da manutenção dos mecanismos de exclusão.

109. Em resumo, da mesma maneira que a imposição do regime integralmente fechado fracassou na tentativa de contenção da criminalidade, o aumento na fração do prazo de cumprimento de 2/5 para 3/5, ainda que confinado aos casos que que ocorra a morte da vítima, não parece adequado; serve unicamente a um castigo mais severo nos cárceres já abarrotados e desumanos.

Sobre as saídas temporárias:

110. O projeto pretende impedir saídas temporárias aos condenados por crimes hediondos, de tortura e terrorismo que estejam cumprindo as penas nos regimes fechado e também no semiaberto, eis as regras:

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

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

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

111. **A regra** do §7º, inc. I é **expletiva**, pois os presos que cumprem suas penas em regime fechado, por crimes hediondos ou não, não podem usufruir da chamada saída temporária. É o que expressamente dispõe o art. 122 da Lei de Execução

Penal (LEP) no art. 122. O instituto só se aplica aos condenados que estejam em regime semiaberto.

112. A novidade está em querer impedir a saída temporária para os presos condenados por crimes hediondos, de tortura ou de terrorismo, que já estejam no regime semiaberto (inc. II).

113. O projeto parece ignorar o significado da progressão no regime prisional, a filosofia do sistema como um todo e, particularmente, o significado do instituto da saída temporária.

114. Depois, de ter permanecido por mais de 2/5 da pena no inferno do regime fechado, o preso, pelos seus méritos, trabalho e bom comportamento, consegue ir para o semiaberto; é promovido. A ideia é que num regime menos constritivo possa trabalhar e, gradativamente, ir se socializando. Daí a possibilidade de trabalhar fora do estabelecimento prisional e estudar. A saída temporária complementa esse processo de modo a facilitar o reencontro com a família, amigos e o meio social em geral.

115. Não faz o menor sentido que o preso possa trabalhar ou realizar um curso profissionalizante fora da unidade prisional e não possa, algumas vezes ao ano, passar com a família o Natal, dia das mães e outras festividades significativas como a Páscoa, para exemplificar.

116. O endurecimento do regime carcerário, no ponto, é injustificado, desumano, contraproducente e contraditório. Deve, portanto, ser **rejeitada** a regra do inciso II do §7º.

Sobre a impossibilidade de se conceder liberdade provisória para reincidentes, criminosos habituais e integrantes de organizações criminosas

117. O projeto repete um erro do passado e que o STF já julgou ser inconstitucional tanto na lei de tóxicos anterior como na dos crimes hediondos. Não cabe ao legislador imiscuir-se no poder geral de cautela do magistrado. O caso concreto é decidido pelo juiz da causa. Se a hipótese recomenda a soltura mediante a imposição de cautelares na forma do art. 319 do CPP, ou não, é tema a ser decidido em concreto pelo magistrado e não em abstrato pelo legislador.

118. A regra proposta tem o seguinte teor:

Art.310.....

§ 1º (...).

§2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais ou que integra organização criminosa, ou que porta arma de fogo de uso restrito em circunstâncias que indique ser membro de grupo criminoso, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, salvo se insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo as condutas

119. Afora a inconstitucionalidade da proibição de se conceder liberdade provisória, o projeto parece não estar em sintonia com a nova sistemática do CPP. Com a sistemática introduzida pela Lei n. 12.403/2011, a denominada prisão-custódia decorrente do flagrante tem vida curta, pois o juiz, para manter a prisão, necessariamente, terá que convertê-la em preventiva (atual redação do art. 310, II) e, ainda assim, se não forem cabíveis quaisquer das medidas cautelares alternativas (CPP, art. 282, §6º). Segue-se que não se pede mais ao juiz, como antigamente, a liberdade provisória. Requer-se a não conversão em flagrante ou a revogação da prisão preventiva ou, concomitantemente, a substituição desta pelas cautelares do art. 319. Só impropriamente se fala em concessão da liberdade provisória, tal como introduzida pela Lei n. 6.416/77, quando o juiz não identificasse os pressupostos autorizadores da preventiva.

120. Portanto, a **regra em questão deve ser banida**, deixando-se ao alvitre do juiz a decretação, ou não, da preventiva nos casos mencionados.

Sobre o crime de resistência:

121. O projeto propõe a alteração do crime de resistência previsto no art. 329 do C. Penal de modo a se inserir um §2º assim redigido:

§ 2º Se da resistência resulta morte ou risco de morte ao funcionário ou a terceiro:

Pena - reclusão, de seis a trinta anos, e multa.

122. Compreende-se que se queira dar maior proteção ao trabalho do policial, funcionário público que normalmente é o envolvido em ações de resistência, afora, é claro, os oficiais de justiça, com a cominação de pena mais severa para os casos de morte. Todavia, o elastério da pena, 6 a 30 anos, é demasiado.

123. Seis anos é a pena do homicídio simples. Trinta anos é o máximo da pena cominada ao homicídio qualificado. Se o agente que pratica a resistência e vem a matar o funcionário público responde pela violência e pelo homicídio na forma do atual §2º e, no projeto, §3º. Ora, por que a instituição de uma punição para o evento morte no próprio tipo da resistência, quando o melhor é tratá-lo em concurso material com o homicídio eventualmente qualificado e hediondo?

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

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

Escuta da conversa de advogados nos presídios federais (Lei 11.671/08):

126. O projeto propõe a inserção do §5º no art. 3º da Lei 11.671/08 para permitir que as conversas entre presos e seus advogados sejam gravadas:

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

127. O juiz espanhol BALTAZAR GARZON foi inabilitado para suas funções judicantes porque havia determinado que se gravassem as conversas dos advogados (letrados) com seus clientes presos por conta de um rumoroso escândalo de corrupção. Após realçar que o direito de defesa é um elemento nuclear na configuração do processo penal do Estado de Direito, com um processo com todas as garantias, a sentença do Tribunal Supremo espanhol advertiu para que *“a justiça obtida a qualquer preço termina não sendo justiça”* (Sentença do Tribunal Supremo espanhol n. 079/2012, de 09/02/2012, trad. livre).

128. Neste rumoroso processo contra o conhecido magistrado espanhol, o Tribunal Supremo gizou que diretamente relacionados com a defesa e a assistência do advogado, aparecem outros aspectos essenciais para sua efetividade. De um lado, a confiança no advogado. De outro, “a

confidencialidade nas relações entre o imputado e seu defensor, que naturalmente haverão de estar presididas pela confiança, resulta um elemento essencial (TEDH, *Castravet contra Moldavia*, de 13 de março de 2007, p. 49 ...). Na sentença do TEDH (Tribunal Europeu de Direitos Humanos) de 5 de outubro de 2005, se dizia que: o direito, para o acusado, de comunicar-se com seu advogado sem ser ouvido por terceiras pessoas figura entre as exigências elementares do processo equitativo em um sociedade democrática e deriva do art. 6.3 “c” do Convênio. Se um advogado não pudesse entrevistar-se com seu cliente sem tal vigilância e receber dele instruções confidenciais, sua assistência perderia muita de sua utilidade (Sentença S. Contra Suíça de 2 de novembro de 1991, serie A núm. 220, p. 16, ap. 48)” (**Sentença do Tribunal Supremo espanhol n. 079/2012**, cit., trad. livre).

129. Sem confidencialidade o cliente não tem a possibilidade de se dirigir com toda a liberdade ao seu advogado, o que, convenha-se, é essencial ao pleno exercício do direito de defesa. Bem por isso, o Tribunal de Primeira Instância da União Europeia (Primeira Secção alargada) afirmou: “o princípio da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes constitui um complemento necessário ao pleno exercício dos direitos de defesa”, pois “importa assinalar que a confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes responde à exigência de que todo o cidadão deve ter a possibilidade de se dirigir com toda a liberdade ao seu advogado, cuja profissão inclui a tarefa de dar, de forma independente, pareceres jurídicos a todos os que deles necessitem” (acórdão AM&S, n. 18). Esse princípio está assim intimamente ligado à concepção do papel do advogado, considerado um colaborador da justiça (acórdão AM&S, n. 24)¹⁰.

130. O julgado em exame, com extrema felicidade, retrata uma realidade do nosso cotidiano: “para que um cidadão possa ter a possibilidade de se dirigir utilmente ao seu advogado com toda a liberdade e para que este possa exercer com eficácia

¹⁰ **Processos T- 125/03 e T- 253/03**; caso Akzo Nobel Chemicals Ltd., itens 120 121.

a sua missão de colaborador da justiça e de assistência jurídica com vista ao pleno exercício do direito de defesa, pode revelar-se necessário, em determinadas circunstâncias, que o seu cliente prepare documentos de trabalho ou resumos, designadamente para reunir as informações que serão úteis ou mesmo indispensáveis a este advogado para compreender o contexto, a natureza e o alcance dos factos para os quais a sua assistência é pedida”¹¹. Não por outra razão é que o acórdão conclui ser de **interesse público** “assegurar plenamente que todo o cliente tenha a possibilidade de se dirigir com toda a liberdade ao seu advogado”¹².

131. Corolário de tal entendimento foi a consideração da **ilicitude das provas** obtidas com violação a tal sigilo¹³. Portanto, a violação do segredo profissional tem repercussões na própria administração da justiça. De forma similar, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que o segredo profissional representa um capítulo dos Direitos Humanos, pois a sua violação normalmente envolve a quebra do direito a um julgamento justo e o direito à privacidade. E estes são direitos inalienáveis numa sociedade democrática. “*If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness*”¹⁴. A propósito, o Código de Conduta para o Advogado Europeu (*Code of Conduct for European Lawyer*), no item 2.3.1, ao tratar da confidencialidade, nas águas da intelecção pretoriana, sufraga a seguinte ideia: *The lawyer’s obligation of confidentiality serves the interest of the administration of justice as well as the interest of the client. It is therefore entitled to special protection by the state*”¹⁵.

¹¹ Idem, item n. 122.

¹² Idem, item n. 122.

¹³ Processos T- 125/03 e T- 253/03; caso Akzo Nobel Chemicals Ltd.

¹⁴ **Niemitz v. Germany (1992) 351** – B EUR Court of Human Rights. Tradução livre: “*se um advogado estiver incapacitado de realizar uma conversa com seu cliente e receber instruções confidenciais dele sem vigilância, seus préstimos serão de pouca utilidade*”.

¹⁵ Tradução livre: “*A obrigação do advogado quanto ao sigilo serve ao interesse da administração da justiça e também ao do cliente. Portanto, dá direito a uma especial proteção pelo Estado*”. O Código de Deontologia dos Advogados Europeus foi originalmente adotado na Sessão Plenária do CCBE realizada a 28 de Outubro de 1988, e foi subsequentemente alterado nas Sessões Plenárias do CCBE realizadas a 28 de Novembro de 1998, 6 de Dezembro de 2002 e 19 de Maio de 2006. O

131.1. Também a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) estabelece o “*direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor*” (art. 8º, 2, d)

132. Desse modo, podemos dizer que o direito ao sigilo profissional é, a um só tempo, um direito fundamental do cidadão na modalidade do direito à privacidade e, também, um direito ao devido processo legal. Daí a correção do antigo ensinamento de MAGALHÃES NORONHA quando, ao se referir à proteção penal ao sigilo profissional, advertia ser inegável existir “um **interesse público** nessa tutela, pois o Estado é diretamente interessado em que a própria pessoa também busque solução para suas necessidades que condizem com fins que são seus, como a saúde coletiva, a distribuição de justiça, a moralidade dos negócios etc.”¹⁶.

133. O poder punitivo numa democracia encontra-se limitado por várias disposições de caráter constitucional que atingem e restringem o seu exercício. Fortes nesse sentido são as disposições que regulando a atividade do processo penal inadmitem as provas ilícitas e, no direito penal, vedam as penas cruéis, perpétua e de morte. O conjunto de direitos e garantias individuais inscrito no artigo 5º da Lei Maior brasileira impede, concretamente, que se torture alguém em nome, por exemplo, da eficácia repressiva, descoberta da verdade, etc. O mesmo se pode afirmar em relação aos “grampos telefônicos”: a conversa interceptada ilicitamente, ainda que materialmente possa expressar alguma verdade, é imprestável. Também a desobrigação do cônjuge ou do irmão do réu prestar depoimento representa outra forma de se limitar o trabalho investigativo

Código contém um Memorando Explicativo, que foi actualizado na Sessão Plenária do CCBE de 19 de Maio 2006.

¹⁶ “**Direito Penal**”, São Paulo, ed. Saraiva, 26ª ed., 1994, II/192. Em sentido assemelhado, aludindo a que o sigilo é uma instituição que atina com a “*ordem pública*”, cf. JÚLIO FABBRINI MIRABETE, “**Manual de direito penal**”, São Paulo, ed. Atlas, 24ª ed., 2006, II/196.

(CPP, art. 206). O mesmo, por fim, vale quanto ao depoimento do advogado, cuja proibição é peremptória, salvo se desobrigado pela parte interessada (CPP, art. 207). Disso se infere que, no campo do processo penal, há **limites cognitivos** à atividade persecutória estatal erigidos em nome de uma ética reconhecida pelo documento maior de nossa cidadania.

134. É, portanto, frise-se, em nome do **interesse público**, reconhecido pela Constituição, que se veda a introdução no processo de provas ilícitas. Por isso e para ilustrar, não se pode admitir que se pretenda válida uma confissão obtida mediante tortura sob o argumento de que em nome do interesse público deva prevalecer a confissão pelo que nela há de verdadeiro. Sustentar o contrário levaria ao absurdo de se afirmar que o direito de o cidadão não ser torturado, identificado como interesse individual, não pode se sobrepor ao da eficácia repressiva ou da descoberta da verdade real. Um disparate tão grande que nos colocaria na condição dos piores regimes totalitários.

135. No que concerne ao respeito do sigilo profissional do advogado, é evidente que o Estado não pode quebrá-lo para maior eficácia dos esforços repressivos. Como alerta WINFRIED HASSEMER, *“los religiosos, notarios o abogados no podrían existir si no se les garantizará un ámbito seguro en el cual pudieran almacenar todos los secretos que les fueron confiados en virtud de su profesión (esa es la convicción del ordenamiento jurídico alemán). En este sentido, el ordenamiento jurídico alemán frena el interés concerniente a la búsqueda de la verdad no sólo atendiendo al interés del profesional sino también atendiendo al interés de todos los ciudadanos de que estas profesiones subsistan pues todas estas son profesiones que se irían a pique se no existiese esta protección”*¹⁷.

136. De fato, em um sistema jurídico estruturado em torno de garantias fundamentais deferidas ao cidadão, soa especioso o asseguramento da amplitude

¹⁷ “Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal (la medida de la Constitución)”, México – DF, ed. Ubijus, 2009, p. 26.

do direito de defesa, que tem como pressuposto a livre escolha do advogado que vai exercer a defesa dos interesses do constituinte (e, portanto, deve com ele estabelecer laços de confiança, lealdade e intimidade), mas ao mesmo tempo se permita devassá-lo. Admiti-lo nos conduziria a uma situação de absoluta insegurança e desconfiança, que tornaria impraticável, como já dito, o pleno exercício da defesa e, portanto, a Administração da Justiça ou, noutros termos, o devido processo legal. Só mesmo a mais desprezível das sociedades poderia agasalar tal possibilidade, isto é, que o depositário da confiança do cidadão possa ser bisbilhotado por interceptações telefônicas e ambientais. Aliás, pelas mesmas razões, a realização de buscas e apreensões em escritórios de advocacia como meio de facilitar a colheita da prova é inaceitável.

137. Na discussão pretoriana estabelecida em torno de saber se o advogado constituído pelo investigado poderia ter acesso aos autos de inquérito policial gravado pelo sigilo, chegou-se a afirmar que o interesse deste no acesso às informações não poderia se sobrepor ao interesse público na eficácia das investigações que o inquérito, como instrumento de defesa do Estado, consubstancia¹⁸. Num primeiro e superficial exame parece fazer sentido tal colocação, mas, na essência, tal raciocínio representa o que de mais aniquilador possa existir em matéria de supressão de garantias. Não por acaso, em julgamento histórico, o STF, no **HC n.º 82.354-PR**, por votação unânime da sua 1ª Turma, tendo como rel. o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, reviu a decisão do STJ (cf. DJ 24/9/04). Mais à frente foi editada a Súmula Vinculante n. 11, que assegura o acesso aos autos do inquérito ao advogado do investigado.

138. Ou bem se entende que as **garantias individuais** compõem um **sistema que limita a ação do Estado** e seus agentes, representando igualmente o interesse público, sendo, portanto, de igual relevância quando cotejadas com outros mecanismos de defesa social, ou as garantias serão meramente nominais, isto é,

¹⁸ STJ, 2ª T., **RMS n.º 12.516-PR**, rel. Min. ELIANA CALMON (DJ 27/9/04). Na oportunidade votaram vencidos os Ministros PAULO MEDINA e PEÇANHA MARTINS, brindando-nos o primeiro com um magnífico voto em matéria de afirmação das prerrogativas profissionais.

despidas de qualquer eficácia. Não é, francamente, este o *status* das garantias individuais, ao menos não em um Estado Democrático de Direito.

139. Portanto, a pretendida gravação das conversas entre advogados e seus clientes presos deve ser rejeitada nos termos em que proposta. Revela uma desmedida prepotência do Estado pretender imiscuir-se em seara na qual é vedada sua intervenção quando menos em respeito ao devido processo legal, uma vez que o direito de defesa o integra.

140. A única possibilidade de se permitir que uma escuta alcance a conversa do advogado com seu cliente preso não está, obviamente, no fato de a decisão do juiz ser fundamentada. A expressão é muito vaga e permite tudo. O Código de Processo Penal português, no seu art. 187, n. 5, estabelece:

É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime.

141. Como parece fácil perceber, há uma grande diferença entre a permissão para grampear a conversa do advogado e seu cliente preso mediante decisão fundamentada do juiz e, de outro lado, a exigência que ele tenha “fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime”. No primeiro caso, a fundamentação não é vinculada, insere-se num leque de possibilidades que vai da segurança do presídio à ordem pública. No segundo, ela se apresenta vinculada a pressupostos estritos e que são razoáveis nos termos em que postos.

142. Para lesar o direito de defesa basta como vantagem para o Estado-investigador a possibilidade de saber se o acusado participou ou não no fato de que é acusado, saber se tal ou qual linha de investigação é útil, saber a estratégia defensiva etc. Além de tudo, conversar com receio limita a atividade defensiva. Advogado que não pode ouvir com liberdade a palavra e o pensamento do

cliente, é profissional que atua cerceado, despido das condições do devido processo legal.

143. Ou bem se põem limites à atividade persecutória estatal, ou bem viveremos numa espécie de estado policial onde a democracia será formalmente lembrada apenas por eleições a cada quatro anos.

144. Defender as prerrogativas profissionais dos advogados, que existem para garantir o correto exercício da profissão em prol do cidadão, representa, como alerta o ministro CELSO DE MELLO, “um gesto de legítima resistência à opressão do poder e à prepotência de seus agentes e autoridades. Traduz, por tal razão, um exercício de defesa da própria ordem jurídica, pois as prerrogativas profissionais dos Advogados estão essencialmente vinculadas à tutela das liberdades fundamentais a que se refere a declaração constitucional de direitos”¹⁹.

¹⁹ Prefácio ao livro “**Prerrogativas profissionais do advogado**”, de ALBERTO ZACHARIAS TORON e ALEXANDRA LEBELSON SZAFIR (3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. X).