



DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL APÓS A LEI 13.964/2019

NATASHA ALLERAND

JOSÉ AUGUSTO DE CARVALHO NETO

Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Mestre em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Advogado.

Resumo: A Lei nº 13.964/2019, proposta pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, sob o nome de Pacote Anticrime, até sua tramitação perante o Congresso Nacional como pauta prioritária, alteraria ao menos quatorze leis penais, envolvendo o direito penal material e processual, além de diretrizes procedimentais e garantias constitucionais, seu principal fundamento, a princípio baseava-se no estabelecimento de medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. As alterações trazidas pelo anteprojeto e incorporadas no legislativo pátrio devem ser minuciosamente estudadas, uma vez que não se limitam à rede estrutural prisional, mas também se estendem e englobam toda a esfera processual, inclusive as garantias constitucionais. Assim sendo, como objetivo geral da presente pesquisa, pretende-se verificar a eficácia constitucional e processual penal do Projeto de Lei Anticrime na realidade social e legal brasileira. A presente pesquisa será realizada por meio da utilização da análise do até então Anteprojeto de Lei e posteriormente, sancionado, a própria Lei nº 13.964/2019, objeto da pesquisa, bem assim análise bibliográfica, apreciando a doutrina de Direito Processual Penal, bem como de Direito Penal Material referentes ao tema proposto. Além da doutrina, será também utilizado como fonte os respectivos Códigos Legais, bem como textos extrajudiciais que possam embasar a análise crítica a ser realizada.

Palavras-Chaves: Pacote Anticrime. Lei nº 13.964/2019. Processo Penal Constitucional. Direito Constitucional. Direito Processual.

Abstract: The Act nº 13.964/2019 proposed by the ex-Minister of Justice and Public Security, Sérgio Moro, until its processing before the National Congress as a priority agenda, would

change at least fourteen criminal laws, involving material and procedural criminal law, in addition to procedural guidelines and constitutional guarantees, its main foundation, at first, was based on the establishment of measures against the corruption, the organized crime and the crimes committed with serious violence to the person. The changes brought by the preliminary draft and incorporated into the national legislature must be thoroughly studied, since they are not limited to the prison structural network, but also extend and encompass the entire procedural sphere, including constitutional guarantees. Therefore, as a general objective of this research, it is intended to verify the constitutional and procedural penal effectiveness of the Anticrime Law Project in the Brazilian social and legal reality. The present research will be carried out using the analysis of the until now Draft Law and later, sanctioned, the Law nº 13.964/2019 itself, object of the research, as well as bibliographic analysis, appreciating the doctrine of Criminal Procedural Law, as well as of Material Criminal Law related to the proposed theme. In addition to the doctrine, the respective Legal Codes will also be used as a source, as well as extrajudicial texts that may support the critical analysis to be carried out.

Keywords: Anti-crime package. Act nº 13.964/2019. Constitutional Criminal Proceedings. Constitutional Law. Procedural Law.

Introdução

O projeto de Lei Anticrime proposto pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, até sua tramitação perante o Congresso Nacional como pauta prioritária, alteraria ao menos quatorze leis penais, envolvendo o direito penal material e processual, além de diretrizes procedimentais e garantias constitucionais, seu principal fundamento, a princípio baseava-se no estabelecimento de medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa, da sua aprovação, o pacote tornou-se a Lei nº 13.964/2019.

Neste ponto, percebe-se que a primeira medida de caráter relevante de combate ao crime anunciado pelo Governo Federal tem por objeto mudanças legislativas, mesmo que se trate da desgastada e ineficiente ideia de que a criminalidade se resolve por meio de alterações na Lei Penal.

A saber, segundo uma nota publicada no início de fevereiro de 2019, pelo Instituto Sou da Paz¹, “40% de todos os projetos apresentados a cada ano pelos deputados federais com o objetivo de otimizar a segurança pública tendem a criar um novo tipo penal ou, ainda, aumentar a pena de um crime já existente.”

Evidentemente, como se apreende da realidade social e prisional brasileira, o que se tem por resultado de tais medidas não é a diminuição dos índices de criminalidade ou de violência, mas sim a superlotação e perda de controle de presídios por toda a extensão geográfica do país, gerando custos exorbitantes com a gestão prisional, além de aumentar o desgaste estrutural da força policial, que por sua vez é mal remunerada e não dispõem de equipamentos necessários ao seu exercício funcional, reiterando os vícios sistêmicos já conhecidos e explorados no que se refere ao Sistema Prisional como um todo.

As alterações trazidas pelo anteprojeto e incorporadas no legislativo pátrio, após sua promulgação em forma de lei, devem ser minuciosamente estudadas, uma vez que não se limitam à rede estrutural prisional, mas também se estendem e englobam toda a esfera processual, inclusive as garantias constitucionais.

É sob essa perspectiva que a presente pesquisa tende a se desenvolver, partindo da leitura do projeto de lei para compreender o processo penal como uma ciência hermenêutica, avaliando, portanto, os riscos de ideologização da teoria processual e legal como um todo.

Desta forma, o anteprojeto, tratando-se de uma proposta recente, ofereceu uma larga perspectiva para a avaliação de suas (in)constitucionalidades, segundo o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) o projeto se mostra “tecnicamente frágil por trazer previsões já declaradas inconstitucionais”, de modo que ao contrário de garantir a segurança pública, “o projeto, se aprovado (sic), aprofundará a crise na segurança, fortalecendo facções prisionais, pelo fomento ao aprisionamento indiscriminado de sujeitos vulneráveis².”

Mister se faz uma análise acerca de quais formas o Pacote Anticrime, agora Lei nº 13.964/2019, inserido na legislação pátria altera as perspectivas para aplicação e efetivação do direito penal – material e processual, além do próprio direito constitucional em uma sociedade complexa e relativamente violenta como a do Brasil hodierno.

¹ INSTITUTO SOU DA PAZ: Nota Pública: Instituto Sou da Paz se manifesta sobre teor do “pacote anticrime”. Disponível em <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.soudapaz.org/noticia/nota-publica-instituto-sou-da-paz-se-manifesta-sobre-teor-do-pacote-anticrime>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

² JURISTAS..., 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/02/05/juristas-e-entidades-alertam-para-inconstitucionalidade-de-pacote-anticrime-de-moro/>> Acesso em 28 fev. 2019.

Assim sendo, como objeto geral da presente pesquisa, pretende-se verificar a eficácia constitucional e processual penal da Lei nº 13.964/2019 na realidade social e legal brasileira. Enquanto que os objetivos específicos são analisar o Pacote Anticrime, a fim de compreender sua fundamentação e sistematização no que tange à segurança pública do país; compreender os institutos basilares com os quais se compromete o novo texto legal, bem como se o mesmo alcança suas pretensões (in)constitucionais em nossa democracia; problematizar os reflexos dos novos mecanismos investigativos e punitivos ofertados pelo anteprojeto após a sua aprovação, vindo a ser a Lei nº 13.964/2019.

A presente pesquisa será realizada por meio da utilização da análise do até então Anteprojeto de Lei e posteriormente sancionado, a própria Lei nº 13.964/2019, objeto da pesquisa, bem assim análise bibliográfica, apreciando a doutrina de Direito Processual Penal, bem como de Direito Penal Material referentes ao tema proposto. Além da doutrina, será também utilizado como fonte os respectivos Códigos Legais, bem como textos extrajudiciais que possam embasar a análise crítica a ser realizada.

Por fim, cumpre frisar que a presente pesquisa se iniciou no começo do ano de 2019, de modo que acompanhou o desenvolvimento do Pacote Anticrime, sua votação e posterior aprovação na forma da Lei nº 13.964/2019, bem como a saída de Sérgio Moro, principal idealizador da lei, do cargo de Ministro da Justiça e da Segurança Pública; o que, conseqüentemente, ensejou novas leituras e correções da pesquisa, a fim de se conformar à realidade político-legislativa ora analisada.

1. Do pacote anticrime – Lei 13.964/2019

O projeto de Lei Anticrime com texto original proposto pelo atual Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, que tramitou no Congresso Nacional como pauta prioritária, no decorrer do ano de 2019, vindo a ser sancionado pelo Presidente da República no início deste ano de 2020, altera ao menos quatorze leis penais, envolvendo o direito penal material e processual, além de diretrizes procedimentais e garantias constitucionais. Seu principal fundamento baseia-se no estabelecimento de medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa.

Frisar-se-á que o texto original apresentado pelo referido ministro sofreu alterações pelos deputados, com base em outra proposta, elaborada no ano de 2018, “por uma

comissão de juristas coordenada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Alexandre de Moraes³”.

Neste ponto, percebe-se que a primeira medida de caráter relevante de combate ao crime anunciado pelo Governo Federal tem por objeto mudanças legislativas, mesmo que se trate da desgastada e ineficiente ideia de que a criminalidade se resolve por meio de alterações na Lei Penal.

Inobstante, segundo o ministro, o projeto adequa “a legislação à realidade atual, dando mais agilidade no cumprimento das penas, tornando o Estado mais eficiente e diminuindo a sensação de impunidade⁴”.

Ressalta-se que parte das alterações propostas para o Código de Processo Penal, bem como ao Código Eleitoral, até então propostas em projeto de lei complementar, e a mudança proposta para o Código Eleitoral no que se refere à criminalização do uso de caixa dois em eleições está em projeto de lei diverso.

Ainda segundo o ministro:

[...] após discussões com vários setores, houve a compreensão de que parte do projeto deveria ser por Lei Complementar e de que a questão do caixa dois deveria ser tratada em projeto de lei à parte dos que cuidam do combate ao crime organizado e à corrupção⁵.

Entre as mudanças propostas antes de serem revisados, os projetos contavam com medidas que visavam a assegurar o cumprimento da condenação após julgamento em segunda instância; aumentar a efetividade do Tribunal do Júri; alterar as regras do julgamento de embargos infringentes; medidas relacionadas à legítima defesa; alterações no conceito de organização criminosa⁶.

Também são propostas alterações que visam penas em crimes relativos à arma de fogo, aprimorar o confisco de produto do crime e permitir o uso do bem apreendido pelos órgãos de segurança pública, evitar a prescrição, reformar o crime de resistência e introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade. Além disso, o conjunto de textos propõe alterações para alterar o regime de interrogatórios por videoconferência, dificultar a soltura de criminosos habituais, alterar o regime jurídico dos presídios federais, aprimorar a investigação

³ NÉRI, Felipe; STOCHERO, Tahiane. Entenda o pacote anticrime aprovado na Câmara. pub. 05 dez. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/12/05/entenda-o-projeto-anticrime-aprovado-na-camara.ghtml>> Acesso em 10 fev. 2020.

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Pacote de projetos Anticrime é encaminhado ao Congresso Nacional. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63>> Acesso em 05 de jun. 2019.

⁵ Idem.

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em 05 jun. 2019.

de crimes e introduzir a figura do “informante do bem”. Entre as alterações estão o endurecimento do cumprimento da pena para crimes considerados mais graves, como roubo, corrupção e peculato, que pela proposta, passa a ser em regime inicial fechado⁷. (grifo nosso).

No todo, pretendeu-se a alteração do Código Eleitoral, Código Penal (CP); Código de Processo Penal (CPP); Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas); Lei de Execuções Penais; Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos); Lei nº 9.296/1996, que regulamenta a interceptação telefônica; Lei nº 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem; Lei nº 10.826/2003, que trata das armas de fogo; Lei nº 11.671/2008, que trata sobre a transferência e inclusão de pessoas em estabelecimentos penais federais de segurança máxima; Lei nº 12.037/2009, que regulamenta a identificação criminal; Lei nº 12.850/2013, que dispõe sobre as organizações criminosas; Lei nº 13.608/2018, que dispõe acerca do serviço telefônico de recebimento de denúncias⁸.

De acordo com o ministro Sérgio Moro, é de suma importância que tais frentes componham o pacote único pelo fato de que estão diretamente vinculados, segundo o mesmo:

[...] o crime organizado utiliza a corrupção para ganhar impunidade, por exemplo. Por outro lado, o crime organizado está vinculado a boa parte dos homicídios do país, que estão vinculados às disputas e dívidas do tráfico⁹.

Diante do número e da complexidade das alterações propostas pelo pacote, a presente pesquisa abordará as mudanças que se pretendem cardiais no contexto jurídico e constitucional hodiernos. A saber, analisar-se-á as mudanças pertinentes ao crime de caixa dois; a prisão de condenados após a segunda instância (com previsão no Código Penal); o confisco de bens do crime; as organizações criminosas; as armas de fogo; o Tribunal do júri, e por fim, a legítima defesa. A fim de que, em um segundo momento se possa analisar o Processo Penal Constitucional em conjunto a Lei 13.964/2019.

1.1 Das principais alterações legais pretendidas pelo Pacote Anticrime

⁷ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Pacote de projetos Anticrime é encaminhado ao Congresso Nacional. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63>> Acesso em 05 de jun. 2019.

⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em 05 jun. 2019.

⁹ FRANTZ, Sâmia. Código Penal: saiba o que pode mudar com o pacote anticrime. SAJ ADV. Pub. 8 de fev. 2019. Disponível em :<<https://blog.sajadv.com.br/codigo-penal-projeto-lei-anticrime/>> Acesso em 07 de jun. 2019

Com o pacote proposto pelo então Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Moro, o crime de caixa dois passará a ser tipificado, já que atualmente é julgado com base no art. 350 do Código Eleitoral, que dispõe:

Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dêle devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:

Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada¹⁰.

Ademais, há de se observar que na atual legislação, o referido artigo não se aplica ao sujeito que pagou o caixa dois, assim passará a possuir a seguinte redação:

Art. 350-A. Arrecadar, receber, manter, movimentar ou utilizar qualquer recurso, valor, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem doar, contribuir ou fornecer recursos, valores, bens ou serviços nas circunstâncias estabelecidas no caput.

§ 2º Incorrem nas mesmas penas os candidatos e os integrantes dos órgãos dos partidos políticos e das coligações quando concorrerem, de qualquer modo, para a prática criminosa.

§ 3º A pena será aumentada em 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), no caso de algum agente público concorrer, de qualquer modo, para a prática criminosa¹¹.

Diante do novo tipo, a lei passaria a reconhecer o caixa dois como crime, de modo que seu conceito englobaria o ato de arrecadar, manter, movimentar ou utilizar valores não declarados à Justiça Eleitoral. A pena, ainda que mantida entre 2 a 5 anos, poderá ser aumentada, nos casos de participação de agente público, conforme o §3º do artigo supramencionado. Ademais, conforme se depreende, a punição também incorrerá a quem forneceu o dinheiro através do caixa dois.

Evidentemente o que se busca com a referida criminalização, é a proteção da probidade da Administração Pública, bem como a transparência exigida nas eleições, evitando o uso de recursos obscuros. Todavia:

Dada a ausência de receptividade desta proposta no Congresso Nacional, o que poderia implicar entraves aos demais pontos, o governo federal optou

¹⁰ BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm> Acesso em 07 jun. 2019.

¹¹ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em 07 jun. 2019.

estrategicamente por “fatiar” o projeto e não propor, neste momento, a criminalização do “caixa dois eleitoral”. A manobra serviria como espécie de “moeda de troca” pela aprovação de alguns pontos de interesse governamental e demonstra o quão impregnada de vieses políticos está o projeto de Lei Anticrime, o que, de certo modo, afasta sua credibilidade e põe em dúvida o real compromisso com os objetivos iniciais apresentados (especialmente o combate à corrupção).¹²

Superada a questão pertinente ao crime de Caixa Dois, passar-se-á à análise das execuções provisórias, neste primeiro momento com ênfase na prisão de condenados após segunda instância, com previsão no Código Penal.

O CP prevê, atualmente, que ninguém pode ser preso senão em flagrante delito “[...] ou após um processo transitar em julgado, por exemplo. No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem permitindo, desde 2016, a prisão dos condenados em segunda instância¹³.”

Já com o pacote, pretendeu-se a inserção de um novo artigo no CPP, alterando o texto legal para a seguinte redação:

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.

§ 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.

§ 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada¹⁴.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, entendeu que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) 43 e 44¹⁵.

Nota-se nesse diapasão que o projeto busca agilizar a execução das penas tanto privativas de liberdade, quanto pecuniárias e ainda, as restritivas de direito, após a decisão condenatória colegiada.

¹² MASI, Carlo Velho. Comentários ao projeto de lei anticrime do Min. Sérgio Moro. JUS.COM.BR. Pub. Abril de 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73149/comentarios-ao-projeto-de-lei-anticrime-do-min-sergio-moro>> Acesso em: 07 jun. 2019.

¹³ FRANTZ, Sâmia. op. cit.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em 08 jun. 2019.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF admite execução de pena após condenação em segunda instância. Pub. 50 de out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em: 08 jun. 2019.

A condenação exarada por órgão colegiado passaria a legitimar a prisão do cidadão, considerando a presunção de que raramente haveria possibilidade de reversão, em sede excepcional, de uma condenação em 2ª instância, dado este que é absolutamente falso, haja vista que o índice de provimento de recursos no STF e STJ em matéria criminal não é desprezível, sobretudo em se tratando de discussões jurídicas que envolvem a liberdade individual.¹⁶

Frisa-se que os bens cujo perdimento for decretado, já poderão ser leiloados com o início da execução provisória, até mesmo por determinação de ofício do Juiz, o que nos leva à análise do confisco de bens do crime.

Assim, nos crimes com condenações por infrações com pena máxima superior a seis anos de reclusão, “poderá ser decretado confisco de bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com seu rendimento lícito¹⁷.”

Posto isso, tanto o Código Penal, quanto o Código de Processo Penal teriam um novo artigo inserido. No que tange à inserção do artigo no CP:

Art. 91-A. No caso de condenação por infrações as quais a lei comine pena máxima superior a seis anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.
§ 1º A decretação da perda prevista no caput fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminoso habitual, reiterada ou profissional do condenado ou a sua vinculação a organização criminosa.
§ 2º Para efeito do perdimento previsto neste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:
I– que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e
II– transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.
§ 3º O condenado terá a oportunidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.¹⁸

Enquanto que no CPP:

Art. 124-A. No caso de decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, poderão ser elas destinadas a museus públicos, se os crimes não tiverem vítima determinada ou se a vítima for a Administração Pública direta ou indireta.¹⁹

¹⁶ MASI, Carlo Velho. Comentários ao projeto de lei anticrime do Min. Sérgio Moro. JUS.COM.BR. Pub. Abril de 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73149/comentarios-ao-projeto-de-lei-anticrime-do-min-sergio-moro>> Acesso em: 08 jun. 2019.

¹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em 08 jun. 2019.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

Destarte, no que se refere ao perdimento de produtos do crime, nota-se uma medida incisiva de combate às organizações criminosas, pois de acordo com o §1º do art. 91-A do CP, afeta diretamente as condições materiais utilizadas na manutenção das suas operações, já que prevê a perda de todo o patrimônio do agente vinculado à organização que não seja compatível com seu rendimento lícito.

Inobstante, o projeto conceitua organização criminosa e prevê que seus líderes e integrantes que sejam encontrados com armas iniciem o cumprimento da pena em presídios de segurança máxima, ademais, “Condenados que sejam comprovadamente integrantes de organizações criminosas não terão direito a progressão de regime²⁰.”

A Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa atualmente terá o *caput* de seu artigo 3º ampliado, bem como pretende-se a inserção do artigo 3-A, com quatro parágrafos, da seguinte redação:

Art. 3º Em qualquer fase da investigação ou da persecução penal de infrações penais praticadas por organizações criminosas, de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou de infrações penais conexas, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova.

Art. 3º- A. O Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderão firmar acordos ou convênios com congêneres estrangeiros para constituir equipes conjuntas de investigação para a apuração de crimes de terrorismo, crimes transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais

§ 1º Respeitadas as suas atribuições e competências, outros órgãos federais e entes públicos estaduais poderão compor as equipes conjuntas de investigação.

§ 2º O compartilhamento ou a transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação devidamente constituídas dispensam formalização ou autenticação especiais, sendo exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia.

§ 3º Para a constituição de equipes conjuntas de investigação, não se exige a previsão em tratados.

§ 4º A constituição e o funcionamento das equipes conjuntas de investigação serão regulamentadas por meio de decreto²¹.

Assim sendo, mister se faz a seguinte observação, que de forma perspicaz evidencia certo determinismo e estigmatização do apenado:

[...] não é possível ignorar que nossas prisões são controladas por facções criminosas, que dominam alas inteiras das penitenciárias. Isso implicaria negar o direito à progressão a um número incalculável de presos que, apenas pelo fato de estarem em locais sob a influência destes grupos criminosos podem ser rotulados como integrantes ou, no mínimo, simpatizantes das facções²².

²⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Pacote de projetos Anticrime é encaminhado ao Congresso Nacional. Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63>> Acesso em 10 de jun. 2019.

²¹BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em 10 jun. 2019.

²² MASI, Carlo Velho. op. cit.

Por fim, no que tange às organizações criminosas, a alteração de seu conceito buscava-se englobar um número maior de associações, além de trazer para o texto legal o nome de alguns dos grupos existentes no país, tais como o Primeiro Comando da Capital e o Comando Vermelho, o que leva o Estado brasileiro a reconhecer a existência dessas agremiações, bem como pretende combatê-las.

O pacote visou também alterações na Lei nº 10.826/2003, a qual dispõe acerca do manuseio de armas de fogo e define os crimes pertinentes. Inserir-se-á dois incisos em seu art. 20, que passará a ter a seguinte redação:

Art. 20. Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se:
I – forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º desta Lei; ou
II – o agente possuir registros criminais pretéritos, com condenação transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado²³.

Ressalta-se que o reincidente, bem assim, aqueles com maus antecedentes terão a pena aumentada pela metade, demonstrando o caráter objetivo da punição, o que por sua vez:

[...] desconsidera qualquer falha do próprio Estado em prevenir que o sujeito que já cumpriu pena volte a delinquir. Nota-se, como isso, o quanto o projeto de Lei Anticrime preocupa-se com a punição imediata, e não com qualquer reflexo desta punição sobre a vida do condenado. Ignora-se que algum dia este cidadão irá reintegrar a sociedade. A preocupação maior é dar resposta imediata ao anseio de punição do crime hoje²⁴.

Quanto as alterações legislativas sugeridas no pacote anticrime, tem-se a maior efetividade do Tribunal do Júri, ou o que com isso se pretende, já que “fortalecem a soberania nos veredictos [...] de forma que a decisão seja cumprida imediatamente. A mudança segue entendimento do Supremo Tribunal Federal que considerou a decisão do Tribunal do Júri soberana²⁵.”

Com essa mudança, os artigos do CPP afetados diretamente serão os arts. 421, 492 e 584, *in verbis*:

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

²³ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em 10 jun. 2019.

²⁴ MASI, Carlo Velho. op. cit.

²⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Pacote de projetos Anticrime é encaminhado ao Congresso Nacional. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63>> Acesso em 10 de jun. 2019.

§ 1º Havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao MP. [...]

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

e) determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão substancial cuja resolução pelo Tribunal possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o Tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I – não tem propósito meramente protelatório;

II – levanta uma questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente no recurso ou através de petição em separado dirigida diretamente ao Relator da apelação no Tribunal, e deverá conter cópias da sentença condenatória, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade, e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.

Art. 584. [...]

§ 2º A pronúncia não tem efeito suspensivo, devendo ser processado através de cópias das peças principais dos autos ou, no caso de processo eletrônico, dos arquivos.²⁶

Tais mudanças apresentam um caráter um tanto quanto radical, já que antes mesmo da possibilidade de reexame da legalidade das condenações realizadas por um tribunal composto por juízes de direito, desconsidera-se a possibilidade de “[...] influências externas que possam levar os jurados a decidirem sem qualquer embasamento na prova coligida ao processo, acarretando erros decisórios crassos²⁷.”, que pese o fato de o STF seguir por essa concepção.

Analisar-se-á as alterações pertinentes à legítima defesa, que são propostas a fim de resguardar os agentes policiais e de segurança pública, como os agentes penitenciários, que cometerem ilícitos no exercício profissional. Assim, “Para a situação ser enquadrada como legítima defesa, o policial deve utilizar-se moderadamente dos meios necessários com forma de impedir agressão injusta a si ou a outra pessoa, por exemplo²⁸.” É o que a lei propõe hodiernamente.

Com as alterações previstas pelo pacote anticrime, o CP e o CPP passarão por mudanças significativas, no que tange ao primo código, pretende-se a inserção de dois parágrafos ao art. 23, bem como um parágrafo único ao art. 25, já no segundo código, visa-se

²⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em 10 jun. 2019.

²⁷ MASI, Carlo Velho. op. cit.

²⁸ FRANTZ, Sâmia. op. cit.

a inserção de um novo artigo, a saber, o 309-A, de modo que o CP passaria a ter a seguinte redação:

Art.23. [...]

1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

§ 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. [...]

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.²⁹

Enquanto o Código de Processo Penal, *in verbis*:

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*³⁰. (grifo nosso).

Apreende-se da leitura do §2º do art. 23 do CP, que sob a égide da legítima defesa poderá, o agente, ter sua pena reduzida em até metade, ou até mesmo perdoada, nas situações em que decorre de medo, surpresa, ou violenta emoção. Salientando, o que se legitima dessa forma é a ação policial, que inegavelmente contribui para o alto índice de violência que vitimiza cidadãos de áreas de risco.

Posto isso, muitas outras alterações são buscadas com o presente pacote anticrime, pretende-se até mesmo a inserção de soluções negociadas, que “permitem ao Ministério Público propor acordo, antes do recebimento da denúncia, quando o acusado confessa crime com pena máxima inferior a quatro anos, praticados sem violência ou grande ameaça³¹”.

Ou ainda, medidas que visam o “aprimoramento” das investigações, como “A ampliação do Banco Nacional de Perfis Genéticos [que] facilitará a investigação de crimes. A

²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em 12 jun. 2019.

³⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em 12 jun. 2019.

³¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Pacote de projetos Anticrime é encaminhado ao Congresso Nacional. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63>> Acesso em 10 de jun. 2019.

mudança proposta permitirá a coleta de DNA de condenados por crimes dolosos mesmo sem trânsito em julgado³².”

Evidentemente, como se apreende da realidade social e prisional brasileira, o que se tem por resultado de tais medidas não é a diminuição dos índices de criminalidade ou de violência, mas sim a superlotação e perda de controle de presídios por toda a extensão geográfica do país, gerando custos exorbitantes com a gestão carcerária, além de aumentar o desgaste estrutural da força policial, que por sua vez é mal remunerada e não dispõem de equipamentos necessários para o seu exercício funcional e eficaz, reiterando os vícios sistêmicos já conhecidos e explorados no que se refere ao Sistema Prisional como um todo.

1.2 Da aprovação e sanção da Lei nº 13.964/2019

O texto original do pacote anticrime apresentado pelo, à época, ministro da Justiça e da Segurança Pública³³, em decorrência das mudanças trazidas por outra proposta, elaborada no ano de 2018 por uma comissão de juristas coordenada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, conforme informado alhures, sofreu, portanto, várias alterações antes da aprovação da Câmara.

Infere-se que as pretensões do pacote anticrime mostraram ser mais ambiciosas do que eficazes, tal afirmativa torna-se possível ao se considerar as mudanças trazidas pelo texto de Moraes e ainda a filtragem realizada pela Câmara. Inobstante, o texto é relativamente deficiente quanto à realidade social e prisional brasileira, o que se teria por resultado das medidas propostas e analisadas não seria a diminuição dos índices de criminalidade ou de violência, mas sim a superlotação e perda de controle de presídios³⁴, além dos incalculáveis, mas presumíveis gastos exorbitantes com a gestão carcerária, e o já conhecido desgaste estrutural da força policial, reiterando os vícios sistêmicos já identificados e explorados no que se refere ao Sistema Prisional como um todo, conforme já fora dito.

³² Idem.

³³ O presente tópico da pesquisa (bem como toda ela) fora realizado antes do pedido de demissão de Sérgio Moro do cargo de ministro da Justiça e Segurança Pública do atual governo federal, na data de 24/05/2020.

³⁴ Nesta ótica, segundo Nucci, na parte relativa à alteração da Lei 12.850/2013, o artigo 1º, § 1º, inciso III, traz uma impropriedade técnica que merece ser citada. Menciona exemplos de quadrilhas no texto legal (o que nos parece inadequado): “como o Primeiro Comando da Capital, o Comando Vermelho, Família do Norte, Terceiro Comando Puro, Amigo dos Amigos, Milícias ou outras associações”. Não se deve mencionar no texto legal nomes dados a grupos criminosos. É um perigo incalculável reconhecê-los por força de lei. *In* Projeto ‘anticrime’ de Moro é superficial e decepcionante. pub. 8 fev. 2019. Disponível em: <<https://complemento.veja.abril.com.br/pagina-aberta/projeto-anticrime-de-moro-e-superficial-e-decepcionante.html>> Acesso em 20 mar. 2020.

2. Do processo penal constitucional após a Lei 13.964/2019

Realizada a análise do Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/19, passar-se-á para um segundo momento da pesquisa, em que se pretende acoplar as alterações legais realizadas junto aos princípios constitucionais norteadores do processo penal, diante dos princípios e garantias fundamentais derivados do texto da Constituição Federal de 1988, a fim de viabilizar o Processo Penal Constitucional, de modo que torne possível se inferir a hipótese de que apesar de o processo penal, em um primeiro momento, demonstrar ganho de eficácia e até mesmo funcionalidade, não deixe de resguardar o garantismo, igualmente fundamental ao ordenamento pátrio e aos seus fins democráticos. Neste sentido, tem-se que:

[...] tanto o excesso de punitivismo quanto a deficiência no desempenho da persecução criminal, conduz o ambiente processual para um lugar do não direito para uma dimensão fora do nomos [...] Na verdade, toda vez que se confere peso demais para a imposição das garantias do acusado, acaba-se por conduzir a discussão para um espaço de indefinição sobre o sentido do direito³⁵.

Posto isso, antes mesmo do sancionamento do Pacote Anticrime, já era de conhecimento dos operadores e estudiosos do direito processual penal que vários dispositivos do código pertinente “[...] não resistem a uma adequada filtragem constitucional, por decorrência de uma política criminal baseada na ‘cultura de emergência’³⁶”.

Denota-se daí uma incoerência legislativa no sentido de que ainda que sejam realizados avanços na identificação do Código de Processo Penal com os princípios norteadores da Constituição, inferem-se também retrocessos, engendrando um certo descompasso entre as leis em comento, afetando a coerência sistemática do ordenamento pátrio. Assim:

O que se denota, contudo, é que não se trata de equívoco apenas, mas as marchas e contramarchas no sentido de uma verdadeira constitucionalização do processo penal, não raro, decorrem de opção inspirada em cultura de exacerbação do combate à criminalidade, por imposição da influência midiática e pseudoconsenso comunitário (opinião pública ou “publicada”). Tudo isso resulta na expansão da intervenção estatal e na redução das garantias fundamentais previstas na Carta Magna [...]³⁷

Diante de tal fundamento, passar-se-á à análise de alguns princípios processuais penais, escolhidos metodologicamente por demonstrarem pertinência ao tema abordado, a fim

³⁵ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 19

³⁶ BARROS, Antônio Milton de. A (necessária) constitucionalização do processo penal: avanços e retrocessos. Tribunal Virtual – ano 01, ed. nº 04, maio de 2013, ISSN nº 2317-1898, p. 26

³⁷ Ibid., p. 15.

de se verificar tais marchas e contramarchas no sentido de se constitucionalizar o processo penal, utilizando-se para tanto, a doutrina pertinente ao tema.

2.1 Do devido processo legal

Partindo-se da perspectiva de que o processo penal é um “sistema jurídico de aplicação do Direito Penal, estruturado em sólidas bases constitucionais³⁸”, mister se faz o seguimento de princípios inafastáveis, uma vez que são fundamentais, a fim de se observar a tutela dos direitos individuais.

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 trouxe, de forma expressa, o princípio do devido processo legal, em seu artigo 5º, inciso LIV, onde dispõe que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal³⁹.” Infere-se, portanto, que o cidadão não deverá ser privado de sua liberdade, ou ainda de seus bens, sem que haja o trâmite de um processo na forma disposta em lei. Destarte:

[...] o devido processo legal é o conjunto de normas, garantias e princípios que tem por objetivo resguardar os direitos fundamentais do indivíduo, em especial, a vida, a liberdade e o patrimônio, durante o desenrolar do processo, que deve ser finalizado em prazo razoável (celeridade processual), de modo a permitir uma efetiva e equilibrada realização da Justiça⁴⁰.

Percebe-se que o princípio do devido processo legal abrange todas as demais garantias e princípios que norteiam o processo (penal), de modo que se busca dar maior efetividade aos direitos fundamentais e individuais, uma vez que o princípio em comento sempre deverá ser observado. Corroborando-se:

[...] verifica-se que a persecução penal é regida por padrões normativos estipulados pela Carta Maior que traduzem limitações ao poder do Estado, protegendo o cidadão do arbítrio judicial e da coerção estatal, com intuito de resguardar sua liberdade e afastar eventuais abusos por parte do Estado. Pode-se, assim, inferir que o direito processual penal é o ramo do direito que mais de perto está preso à Constituição, que lhe impõem obediência rígida aos seus princípios fundamentais, sempre prestando obediência ao devido processo legal⁴¹.

Inobstante:

³⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 16ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 37.

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18 mar. 2020.

⁴⁰ COGAN, Luiz A. Cyrilo Pinheiro Machado. Processo penal constitucional: uma análise principiológica. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/PP-Constitucional.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2020. p. 5.

⁴¹ Ibid. p. 5-6.

[...] [o devido processo legal] garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitado em julgado⁴².

Assim, o devido processo legal impõe-se não só como um princípio norteador do sistema processual, mas também fundamentada toda a sua razão de ser, em conformidade à Constituição Federal, já que estabelece os meios e a forma por meio das quais se contrabalançam o poder-dever de punir do Estado, frente às garantias individuais, proporcionando maior eficácia à persecução penal.

2.2 Do juiz natural

A figura do juiz natural encontra-se prevista no texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso LIII, o qual dispõe que ninguém será sentenciado por outro, que não o juiz competente, portanto:

Significa dizer que todos têm a garantia constitucional de ser submetidos a julgamento somente por órgão do Poder Judiciário, dotado de todas as garantias institucionais e pessoais previstos no Texto Constitucional. Juiz natural é, portanto, aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade⁴³.

Diante do posicionamento supramencionado, infere-se que o direito pátrio, ao adotar a figura do juiz natural, veda, portanto, os tribunais de exceção, definindo-se a competência de forma prévia à prática do fato delituoso, reconhecendo-se como juiz natural o órgão do Poder Judiciário, cuja competência emana de fontes constitucionais, cabendo aqui também o Tribunal do Júri. Quanto aos foros privativos:

[...] a Constituição estabelece competência originária de órgãos colegiados, dos quais se espera, em razão da organização das respectivas carreiras – promoção por merecimento e antiguidade -, uma formação técnica já consolidada, dada o longo exercício da função judicante. E pode ser também justificada pela própria composição colegiada dos tribunais, o que reduziria os riscos de pressões externas sobre um único julgador, tendo em vista o eventual envolvimento político-partidário ou corporativo de tais pessoas⁴⁴.

⁴² CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 22 ed. – São Paulo: Saraiva: 2015. p. 78.

⁴³ CAPEZ, Fernando. op. cit. 2015. p. 70.

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 16ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 38.

Face ao exposto, mais uma vez toca-se na característica subjetiva de imparcialidade do juiz, que remete à criação da figura do juiz de garantias, figura polêmica, alvo de questionamento por meio de ADI por uns, bem como objeto de comemoração para outros:

É um instituto moderno, que concretiza em maior medida o princípio acusatório, fortalece a imparcialidade do magistrado e, por si só, caso bem implementado, não prejudica a persecução penal ou o combate à impunidade. Aliás, trata-se de experiência crescente em outros países, inclusive mais bem-sucedidos do que o Brasil no combate à criminalidade. A iniciativa é separar o magistrado que se envolve na investigação do que vai, efetivamente, aferir a existência ou qualidade da prova e da acusação. Trata-se de uma nova divisão de trabalhos em um processo. Um juiz toma as medidas necessárias para a investigação criminal. Depois, outro magistrado recebe a denúncia e, se for o caso, dá sentença⁴⁵.

Sob tal perspectiva a figura do juiz de garantias apresenta, de fato, caráter capaz de fortificar a imparcialidade dos magistrados, o que não atrapalharia, por si só, a capacidade persecutória da ação penal, visto que o que se busca não é a impunidade, mas sim a observância do cumprimento das garantias e normas processuais, uma vez que o juiz que passa a analisar as provas, será outro daquele que acompanha o desenvolvimento das investigações.

2.3 Do contraditório e da ampla defesa

Inicialmente cumpre ressaltar que os princípios do contraditório e da ampla defesa não serão tratados no mesmo subtópico por se os considerar contraparte um do outro, como se constituíssem um único e mesmo princípio desdobrado, como se entende por parte da doutrina, mas sim para especificar as suas diferenças e complementariedades.

A doutrina tradicional costuma situar o princípio do contraditório como uma garantia à participação no processo, a fim de se estabelecer a relação processual, permitindo a contribuição das partes para o convencimento do juiz, de modo que a jurisdição fosse exercida. Todavia, contemporaneamente tende-se para uma abertura das implicações contidas no princípio do contraditório, assim:

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e ao direito à reação (contrariedade) a ambos – vistos, assim, como garantia de participação –, mas também garantiria que a oportunidade de resposta pudesse se realizar na mesma

⁴⁵ NOVO, Benigno Núñez. Juiz de garantias: qual o problema? pub. 02 jan. 2020. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/juiz-de-garantias-qual-o-problema>> Acesso em 22 mar. 2020.

intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade⁴⁶.

Nessa perspectiva, torna-se válida a delimitação da constituição do contraditório em três etapas, quais sejam:

[...] a primeira é o direito à informação, que consiste na obrigação estatal de se dar conhecimento prévio ao acusado sobre o teor do processo, por meio da citação; em seguida, devem-lhe ser propiciados meios concretos de participação no processo (acesso à justiça), ou seja, o acusado deve ter a possibilidade de poder, querendo, reagir à acusação, embora seja presumido inocente; por último, pode ocorrer a efetiva participação do acusado, pelos meios de defesa ao seu alcance (ampla defesa)⁴⁷.

Assim sendo, por meio da citação, frisa-se que esmiuçar o referido ato de comunicação processual não se caracteriza como objeto da presente pesquisa, razão pela qual não serão analisadas as suas formas e modalidades, deve-se proporcionar o acesso à justiça para o acusado, a fim de que, caso queira, haja vista a sua presunção de inocência, exerça seu direito de defesa, instrumentalizando para tanto, o princípio da ampla defesa.

Sobremaneira:

E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal⁴⁸.

Resta, portanto, evidente e justificada a necessidade processo-constitucional de se ter o contraditório como um princípio norteador e normatizador, uma vez que deixado de ser observado, pode gerar nulidades.

Já o princípio da ampla defesa, ainda que se tente caracteriza-lo como uma contraparte do princípio do contraditório, tem-se que:

[...] da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação [...] Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado⁴⁹.

⁴⁶ BARROS, Antônio Milton de. A (necessária) constitucionalização do processo penal: avanços e retrocessos. Tribunal Virtual – ano 01, ed. n° 04, maio de 2013, ISSN n° 2317-1898. p. 15.

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit., 2012. p. 40.

⁴⁸ Ibid. p. 44.

⁴⁹ Idem.

O contraditório junto do princípio da ampla defesa, institui-se como pedra fundamental de todo o processo e, particularmente do processo penal.

2.4 Do estado ou situação jurídica de inocência

O texto constitucional é claro e preciso em seu artigo 5º, inciso LVII, o qual dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Neste sentido, entende-se que:

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual⁵⁰.

Evidencia-se, portanto, que sob a égide do princípio do estado de inocência, o acusado gozará da inversão do ônus da prova, cabendo assim à acusação demonstrar a existência do fato e sua autoria; de modo que à defesa “restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada⁵¹”. Inobstante:

[...] o estado de inocência (e não a *presunção*) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal⁵².

Neste ponto, mister se faz indicar que o projeto original do Ministro da Justiça e de Segurança Pública pretendia codificar a possibilidade de se antecipar os efeitos condenatórios da pena, por meio da prisão em 2ª instância, sem que houvesse trânsito em julgado de eventuais recursos das mesmas, o que contraria o estado/presunção do estado de inocência, conforme já pacificado pelo STF, em julgamento do ex-presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva.

Não se busca aqui, esgotar os posicionamentos dos ministros quanto à questão, tão somente demonstrar, de forma objetiva, os fundamentos hermenêuticos dos ministros, reiterando-se, sem esgotá-los, sobremaneira, por 6 votos a 5, o STF entendeu ser contra a prisão em 2ª instância.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. op. cit. 2015. p. 79.

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit., 2012. p. 44.

⁵² Idem.

Com a decisão, ninguém poderá ser preso para começar a cumprir pena até o julgamento de todos os recursos possíveis em processos criminais, incluindo, quando cabível, tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, STJ, e STF). Antes disso, somente se a prisão for preventiva. A decisão tem efeito “*erga omnes*”, ou seja, vale para todas as instâncias do Judiciário e será vinculante – de cumprimento obrigatório. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cerca de 5 mil presos podem ser beneficiados pela mudança de entendimento, se não estiverem presos preventivamente por outro motivo. Levantamento do Ministério Público Federal a decisão do STF pode beneficiar 38 condenados na Operação Lava Jato⁵³.

Assim, o posicionamento do STF, tendo em vista seu efeito *erga omnes*, passou a ser adotado e aplicado pelos tribunais nos processos em curso nas demais instâncias. Enquanto alguns ministros afirmaram que o julgamento trouxe insegurança jurídica para ordenamento pátrio, há de se ressaltar que a maioria votou em conformidade com aquilo que está contemplado na Constituição Federal, não havendo que se falar em retrocesso, mas sim avanço, para além de perspectivas punitivistas, que outrora macularam o caráter constitucional do Estado Democrático de Direito.

2.5 Da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente

De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIV, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, sendo essas consideradas provas vedadas. Ainda:

Em uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, não há como recusar a estatura *fundante* do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, sobretudo, porque destinado a proteger os jurisdicionados contra investidas arbitrárias do Poder Público⁵⁴. (grifo no original).

As provas ilícitas estão dispostas no artigo 157 do Código de Processo Penal, “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendida as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais⁵⁵.” Corroborando-se o dispositivo mencionado, tem-se da doutrina que:

⁵³ D’AGOSTINHO, Rosanne; OLIVEIRA, Mariana. Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância. 07/11/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia.ghtml>> Acesso em 22 mar. 2020.

⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. op. cit., 2012. p. 52.

⁵⁵ BRASIL. Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em 23 mar. 2020.

Provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo. Podemos citar como exemplos: a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite; a confissão obtida mediante tortura; a interceptação telefônica sem autorização judicial [...] ⁵⁶.

Nesta perspectiva, ainda segundo Capez, após a reforma processual penal, fora distanciado o entendimento da doutrina e da jurisprudência até então utilizadas no ordenamento pátrio, “que distinguiam as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais quanto processuais ⁵⁷.”

Inobstante, a modificação trazida pela Lei nº 11.690/08 efetivou a *teoria da árvore envenenada*, que já se fazia presente na doutrina e jurisprudência brasileira. Restando, assim, caracterizada a natureza principiológica e fundante, às palavras de Pacelli, da vedação das provas obtidas ilicitamente.

Conclusão

Diante do número e da complexidade das alterações propostas pelo pacote, a presente pesquisa pretendeu abordar as mudanças cardiais no contexto jurídico e constitucional hodiernos após a propositura do pacote anticrime. A saber, analisando as mudanças pertinentes ao Processo Penal Constitucional em conjunto da Lei 13.964/2019.

De forma sinótica, demonstrou-se as principais alterações ocorridas no texto original do pacote anticrime apresentado pelo ministro da Justiça e da Segurança Pública, em decorrência das mudanças trazidas por outra proposta, elaborada no ano de 2018 por uma comissão de juristas coordenada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, tratando, portanto, das alterações decorrentes da aprovação da Câmara.

Inferiu-se que as pretensões do pacote anticrime mostraram ser mais ambiciosas do que eficazes, tal afirmativa tornou-se possível ao se considerar as mudanças trazidas pelo texto de Moraes e ainda a filtragem realizada pela Câmara. Inobstante, o texto é relativamente deficiente quanto à realidade social e prisional brasileira, o que se tem por resultado de tais medidas não é a diminuição dos índices de criminalidade ou de violência, mas sim a superlotação e perda de controle de presídios por toda a extensão geográfica do país, gerando custos exorbitantes com a gestão carcerária, além de aumentar o desgaste estrutural da força policial, que por sua vez é mal remunerada e não dispõem de equipamentos necessários para o

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. op. cit. 2015. p. 79.

⁵⁷ Idem.

seu exercício funcional e eficaz, reiterando os vícios sistêmicos já conhecidos e explorados no que se refere ao Sistema Prisional como um todo.

Realizada a análise do Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/19, passou-se para um segundo momento da pesquisa, em que se pretendeu acoplar as alterações legais realizadas junto aos princípios constitucionais norteadores do processo penal entre os quais: o devido processo legal; o juiz natural; o contraditório; a ampla defesa; o estado de inocência; a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, diante dos princípios e garantias fundamentais derivados do texto da Constituição Federal de 1988, a fim de viabilizar o Processo Penal Constitucional, de modo que torne possível se inferir a hipótese de que apesar de o processo penal, em um primeiro momento, demonstrar ganho de eficácia e até mesmo funcionalidade, não deixe de resguardar o garantismo, igualmente fundamental ao ordenamento pátrio e aos seus fins democráticos.

O projeto passou por muitas alterações em seu texto, até a sua aprovação, a não inclusão da prisão em segunda instância, o surgimento da figura do juiz de garantias, entre outros pontos ainda sensíveis, mostraram que a tripartição de poderes, ainda que falha, se faz presente e operante nos fundamentos da nossa República Democrática, de modo que evidenciou que as políticas de segurança pública não podem e não devem ser idealizadas por um único sujeito, pretensamente herói da pátria, ainda mais quando passíveis de revisão pelo STF, diante de nítidas incongruências com o texto constitucional.

Conclusivamente, tem-se que, ainda que se partilhe de um viés mais punitivo, maximalista as medidas para “combate ao crime” propostas pelo pacote anticrime careceram de maior inovação, quedou-se superficial, e ainda, deixou claro, como no caso da prisão em segunda instância que, a convicção que permeia o Supremo Tribunal Federal não será invalidada, o que é coerente, face ao seu papel de protetor do texto constitucional, e consequentemente garantidor dos direitos fundamentais e individuais, entre os quais encontram-se as garantias e os princípios processuais que tornam o caráter do Processo Penal, Constitucional.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, André; PRADO, Débora Borges. O discurso da prevenção geral e espacial *in* O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo, v2. O direito penal

visto em uma perspectiva maximalista, org. Edson Vieira da Silva Filho, São Paulo: Lexia, 2013.

BARROS, Antônio Milton de. A (necessária) constitucionalização do processo penal: avanços e retrocessos. Tribunal Virtual – ano 01, ed. n° 04, maio de 2013, ISSN n° 2317-1898.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

_____. Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

_____. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

_____. Lei n° 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Pacote de projetos Anticrime é encaminhado ao Congresso Nacional. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF admite execução de pena após condenação em segunda instância. Pub. 50 de out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF recebe nova ADI questionando a criação do juiz de garantias. pub. 02 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434018>>.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 22 ed. – São Paulo: Saraiva: 2015.

COGAN, Luiz A. Cyrilo Pinheiro Machado. Processo penal constitucional: uma análise principiológica. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/PP-Constitucional.pdf>> .

D'AGOSTINHO, Rosanne; OLIVEIRA, Mariana. Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância. 07/11/2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia.ghtml>> .

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 5ª Ed. ver. Atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANTZ, Sâmia. Código Penal: saiba o que pode mudar com o pacote anticrime. SAJ ADV. Pub. 8 de fev. 2019. Disponível em :<<https://blog.sajadv.com.br/codigo-penal-projeto-lei-anticrime/>>.

INSTITUTO SOU DA PAZ: Nota Pública: Instituto Sou da Paz se manifesta sobre teor do “pacote anticrime”. Disponível em <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.soudapaz.org/noticia/nota-publica-instituto-sou-da-paz-se-manifesta-sobre-teor-do-pacote-anticrime>>.

JURISTAS..., 2019. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/02/05/juristas-e-entidades-alertam-para-inconstitucionalidade-de-pacote-anticrime-de-moro/>>.

MASI, Carlo Velho. Comentários ao projeto de lei anticrime do Min. Sérgio Moro. JUS.COM.BR. Pub. Abril de 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73149/comentarios-ao-projeto-de-lei-anticrime-do-min-sergio-moro>> .

NÉRI, Felipe; STOCHERO, Tahiane. Entenda o pacote anticrime aprovado na Câmara. pub. 05 dez. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/12/05/entenda-o-projeto-anticrime-aprovado-na-camara.ghtml>>.

NOVO, Benigno Núñez. Juiz de garantias: qual o problema? pub. 02 jan. 2020. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/juiz-de-garantias-qual-o-problema>>.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 16ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PINTO, Felipe Martins. Introdução crítica ao processo penal. 2ª Ed - Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático) – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Data da submissão: 18/07/2022

Data da aprovação: 18/07/2022