

ATUALIZAÇÃO

**RENATO
BRASILEIRO
DE LIMA**

⇒ **REJEIÇÃO DE VETOS
AO PACOTE ANTICRIME**

SUMÁRIO

1. Breve histórico do singelo processo legislativo da Lei n. 13.964/19	3
2. (In) constitucionalidade formal da rejeição dos vetos do Presidente da República ao Pacote Anticrime.....	5
3. Homicídio qualificado pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido	7
4. Causa de aumento de pena para crimes contra a honra cometidos ou divulgados em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores	9
5. (Im) possibilidade de realização da audiência de custódia (ou de apresentação) por videoconferência.....	12
6. Assistência jurídica em favor de servidores vinculados aos órgãos de segurança pública (CF, art. 144) diante da instauração de inquérito para fins de investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício funcional.....	18
7. Alterações da identificação do perfil genético no âmbito da Lei de Execução Penal.....	22
7.1. (Im) possibilidade de utilização da amostra biológica do condenado para fins de fenotipagem genética ou de busca familiar	28
7.2. Obrigatoriedade de descarte imediato da amostra biológica tão logo identificado o perfil genético.....	29
7.3. Obrigatoriedade de coleta da amostra biológica e elaboração do respectivo laudo por perito oficial	30
8. Reaquisição do bom comportamento para fins de progressão de regimes ..	32
9. (Im) possibilidade de instalação do dispositivo de captação ambiental na casa do investigado	38
10. (Im) possibilidade de utilização de gravação ambiental clandestina exclusivamente em favor da defesa	42
11. Vigência dos vetos derrubados pelo Congresso Nacional.....	50

⇒ REJEIÇÃO DOS VETOS PRESIDENCIAIS AO PACOTE ANTICRIME PELO CONGRESSO NACIONAL

1. Breve histórico do *singelo* processo legislativo da Lei n. 13.964/19

O denominado “*Projeto Anticrime*” foi apresentado ao Congresso Nacional no dia 31 de janeiro de 2019 (PL 882/2019), tendo como principal meta o estabelecimento de medidas que realmente se demonstrassem efetivas contra a corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência à pessoa, sistematizando as mudanças em uma perspectiva mais rigorosa no enfrentamento à criminalidade, teoricamente em consonância com o anseio popular expressado nas eleições presidenciais de 2018. No mês de março de 2019, a Câmara dos Deputados criou uma comissão para apreciar o então chamado “*Projeto Moro*” – em referência ao ex-juiz federal e ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Fernando Moro –, que passou a trabalhar, em paralelo, com uma proposta alternativa, elaborada, no ano de 2018, por um grupo de juristas encabeçado pelo então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal (PL 10.372/18 na Câmara dos Deputados; PL n. 6.341/19 no Senado). Na contramão do “*Projeto Moro*” e do “*Projeto Moraes*”, um substitutivo apresentado por expressiva maioria do Congresso Nacional introduziu diversos dispositivos legais com viés muito mais garantista, extraídos, em sua maioria, do Projeto de Lei n. 8.045/2010 (Projeto de Lei do Senado n. 156/09), destinado à criação de um novo Código de Processo Penal, que, à época, até já fora aprovado pelo Senado Federal, mas que ainda aguardava apreciação por uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

Uma vez concluída a votação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei foi enviado ao Presidente da República para fins de sanção (ou veto). Com base no art. 66, §1º, da Constituição Federal, por considerar o projeto, em parte, ora inconstitucional, ora contrário ao interesse público, o Presidente deliberou por vetar 24 dispositivos no total, 16 deles em matéria criminal (v.g., alterações no Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal e Lei de Interceptação Telefônica e Ambiental), e 8 no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa. A Lei n. 13.964/19 é publicada, então, no dia 24 de dezembro de 2019, entrando em vigor no dia 23 de janeiro de 2020.

Na sequência, foram ajuizadas, inicialmente, pelo menos 3 (três) Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face de diversos dispositivos da Lei n.

13.964/19 (ADI's 6.298, 6.299 e 6.300), especialmente quanto à criação do Juiz das Garantias. Em data de 15 de janeiro de 2020, por se tratar de questão urgente distribuída àquela Corte no período de recesso ou de férias, o então Presidente do Supremo, Min. Dias Toffoli, com fundamento no art. 13, inciso VIII, do RISTF, concedeu parcialmente a medida cautelar pleiteada para: i) suspender a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, §5º, do CPP, incluídos pela Lei n. 13.964/19; ii) suspender a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, *caput*, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei n. 13.964/19, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deveria ocorrer no prazo máximo de 180 dias, contado a partir da publicação da referida decisão; iii) conferir interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações: a) processos de competência originária dos Tribunais, os quais são regidos pela Lei n. 8.038/90; b) processos de competência do Tribunal do Júri; c) casos de violência doméstica e familiar; e d) processos criminais da competência da Justiça Eleitoral. Foram fixadas, ademais, regras de transição para os processos e investigações em andamento.

Uma semana depois, porém, essa decisão monocrática do Min. Dias Toffoli foi revogada pelo Min. Luiz Fux. Na condição de Relator preventivo das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 (j. 22/01/2020), todas ajuizadas em face da Lei n. 13.964/19, o Min. Luiz Fux suspendeu *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da implantação do juiz das garantias e de seus consectários (CPP, arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F), da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (CPP, art. 157, §5º), da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (CPP, art. 28, *caput*), e da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (CPP, art. 310, §4º), afirmando, ademais, que a concessão dessa medida cautelar não teria o condão de interferir nem suspender os inquéritos e processos então em andamento, nos termos do art. 11, §2º, da Lei n. 9.868/95.

Se já não bastasse toda essa insegurança jurídica causada pelas sucessivas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda estavam pendentes de apreciação pelo Congresso Nacional os vetos presidenciais ao Pacote Anticrime. Esses vetos foram recebidos pelo Congresso Nacional no dia 26 de dezembro de 2019, que, no entanto, deliberou por sua rejeição tão somente em data de 19 de abril de 2021, ou seja, quase 15 (quinze) meses depois. Coincidência ou não, dos 24 vetos do Presidente da República anteriormente citados, o Congresso Nacional procedeu à derrubada de 16, exatamente aqueles que versam sobre matéria criminal, optando-se, pois, por preservar os vetos à Lei n. 8.429/92.

Impõe-se, pois, a análise detalhada e minuciosa de cada um desses vetos presidenciais derrubados pelo Congresso Nacional, que, doravante, serão incorporados à Lei n. 13.964/19, e, por consequência, ao nosso ordenamento jurídico.¹ Antes, porém, é de rigor discutirmos o trâmite legislativo do **veto n. 56/2019**, referente ao Pacote Anticrime, porquanto contaminado por supostos vícios de inconstitucionalidade formal, que certamente serão objeto de questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal.

2. (In) constitucionalidade formal da rejeição dos vetos do Presidente da República ao Pacote Anticrime

A Constituição Federal dedicou razoável atenção ao modo pelo qual se desenvolvem as relações entre Poder Legislativo e Poder Executivo quando da passagem da etapa da deliberação legislativa para a etapa da deliberação executiva. O art. 66 da CF enuncia modalidades de sanção e veto, demarca elementos e formalidades essenciais, assinala prazos e estatui consequências jurídicas na hipótese de seu descumprimento. Além disso, o Presidente da República, ao exercer a prerrogativa do veto parcial, encaminha a parte não vetada à promulgação, de modo que o projeto se transforma em lei. Já a parte vetada, por seu turno, segue para o Congresso Nacional, que deliberará, em *sessão conjunta*, pela manutenção ou derrubada do veto.

Uma análise detalhada do processo legislativo do veto n. 56/2019, e da consequente derrubada dos vetos presidenciais ao Pacote Anticrime pelo Congresso Nacional, aponta a existência de pelo menos 2 (dois) questionamentos acerca de uma possível inconstitucionalidade formal, senão vejamos:

a) Não apreciação dos vetos presidenciais dentro de 30 dias a contar de seu recebimento: quando se analisa o calendário de tramitação do veto n. 56/2019, referente ao Pacote Anticrime, percebe-se que o recebimento dos vetos presidenciais no Congresso Nacional ocorreu em data de 26 de dezembro de 2019, sobrestando a pauta a partir de 04 de março de 2020.² Era de se esperar, então, que a sessão conjunta para a deliberação dos vetos ocorresse o quanto antes possível, até mesmo porque a Lei n. 13.964/19 já havia entrado em vigor

-
1. O objetivo do presente artigo é comentar exclusivamente os vetos derrubados pelo Congresso Nacional. Para mais detalhes acerca do Pacote Anticrime como um todo, remetemos o leitor ao nosso *Manual de Processo Penal* (9ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2021), ao nosso livro de *Legislação Criminal Especial Comentada* (9ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2021), e ao nosso livro sobre o *Pacote Anticrime* (2ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2021).
 2. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8060311&ts=1619470508129&disposition=inline>>. Consulta em 27.04.2021 às 21:40.

no dia 23 de janeiro de 2020, 30 dias após sua publicação. Não foi isso, todavia, o que ocorreu. Na verdade, a rejeição do veto pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores foi concluída tão somente em data de 19 de abril de 2021. Indaga-se, então, se a inobservância desse prazo de 30 (trinta) dias teria (ou não) o condão de acarretar a inconstitucionalidade formal dos vetos derrubados. Pensamos que não. Isso porque é a própria Constituição Federal que estabelece, em seu art. 66, §6º, a consequência para a não apreciação do veto em sessão conjunta dentro de 30 dias a contar de seu recebimento, *in verbis*: “Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no §4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, *sobrestadas as demais proposições, até sua votação final*”.³ Como se pode notar, o dispositivo constitucional é categórico ao afirmar que a não apreciação do veto presidencial dentro do prazo de 30 (trinta) dias a contar de seu recebimento deveria ter como consequência tão somente o *sobrestamento das demais proposições*, afastando-se, assim, quaisquer questionamentos acerca de uma suposta inconstitucionalidade formal;

b) Não apreciação dos vetos presidenciais em sessão conjunta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal: conquanto o próprio Congresso Nacional venha se esforçando para afirmar que houve uma *sessão conjunta remota* da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para deliberar sobre o veto n. 56/2019, uma detida análise de sua tramitação demonstra que houve, inicialmente, uma sessão remota em separado na Câmara dos Deputados, realizada no dia 17 de março de 2021, da qual resultou a derrubada de 16 dos 24 vetos presidenciais, com 313 votos favoráveis e 99 contrários. Rejeitado na Câmara dos Deputados, o veto n. 56/2019 foi, então, enviado ao Senado Federal para deliberação, o que veio a ocorrer tão somente no dia 19 de abril de 2021. A explicação para a apreciação dos vetos presidenciais pelas duas Casas *separadamente* foi dada pelo Secretário-Geral da Mesa do Senado, Luiz Fernando Bandeira: “(...) Os sistemas de deliberação remota das duas Casas, apesar de semelhantes e de permitirem debates e votações de forma segura durante a pandemia da covid-19, são incompatíveis por questões de autenticação e segurança e também pela quantidade diferenciada de parlamentares (o Senado tem 81; a Câmara, 513). Por isso, não é possível realizar uma reunião

3. Na prática, o Congresso Nacional contornou a vedação em questão ao longo da pandemia com base no argumento de que os vetos presidenciais com mais de 30 dias de publicação não trancam a pauta das sessões remotas do Congresso Nacional, ao contrário do que acontece com as sessões conjuntas, que reúnem deputados e senadores simultaneamente. No caso das sessões remotas, as votações são realizadas de forma separada, primeiro na Câmara e depois no Senado. Dessa forma, não se caracterizam como sessão conjunta e, por isso, não têm a pauta trancada por vetos com prazo de votação vencido.

remota conjunta”⁴. A nosso ver, a tramitação de um Projeto de Lei por meio de sistema de deliberação remota não viola as normas do processo legislativo.⁵ Isso porque o fato de as sessões deliberativas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados terem acontecido por meio virtual não afasta a participação e o acompanhamento da população em geral. Ambas as Casas Legislativas fornecem meios de comunicação de amplo e fácil acesso, em tempo real, em relação ao exercício da atividade legislativa. Ademais, a circunstância de se estar diante de uma pandemia, cujo vírus se revelou altamente contagioso, justifica a prudente opção do Congresso Nacional em prosseguir com suas atividades por meio eletrônico. Melhor sorte, todavia, não assiste à deliberação dos vetos pelas duas Casas separadamente, e não em sessão conjunta, como determina a própria Constituição Federal (art. 57, §3º, IV, c/c art. 66, §4º),⁶ a não ser que se queira admitir que a Constituição Federal possa ser colocada em segundo plano diante de uma mera norma regimental das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, de um acordo entre os Partidos, ou por conta de dificuldades técnicas de operacionalizar uma deliberação remota e conjunta das duas Casas. Há, pois, neste caso, flagrante vício de inconstitucionalidade formal, a acarretar a própria ineficácia dos 16 vetos rejeitados pelo Congresso Nacional.

3. Homicídio qualificado pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido

CP Antes da Lei n. 13.964/19	CP Depois da Lei n. 13.964/19
<p>Art. 121. (...) (...) §2º Se o homicídio é cometido: (...) Sem correspondente.</p>	<p>Art. 121. (...) (...) §2º Se o homicídio é cometido: (...) VIII – com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)</p>

4. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/13/vetos-nao-trancam-pauta-de-sessoes-remotas-do-congresso-nacional>>. Consulta em 27.04.21 às 23:58.
5. No sentido de que a tramitação de Projeto de Lei por meio de sistema de deliberação remota não viola as normas do processo legislativo: STF, Pleno, ADI's 6.442/DF, 6.447/DF, 6.450/DF e 6.525/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13.03.2021.
6. Constituição Federal: “Art. 57. (...) §3º Além de outros casos previstos nesta Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em *sessão conjunta* para: (...) IV – conhecer do veto e sobre ele deliberar”; “Art. 66. (...) §4º O veto será apreciado em *sessão conjunta*, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores”. (nosso grifo).

Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o então Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 (n. 10.372/18 na Câmara dos Deputados) acrescentava ao crime de homicídio uma nova qualificadora, nos seguintes termos: “VIII – com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido”.

Ocorre que o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República nos seguintes termos: “A propositura legislativa, ao prever como qualificadora do crime de homicídio o emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, sem qualquer ressalva, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, além de gerar insegurança jurídica, notadamente aos agentes de segurança pública, tendo em vista que esses servidores poderão ser severamente processados ou condenados criminalmente por utilizarem suas armas, que são de uso restrito, no exercício de suas funções para defesa pessoal ou de terceiros ou, ainda, em situações extremas para a garantia da ordem pública, a exemplo de conflito armado contra facções criminosas.”

O Congresso Nacional, todavia, houve por bem rejeitar o veto do Presidente da República, acrescentando, assim, mais uma qualificadora ao crime de homicídio. Sem embargo das razões de veto apresentadas pelo Presidente da República, somos levados a acreditar que, nesse ponto, andou bem o Congresso Nacional. Primeiro porque a inserção dessa qualificadora guarda certa relação de proporcionalidade com a causa de aumento de pena acrescentada pelo próprio Pacote Anticrime ao delito de roubo no art. 157, §2º-B, do CP.⁷ É dizer, se o mesmo diploma normativo houve por bem introduzir uma majorante para o crime de roubo cometido com *emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido*, seria no mínimo contraditório não conferir semelhante tratamento ao crime de homicídio. Segundo porque policiais e militares das Forças Armadas empregados nas operações para a Garantia da Lei e da Ordem utilizam predominantemente armas de uso permitido, como os calibres .40 e 9mm, e não de uso restrito ou proibido. Terceiro, porque não se pode negar a maior potencialidade lesiva dessas armas de fogo, a justificar, portanto, o recrudescimento da sanção penal.

Os conceitos de **arma de fogo de uso restrito ou proibido** devem ser extraídos do Anexo I do Decreto n. 10.030, de 30 de setembro de 2019, que aprova o Regulamento de Produtos Controlados, *in verbis*: “Art. 3º (...) Parágrafo único. Para fins do disposto neste Regulamento, considera-se: (...) II – **arma de fogo de uso restrito** – as armas de fogo automáticas, de qualquer tipo ou calibre, semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) não portáteis; b) de porte,

7. CP. Art. 157. (...) §2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo.

cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; III - **arma de fogo de uso proibido**: a) as armas de fogo classificadas como de uso proibido em acordos ou tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; e b) as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos”.

Atento à inclusão dessa qualificadora ao crime de homicídio, o Pacote Anticrime teve o cuidado de também alterar a Lei dos Crimes Hediondos para rotular tal delito como hediondo. De fato, por força do art. 5º da Lei n. 13.964/19, foi conferida nova redação ao art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90, considerando como hediondo o homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, §2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII).

4. Causa de aumento de pena para crimes contra a honra cometidos ou divulgados em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores

CP Antes da Lei n. 13.964/19	CP Depois da Lei n. 13.964/19
<p>Art. 141. (...) Parágrafo único. Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.</p>	<p>Art. 141. (...) §1º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro. (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019) §2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)</p>

Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o Projeto que deu origem à Lei n. 13.964/19 incluía uma nova majorante para os crimes contra a honra, nos seguintes termos: “§2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena”.

Todavia, o novel dispositivo legal foi vetado pelo Presidente da República com base nas seguintes razões: “A propositura legislativa, ao promover o incremento da pena no triplo quando o crime for cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada, notadamente se considerarmos a existência da legislação atual que já tutela suficientemente os interesses protegidos pelo Projeto, ao permitir o agravamento da pena em um terço na hipótese de qualquer dos crimes contra a honra ser cometido por meio que facilite a sua divulgação. Ademais a substituição da lavratura de termo circunstanciado nesses crimes, em razão da pena máxima ser superior a dois anos, pela necessária abertura de inquérito policial, ensejaria, por conseguinte, superlotação das delegacias, e, com isso, redução do tempo e da força de trabalho para se dedicar ao combate de crimes graves, tais como homicídio e latrocínio.”

Esses argumentos, todavia, não foram suficientes para demover o legislador da ideia de acrescentar a referida majorante aos crimes contra a honra. Doravante, portanto, todo e qualquer crime contra a honra – calúnia, difamação e injúria – deverá ter sua pena triplicada se acaso o delito vier a ser praticado por meio de rede social de internet, tais como *Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, etc.

Se, de um lado, a novel majorante busca dissuadir a utilização das redes sociais para a prática de crimes contra a honra, algo que infelizmente se tornou uma rotina nos últimos anos, sendo praticamente impossível, nos dias de hoje, imaginarmos um delito dessa natureza que não seja praticado por intermédio dessas plataformas digitais que permitem o compartilhamento de mensagens, arquivos e informações de qualquer natureza, do outro, ao determinar a aplicação do triplo da pena para tais delitos, vem de encontro ao princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente, que, em matéria penal, deve levar em conta a importância do bem jurídico tutelado, o grau de afetação do bem jurídico, o elemento subjetivo e a forma de participação do agente no delito.

Para fins de ilustração, tomemos como exemplo um crime de calúnia: se cometido em sua forma simples (CP, art. 138, *caput*), o agente estará sujeito a uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Tendo em conta que a pena máxima não é superior a 2 (dois) anos, trata-se de infração de menor potencial ofensivo, a ser objeto de apuração por meio de termo circunstanciado, e não de inquérito policial. A competência, portanto, será dos Juizados Especiais criminais, aplicando-se o procedimento comum sumário. Como se admite a transação penal, bem como os demais institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/95, não será possível a celebração

do acordo de não persecução penal, *ex vi* do art. 28-A, §2º, I, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19. Por outro lado, se esta mesma calúnia for cometida pelo *facebook* – suponha-se que o agente faça um simples *post* na referida rede social imputando falsamente a alguém fato definido como crime –, observado o princípio da irretroatividade da *lex gravior*,⁸ o agente deverá responder pelo crime do art. 138, c/c art. 141, §2º, ambos do CP, aplicando-se a pena triplicada, leia-se, detenção, de 18 (dezoito) meses a 6 (seis) anos, o que significa dizer: a) não se trata de infração de menor potencial ofensivo; b) o instrumento investigatório a ser utilizado será um inquérito policial; c) a competência será do Juízo Comum, e não dos Juizados Especiais Criminais; d) não será cabível a transação penal tampouco a suspensão condicional do processo, admitindo-se, todavia, o acordo de não persecução penal; e) se caso o indivíduo for preso em flagrante, o Delegado de Polícia sequer poderá arbitrar fiança, eis que, para tanto, a pena máxima cominada ao delito não pode ser superior a 4 (quatro) anos (CPP, art. 322). De mais a mais, constata-se que a pena cominada a essa calúnia cometida pelas redes sociais corresponde a mais que o dobro da pena dos crimes de homicídio culposo ou aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (CP, arts. 121, §3º, e 124, respectivamente) – detenção, de 1 a 3 anos –, é quase idêntica àquela prevista para o crime de infanticídio (CP, art. 123) – detenção, de 2 a 6 anos –, sem contar que excede em seis vezes aquela prevista para o crime de lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*) – detenção, de 3 meses a 1 ano –, situação que gera gritante desproporcionalidade no sistema penal.

É imprescindível, portanto, em fiel observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), a atuação do Judiciário no controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal de modo a corrigir esse excesso, declarando-se, pois, a inconstitucionalidade do art. 141, §2º, do CP, incluído pela Lei n. 13.964/19 –, à semelhança do que o Supremo Tribunal Federal fez, recentemente, em relação ao preceito secundário do art. 273, §1º-B, I, do CP –,⁹ o que, todavia, não afasta a possibilidade de aplicação da razoável causa de aumento de pena de 1/3 (um terço) do art. 141, inciso III, do Código Penal, porquanto é de todo

-
8. A questão da vigência dos vetos rejeitados do Pacote Anticrime será objeto de análise ao final dos presentes comentários, para onde remetemos o leitor.
 9. **Tese de Repercussão Geral fixada no tema n. 1.003:** “É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 9.677/1998 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu §1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica reestabelecido o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa)”. **Paradigma:** STF, Pleno, RE 979.962/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 24.03.2021.

evidente que o crime contra a honra praticado com a utilização de rede social invariavelmente é cometido na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

5. (Im) possibilidade de realização da audiência de custódia (ou de apresentação) por videoconferência

<p style="text-align: center;">CPP Antes da Lei n. 13.964/19</p>	<p style="text-align: center;">CPP Depois da Lei n. 13.964/19</p>
<p>Sem correspondente.</p>	<p>Art. 3º-B. (...) (...) §1º. O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.</p>

Na sistemática adotada pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), a audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência sem demora após a prisão de alguém, de modo a permitir o contato imediato do custodiado com o juiz das garantias, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público.

Pelo menos até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, o diploma normativo que regulamentava a audiência de custódia – Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça – dispunha expressamente que a apresentação à autoridade judicial deveria ser assegurada não apenas à pessoa presa em flagrante delito (art. 1º), mas também àquelas presas em decorrência do cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva (art. 13).

Com a nova redação do art. 310, *caput*, do CPP, fica a impressão, à primeira vista, que o legislador teria deliberado por restringir a sua realização apenas aos casos de anterior prisão em flagrante. A uma porque o art. 310 do CPP, dispositivo legal que passou a cuidar da audiência de custódia com o advento do Pacote Anticrime, está inserido no capítulo que versa sobre a “prisão em flagrante”. A duas porque o *caput* do art. 310 do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, é categórico ao afirmar que o juiz deverá promover audiência de custódia após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão. Todavia, não se pode

perder de vista o quanto disposto na parte final do art. 287 do CPP, também com redação determinada pela Lei n. 13.964/19, segundo o qual se a infração for inafiançável – ou afiançável, segundo a doutrina –,¹⁰ a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia. Ou seja, enquanto o art. 310 versa sobre a audiência de custódia do preso em flagrante, o art. 287 prevê a sua realização nos casos de prisão decorrente de mandado referente à infração penal, ou seja, quando se tratar de prisão temporária ou preventiva, já que o referido dispositivo se encontra inserido no Título do CPP atinente às medidas cautelares pessoais. Logo, pelo menos à luz das recentes mudanças produzidas no CPP pelo Pacote Anticrime, a realização da audiência de custódia estaria restrita às hipóteses de prisão em flagrante, preventiva e temporária, não abrangendo, portanto, a prisão penal decorrente de sentença condenatória irrecorrível, eis que esta não tem natureza de medida cautelar.

Divergindo desse entendimento, todavia, o Min. Edson Fachin deferiu medida liminar, *ad referendum* do Plenário do STF, nos autos de **Agravo Regimental na Reclamação n. 29.303/RJ**, ajuizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, para determinar que o Tribunal de Justiça daquele Estado – na sequência, os efeitos da decisão foram estendidos a outros Estados da Federação (v.g., Ceará, Pernambuco) – realizasse, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas. A reclamação em questão insurgia-se contra a Resolução n. 29/2015, ato normativo editado pelo TJ/RJ, que teria limitado a realização de audiências de custódia tão somente aos casos de prisões em flagrante. Para o Min. Fachin, o Pacote Anticrime teria estabelecido a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia nas prisões preventivas e temporárias (CPP, art. 287). Para além disso, como as normas internacionais que asseguram a realização da audiência de apresentação não fazem qualquer distinção acerca da modalidade prisional, não haveria razão para se afastar sua obrigatoriedade também relação às prisões definitivas.¹¹

10. Em sua redação original, tanto o art. 287 quanto o art. 299 do CPP autorizavam a efetivação da prisão sem a exibição do respectivo mandado (*sine mandado ad capiendum*) apenas em relação às infrações inafiançáveis. Ocorre que a Lei n. 12.403/11 deu nova redação ao art. 299, não mais restringindo sua aplicação aos crimes inafiançáveis. Diante dessa nova redação do art. 299 do CPP, autorizando a captura sem a exibição imediata do mandado de prisão, independentemente da natureza da infração penal – afiançável ou inafiançável –, a doutrina passou a entender que o art. 287 do CPP fora objeto de revogação parcial tácita.

11. STF, AgRg na Reclamação n. 29.303/RJ, Decisão monocrática do Min. Edson Fachin, j. 10.12.2020.

Como o objetivo precípua da audiência de custódia é coibir eventuais excessos como maus-tratos e/ou torturas, verificando-se o respeito aos direitos e garantias individuais do preso, sempre houve controvérsias acerca da possibilidade de realização do ato por meio de videoconferência. Para muitos, foge à *ratio essendi* do instituto a sua realização por meio de videoconferência. A propósito, ao deferir a medida liminar para suspender a Resolução n. 09/2019 do Conselho da Magistratura do Estado de Santa Catarina, que, à época, permitia a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça destacou que “o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) considerou que a apresentação pessoal do preso é fundamental para inibir e, sobretudo, coibir, as indesejadas práticas de tortura e maus tratos, pois que a transmissão de som e imagem não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona”.

Na mesma linha, em importante decisão proferida no **CC 168.522**,¹² a 3ª Seção do STJ concluiu que não se admite, por ausência de previsão legal, a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência, ainda que pelo juízo que decretou a custódia cautelar. Concluiu, ademais, que, no caso de mandado de prisão preventiva cumprido fora do âmbito territorial da jurisdição do juízo que a determinou, a referida audiência deve ser efetivada por meio da condução do preso à autoridade judicial competente na localidade em que ocorreu a prisão. Importante ressaltar, todavia, que o julgado em questão diz respeito à audiência de custódia realizada sob a égide do regramento normativo anterior ao Pacote Anticrime: no caso concreto, o mandado de prisão preventiva foi cumprido no dia 18 de setembro de 2019, valendo lembrar que o Pacote Anticrime entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020.

Eis que surge, então, a Lei n. 13.964/19. Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o art. 3º-B, §1º, do então Projeto de Lei n. 6.341/19 (n. 10.372/18 na Câmara dos Deputados, tinha a seguinte redação: “O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, *vedado o emprego de videoconferência*” (nosso grifo).

Ocorre que o dispositivo em questão acabou sendo vetado, nos seguintes termos: “A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incon-

12. STJ, 3ª Seção, CC 168.522/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 11.12.2019, DJe 17.12.2019.

gruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77.580/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10/02/2017). Ademais, o dispositivo pode acarretar aumento de despesa, notadamente nos casos de juiz em vara única, com apenas um magistrado, seja pela necessidade de pagamento de diárias e passagens a outros magistrados para a realização de uma única audiência, seja pela necessidade premente de realização de concurso para a contratação de novos magistrados, violando a regra do art. 113 do ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 LRF e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019 (Lei n. 13.707, de 2018)”.

Levando-se em consideração o veto ao §1º do art. 3º-B do CPP, parte da doutrina passou a admitir, então, *exclusivamente em situações excepcionais*, a realização da audiência de custódia por videoconferência, desde que presente uma das hipóteses listadas nos diversos incisos do §2º do art. 185 do CPP, e conquanto fosse possível constatar a plena observância dos direitos fundamentais do preso. Nesse caso, o preso e a autoridade judiciária deverão estar, preferencial e simultaneamente, em estabelecimentos sob administração do Poder Judiciário, assegurando-se a presença, na localidade onde se encontrar o preso, de defensor constituído, público ou dativo, à semelhança do que ocorre no interrogatório judicial por videoconferência (CPP, art. 185, §5º). Prova disso, aliás, é o teor do **Enunciado n. 32 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM)**: “Em razão do veto presidencial ao §1º do art. 3º-B (que proibia a realização do ato por videoconferência), nos casos em que se faça inviável a realização presencial do ato (devidamente fundamentada) faculta-se o uso de meios tecnológicos”.

Ora, se o próprio Conselho Nacional de Justiça recomendou aos Tribunais e magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a *pandemia de Covid-19 como motivação idônea para a não realização de audiências de custódia*, na forma prevista pelo art. 310, §§3º e 4º, do CPP (Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020, art. 8º, *caput*), por que não se admitir a sua realização por meio de videoconferência? Afinal, entre as duas opções em questão – não realização da audiência de custódia e realização por meios telemáticos – parece

extreme de dúvida que a segunda opção é aquela que mais atende aos preceitos constitucionais e convencionais atinentes à matéria.

Nesse sentido, como se pronunciou a 2ª Turma do STF no julgamento do **HC 186.421/SC**, “(...) a pandemia causada pelo novo coronavírus não afasta a imprescindibilidade da audiência de custódia, que deve ser realizada, caso necessário, por meio de videoconferência, diante da ausência de lei em sentido formal que proíba o uso dessa tecnologia. A audiência por videoconferência, sob a presidência do Juiz, com a participação do autuado, de seu defensor constituído ou de Defensor Público, e de membro do Ministério Público, permite equacionar as medidas sanitárias de restrição decorrentes do contexto pandêmico com o direito subjetivo do preso de participar de ato processual vocacionado a controlar a legalidade da prisão”.¹³

Sensível à questão, e notadamente diante do agravamento da pandemia do novo Coronavírus, o Conselho Nacional de Justiça editou a **Resolução n. 329, de 30 de julho de 2020**, cujo art. 19, com redação dada pela Resolução n. 357, de 26 de novembro de 2020, dispõe o seguinte: “Art. 19. Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do CPP, e na Resolução CNJ 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. §1º Será garantido o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e advogado ou defensor, tanto presencialmente quanto por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação. §2º Para prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal, deverão ser tomadas as seguintes cautelas: I – deverá ser assegurada privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência, devendo permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, observada a regra do §1º e ressalvada a possibilidade de presença física de seu advogado ou defensor no ambiente; II – a condição exigida no inciso I poderá ser certificada pelo próprio Juiz, Ministério Público e Defesa, por meio do uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente ou de câmeras 360 graus, de modo a permitir a visualização integral do espaço durante a realização do ato; III – deverá haver também uma câmera externa a monitorar a entrada do preso na sala e a porta desta; e IV – o exame de corpo de delito, a atestar a integridade física do preso, deverá ser realizado antes do ato”.

Quando a realização da audiência de custódia por videoconferência já havia se tornado uma rotina ao longo da pandemia, o Congresso Nacional deliberou, então, por derrubar os vetos do Presidente da República ao Pacote Anticrime, ressuscitando o art. 3º-B, §1º, do CPP, que, como visto anterior-

13. STF, 2ª Turma, HC 186.421/SC, Rel. Min. Edson Fachin, j. 20.10.2020.

mente, é categórico ao vedar a realização desse ato processual com o emprego da videoconferência. Naturalmente, era de se concluir que toda a sistematização infralegal da realização da audiência de apresentação por via remota, como, por exemplo, o art. 19 da Resolução n. 329 do Conselho Nacional de Justiça, teria perdido seu fundamento de validade. Afinal, um ato regulamentar jamais poderá entrar em rota de colisão com um dispositivo legal validamente aprovado pelo Congresso Nacional. É dizer, o art. 3º-B, §1º, do CPP, deveria prevalecer em detrimento de dispositivos regulamentares em sentido contrário.

Há, porém, um detalhe absolutamente inusitado, que merece especial atenção. Conquanto a audiência de custódia tenha sido disciplinada pelo Pacote Anticrime no art. 310 do CPP, a ela também se referindo o art. 287 do CPP, não consta, de tais dispositivos, qualquer vedação ao emprego da videoconferência. Na verdade, tal vedação foi inserida pelo legislador ordinário no bojo do art. 3º-B do CPP, que versa sobre o Juiz das Garantias. E é exatamente aí que reside o problema. No curso da exígua *vacatio legis* da Lei n. 13.964/19, que durou apenas 30 dias, o Min. Luiz Fux, na condição de Relator das **ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305** (j. 22/01/2020), todas ajuizadas em face da Lei n. 13.964/19, suspendeu *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da implantação do juiz das garantias e de seus consectários (CPP, arts. 3º-A, **3º-B**, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F), da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (CPP, art. 157, §5º), da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (CPP, art. 28, *caput*), e da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (CPP, art. 310, §4º), afirmando, ademais, que a concessão dessa medida cautelar não teria o condão de interferir nem suspender os inquéritos e processos então em andamento, nos termos do art. 11, §2º, da Lei n. 9.868/95. Como se pode notar, por mais que, à época da referida decisão do Min. Fux, ainda não tivesse havido a derrubada do veto do Presidente da República ao §1º do art. 3-B do CPP pelo Congresso Nacional, fato é que sua Excelência derrubou a suspensão da eficácia da integralidade dos dispositivos compreendidos entre os arts. 3-A e 3º-F do CPP, dentre os quais se encontra, atualmente, aquele que veda o emprego da videoconferência durante a realização da audiência de custódia. Logo, bem ou mal, pelo menos enquanto a matéria não for levada à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, há de se admitir, *excepcionalmente*, o emprego da via remota para a realização da audiência de apresentação, tal qual disciplinado pela Resolução n. 329 do Conselho Nacional de Justiça.

6. Assistência jurídica em favor de servidores vinculados aos órgãos de segurança pública (CF, art. 144) diante da instauração de inquérito para fins de investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício funcional

<p style="text-align: center;">CPP Antes da Lei n. 13.964/19</p>	<p style="text-align: center;">CPP Depois da Lei n. 13.964/19</p>
<p>Sem correspondente.</p>	<p>Art. 14-A. (...) ¹⁴ (...) §3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do §2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado. §4º A indicação do profissional a que se refere o §3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração. §5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.</p>

Mesmo antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, parte da doutrina sempre sustentou que as investigações preliminares – não apenas o inquérito policial, mas também procedimentos investigatórios diversos, como, por exem-

14. Dispositivo semelhante ao art. 14-A do CPP foi igualmente introduzido pela Lei n. 13.964/19 no art. 16-A do Código de Processo Penal Militar. Com redação absolutamente idêntica aos §§3º, 4º e 5º do art. 14-A do CPP, os §§3º, 4º e 5º do art. 16-A do CPPM também foram vetados pelo Presidente da República. Tais vetos, todavia, derrubados pelo Congresso Nacional. Destarte, de modo a evitarmos repetições desnecessárias, destacamos para o leitor que o raciocínio aqui trabalhado é válido não apenas para os novos parágrafos do art. 14-A do CPP, mas também em relação àqueles que foram acrescentados ao art. 16-A do CPPM.

plo, um procedimento investigatório criminal presidido pelo Ministério Público – estão sujeitas ao contraditório diferido e à ampla defesa, ainda que com um alcance mais limitado que aquele reconhecido na fase processual. Isso não apenas por conta das mudanças introduzidas no Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94) pela Lei n. 13.245/16, mas notadamente devido à própria Constituição Federal, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), assim como a assistência de advogado (art. 5º, LXIII). É dentro desse contexto crescente de proteção da ampla defesa no curso da investigação preliminar que surge o art. 14-A do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19.

Isoladamente considerado, o *caput* do art. 14-A do CPP não traduz nenhuma grande novidade no ordenamento jurídico. De fato, já era possível extrair da Constituição Federal e do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI), que toda e qualquer pessoa que se encontre na condição de investigado tem direito de ser assistido por um profissional da advocacia. Prova disso, aliás, é o próprio crime de abuso de autoridade previsto no art. 15, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 13.869/19, *in verbis*: “Art. 15. (...) Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório: (...) II – de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono”. Ora, interpretando-se a *contrario sensu* a referida figura delituosa, parece não haver dúvida de que, desde a entrada em vigor de tal crime (25/01/2020), optando o interrogando pela presença de um defensor, não mais se poderá admitir a realização de nenhum interrogatório sem a presença deste, nem mesmo aquele realizado em sede policial. Destarte, se o servidor vinculado às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurar como investigado em qualquer inquérito policial, ainda que não necessariamente relacionado ao uso da força letal, poderá constituir advogado de sua confiança, ou, em se tratando de pessoa necessitada, procurar o auxílio da Defensoria Pública (CF, art. 5º, LXXIV, *c/c* art. 134, *caput*).

Nos exatos termos do art. 14-A, §1º, do CPP, “para os casos previstos no *caput* deste artigo, o investigado deverá ser *citado* da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação” (nosso grifo). Evidente a impropriedade técnica do dispositivo ao fazer uso do termo “citação”, sabidamente conhecido como o ato de comunicação processual que dá ciência ao acusado acerca da instauração de um processo penal – e não de uma investigação criminal – contra a sua pessoa, chamando-o para se defender. Portanto, o ideal é substituímos o termo citado por notificado, notificação

esta que poderá ser feita por qualquer meio de comunicação (v.g., pessoal, e-mail, carta, WhatsApp, etc.).¹⁵

A constituição de defensor pelo servidor vinculado às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal não é condição *sine qua non* para o prosseguimento das investigações. É dizer, ainda que o investigado não tenha constituído profissional da advocacia de sua confiança, ou que a instituição a que o agente público estava vinculado à época dos fatos não indique defensor para a sua representação, isso jamais poderá funcionar como óbice ao prosseguimento das investigações. De mais a mais, uma vez constituído (ou indicado) defensor para a sua defesa técnica, seu acesso deverá ficar restrito aos elementos informativos já documentados no respectivo procedimento investigatório, mas não poderá abranger eventuais diligências em andamento, como, aliás, já previsto na Súmula Vinculante n. 14 e na própria Lei n. 8.906/94 (art. 7º, §11, incluído pela Lei n. 13.245/16).¹⁶

Decorrido o prazo de 48 (quarenta e oito) horas sem a nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação – leia-se, o Delegado de Polícia, o encarregado do Inquérito Policial Militar, o Promotor de Justiça responsável pelo procedimento investigatório criminal, etc. – deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado (CPP, art. 14-A, §2º, incluído pela Lei n. 13.964/19). Mas quem seria este *defensor* para a representação do investigado? Seria ele um Defensor Público da União, dos Estados ou do Distrito Federal?

A resposta a tais indagações passa, obrigatoriamente, pela análise dos três parágrafos do art. 14-A do CPP que foram inicialmente vetados pelo Presidente da República – §§3º, 4º e 5º –, com base nos seguintes argumentos: “A propositura legislativa, ao prever que os agentes investigados em inquéritos policiais por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional serão defendidos prioritariamente pela Defensoria Pública e, nos locais em que ela não tiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente

15. É nesse sentido, aliás, o **Enunciado n. 5** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “Não obstante a terminologia utilizada no §1º, admite-se qualquer forma efetiva de comunicação do investigado acerca da instauração de procedimento investigatório criminal (pessoal, e-mail, carta, whatsapp, SMS ou qualquer outro meio de comunicação), aplicando-se, analogicamente, o teor do §4º do art. 19 da Resolução CNMP n. 181”.

16. A propósito, eis o teor do **Enunciado n. 6** do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “O conhecimento da investigação em curso preconizado no art. 14-A não veda que o presidente da investigação delimite o acesso do investigado ou seu defensor aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências (art. 9º, §4º, Res. 181/CNMP)”.

deverá disponibilizar profissional, viola o disposto no art. 5º, inciso LXXIV, combinado com o art. 134, bem como os arts. 132 e 132, todos da Constituição da República, que confere à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, também função essencial à Justiça, a representação judicial das respectivas unidades federadas, e destas competências constitucionais deriva a competência de representar judicialmente seus agentes públicos, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g., ADI 3.022, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 02/08/2004, DJ 04/03/2005)”.

Com a derrubada dos vetos presidenciais, todavia, esses 3 parágrafos foram reintroduzidos à Lei n. 13.964/19. Destarte, operando-se o decurso do prazo de 48 horas a contar do recebimento da notificação, essa atribuição recairá, preferencialmente, sobre a Defensoria Pública (CPP, art. 14-A, §3º). Na eventualidade de não haver Defensor Público na área territorial onde tramita o procedimento investigatório e com atribuição para nele atuar, deverá ser lavrada uma manifestação nesse sentido, quando, então, será possível a indicação de um profissional da advocacia que não integra os quadros próprios da Administração para acompanhar e realizar todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado (CPP, art. 14-A, §4º). Nesse caso, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que o servidor estivesse vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados (CPP, art. 14-A, §5º).

Sem embargo da reintrodução dos §§3º, 4º e 5º ao art. 14-A do CPP pelo Congresso Nacional, queremos crer, especificamente no que diz respeito à atuação da Defensoria Pública em favor de servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da CF quando figurarem como investigados em procedimentos cujo objeto disser respeito ao uso da força letal no exercício profissional, que os dispositivos em questão padecem de evidente inconstitucionalidade material.

Ora, como já se pronunciou o próprio Supremo Tribunal Federal,¹⁷ uma norma estadual, ou até mesmo federal, como, por exemplo, a Lei n. 13.964/19, não pode atribuir à Defensoria Pública dos Estados (ou da União) a defesa judicial de servidores públicos processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo, visto que tal função extrapola o modelo estabelecido no art. 134 da Constituição Federal, o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal (“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem *insuficiência de recursos*”).

17. STF, Pleno, **ADI 3.022/RS**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 02/08/2004, DJ 04/03/2005.

Logo, se o Congresso Nacional optou, legitimamente, por prover os servidores vinculados aos órgãos de segurança pública de assistência jurídica quando tiverem contra si instaurados procedimentos destinados à investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício funcional, o ideal é concluir que tal atribuição deverá recair precipuamente sobre os “Advogados da União” ou “Procuradores do Estado” (ou do Município), a depender da instituição em questão, sem prejuízo da nomeação de um verdadeiro “defensor dativo” nas hipóteses em que tais profissionais não estiverem lotados na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que os custos correrão por conta do respectivo órgão ao qual o agente encontrava-se vinculado à época dos fatos.

7. Alterações da identificação do perfil genético no âmbito da Lei de Execução Penal

Lei de Execução Penal Antes da Lei n. 13.964/19	Lei de Execução Penal Depois da Lei n. 13.964/19
<p>Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei n. 12.654/12)</p> <p>(...)</p> <p>Sem correspondente.</p>	<p>Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (Redação dada pela Lei n. 13.964/19)</p> <p>(...)</p> <p>§5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar. (Incluído pela Lei n. 13.964/19)</p> <p>§6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do <i>caput</i> deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim. (Incluído pela Lei n. 13.964/19)</p> <p>§7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial. (Incluído pela Lei n. 13.964/19)</p>

Por conta da forma de execução, crimes violentos têm grande probabilidade de deixar vestígios biológicos no local do crime. Por isso, a depender do grau de observância das etapas da cadeia de custódia, principalmente aquela atinente ao isolamento,¹⁸ os instrumentos do delito, o corpo da vítima, as peças de roupas por ela usadas à época, e outros objetos que tiveram contato físico com o autor do delito podem fornecer informações decisivas para inocentar um possível suspeito ou até mesmo identificar o verdadeiro autor do delito.

Daí a importância da denominada identificação do perfil genético, introduzida no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.654/12. Afinal, o exame de DNA possibilita que pequenas quantidades de vestígios biológicos, possivelmente invisíveis a olho nu, sejam suficientes para a obtenção de resultados satisfatórios. Como todo ser vivo possui informação genética, havendo variabilidade dessas informações entre seres de uma mesma espécie, a análise do material biológico pode apontar a fonte de onde ele partiu, identificando sua origem. Aliás, mesmo quando um perfil genético não puder ser comparado com uma amostra cujo doador seja conhecido, podem ser extraídas do DNA informações úteis para as investigações criminais, como, por exemplo, o sexo da pessoa. De mais a mais, como a molécula do ácido desoxirribonucleico é robusta e tem alta estabilidade química e térmica, este alto grau de resistência do DNA a fatores ambientais contribui sensivelmente para a obtenção de perfis genéticos, mesmo após longos períodos de tempo.¹⁹

A implantação de bancos de dados de perfis genéticos²⁰ tem se tornado uma tendência mundial. Isso porque a implantação desses bancos implica em evidente aprimoramento da capacidade investigatória do Estado, proporcionando, como destaca a doutrina, uma “maior capacidade resolutiva das investigações que dispõem desse arcabouço técnico”.²¹

-
18. CPP: “Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (...) **II – isolamento:** ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local do crime; (...)”.
 19. Nesse contexto: SILVA, Emílio de Oliveira. *Identificação genética para fins criminais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2014. p. 2-40. Como observa o autor (op. cit. p. 45), à semelhança da datiloscopia, “o exame genético é um método biométrico que singulariza características físicas, porém, em dimensões moleculares. Sua finalidade é a obtenção do perfil genético do sujeito, o qual será representado por codificações alfanuméricas que possibilitam individualizar a pessoa. Em uma simples metáfora: é o ‘CPF genético’ do ser humano”.
 20. O **Decreto nº 7.950/13** instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos: aquele tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes; esta visa permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.
 21. SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Projeto de Lei “Anticrime” e as modificações no regime legal da identificação criminal e do banco de perfis genéticos. In *Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 26.

Nessa esteira, a Lei n. 12.654/12 passou a prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal em duas hipóteses diversas:

1. Lei da Identificação criminal: de acordo com o art. 3º, inciso IV, e o art. 5º, parágrafo único, ambos da Lei n. 12.037/09, incluído este último pela Lei n. 12.654/12, se a identificação genética for essencial às investigações policiais, a autoridade judiciária competente poderá determinar a coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético. Quando o dispositivo sob comento exige *autorização judicial* para a coleta de material biológico, refere-se à hipótese em que há uma pessoa certa e determinada (fonte conhecida) sobre a qual recaem suspeitas da prática de determinada infração penal. Por consequência, quando a fonte do material biológico for desconhecida, não há necessidade de prévia autorização judicial. É o que ocorre quando vestígios como sangue, saliva, esperma, tecidos orgânicos e outras amostras contendo material genético são encontrados no local do crime. Nessa hipótese, como o material a ser analisado está destacado do corpo humano, o que possibilita a realização do exame de DNA sem qualquer tipo de intervenção corporal, observadas todas as etapas da cadeia de custódia (CPP, art. 158-B, incluído pela Lei n. 13.964/19), a própria autoridade policial deverá determinar a realização da perícia, nos termos do art. 6º, inciso VII, do CPP, independentemente de prévia autorização judicial. Nesse contexto, ao dispor sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, compreendida como qualquer forma de atividade sexual não consentida, os §§ 2º e 3º do art. 3º da Lei n. 12.845/13 dispõem expressamente que, no tratamento das lesões, caberá ao médico preservar materiais que possam ser coletados no exame médico legal, cabendo ao órgão de medicina legal o exame de DNA para identificação do agressor. Como se trata de exame pericial em material biológico coletado no corpo da vítima, desde que esta concorde com a realização do exame, não há necessidade de prévia autorização judicial;

2. Lei de Execução Penal: por força da redação conferida pela Lei n. 12.654/12, originariamente, ao art. 9º-A, *caput*, da LEP, os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 8.072/90, seriam submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. Diversamente da hipótese prevista no art. 3º, IV, da Lei n. 12.037/09, em que a identificação do perfil genético é feita para ser utilizada como prova em relação a um crime já ocorrido – pode ser qualquer delito (v.g., crime doloso, culposo, infração de menor potencial ofensivo, etc.), já que o dispositivo não faz qualquer restrição quanto à espécie de infração penal –, no caso do art. 9º-A, *caput*, da LEP, a coleta compulsória do material genético seria feita apenas

em relação aos condenados pela prática de um rol taxativo de delitos,²² sendo que a identificação irá para um banco de dados de modo a ser usada eventualmente em persecuções criminais indeterminadas, de crimes que já foram ou que vierem a ser cometidos.²³ Ademais, diversamente da identificação genética prevista na Lei n. 12.037/09, não há, no caso da LEP, necessidade de prévia autorização judicial para fins de coleta do material biológico. Na verdade, a autorização judicial só se faz necessária para que a autoridade policial, federal ou estadual, no caso de inquérito instaurado, tenha acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético (LEP, art. 9º-A, §2º).

Eis que surge, então, o Pacote Anticrime, pretendendo, dentre outras mudanças na LEP, ampliar sobremaneira os condenados que estariam sujeitos à identificação compulsória do perfil genético. Ocorre que o Presidente da República acabou vetando a nova redação conferida ao *caput* do art. 9º-A da LEP, com base nos seguintes argumentos: “A proposta legislativa, ao alterar o *caput* do art. 9º-A, suprimindo a menção expressa aos crimes hediondos, previstos na Lei n. 8.072/90, em substituição somente a tipos penais específicos, contraria o interesse público, tendo em vista que a redação acaba por excluir alguns crimes hediondos considerados de alto potencial ofensivo, a exemplo do crime de genocídio e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, além daqueles que serão incluídos no rol de crimes hediondos com a sanção da presente proposta, tais como os crimes de comércio ilegal de armas, de tráfico internacional de arma e de organização criminosa”.

O veto presidencial, todavia, não durou muito tempo, eis que o Congresso Nacional optou por rejeitá-lo. Com isso, o art. 9º-A, *caput*, da LEP, passou a ter a seguinte redação: “Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional”. Da comparação entre as duas redações, podemos extrair algumas importantes conclusões:

-
22. Referindo-se o dispositivo, em sua redação original, apenas aos crimes hediondos, não se poderia admitir a obrigatoriedade de identificação genética para os condenados por crimes equiparados a hediondos (v.g., tráfico de drogas), sob pena de evidente violação ao princípio da legalidade, salvo se tal delito também fosse cometido dolosamente com violência de natureza grave contra pessoa (v.g., tortura).
 23. Mesmo ainda subaproveitados, até o dia 28 de novembro de 2020 os bancos de DNA no Brasil já auxiliaram 1977 investigações, apresentando ao poder público 2662 coincidências confirmadas, sendo 2088 entre vestígios e 574 entre vestígio e indivíduo cadastrado criminalmente. Nesse sentido: BRASIL. RIBPG. XIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, p. 31.

a. foi mantida na Lei de Execução Penal a identificação obrigatória do perfil genético nos *crimes dolosos praticados com violência grave contra pessoa*. Sem embargo do caráter dúbio e controverso dessa expressão, queremos crer que o legislador se refere a crimes dos quais resultem lesões graves, gravíssimas, ou a morte da vítima, tais como lesão corporal seguida de morte, homicídio simples ou qualificado, etc.;

b. enquanto o crime praticado com violência grave contra a pessoa deve necessariamente ser **doloso**, porque o art. 9º-A, *caput*, da LEP, é explícito nesse sentido, ao se referir aos crimes contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, o legislador não faz semelhante ressalva. Logo, com base na regra da hermenêutica segundo a qual não é dado ao intérprete restringir onde a lei não o fez, o ideal é concluir que, neste último caso, pouco importa se o delito é doloso ou culposo (v.g., homicídio culposo);

c. a identificação do perfil genético deixa de ser obrigatória para indivíduos condenados por qualquer dos crimes hediondos previstos no art. 1º da Lei n. 8.072/90. Doravante, a medida será obrigatória apenas quando se tratar de condenado pela prática dos seguintes crimes:

c.1. crimes contra a vida: são aqueles previstos no Capítulo I (“Dos Crimes contra a vida”) do Título I (“Dos crimes contra a pessoa”) da Parte Especial do Código Penal. Referida locução abrange, portanto, qualquer espécie de homicídio (CP, art. 121), o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio – e não a participação em automutilação (CP, art. 122, com redação dada pela Lei n. 13.968/19) –,²⁴ o infanticídio (CP, art. 123) e os abortos (CP, arts. 124, 125 e 126);

c.2. crimes contra a liberdade sexual: são aqueles previstos no Capítulo I (“Dos crimes contra a Liberdade Sexual”) do Título VI (“Dos crimes contra a dignidade sexual”) da Parte Especial do Código Penal, onde estão inseridos os crimes de estupro (CP, art. 213), violação sexual mediante fraude (CP, art. 215), importunação sexual (CP, art. 215-A, incluído pela Lei n. 13.718-18), e assédio sexual (CP, art. 216-A);

24. Originalmente, o art. 122 do CP incriminava tão somente o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, nos seguintes termos: “Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”. À época, dúvida nenhuma havia quanto ao fato de se tratar de crime contra a vida. Eis que surge, então, a Lei n. 13.968, com vigência em data de 27/12/2019, conferindo ao referido delito não apenas uma nova rubrica marginal – *induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação* –, mas também uma nova redação típica, nos seguintes termos: “Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio para que o faça”. Em que pese o legislador ter introduzido esta novel figura delituosa de *participação em automutilação* no art. 122 do CP, logo, dentro do Capítulo da Parte Especial que versa sobre os “crimes contra a vida”, é de todo evidente que estamos diante de um verdadeiro crime contra a integridade corporal, o qual, por consequência, deveria ter sido alocado no art. 129 do CP. Destarte, por não se tratar de crime contra a vida, queremos crer que o condenado pela prática do referido delito não está sujeito à identificação do perfil genético.

c.3. crimes sexuais contra vulneráveis: a locução abrange os delitos previstos no Capítulo II (“Dos crimes sexuais contra vulnerável”) do Título VI (“Dos crimes contra a dignidade sexual”) da Parte Especial do Código Penal, quais sejam, estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), corrupção de menores (CP, art. 218), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (CP, art. 218-A), favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (CP, art. 218-B), divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (CP, art. 218-C);

d. O art. 9º-A, *caput*, da LEP, com redação alterada pelo Pacote Anticrime, não é muito claro acerca do momento exato em que deve ocorrer a coleta do material genético do sentenciado. Refere-se tão somente a “condenado”. Pela topografia do referido preceito legal, é sabido que essa coleta ocorre por ocasião da classificação do sentenciado no início da execução da pena. Logo, partindo-se da premissa de que o Supremo Tribunal Federal condiciona o cumprimento da prisão penal ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória (ADC’s 43, 44 e 54), parece ser este o momento adequado para a identificação do perfil genético do condenado. Não se revela possível, portanto, a coleta de material biológico de presos cautelares para fins de identificação do perfil genético, pelo menos com base no art. 9º-A, *caput*, da LEP. A tal conclusão também podemos chegar por meio de uma análise da própria tramitação do denominado “Projeto Moro”. Explica-se: por ocasião da sua apresentação no Congresso Nacional, sugeria-se a seguinte redação ao *caput* do art. 9º-A da LEP: “Os condenados por crimes praticados com dolo, *mesmo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória*, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional” (nosso grifo). Esta redação sugerida, porém, sequer foi aprovada nesses termos pelo Congresso Nacional.

Destarte, como consequência decorrente do trânsito em julgado de sentença condenatória, o condenado deverá fornecer amostra biológica de maneira compulsória, a qual vai dar origem a um perfil genético que vai alimentar um banco de dados sigiloso. Uma vez confrontado com outros perfis já armazenados nesse mesmo banco de dados, oriundos de cenas de crimes não elucidados, ou até mesmo extraído do corpo de vítimas de crimes violentos ou sexuais, eventual coincidência (“match”) poderá torná-lo suspeito de tal crime, cuja elucidação talvez jamais fosse possível sem a existência de um banco de dados de perfis genéticos. A título de exemplo, o resultado do cruzamento de DNA colhido em cenas de crime com o material genético de um suspeito, preso no final de 2018, conseguiu provar a participação dele em três crimes diversos: no

homicídio de um agente federal de execução penal em Cascavel, ocorrido em 2016; no roubo à base da Prosegur, em Ciudad Del Este, Paraguai, em 2017; e na explosão de um caixa eletrônico do Banco do Brasil, em Campo Grande, no mesmo ano. As investigações da PF apontavam a participação do criminoso no homicídio e havia suspeita de que ele tinha participado do crime no Paraguai. O terceiro crime nem estava no radar das investigações. O cruzamento das informações só foi possível porque os vestígios biológicos, coletados por peritos nos respectivos locais do crime, estavam inseridos no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG).²⁵

Por ocasião da tramitação do Projeto Legislativo que deu origem à Lei n. 13.964/19, 3 (três) outros parágrafos do art. 9º-A da Lei de Execução Penal também foram inicialmente vetados pelo Presidente da República. Todavia, à semelhança dos anteriores, esses vetos foram rejeitados pelo Congresso Nacional. Vejamos, então, os novos dispositivos legais introduzidos à identificação do perfil genético de condenados prevista na Lei de Execução Penal.

7.1. (Im) possibilidade de utilização da amostra biológica do condenado para fins de fenotipagem genética ou de busca familiar

Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 (10.372/18 na Câmara dos Deputados) acrescentava ao art. 9º-A da LEP o seguinte dispositivo: “§5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar”.

Todavia, o novel dispositivo legal foi vetado pelo Presidente da República com base nas seguintes razões: “A propositura legislativa, ao vedar a utilização da amostra biológica coletada para fins de fenotipagem e busca familiar infralegal, contraria o interesse público por ser uma técnica que poderá auxiliar no desvendamento de crimes reputados graves, a exemplo de identificação de irmãos gêmeos, que compartilham o mesmo perfil genético, e da busca familiar simples para identificar um estupro, quando o estupro resulta em gravidez, valendo-se, no caso, do feto abortado ou, até mesmo, do bebê, caso a gestação seja levada a termo.”

Andou bem o legislador ao derrubar o veto presidencial, eis que o §5º do art. 9º-A da LEP, incluído pela Lei n. 13.964/19, simplesmente busca se alinhar ao art. 5º-A, §1º, da Lei n. 12.037/09, incluído pela Lei n. 12.654/12, segundo

25. Banco Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>>. Acesso em 26/02/2020 às 06:35.

o qual as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos *não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos*. Dado o caráter invasivo inerente à identificação do perfil genético, não se pode admitir sua utilização para outros fins. Louvável, portanto, a vedação expressa às práticas de fenotipagem genética²⁶ ou de busca familiar, pois assim se poderá evitar um possível excesso de invasão no patrimônio genético das pessoas.

7.2. Obrigatoriedade de descarte imediato da amostra biológica tão logo identificado o perfil genético

Por ocasião de sua aprovação pelo Congresso Nacional, o Projeto de Lei que deu origem ao Pacote Anticrime acrescentava ao art. 9º-A mais um parágrafo, *in verbis*: “§6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do *caput* deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.”

O dispositivo, todavia, também foi vetado pelo Presidente da República, nos seguintes termos: “A proposta legislativa, ao prever o descarte imediato da amostra biológica, uma vez identificado o perfil genético, contraria o interesse público tendo em vista que a medida pode impactar diretamente no exercício do direito da defesa, que pode solicitar a refeitura do teste, para fins probatórios. Ademais, as melhores práticas e recomendações internacionais dizem que após a obtenção de uma coincidência (match) a amostra do indivíduo deve ser novamente testada para confirmação do resultado. Trata-se de procedimento de controle de qualidade com o objetivo de evitar erros.”

O Congresso Nacional houve por bem, todavia, rejeitar o veto presidencial. E o fez, a nosso juízo, acertadamente. Com efeito, atento à vedação constante do art. 9º-A, §5º, da LEP, acrescentado pelo Pacote Anticrime, e de modo a não permitir que a amostra biológica coletada seja utilizada para finalidades estranhas à identificação do perfil genético, como, por exemplo, a fenotipagem genética e a busca familiar, evitando-se, assim, indevida exposição do patrimônio

26. Marina Virmond, Anny Robert, Priscila Brito e Thiago Massuda esclarecem que “(...) o fenótipo pode ser definido como as características morfológicas, fisiológicas e comportamentais detectáveis em um organismo, como produto da composição genética do mesmo e da influência de fatores ambientais. Assim, as proteínas que o genótipo codifica determinam, em conjunto com o ambiente, as CEV’s (características externamente visíveis) de um indivíduo (...)”, acrescentando que, atualmente, “(...) as CEV’s associadas à pigmentação (cor dos olhos, da pele e do cabelo) são as melhores representantes da aplicação prática da fenotipagem forense pelo DNA (...)”. (Fenotipagem forense pelo DNA através de SNP’s. *Revista Brasileira de Criminalística*, v. 5, n. 2, p. 37, 2016. Disponível em: file:///C:/Users/Marcos/Downloads/Fenotipagem_forense_pelo_DNA_atraves_de_SNP’s.pdf. Acesso em? 28.04.2021 às 22:35.

genético e, por conseguinte, da própria intimidade do sentenciado, o dispositivo sob comento prevê expressamente que, tão logo concluída a identificação do perfil genético, a respectiva amostra biológica deverá ser descartada.

Trata-se, pois, o §6º do art. 9º-A do CPP, de norma especial em relação ao art. 158-F do CPP, também incluído pelo Pacote Anticrime. Explica-se: enquanto este dispositivo dispõe que, “após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, *devendo nela permanecer*”, aquele prevê o descarte – procedimento referente à liberação do vestígio – como regra, leia-se, como um efeito automático decorrente da conclusão do exame pericial em si, independentemente de prévia autorização judicial.

7.3. Obrigatoriedade de coleta da amostra biológica e elaboração do respectivo laudo por perito oficial

Da aprovação da Lei n. 13.964/19 pelo Congresso Nacional também resultou o acréscimo de um §7º ao art. 9º-A da Lei de Execução Penal, com a seguinte redação: “§7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial.”

Novamente, o Presidente da República optou por vetar o dispositivo, apontando, para tanto, a seguinte fundamentação: “A proposta legislativa, ao determinar que a coleta da amostra biológica ficará a cargo de perito oficial, contraria o interesse público, notadamente por se tratar de mero procedimento de retirada do material. Ademais, embora a análise da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo pericial sejam atribuições exclusivas de perito oficial, já existe um consenso que a coleta deve ser supervisionada pela perícia oficial, não necessariamente realizada por perito oficial. Além disso, tal restrição traria prejuízos à execução da medida e até mesmo a inviabilizaria em alguns estados em que o número de peritos oficiais é insuficiente.” O veto, todavia, foi derrubado pelo Congresso Nacional.

Esta breve análise do processo legislativo do dispositivo sob comento demonstra que não houve qualquer controvérsia entre o Poder Legislativo e o Executivo quanto à necessidade de o laudo ser realizado por perito oficial. Dado o elevado grau de conhecimento científico necessário para a realização de tais exames periciais, dúvida não há quanto à imprescindibilidade de perito oficial para a sua realização. Aplica-se, por analogia, o art. 5º-A, §3º, da Lei n. 12.037/09, segundo o qual as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignados em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. Se assim o é no âmbito da Lei de Identificação Criminal, não haveria de ser diferente no bojo do art. 9º-A da LEP, haja vista

a identidade de razões (*ubi eadem ratio ibi eadem ius* – aplica-se a mesma disposição de direito onde houver identidade de razão).

Na verdade, a discordância do Presidente da República ficou restrita à exigência de perito oficial também no momento da extração do material biológico. De fato, havia certa controvérsia quanto à necessidade de a coleta do material biológico ser necessariamente realizada por tal *expert*. Com a derrubada do veto presidencial, o §7º do art. 9º-A da LEP deixa expresso que, doravante, não apenas a elaboração do laudo, como também a coleta da amostra biológica, deverão ser realizadas, obrigatoriamente, por perito oficial.

Trata-se, pois, de norma especial em relação ao art. 158-C, *caput*, do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, segundo o qual a coleta dos vestígios deverá ser realizada *preferencialmente* por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia. Ora, ao fazer uso do advérbio “preferencialmente”, o art. 158-C, *caput*, do CPP, denota que se acaso não for possível o recolhimento dos vestígios que serão submetidos à análise por perito oficial, dois peritos não oficiais poderiam fazê-lo, nos termos do art. 159, §§1º e 2º, do CPP. Em sentido completamente diverso, o art. 9º-A, §7º, da LEP, é expresso ao afirmar que a coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo “serão realizadas por perito oficial”. Ora, os termos imperativos aí utilizados não deixam dúvidas quanto ao caráter cogente da norma, cuja inobservância pode gerar questionamentos quanto à possível contaminação da cadeia de custódia.

Em conclusão, conquanto o Pacote Anticrime tenha tornado obrigatória a coleta da amostra biológica por perito oficial para condenados pelos crimes listados no art. 9º-A, *caput*, da LEP, não teve o mesmo cuidado em relação à coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético nos casos em que esta for essencial às investigações policiais (Lei n. 12.037/09, art. 3º, IV, c/c art. 5º, parágrafo único). Logo, enquanto a coleta de material biológico de condenados – e o subsequente exame pericial – só podem ser realizados por perito oficial (LEP, art. 9º-A, §7º, incluído pela Lei n. 13.964/19), nas hipóteses em que a coleta de material biológico for determinada pela autoridade judiciária de modo a auxiliar nas investigações policiais, o recolhimento dos vestígios necessários à identificação do perfil genético poderá, eventualmente, ser realizado por 2 (dois) peritos não oficiais, se acaso não houver perito oficial disponível. Conquanto tal distinção possa parecer, à primeira vista, completamente absurda, já que em ambas as hipóteses estamos diante da coleta de material biológico para fins de ulterior identificação do perfil genético, há de se ter em mente que, no caso da Lei de Execução Penal (art. 9º-A), o ato em questão recai sobre “condenados”. É dizer, a coleta será realizada em estabele-

cimentos prisionais, geralmente localizados em comarcas de médio a grande porte, onde provavelmente já haverá um perito oficial lotado, com atribuições específicas para proceder ao recolhimento desse material e, na sequência, realizar o respectivo exame pericial, sem contar a possibilidade de que as extrações sejam agendadas para datas específicas, facilitando a presença do perito oficial. Tamanha cautela revela-se proporcional, portanto, à magnitude e à indisponibilidade do bem em jogo, qual seja, o patrimônio genético humano. A situação difere, diametralmente, daquela em que a coleta é determinada pela autoridade judiciária para auxiliar nas investigações de determinado delito. Ora, como essa diligência investigatória poderá ser executada em qualquer local onde seja possível a localização desses vestígios materiais (v.g., residência do investigado), a restrição à coleta exclusivamente por perito oficial certamente traria prejuízos irreparáveis à eficácia da medida, até mesmo inviabilizando-a em inúmeras cidades Brasil afora, desprovidas que são de tais profissionais. Logo, em tal hipótese, o ideal realmente é aplicar o regramento do art. 158-C, *caput*, do CPP, no sentido de que a coleta seja realizada *preferencialmente* por perito oficial. Destarte, na falta de perito oficial para participar da referida diligência, a coleta em si poderá ser implementada por 2 (dois) peritos não oficiais, sem qualquer questionamento quanto à integridade da cadeia de custódia, até mesmo por se tratar de ato mecânico, que não demanda expertise maior.

8. Reaquisição do bom comportamento para fins de progressão de regimes

Lei de Execução Penal Antes da Lei n. 13.964/19	Lei de Execução Penal Depois da Lei n. 13.964/19
<p>Art. 112. (...) (...) Sem correspondente.</p>	<p>Art. 112. (...) (...) §7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito. (Incluído pela Lei n. 13.964/19)</p>

A progressão de regime pode ser conceituada como a transferência do acusado do regime mais gravoso para o mais brando (fechado para o semiaberto, ou do semiaberto para o aberto). Está condicionada ao preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva, nos seguintes termos:

a) requisito objetivo: pelo menos até a entrada em vigor do Pacote Anticrime, a progressão em relação a crimes comuns estava condicionada ao cumprimento de 1/6 da pena, pouco importando se o acusado era primário ou reincidente. Com a entrada em vigor da Lei n. 11.464/07, a progressão de regimes em relação a crimes hediondos e/ou equiparados passou a depender, em regra, do cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado fosse primário, e de 3/5, se reincidente (Lei n. 8.072/90, art. 2º, revogado §2º). Eis que surge, então, a Lei n. 13.964/19, conferindo nova redação ao art. 112 da LEP, que passa a prever pelo menos 8 (oito) lapsos diversos de progressão, não mais expressos em frações, mas sim em percentuais da pena, senão vejamos: I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: a) não ter cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; b) não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; c) ter cumprido ao menos 1/8 da pena no regime anterior; d) ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; e) não ter integrado organização criminosa (LEP, art. 112, §3º, incluído pela Lei n. 13.769/18). Consoante disposto na **Súmula n. 534 do STJ**, “a prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento da pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração”. Esse entendimento jurisprudencial restou positivado pelo Pacote Anticrime, como deixa entrever o teor do art. 112, §6º, da LEP, incluído pela Lei n. 13.964/19. Por fim, convém destacar que, tratando-se

de crime contra a administração pública, a progressão de regime apresenta um requisito objetivo específico, previsto no art. 33, §4º, do CP, consistente na reparação do dano causado ou na devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais;²⁷

b) requisito subjetivo: em sua redação original, o art. 112, parágrafo único, da LEP, previa que a decisão seria motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário. A Lei n. 10.792/03, que também instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), alterou esse dispositivo, passando o requisito subjetivo a consistir em “bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento”. Como se pode notar, a intenção do legislador foi eliminar o exame criminológico²⁸ como requisito para a progressão. Sem embargo, a jurisprudência dos Tribunais Superiores consolidou o entendimento de que o juiz pode, fundamentadamente, determinar a realização do referido exame pericial.²⁹ Prova disso, aliás, é o teor da **Súmula Vinculante n. 26**³⁰ e da **Súmula n. 439**

27. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que esse requisito do art. 33, §4º, do CP, é constitucional, afirmando que está preenchido no caso de parcelamento da dívida, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas. A propósito, confira-se: STF, Pleno, EP 22 ProgReg-Agr/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2014.

28. Por meio da análise de questões de ordem psicológica e psiquiátrica do condenado, este exame pericial visa revelar elementos como maturidade, frustrações, vínculos afetivos, grau de agressividade e periculosidade, eventual dissimulação, nível de reflexão sobre os atos cometidos, (in) segurança da personalidade, dificuldade de observar leis e normas, interesse em trabalhar ou frequentar cursos profissionalizantes e, a partir daí, prognosticar a potencialidade de novas práticas criminosas por parte do apenado. Trata-se de avaliação não invasiva, já que se efetiva por meio de entrevista com técnico ou especialista, não produzindo qualquer ofensa física ou moral. Apesar de a LEP não o dizer, cuida-se de espécie de perícia, que busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinquir; o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, através de um exame genético, antropológico, social e psicológico.

29. No sentido de que se defere ao juízo da execução a faculdade de requisitar o exame criminológico e utilizá-lo como fundamento da decisão que julga o pedido de progressão, concluindo, ademais, que a adoção de textos semelhantes em despachos relacionados a procedimentos idênticos não viola o princípio da individualização da pena nem gera nulidade por falta de fundamentação quando o conteúdo tratar de especificidades do caso concreto sob análise: STF, 2ª Turma, Rcl 27.616 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09/10/2018. Em sentido semelhante: STJ, 5ª Turma, RHC 20.698/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 24/04/2007, DJ 04/06/2007 p. 38; STJ, 5ª Turma, HC 103.352/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 11/11/2008, DJe 15/12/2008; STJ, 6ª Turma, HC 105.337/RS, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG –, j. 26/08/2008, DJe 08/09/2008; STJ, 5ª Turma, HC 114.882/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27/04/2009, DJe 25/05/2009.

30. **Súmula Vinculante n. 26:** “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. (nosso grifo)

do STJ.³¹ A redação do art. 112 da LEP foi novamente alterada, desta feita pela Lei n. 13.964/19. Deveras, em todos os casos acima enumerados – incisos I a VIII do art. 112 da LEP –, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.³² É exatamente nesse sentido, aliás, o teor do art. 112, §1º, da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, o qual reproduz, grosso modo, o quanto previsto na parte final da antiga redação do art. 112, *caput*, da LEP. Pelo menos em regra, esse bom comportamento deverá ser aferido pelo juízo da execução com base em atestado fornecido pelo diretor do estabelecimento prisional, certificando a ausência de registro de falta disciplinar (leve, média ou grave) no prontuário do preso. Não que se trate de prova absoluta. Fosse assim, transferir-se-ia a competência para conceder a progressão do Poder Judiciário ao diretor do estabelecimento prisional. Logo, o ideal é concluir que tal atestado funciona apenas como um elemento mínimo de formação do convencimento do magistrado, que não só pode, como deve, se assim reputar necessário, se valer de outros fatores para avaliar a capacidade provável de adaptação do condenado ao regime menos severo (*v.g.*, exame criminológico).

Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 (10.372/18 na Câmara dos Deputados), que deu origem à Lei n. 13.964/19, previa, no §7º do art. 112 da LEP, que o bom comportamento seria readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito. Ocorre que o dispositivo acabou sendo vetado pelo Presidente da República, nos seguintes termos: “A propositura legislativa, ao dispor que o bom comportamento, para fins de progressão de regime, é readquirido após um ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito, contraria o interesse público, tendo em vista que a concessão da progressão de regime depende da satisfação de requisitos não apenas objetivos, mas, sobretudo de aspectos subjetivos, consistindo este em bom comportamento carcerário, a ser comprovado, a partir da análise de todo o período da execução da pena, pelo diretor do estabelecimento prisional. Assim, eventual pretensão de objetivação do requisito vai de encontro à própria natureza do instituto, já

31. **Súmula n. 439 do STJ:** “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada” (nosso grifo)

32. A título de exemplo de norma que veda a progressão de regime, podemos citar o art. 2º, §9º, da Lei n. 12.850/13, também incluído pelo Pacote Anticrime: “O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização 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”.

pré-concebida pela Lei n. 7.210, de 1984, além de poder gerar a percepção de impunidade com relação às faltas e ocasionar, em alguns casos, o cometimento de injustiças em relação à concessão de benesses aos custodiados.” Sem embargo do *acertado* veto presidencial, o Congresso Nacional deliberou por rejeitá-lo, acrescentando, assim, ao art. 112 da LEP, o §7º acima citado.

Há de se tomar certa cautela com a correta exegese do dispositivo sob comento. Isso porque, apesar de fazer referência expressa à *reaquisição do bom comportamento*, o que o dispositivo pretende dizer na verdade é que, nas duas hipóteses ali mencionadas, o indivíduo estará reabilitado a pleitear eventual progressão, mas desde que ostente boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento. Impõe-se, pois, verdadeira interpretação sistemática do §7º do art. 112 da LEP à luz do §1º do mesmo dispositivo legal, sob pena de esvaziamento da própria análise do requisito subjetivo inerente à progressão de regimes. Trabalha-se, *in casu*, com a premissa de que não se pode admitir a perpetuação dos efeitos de eventuais faltas cometidas pelo condenado ao longo de todo o período de execução da pena, invocando-as como óbice à progressão de regimes. Em outras palavras, se descabe eternizar o *plus*, que seriam as penas, quanto mais o *minus*, ou seja, as sanções disciplinares, nos exatos termos do art. 5º, XLVII, “b”, da Constituição Federal. É dentro desse contexto que o art. 112, §7º, da LEP, incluído pela Lei n. 13.964/19, passa a prever duas hipóteses diversas para a depuração de eventuais faltas cometidas pelo apenado no curso da execução da pena:

i. 1 (um) ano após a ocorrência do fato: nessa primeira hipótese, o dispositivo estabelece um prazo peremptório para a reabilitação de eventuais faltas (ou caducidade da falta praticada pelo apenado), qual seja, 1 (um) ano após a ocorrência do fato. Esse lapso temporal de 12 (doze) meses sem faltas já vinha sendo corriqueiramente empregado nos decretos de indulto e de comutação como exigência à concessão dos benefícios, bem como em diversas normas estaduais (v.g., Resolução n. 144, de 29 de junho de 2010, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo), assentando, *a contrario sensu*, a neutralidade dos incidentes disciplinares anteriores ao mencionado prazo. Como o dispositivo não faz qualquer ressalva quanto à natureza desse “fato”, é de se concluir que, independentemente da sua natureza, leia-se, ainda que caracterize uma falta disciplinar leve, média ou grave, o decurso do prazo, por si só, terá o condão de depurar o fato, sem a possibilidade de invocá-lo para negar a progressão de regimes. Enfim, aos princípios da proporcionalidade e da temporariedade dos antecedentes (CF, art. 5º, XLVII, “b”), soma-se, agora, a legalidade penal estrita. Como o dispositivo é explícito ao afirmar que o bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, a contagem da depuração deve se dar do exato momento do cometimento da

falta, e não da imposição, e muito menos do cumprimento da sanção disciplinar correspondente. Na prática, então, o “bom comportamento” deixa de ter por objeto a análise da integralidade do período de execução da pena, focando tão somente, pelo menos em tese, no período de um ano imediatamente anterior à concessão do benefício;

ii. até mesmo antes desse período de 1 (um) ano, se acaso tiver havido o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito: como exposto anteriormente, ao dispor que o bom comportamento será readquirido inclusive antes do decurso de 1 (um) ano após a ocorrência do fato, desde que tenha havido o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito, fica a impressão, à primeira vista, que sequer haveria a necessidade de se aferir qualquer requisito subjetivo por parte do condenado. Afinal, o próprio dispositivo prevê que o preenchimento dos requisitos objetivos necessários à progressão – art. 112, incisos I a VIII, da LEP –, isoladamente considerado, já teria o condão de outorgar ao condenado o “bom comportamento” necessário à progressão de regime. Ter-se-ia, assim, uma presunção absoluta de que o preenchimento dos requisitos objetivos, *de per se*, traria como consequência inexorável a reabilitação do condenado. Essa interpretação, todavia, vem na contramão do próprio Código Penal, cujo art. 33, §2º, prevê que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o *mérito do condenado*. Atentaria, ademais, contra o próprio princípio da individualização da pena, em sua fase executória, porquanto autorizaria, em tese, a progressão de regimes diante do mero cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito (requisito objetivo), independentemente de uma efetiva e apurada análise da presença de bom comportamento (requisito subjetivo). Destarte, sob pena de esvaziamento do requisito subjetivo, inerente ao próprio sistema progressivo, o ideal é interpretar o art. 112, §7º, *in fine*, da LEP, em conjunto com o §1º do mesmo dispositivo normativo, o qual, como visto anteriormente, é categórico ao dispor que o apenado só terá direito à progressão de regime se *ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento*. Em síntese: admite-se, mesmo antes do decurso do prazo de 1 (um) ano da ocorrência do fato, na hipótese de cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção da progressão de regime, a possibilidade de re aquisição do bom comportamento, cuja presença no caso concreto, todavia, continua condicionada à manifestação positiva do diretor do estabelecimento prisional (LEP, art. 112, §1º, com redação dada pela Lei n. 13.964/19).

9. (Im) possibilidade de instalação do dispositivo de captação ambiental na casa do investigado

Lei n. 9.296/96 Antes da Lei n. 13.964/19	Lei n. 9.296/96 Depois da Lei n. 13.964/19
Sem correspondente.	<p>Art. 8º-A. (...) (...)</p> <p>§2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do <i>caput</i> do art. 5º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei n. 13.964/19)</p>

O avanço da tecnologia em várias áreas do conhecimento humano vem reconfigurando, nos últimos anos, a maneira pela qual uma infração penal pode ser elucidada. Quer nas vias públicas, onde há câmeras de vigilância espalhadas em todos os cantos, quer em locais fechados e regidos por relações privadas, em que gravações são feitas pelos próprios interlocutores, que sempre têm às mãos um aparelho celular, não há como negar que as relações sociais – e, logicamente, muitas infrações penais – estão sujeitas a um crescente e constante monitoramento. Isso tem proporcionado, numa escala nunca vista antes, a captação de sons e imagens que são muito úteis à persecução penal, não apenas pelo baixo custo necessário para a sua produção, mas também pela credibilidade e veracidade capaz de auxiliar na formação do convencimento do julgador.

É dentro desse contexto que deve ser compreendida a sistematização da escuta ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, introduzida pelo Pacote Anticrime no art. 8º-A da Lei n. 9.296/96.³³ Até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, a captação ambiental constava da Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13, art. 3º, II) como um dos meios de obtenção de prova passíveis de utilização para a persecução penal de tais delitos. Porém, pelo menos

33. Para Eduardo Araújo da Silva (*Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109), a captação ambiental, também chamada de **vigilância eletrônica**, permite que “os agentes de polícia ou eventualmente do Ministério Público (...) instalem aparelhos de gravação de som e de imagem em ambientes fechados (residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais, etc.), com a finalidade de não apenas gravar os diálogos travados entre os investigados (sinais acústicos), mas também de filmar as condutas por eles desenvolvidas (sinais óticos). Ainda poderão os policiais registrar sinais emitidos através de aparelhos de comunicação, como rádios transmissores (sinais eletromagnéticos), que tecnicamente não se enquadram no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática”.

até então, não havia nenhum diploma normativo que dispusesse, expressamente, acerca de seus requisitos. Cuidava-se, pois, de um meio de obtenção de prova nominado, porquanto previsto em lei, porém atípico, já que a Lei n. 12.850/13 nada dispunha acerca do procedimento a ser adotado para a sua execução, daí por que se aplicava, por analogia, o procedimento descrito na Lei n.º 9.296/96 acerca da interceptação telefônica (meio de obtenção de prova típico).³⁴ Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964 no dia 23 de janeiro de 2020, o legislador, enfim, promove a sistematização desse importante meio de obtenção de prova, já consolidado pela jurisprudência e rotineiramente utilizado no Brasil.

Importante não confundir *interceptação* com *escuta*, tampouco com *gravação ambiental*. A interceptação ambiental em sentido estrito é a captação sub-reptícia de uma comunicação no próprio ambiente em que ocorre, local público ou privado, feita por terceiro sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores, com o emprego de meios técnicos, utilizados em operação oculta e simultânea à comunicação;³⁵ na escuta, a captação feita em local público ou privado ocorre com o consentimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro; a gravação ambiental é a captação da comunicação no ambiente em que ocorre feita por um dos interlocutores, porém sem o conhecimento do outro, daí por que é conhecida como gravação clandestina.

Apesar de o art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 fazer referência ao termo *captação*, houve certa redundância por parte do legislador, porquanto a captação dos sinais eletromagnéticos, ópticos (v.g., filmagens e fotografias) ou acústicos (gravação ambiental de uma conversa entre pessoas presentes), funciona, na verdade, como elemento integrante do conceito de interceptação ambiental, também conhecida como **vigilância eletrônica**. Portanto, nos mesmos moldes do art. 1º da Lei n. 9.296/96, que abrange tanto a interceptação telefônica em sentido estrito quanto a escuta telefônica, parece-nos que o art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 faz uso da expressão “captação ambiental” em sentido amplo, englobando a *interceptação ambiental em sentido estrito* e a *escuta ambiental*. Isso porque ambas consistem em processos de captação da comunicação alheia. Por outro lado, não está abrangida pelo regime jurídico do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 a gravação ambiental.

34. Nesse contexto: SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 105; DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas/SP: Millennium Editora, 2008, p. 299-308; BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 101.

35. Essa captação pode ser feita por meio de escutas, microfones, câmeras ocultas, monitoramento à distância, por satélite, antenas direcionais e outras tantas tecnologias hoje existentes para esse fim. Esses equipamentos e aparelhos destinados à captação e armazenamento de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos são chamados de *meios eletrônicos de produção de provas*.

De acordo com o art. 8º-A, §1º, da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19, o requerimento da autoridade policial (ou do Ministério Público) deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental. O objetivo do dispositivo é evitar que locais absolutamente estranhos ao fato sob apuração sejam objeto de indevida devassa pelas autoridades estatais.

Quando aprovado pelo Congresso Nacional, o Projeto (Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 – n. 10.372/18 na Câmara dos Deputados) que deu origem à Lei n. 13.964/19 previa, no §2º do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, que a instalação do dispositivo de captação ambiental poderia ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, *exceto na casa*, nos termos do inciso XI do *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Ocorre que o dispositivo acabou sendo vetado pelo Presidente da República, nos seguintes termos: “A propositura legislativa gera insegurança jurídica, haja vista que, ao mesmo tempo em que admite a instalação de dispositivo de captação ambiental, esvazia o dispositivo ao retirar do seu alcance a ‘casa’, nos termos do inciso XI do art. 5º da Lei Maior. Segundo a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o conceito de ‘casa’ deve ser entendido como qualquer compartimento habitado, até mesmo um aposento que não seja aberto ao público, utilizado para moradia, profissão ou atividades, nos termos do art. 150, §4º, do Código Penal (v.g. HC 82.788, Relator Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 12/04/2005)”.

O Congresso Nacional deliberou, todavia, pela rejeição do referido veto, incorporando, assim, ao art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 esse §2º. De sua leitura já se pode vislumbrar o surgimento de pelo menos 3 correntes diversas, quais sejam:

1. Impossibilidade de instalação de dispositivos de captação ambiental no interior da casa, inclusive durante o dia: uma primeira corrente certamente trabalhará com a tese de que a ressalva constante do §2º do art. 8º-A – *exceto na casa* – deverá abranger toda e qualquer instalação de dispositivos de captações ambientais, sejam aquelas realizadas por meio de operação policial disfarçada, sejam aquelas realizadas no período noturno. Cuida-se, pois, de vedação peremptória inserida pelo legislador de modo a tutelar não apenas a inviolabilidade domiciliar, mas também a intimidade e a vida privada dos cidadãos;

2. Possibilidade de instalação de dispositivos de captação ambiental no interior da casa, exclusivamente durante o dia: o direito deve ser interpretado de maneira inteligente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, conclusões inconsistentes ou impossíveis. Como nos lembra Carlos Maximiliano,³⁶ “prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu obje-

36. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 203.

tivo, ao invés da que os reduza à inutilidade”. Ora, não há nenhuma lógica em se imaginar que a Lei n. 13.964/19 teria enfim promovido a sistematização da interceptação ambiental no art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, vedando-a, todavia, justamente nas hipóteses em que a instalação dos dispositivos de captação mediante prévia autorização judicial tivesse que ser feita no interior de uma casa, sob pena de completo esvaziamento da eficácia e da própria utilidade desse importante meio de obtenção de prova, dado o conceito amplo de “casa” conferido pela doutrina e pela jurisprudência, a abranger não apenas qualquer compartimento habitado (v.g., casa de campo ou de praia ocupada esporadicamente), aposento ocupado de habitação coletiva (v.g., quarto de hotel ou motel), mas também qualquer compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade (v.g., consultório médico), nos termos do art. 150, §4º, do Código Penal. A instalação dos dispositivos eletrônicos no interior da casa, todavia, jamais poderia ser executada no *período noturno*, leia-se, entre as 21h (vinte e uma horas) e 5h (cinco) horas, conforme previsto no art. 22, §1º, inciso III, da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 13.869/19), já que a Constituição Federal é clara ao dispor que o ingresso em domicílio mediante prévia autorização judicial é cabível exclusivamente durante o dia. Daí, aliás, a própria justificativa para o fato de a parte final do §2º fazer menção explícita ao inciso XI do art. 5º da Constituição Federal.³⁷ Logo, a ressalva constante do §2º do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 – *exceto na casa* – refere-se exclusivamente ao *período noturno*, do que se infere que é possível a instalação de dispositivo de captação ambiental no interior de domicílio alheio *durante o dia* por meio de *operação policial disfarçada*, aqui compreendida não como uma espécie de *infiltração policial* (Lei n. 12.850/13, arts. 10 a 14), mas sim como uma *operação policial não ostensiva*, executada de maneira discreta de modo a não levantar qualquer suspeita por parte dos moradores acerca da verdadeira finalidade da presença das autoridades policiais naquela casa;

3. Possibilidade de instalação de dispositivos de captação ambiental no interior da casa, inclusive no período noturno: em precedente anterior à entrada em vigor do Pacote Anticrime, atinente ao envolvimento de advogado em práticas criminosas, o Supremo Tribunal Federal concluiu, com esteio no princípio da proporcionalidade, que, em situações excepcionais, há de se admitir a possibilidade da denominada *exploração de local*, de modo a permitir a instalação de dispositivos eletrônicos no interior da casa – *in casu*, em um escritório de advocacia –, mediante prévia autorização judicial, *inclusive*

37. Constituição Federal: “Art. 5º. (...) XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo, em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, *durante o dia, por determinação judicial*”. (nosso grifo)

durante o período noturno, eis que nem sempre é possível a execução dessas diligências durante o dia, dado o sigilo indispensável à própria eficácia desse meio de obtenção de prova. A propósito, confira-se: “(...) PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, *no período noturno*, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. (...) Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão”.³⁸ Resta saber, então, se esse entendimento jurisprudencial firmado com base no princípio da proporcionalidade – vedação da proteção deficiente – será mantido ou não pela Suprema Corte, a despeito do novel dispositivo acrescentado à Lei n. 9.296/96, sobretudo se considerarmos que é praticamente impossível levar adiante a instalação de dispositivos de captação ambiental de maneira sigilosa no interior da casa durante o dia, sem que seus moradores tomem conhecimento da execução da medida, o que, na prática, acabará por esvaziar a própria eficácia da interceptação ambiental. Como bem percebido pela Corte Suprema no julgamento supramencionado, “tais medidas não poderiam jamais ser realizadas com publicidade alguma, sob pena de intuitiva frustração, o que ocorreria caso fossem praticadas durante o dia, mediante apresentação de mandado judicial”.

10. (Im) possibilidade de utilização de gravação ambiental clandestina exclusivamente em favor da defesa

Lei n. 9.296/96 Antes da Lei n. 13.964/19	Lei n. 9.296/96 Depois da Lei n. 13.964/19
Sem correspondente.	<p>Art. 8º-A. (...) (...)</p> <p>§4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação. (Incluído pela Lei n. 13.964/19)</p>

38. STF, Pleno, Inq n. 2.424, Relator o Ministro Cezar Peluzo, DJe 26.3.2010. Reconhecendo a legalidade de provas colhidas por meio de escuta ambiental em ação controlada, nos termos do art. 2º, II e IV, da Lei nº 9.034/95: STF, 1ª Turma, HC 102.819/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05/04/2011, DJe 102 27/05/2011.

Como exposto anteriormente, a gravação ambiental é uma espécie de captação feita diretamente por um dos comunicadores independentemente de prévia autorização judicial, sem o conhecimento do outro e sem a interveniência de um terceiro, cuja licitude deve ser analisada casuisticamente. Sem embargo, por cautela, nada impede que o juiz autorize a gravação ambiental, se houver requerimento nesse sentido.

Quanto a sua (i) licitude, é ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência que, por força do princípio da proporcionalidade, a divulgação de gravação sub-reptícia de conversa própria reputa-se lícita quando for usada para comprovar a inocência do acusado, ou quando houver investida criminosa de um dos interlocutores contra o outro.³⁹ Assim é que deve ser considerada válida uma gravação clandestina em um crime de extorsão, quando produzida para comprovar a inocência do extorquido. Não há falar, portanto, em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversa por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime. Nessas condições, esse verdadeiro estado de necessidade justificante teria o condão de retirar da gravação ambiental qualquer pecha de irregularidade. Além do mais, o próprio art. 233, parágrafo único, do CPP, é categórico ao concluir pela licitude da utilização da comunicação epistolar *mesmo sem o consentimento do signatário*, quando presente o interesse do destinatário. Daí ter concluído o Supremo que é lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Afinal de contas, se a intimidade está sendo utilizada como escudo protetivo para a instrumento para a prática de crimes, há de se reputar válida a gravação da conversa telefônica pela vítima.⁴⁰

-
39. Por ocasião do julgamento do HC 84.203/RS (Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/10/2004), a 2ª Turma do STF reconheceu a licitude de gravação ambiental realizada por meio de câmera instalada em garagem pelo proprietário da casa, com a finalidade de identificar o autor dos danos a seu automóvel, independentemente de prévia autorização judicial. Não se trata de precedente isolado. A título de exemplo, confira-se: a) licitude de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores quando há investida criminosa do outro (STF, Pleno, HC 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 11/03/1998, DJ 25/09/1998); b) licitude de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou (STF, 2ª Turma, RE 402.717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/12/2008, DJe 30 12/02/2009); c) licitude de gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles sem o conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, notadamente quando constituir exercício de defesa (STF, 2ª Turma, AI 503.617 AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01/02/2005, DJ 04/03/2005).
40. STF, Tribunal Pleno, HC 75.388/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 11/03/1998, DJ 25/09/1998. Com entendimento semelhante, porém efetuada por vítima de concussão: STF, 1ª Turma, RE 212.081/RO, Rel. Min.

À exceção dessas hipóteses, há intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto à validade da prova obtida por meio de gravações clandestinas.

De um lado, parte da doutrina sustenta que gravações clandestinas representam patente violação ao direito à intimidade, uma vez que um dos interlocutores não tem conhecimento da captação da conversa, o que as torna ilegal, ilícita e moralmente condenável, mormente se considerarmos que não há, no Brasil, lei expressa admitindo-as. Se um dos interlocutores não tinha consciência da gravação, tal prova seria imoral por dois motivos: a uma, porque haveria má-fé de quem colhe a prova, já que usa de aparato visando iludir o outro interlocutor, enganando-o, já que não sabe da gravação; a duas, porque a prova pode ser induzida, já que aquele que conduz a conversa ou a gravação tem a possibilidade de obter a resposta desejada por meio astucioso.⁴¹ Nesse contexto, na Ação Penal n. 307/DF, o STF concluiu pela inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal), por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5º, X, da CF).⁴² Confirmando esse entendimento de que a análise da licitude (ou não) da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser casuística, ou seja, feita de acordo com as peculiaridades do caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça também considerou ilícita a gravação de conversa telefônica realizada pela amásia do réu, tão-somente com o intuito de responsabilizá-lo pelo crime, uma vez que a vítima do homicídio era pessoa com quem ela mantinha relação amorosa. Isso porque tal prova fora colhida com indevida violação de privacidade (art. 5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa.⁴³

Octávio Gallotti, j. 05/12/1997, DJ 27/03/1998. E ainda: STF, 1ª Turma, HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/06/1997, DJ 15/08/1997; STF, 1ª Turma, HC 75.261/MG, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 24/06/1997, DJ22/08/1997; STF, 1ª Turma, HC 87.341/PR, Rel. Min. Eros Grau, j. 07/02/2006, DJ 03/03/2006. No sentido de que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, com o objetivo de preservar-se diante de atuação desvirtuada da legalidade, prescinde de autorização judicial: STJ, 5ª Turma, AgRg no RHC 104.363/SE, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18.08.2020, DJe 24.08.2020; STJ, 6ª Turma, RHC n. 313.456/PI, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 24/3/2014.

41. É nesse sentido a posição de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha: *Da prova no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 58. Na mesma linha, segundo Luiz Flávio Gomes (op. cit. p. 427), não se pode divulgar o conteúdo de uma gravação. A isso se dá o nome de **direito à reserva**, que se distingue do **direito ao segredo**: neste o que se visa é evitar que um terceiro capte a comunicação alheia; por aquele o que pretende é a não divulgação daquilo que foi gravado clandestinamente. A divulgação indevida configura o delito previsto no art. 153 do CP. Quem divulga, sem justa causa, o conteúdo de uma gravação clandestina, está praticando um ilícito penal.
42. STF, Tribunal Pleno, AP 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13/12/1994, DJ 13/10/1995.
43. STJ, 5ª Turma, HC 57.961/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21/06/2007, DJ 12/11/2007, p. 242.

Com a devida vênia, a nosso juízo, não se cuidando de interceptação ambiental ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada pelo agente, há de se admitir a gravação clandestina como prova válida, nos moldes do que preconiza o art. 422 do novo CPC: “Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida”.

Reconhecido o direito de toda pessoa de gravar sua própria conversa, a gravação clandestina deve ser considerada prova lícita, salvo se sua obtenção violar princípios e garantias constitucionais, tais como o direito à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, à vedação da tortura e tratamentos desumanos e degradantes, ao direito ao silêncio, entre outros. Assim, a gravação clandestina será considerada ilícita quando o conteúdo da comunicação se referir a assunto que goza de sigilo profissional ou funcional protegido penalmente. Ainda que não haja proteção penal, pode tratar-se de sigilo implícito, como as intimidades que um amigo relata a outro, cuja revelação pode violar o direito fundamental à intimidade, salvo se feita para atender direito próprio ou por quem o sigilo protege.⁴⁴

Logo, desde que não haja, na conversa objeto da gravação clandestina, o direito à reserva (obrigação de guardar segredo), a parte contrária pode utilizá-la validamente em juízo. A verificação da configuração (ou não) do caráter reservado da comunicação deve ser extraído, de forma objetiva, de suas características, especialmente do local em que seja realizada, da forma de sua exteriorização e das cautelas dos interlocutores, que visam a resguardar o seu conteúdo. Outrossim, ainda que a gravação seja considerada ilícita, havendo outro interesse jurídico mais relevante que a proteção à intimidade, como a vida ou o direito à ampla defesa, há de se considerar lícita a gravação, por força do princípio da proporcionalidade.

No âmbito dos Tribunais, o *leading case* na matéria diz respeito a ex-ministro do Trabalho acusado de corrupção, sendo que a principal prova era uma gravação clandestina efetuada por um ex-assessor durante uma reunião. O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu pelo recebimento da denúncia

44. No sentido de que a gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa: STF, 2ª Turma, AI 503.617 AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01/02/2005, DJ 04/03/2005 p. 30.

com base na gravação clandestina.⁴⁵ Em outra importante decisão, a 2ª Turma do STF referendou a prisão cautelar do Senador Delcídio do Amaral, decretada pelo Min. Teori Zavascki, reconhecendo a validade da gravação ambiental levada a efeito pelo filho de Nestor Cerveró, um dos alvos da Operação *Lava Jato*, *in verbis*: “(...) Embora o art. 5º, LVI, da Constituição desautorize o Estado a utilizar-se de provas obtidas por meios ilícitos, considerados aqueles que resultem de violação às normas de direito penal, a gravação de conversa feita por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais é considerada lícita, para os efeitos da aludida vedação constitucional, quando não esteja presente causa legal de sigilo ou de reserva de conversação. (...) A Turma asseverou que a conduta por parte do filho do candidato à delação premiada no sentido de gravar reuniões com o senador e demais participantes não revelaria violação à normativa constitucional. Portanto, não macularia os elementos de provas colhidos (...)”.⁴⁶ Em síntese, como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica (ou ambiental) realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.⁴⁷

Enfim, em sede de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 583.937 QO-RG), o Plenário do STF deliberou pela fixação da seguinte tese (Tema n. 237): “**É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro**”. Enfim, à luz da jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, e como destacam Vinícius Marçal e Cleber Masson,⁴⁸ reputa-se lícita, pelo menos em regra, a gravação ambiental clandestina, feita sem a ciência do outro interlocutor, passível de

45. STF, Tribunal Pleno, Inq. 657/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 30/09/1993, DJ 19/11/1993. Em outro julgado, relatado pelo Min. Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legalidade de prova constante de gravação em fita magnética: STF, 2ª Turma, HC 69.204, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26/05/1992, DJ04/09/1992. Na visão do STJ, “a gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, e difere da interceptação telefônica, esta sim, medida que impescinde de autorização judicial (Precedentes do STF e do STJ)”. (STJ, 5ª Turma, RHC 19.136/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 20/03/2007, DJ 14/05/2007 p. 332). Também: STJ, 5ª Turma, RMS 19.785/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10/10/2006, DJ 30/10/2006 p. 335; STJ, 5ª Turma, RHC 14.041/PA, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 20/11/2003, DJ 09/12/2003, p. 296; STJ, 5ª Turma, REsp 214.089/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16/03/2000, DJ 17/04/2000 p. 78; STJ, 5ª Turma, HC 33.110/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 27/04/2004, DJ 24/05/2004 p. 318. Em outro julgado – STF, Tribunal Pleno, AP 447/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 18/02/2009, DJe 99 28/05/2009 –, a maioria do Plenário do Supremo também concluiu que é lícita a gravação ambiental de diálogo realizada por um dos interlocutores.

46. STF, 2ª Turma, AC’s 4.036 e 4.039 – Referendo-MC-DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 25.11.2015.

47. STF, 2ª Turma, RE 402.717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/12/2008, DJe 30 12/02/2009.

48. *Crime organizado*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2020. P. 320-321.

utilização tanto em favor da acusação quanto em favor da defesa, mesmo que desprovida de prévia autorização judicial, naquelas hipóteses já sedimentadas pela jurisprudência: a) como meio de defesa;⁴⁹ b) em razão de investida criminosa (v.g., vítima de concussão grava a conversa com o funcionário público); c) se não há reserva da conversação, leia-se, obrigação de guardar segredo; d) quando não restar caracterizado violação de sigilo, não havendo de se cogitar uma suposta (e inexistente) violação do direito à privacidade nesses casos.

Eis que surge, então, o Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 (n. 10.372/18 na Câmara dos Deputados), que deu origem à Lei n. 13.964/19. Ao ser aprovado pelo Congresso Nacional, era nesse sentido o teor do §4º do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96: “A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação”. Ocorre que o dispositivo acabou sendo vetado pelo Presidente da República, nos seguintes termos: “A propositura legislativa, ao limitar o uso da prova obtida mediante a captação ambiental apenas pela defesa, contraria o interesse público uma vez que uma prova não deve ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiará, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de se representar um retrocesso legislativo no combate ao crime. Ademais, o dispositivo vai de encontro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que admite utilização como prova de infração criminal a captação ambiental feita por um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, quando demonstrada a integridade da gravação (v.g. Inq-QO 2.116, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, publicado em 29/02/2012, Tribunal Pleno)”.

O veto em questão, todavia, foi rejeitado pelo Congresso Nacional. Sem embargo da inserção desse §4º ao art. 8º-A da Lei n. 9.296/96, já se pode antever o surgimento de inúmeros questionamentos acerca da validade desse novel dispositivo, senão vejamos:

a. Violação da vida privada ou da intimidade: o novel dispositivo vem na contramão da jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto – **Tese de Repercussão Geral fixada no Tema n. 237** –, que sempre considerou a gravação clandestina realizada sem prévia autorização judicial como espécie de *prova lícita*, pelo menos em regra, daí por que sua utilização poderia se dar tanto em favor da acusação, quanto em favor da defesa. Ao limitar o uso de uma prova lícita apenas pela defesa, o art. 8º-A, §4º, da Lei n.

49. STF, 2ª Turma, RE 402.717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/12/2008, DJe 30 12/02/2009.

9.296/96 vem de encontro não apenas à paridade de armas, consectário lógico do princípio do contraditório, como também representa um gravíssimo retrocesso legislativo no combate à criminalidade que assola o país, sobrevalorizando a tutela de interesses individuais disponíveis, como a intimidade e vida privada, em detrimento da proteção do interesse público na tutela da segurança pública. Nesse ponto, é importante atentar para o fato de que a gravação ambiental está sujeita ao inciso X do art. 5º da Constituição Federal,⁵⁰ diferenciando-se, nesse ponto, da interceptação telefônica, que se encontra tutelada pelo inciso XII do mesmo dispositivo.⁵¹ Ora, enquanto a Constituição Federal é explícita ao se referir à necessidade de prévia autorização judicial para fins de interceptação das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), em nenhum momento dispõe que eventual violação à intimidade e à vida privada das pessoas é matéria sujeita à cláusula de reserva de jurisdição (art. 5º, X);

b. Princípio da comunhão das provas: como exposto anteriormente, a gravação ambiental feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, independentemente de prévia autorização judicial, é espécie de *prova lícita*, pelo menos em regra. Prova disso, aliás, é o fato de o art. 10-A, §1º, da Lei n. 9.296/96, também incluído pelo Pacote Anticrime, ao tratar do crime de captação ambiental sem autorização judicial, dispor expressamente que *não haverá tal crime se a captação for realizada por um dos interlocutores*.⁵² Ora, se se trata de espécie de prova lícita, não há como justificar sua utilização apenas em *matéria de defesa*, leia-se, em favor do acusado, sob pena de evidente violação ao princípio da comunhão das provas, segundo o qual, uma vez produzida, a

50. Constituição Federal: “Art. 5º (...) X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

51. Constituição Federal: “Art. 5º (...) XII – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, *salvo no último caso, por ordem judicial*, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. (nosso grifo)

52. Por ocasião do julgamento do HC 84.203/RS (Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/10/2004), a 2ª Turma do STF reconheceu a licitude de gravação ambiental realizada por meio de câmera instalada em garagem pelo proprietário da casa, com a finalidade de identificar o autor dos danos a seu automóvel, independentemente de prévia autorização judicial. Não se trata de precedente isolado. A título de exemplo, confira-se: a) licitude de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores quando há investida criminosa do outro (STF, Pleno, HC 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 11/03/1998, DJ 25/09/1998); b) licitude de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou (STF, 2ª Turma, RE 402.717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/12/2008, DJe 30 12/02/2009); c) licitude de gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles sem o conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, notadamente quando constituir exercício de defesa (STF, 2ª Turma, AI 503.617 AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01/02/2005, DJ 04/03/2005).

prova é comum, não pertencendo a nenhuma das partes que a introduziu no processo, daí por que pode ser utilizada por qualquer das partes;

c. Princípio da proporcionalidade: firmada a premissa de que estamos diante de uma prova lícita, não há por que limitar sua utilização exclusivamente em matéria de defesa. Fosse a gravação ambiental clandestina espécie de prova ilícita, aí sim seria possível admitirmos sua utilização exclusivamente em favor do acusado. Isso porque é firme a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que o princípio da proporcionalidade não autoriza conclusão afirmativa quanto à tese da admissibilidade de provas ilícitas *pro societate*. Como já se pronunciou o STF, “(...) Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou imputação”;⁵³

d. (Des) necessidade de conhecimento prévio da autoridade policial ou do Ministério Público: para além de todas as impropriedades já mencionadas, o novel dispositivo faz referência à possibilidade de utilização, em matéria de defesa, da captação ambiental feita por um dos interlocutores *sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público*. Ou seja, interpretando-se *a contrario sensu* o dispositivo em questão, poder-se-ia concluir que, na eventualidade de a gravação clandestina ser executada sem o prévio conhecimento dos referidos agentes estatais, a captação sequer poderia ser utilizada em favor do acusado. Ora, se estamos diante de uma espécie de meio de obtenção de prova cuja realização independe de prévia autorização judicial, por que motivo haveria a necessidade de se dar mero conhecimento prévio ao Delegado de Polícia ou ao Promotor de Justiça (Procurador da República), se tais autoridades sequer têm atribuição para autorizar (ou não) a realização da diligência? Destarte, por se tratar de medida que não está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, é de rigor a conclusão no sentido de que o conhecimento prévio da autoridade policial (ou ministerial) acerca da realização da captação não é uma condição *sine qua non* para fins de se emprestar validade à gravação ambiental;

e. Demonstração da integridade da gravação: em sua parte final, o art. 8º-A, §4º, da Lei n. 9.296/96, incluído pela Lei n. 13.964/19, faz menção expressa

53. STF, 1ª Turma, HC 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.2001, DJ 14.12.2001.

à demonstração da integridade da gravação, como requisito indispensável à utilização da gravação ambiental. Nada mais óbvio. Com efeito, a demonstração da integridade da gravação, a ser aferida pela integralidade e continuidade das conversas e imagens captadas, não é um requisito exclusivo da gravação ambiental clandestina, mas sim de toda e qualquer evidência probatória. Prova disso, aliás, é o fato de a própria Lei n. 13.964/19 ter incorporado ao Código de Processo Penal diversos dispositivos referentes à proteção da *cadeia de custódia* – arts. 158-A a 158-F –, os quais são aplicáveis a todo e qualquer elemento probatório (v.g., drogas, *res furtiva*, mídias digitais). Compreendida, pois, a cadeia de custódia, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória, assegurando, assim, o rastreamento da evidência desde o local do crime até o julgamento pela autoridade judiciária competente, é de todo evidente que, independentemente da previsão explícita do art. 8º-A, §4º, *in fine*, da Lei n. 9.296/96 nesse sentido, a demonstração da integridade da gravação ambiental já seria uma medida obrigatória, nos exatos termos dos arts. 158-A a 158-F do CPP, incluídos pelo Pacote Anticrime.

11. Vigência dos vetos derrubados pelo Congresso Nacional

De acordo com o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar n. 95/98, incluído pela Lei Complementar n. 107/01, a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. Considerando-se, pois, que a Lei n. 13.964 foi publicada em data de 24 de dezembro de 2019, dispondo seu art. 20 que sua *vacatio legis* seria de 30 (trinta) dias, conclui-se que a vigência dos dispositivos sancionados pelo Presidente da República ocorreu no dia 23 de janeiro de 2020.

Raciocínio diverso, todavia, há de ser aplicado àqueles dispositivos que resultaram da derrubada dos vetos presidenciais ao Pacote Anticrime pelo Congresso Nacional. Como explica Marcelo Novelino,⁵⁴ quando ocorre a derrubada do veto pelo Congresso, a parte do projeto de lei que havia sido vetada não entra em vigor na mesma data dos dispositivos sancionados – ou seja, não tem eficácia retroativa (*ex tunc*) –, mas apenas a partir da publicação da parte vetada (*ex nunc*), quando esta passa a ter obrigatoriedade (LINDB, art. 1º). Nessa linha, como já se pronunciou o STF, “(...) quando há veto parcial, e

54. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Método, 2021. p. 712.

a parte vetada vem a ser, por causa da rejeição dele, promulgada e publicada, ela se integra na lei que decorreu do projeto. Em virtude dessa integração, a entrada em vigor da parte vetada segue o mesmo critério estabelecido para a vigência da lei a que ela foi integrada, considerado, porém, o dia de publicação da parte vetada que passou a integrar a lei, e, não, o desta.”⁵⁵

Em 30.04.2021 finalmente ocorreu a promulgação pelo Presidente da República das partes vetadas da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Com a promulgação publicada no Diário Oficial da União, inicia-se a contagem da *vacatio legis* de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 8º, § 1º, da Lei Complementar n. 95/98, incluído pela Lei Complementar n. 107/01.

55. STF, 2ª Turma, RE 85.950/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 31.12.1976.