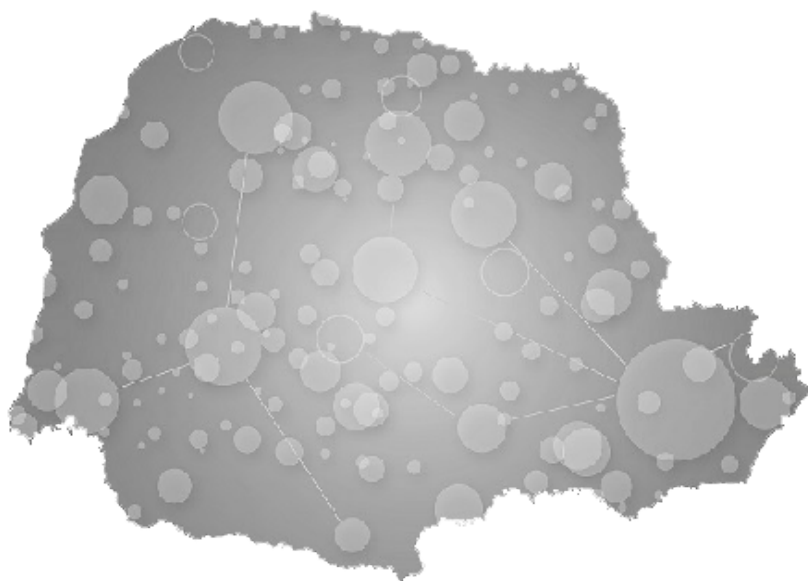


CURITIBA 2021

Centro de Apoio Operacional das Promotorias
Criminais, do Júri e de Execuções Penais

LEI N.º 13.964/19

Breves notas sobre os vetos rejeitados



*MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná*



*MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná*

COORDENAÇÃO-GERAL

Hélio Airton Lewin | Procurador de Justiça/MPPR

COORDENAÇÃO DOS TRABALHOS

Marcelo Adolfo Rodrigues | Promotor de Justiça/MPPR

Ricardo Casseb Lois | Promotor de Justiça/MPPR

Paulo Sergio Markowicz de Lima | Promotor de Justiça/MPPR

EQUIPE TÉCNICA

Brunno Lopes Oliveira | Assistente de Promotoria

Donizete de Arruda Gordiano | Assessor de Procurador

Kenny Robert Lui Bettio | Assessora de Promotor

ARTE E DIAGRAMAÇÃO

Ana Paula Moreira | Assessora de Promotor

SUMÁRIO

1 APRESENTAÇÃO.....	2
2 CÓDIGO PENAL: PARTE ESPECIAL.....	4
2.1 Homicídio.....	4
2.2 Crimes contra a honra.....	4
3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	7
4 INVESTIGAÇÃO: ASPECTOS GERAIS.....	9
4.1 Investigação de fatos referentes ao uso de força letal.....	9
4.2 Captação ambiental (Lei 9.296/96).....	11
5 EXECUÇÃO PENAL.....	14
5.1 Progressão de regime (LEP).....	14
5.2 Identificação do perfil genético.....	15

1 APRESENTAÇÃO

Ao promulgar a Lei n.º 13.964/19, em data de 24 de dezembro de 2019, a Presidência da República o fez depois de apôr vetos em 24 dispositivos¹.

Porém, após a apreciação dos vetos pelo Congresso Nacional, 16 vetos foram rejeitados e 8 mantidos². O texto dos vetos rejeitados foi publicado em data de 29 de abril de 2021³. Já quanto ao início de sua **vigência** parece-nos que se dará **a partir do dia 29 de maio de 2021**⁴.

Por essa razão, em continuidade aos trabalhos de acompanhamento da política legislativa em matéria criminal e em complemento ao material elaborado pela equipe deste Centro de Apoio por ocasião da publicação da lei⁵, vem a lume o presente estudo.

Quanto ao seu escopo, novamente opta-se por uma abordagem que, longe de pretender-se exauriente, busca apenas ressaltar as principais alterações legislativas, bem como promover análises pontuais de eventuais repercussões no modo de atuação do Ministério Público.

Metodologicamente, portanto, o material aqui publicado limita-se a *sistematizar as redações legislativas* que foram acrescentadas e que mais impactam na atuação ministerial. Em relação a cada uma delas foram inseridas *breves notas* elaboradas por nossa Equipe, buscando contrastar as novas

¹ Conforme Mensagem nº 726/19. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso em: 26. abr. 2021.

² Conforme Veto nº 56/2019. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12945>>. Acesso em: 2. abr. 2021.

³ Conforme edição do DOU disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.964-de-24-de-dezembro-de-2019-317063439>>. Acesso em: 30. abr. 2021.

⁴ Isto porque, segundo entendimento do STF: “Quando há veto parcial, e 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.** (RE 85950, Relator(a): MOREIRA ALVES, Segunda Turma, julgado em 26/11/1976, DJ 31-12-1976 PP-11240 EMENT VOL-01047-05 PP-01241 RTJ VOL-00081-02 PP-00640 – destaque nosso). Assim, considerando **(a)** que o critério utilizado pelo art. 20 da Lei nº 13.964/19 foi o estabelecimento de sua entrada em vigor “decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial”; e **(b)** o critério de contagem de prazo fixado pelo art. 8º, §1º da Lei Complementar nº 95/98, é que se chega na conclusão do prazo de vigência acima referido.

⁵ Confira-se o estudo intitulado “Lei Anticrime: Apontamentos iniciais sobre a Lei nº 13.964/2019”. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_-_Lei_Anticrime_-_Apontamentos_CAOPCrim-MPPR.pdf>. Acesso em: 26. abr. 2021.

disposições com o arcabouço legislativo, doutrinário e jurisprudencial até então vigente.

Curitiba, 12 de maio de 2021.

**Equipe do Centro de Apoio das
Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais**

2 CÓDIGO PENAL: PARTE ESPECIAL

2.1 Homicídio

Art. 121 (CP)

§2º.....

VIII – com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido⁶;

Notas CAOPCrim:

(a) Com a rejeição do veto presidencial ao dispositivo inseriu-se no rol do art. 121, §2º, mais uma qualificadora de caráter objetivo. Com a nova redação legal, volta a ter sentido a disposição do art. 1º inciso, I, da Lei nº 8.072/90, que inclui entre os crimes considerados hediondos o art. 121, §2º, inciso VIII, CP⁷;

(b) Quanto à superação das razões de veto, note-se que ainda quando as forças de segurança pública utilizem armamento de uso restrito, sua atuação dentro dos limites da legalidade já conta com amparo normativo – máxime após a inserção do art. 25, parágrafo único, CP – o que pode ser lido como um fator de enfraquecimento do argumento de “insegurança jurídica” alegado.

2.2 Crimes contra a honra

Art. 141 (CP)

§ 2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena⁸.

⁶ **Razões do veto:** “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”.

⁷ Ocorre que, mesmo durante a vigência do veto, o art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/90 previa expressamente como crime hediondo o até então inexistente art. 121, §2º, inciso VIII, CP.

⁸ **Razões do veto:** “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.”

Notas CAOPCrim:

- (a) Com a nova disposição elegeu-se um modo de execução específico dos crimes contra a honra para ser objeto de maior desvalor, tendo em vista a maior potencialidade de disseminação descontrolada das ofensas quando veiculadas por meio das redes sociais;
- (b) A majorante alcança as três formas de crimes contra a honra, a saber, a calúnia (art. 138, CP), a difamação (art. 139, CP) e a injúria (art. 140, CP);
- (b.1) ao utilizar a expressão “em triplo” e não “até o triplo” pode-se realizar a leitura de que não resta espaço para a adequação proporcional da pena em relação à aplicação da majorante, por ocasião da terceira fase da dosimetria;
- (c) Embora o tema certamente será objeto de análise por parte da doutrina e jurisprudência, em uma primeira leitura parece-nos possível compreender que, dada sua especificidade, a causa especial de aumento de pena em triplo aplicar-se-á aos casos em que a ofensa é de alguma forma veiculada por meio de redes sociais ligadas à rede mundial de computadores, ao passo que permanecerá vigente a hipótese de aumento de pena em um terço caso o crime seja cometido por *qualquer outro* “meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação e da injúria” (art. 141, inciso III, CP);
- (d) Conjugando a causa de aumento de pena em triplo, com os preceitos secundários dos arts. 138, 139 e 140, CP e ainda com as disposições das súmulas nº 243/STJ⁹ e nº 723/STF¹⁰, pode-se concluir que:
- (d.1) Algumas hipóteses dos crimes contra a honra poderão passar a não serem mais consideradas como infrações de menor potencial ofensivo¹¹, do que decorre, dentre outros fatores, o afastamento da competência dos juizados especiais criminais e a impossibilidade de apuração por meio de Termo Circunstanciado;

⁹ O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano. (Súmula 243, CORTE ESPECIAL, julgado em 11/12/2000, DJ 05/02/2001 p. 157)

¹⁰ Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

¹¹ V.g. art. 138, *caput* e art. 138, *caput*; ambos do CP. O mesmo se pode dizer nos restritos casos em que a majorante possa ser aplicada na hipótese do art. 140, §2º, CP.

(d.2) Ainda que apurado mediante inquérito policial, nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada “a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la” (art. 5º, §5º, CPP) e que, nesses casos, “os autos do inquérito serão remetidos ao juízo competente, onde aguardarão a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal, ou serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado” (art. 19, CPP);

(d.3) Algumas hipóteses dos crimes contra a honra poderão passar a não serem mais suscetíveis de aplicação da transação penal¹² e/ou da suspensão condicional do processo¹³.

(e) Nas hipóteses em que incidam simultaneamente a causa de aumento prevista no novo §2º e aquelas previstas nos incisos do *caput* ou no §1º, todos do art. 141, CP, deverá ser aplicada a regra do art. 68, parágrafo único, CP¹⁴;

(f) Por se tratar somente de uma causa especial de aumento de pena, parece-nos importante ressaltar que a nova disposição não incrimina, por si só, a conduta daquele que, sem ter tido qualquer participação na ofensa originária, tão somente a divulga por meio das redes sociais¹⁵, devendo, entretanto, cada conduta ser concretamente analisada se, isoladamente, não configura novo delito.

¹² Os mesmos casos referidos na nota de rodapé anterior.

¹³ V.g. art. 138, *caput*; e art. 139, §3º, ambos do CP.

¹⁴ Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

¹⁵ A constatação, por óbvio, não se aplica aos casos em que a lei penal expressamente contempla a conduta daquele que divulga a ofensa, como, por exemplo, o art. 138, §1º, CP: “Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.”

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Art. 3º-B (CPP)

§ 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 videoconferência¹⁶.

Notas CAOPCrim:

(a) Por ocasião da elaboração do estudo “Lei Anticrime: Apontamentos iniciais sobre a Lei nº 13.964/2019” pontuamos que, em razão da inexistência de norma proibitiva expressa, a possibilidade ou não de realização de audiência de custódia por meio de videoconferência ficaria na dependência do entendimento adotado nos atos infralegais sobre o tema.

Desde o surgimento da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que por meio de atos regulamentares, houve oscilação a respeito da admissão da possibilidade de sua realização a distância.

Todavia, com o advento das medidas restritivas impostas para o enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus (SARS-CoV-2), pacificou-se ser admissível a realização deste ato por meio de videoconferência¹⁷, posicionamento vigente até o momento da entrada em vigor do texto do veto rejeitado.

Havendo, agora, disposição legal expressa no sentido da vedação desta possibilidade, ganha força a leitura de que as disposições regulamentares,

¹⁶ **Razões do veto:** “A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente 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 77580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017). Ademais, o dispositivo pode acarretar em 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 as regras 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 nº 13.707, de 2018).”

¹⁷ Sobre o tema, confira-se (a) o quanto decidido pelo STJ nos autos do [HC nº 590.140](#); e (b) as disposições da [Resolução nº 329/2020-CNJ](#).

porque infralegais, não poderão se sobrepôr ao quanto determinado pelo Poder Legislativo.

De todo modo não se pode olvidar que o texto em comento pertence ao art. 3º-B, CPP, na redação concedida pela Lei n. 13.964/2019 (juiz das garantias e normas correlatas), cuja vigência encontra-se suspensa por determinação do STF nos autos da ADI nº 6.299/DF¹⁸. Portanto, parece-nos que mesmo após o fim do período de *vacatio* do texto dos vetos rejeitados, **continuará sendo possível realizar audiência de custódia por meio de videoconferência**, ao menos até ulterior deliberação do STF sobre o tema;

- (b) Com a inclusão desse dispositivo, desaparecem quaisquer dúvidas que se pudesse ter a respeito do ato de realização da audiência de custódia ser de competência do juiz das garantias, já que a previsão está contida no art. 3º-B, CPP, que tem por objeto justamente elencar os casos de atuação desse juízo;
- (c) Sobre as consequências da não realização da audiência de custódia no prazo estipulado, relembramos que o tema pende de apreciação perante o Supremo Tribunal Federal, que nos autos da ADI nº 6.299/DF suspendeu a vigência do art. 310, §4º, CPP¹⁹.

¹⁸ Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ADI_6305_6300_6299_6298_-_22-01-2020.pdf>. Acesso em: 30. abr. 2021.

¹⁹ Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

[...]

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

4 INVESTIGAÇÃO: ASPECTOS GERAIS

4.1 Investigação de fatos referentes ao uso de força letal

Art. 14-A (CPP)

§ 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 este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.

Art. 16-A (CPPM)

§ 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 do investigado nos procedimentos de que trata

esse artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados²⁰.

Notas CAOPCrim:

(a) A partir da inserção do art. 14-A, CPP e do art. 16-A, CPPM, passou-se a exigir que fosse oportunizado ao investigado a constituição de defensor para o acompanhamento das investigações contra ele instauradas, quando (a.1) tratar-se de servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição da República; e (a.2) o objeto da investigação seja a apuração de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício da função.

A alteração advinda com a rejeição do veto diz respeito ao procedimento a ser adotado nos casos em que o investigado, após devidamente notificado da existência da investigação, deixar de constituir defensor.

Anteriormente a lei apenas esclarecia que, ausente a constituição de defensor, caberia à autoridade responsável pela investigação “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” (art. 14-A, §2º, CPP e art. 16-A, §2º, CPPM)²¹.

Após a promulgação dos §§ 3º a 5º de ambos os artigos, acrescenta-se a determinação de que a representação do investigado dar-se-á preferencialmente por membros da Defensoria Pública respectiva, com a possibilidade subsidiária de nomeação de defensor dativo. Nesse último caso as despesas correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que o investigado esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados;

²⁰ **Razões do veto:** “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 deverá disponibilizar profissional, viola o disposto no art. 5º, inciso LXXIV, combinado com o art. 134, bem como os arts. 131 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. 2-8-2004, P, DJ de 4-3-2005).”

²¹ O tema já era objeto de acompanhamento por parte do GAESP nos autos do Procedimento Administrativo nº MPPR-0046.19.159322-0.

(b) Sobre o tema vale ainda a lição de Renato Brasileiro de LIMA:

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)²².

Tal entendimento parece-nos permanecer hígido mesmo no novo cenário legislativo. Caso adotada essa leitura, as providências cabíveis por parte dos órgãos investigatórios ficariam adstritas à:

(b.1) notificação do investigado, dando-lhe ciência da instauração do procedimento, bem como cientificando-o da possibilidade de que constitua defensor;

(b.2) verificada a ausência de constituição de defensor por parte do investigado, intimar a instituição a que ele estava vinculado à época dos fatos investigados, para que esta indique defensor.

4.2 Captação ambiental (Lei 9.296/96)

Art. 8º-A

§ 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 caput do art. 5º da Constituição Federal²³.

[...]

§ 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.²⁴

²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 192-193.

²³ **Razões do veto**: “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 82788, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/04/2005).”

²⁴ **Razões do veto**: “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

Notas CAOPCrim:

- (a) Em relação ao §2º a principal inovação é a vedação de instalação de dispositivo de captação ambiental quando o local da captação for uma “casa”²⁵. Sobre o tema poder-se cogitar duas leituras;
- (a.1) A primeira, no sentido de que a vedação de instalação do dispositivo na casa só se daria quando a instalação fosse realizada no período noturno²⁶, já que o próprio dispositivo legal remete ao art. 5º, inciso XI, CR, que por sua vez veda o ingresso em domicílio no período noturno para o cumprimento de decisões judiciais;
- (a.2) a segunda, entendendo que a vedação da instalação do dispositivo na casa se daria independentemente do horário da diligência;
- (b) A despeito da leitura que se adote, fato é que, tal como ressaltado nas razões de veto, haverá inevitável esvaziamento da providência investigatória, tendo em vista a que a instalação de um dispositivo de captação ambiental poderá ser facilitado em períodos em que haja um menor movimento de pessoas no local do alvo;
- (c) A previsão do §4º gera grandes controvérsias, pois, conforme constou na justificativa do veto, uma primeira leitura permite concluir que se está indo contra a jurisprudência já consolidada dos Tribunais Superiores no sentido de se permitir a utilização como prova, seja em matéria de defesa ou de acusação, de gravação ambiental feita por um dos interlocutores, ainda que sem conhecimento dos demais²⁷.

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 da 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 2116, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Britto, publicado em 29/02/2012, Tribunal Pleno).”

²⁵ Não é demais lembrar que o conceito de casa deverá tomar por referência as disposições do art. 150, §§4º e 5º, CP.

²⁶ A definição do que seja “período noturno” poderá ser retirada do art. 22, III, da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19), que incrimina a conduta de ingresso em domicílio para cumprimento de mandado de busca e apreensão **após as 21h (vinte e uma horas ou antes das 5h (cinco horas))**.

²⁷ “No Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 583.937 a Corte firmou a tese de que: É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro, guiada pela premissa de que quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação (...)” (STF - AgR HC: 141157 PE - PERNAMBUCO 0001930-71.2017.1.00.0000, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento:

Nesse contexto, ante a ausência de orientações doutrinárias e jurisprudenciais atuais sobre o tema, uma primeira análise permite algumas leituras:

(c.1) A primeira, no sentido de que a interpretação deve ser restritiva, sendo permitida a utilização como prova a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores somente quando efetuada sem o conhecimento prévio da autoridade policial ou do Ministério Público, e exclusivamente em matéria defensiva (do acusado). Tal interpretação, a nosso juízo, gera evidente violação ao princípio da proporcionalidade, por configurar proteção deficiente, com grave prejuízo ao interesse público;

(c.2) Outra interpretação possível abarcaria as situações denominadas de *investidas criminosas*, quando a vítima de um delito grave determinada situação a fim de comprovar a sua ocorrência. Nesse caso, a jurisprudência entende que a vítima atuaria em defesa de seus próprios direitos²⁸. No entanto, caso essa gravação derive de orientação da autoridade policial ou do Ministério Público, seria, em tese, exigível a autorização judicial. Em resumo, admitir-se-ia a utilização de gravações realizadas *sponte própria* pelas vítimas de crimes, para proteção dos seus próprios direitos.

(d) No contexto da eventual utilização da prova, há que se estar atento à previsão do art. 25, parágrafo único, da Lei n. 13.869/2019²⁹, observadas, por evidente, todas as peculiaridades que envolvem a Lei de Abuso de Autoridade, sobretudo seus requisitos subjetivos e a impossibilidade de configuração de crime de hermenêutica.

29/11/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-274 11-12-2019).

²⁸ Nesse sentido: "(...) gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor (...) considerada lícita se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa de outro." (STF, HC 80949, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001); Também: "(...) demonstrada a investida criminosa contra o autor da gravação, a atuação deste - em razão, inclusive, do teor daquilo que foi gravado - pode, às vezes, indicar a ocorrência de excludente de ilicitude (a par da *quaestio* do princípio da proporcionalidade). A investida, uma vez caracterizada, tornaria, daí, lícita a gravação (precedente do Pretório Excelso, inclusive, do c. Plenário)." (STJ - Apn: 479 RJ 2005/0132002-3, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 29/06/2007, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 01/10/2007 p. 198).

²⁹ Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

5 EXECUÇÃO PENAL

5.1 Progressão de regime (LEP)

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.³⁰

Notas CAOPCrim:

- (a) O bom comportamento, aferido através do atestado de conduta carcerária, trata-se de elemento que compõe o requisito subjetivo para progressão de regime, portanto, de acordo com o § 7º, ele poderá ser readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito;
- (b) Da primeira leitura do dispositivo parece haver contradição interna: enquanto a primeira parte estabelece prazo peremptório para a reabilitação de qualquer espécie de falta praticada (sem identificar se leve, média ou grave), o segundo corpo parece promover uma *limitação objetiva* à análise do requisito subjetivo³¹. Ocorre que, para que se confira integridade ao art. 112, parece imprescindível que a leitura do parágrafo 7º seja feita de modo concatenado com o parágrafo 1º. Assim, o sentenciado teria seu comportamento novamente considerado bom seja em razão do decurso do lapso temporal de um ano contado desde a prática da falta *ou, ainda*, antes de referido prazo, *desde que sua boa conduta seja comprovada pelo diretor do estabelecimento penitenciário*.

³⁰ **Razões do veto:** “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 pré-concebida pela Lei nº 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.”

³¹ Uma rápida leitura do dispositivo parece levar à equivocada conclusão no sentido de que, se o requisito objetivo à obtenção de determinado benefício for anteriormente ao período depurador de 1 ano desde a falta, esta não poderia ser considerada como fundamento à negativa da concessão. Por óbvio, tal conclusão desnaturaria a própria lógica da concessão de benefícios, que demanda a *conjunção* de requisitos objetivos e subjetivos.

- (c) Essa previsão, encontra-se em consonância com o que a doutrina declara a respeito do lapso temporal, ademais cabe mencionar que se trata de matéria que vinha sendo regulamentada pelos Estados, por meio de Estatutos Penitenciários, o que, muita vezes, acabava implicando certa discrepância devido ao estabelecimento de prazos distintos nas legislações estaduais³².
- (d) Ressalta-se, ainda, que a orientação jurisprudencial, especialmente do Superior Tribunal de Justiça³³, vem sendo pautada no fundamento de que as faltas graves cometidas em período longínquo, e já reabilitadas, não configuram fundamento idôneo para indeferir o pedido de progressão de regime³⁴, posicionamento esse diametralmente oposto do quanto disposto nas razões do veto do § 7º, o qual foi recentemente rejeitado pelo Congresso Nacional.

5.2 Identificação do perfil genético

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.³⁵

³² “O ideal seria padronizar nacionalmente as faltas dos presos, sem que houvesse discrepância na legislação estadual. Aliás, por não existir previsão a esse respeito na lei federal, praticamente inexistente previsão de falta leve ou média diante da lacuna deixada pelos Estados. Entretanto, o Presidente da República editou o Decreto 6.049/2007, dispondo sobre as faltas leves e médias (arts. 43 e 44) e estabelecendo, inclusive, as sanções aplicáveis (art.46). Parece-nos que, à falta de legislação estadual sobre o assunto e, cuidando-se de presídio federal, deveria ser editada lei federal, disciplinando o tema. Assim não ocorrendo, teremos o direito de execução penal, com reflexos no cumprimento da pena (direito penal), fugindo do princípio da legalidade. Note-se que o atestado da conduta carcerária fará constar conduta regular e não boa conduta, em caso de prática de faltas leves ou médias (art. 79 do mencionado Decreto Federal). Em razão disso, ficará preso privado de progressão. Ora, tais faltas não têm respaldo legal. Cremos inadmissível a sua aceitação para tais fins”. (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 6ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, página 253).

³³ Vide Edição n. 144 - Jurisprudências em teses: falta grave em execução penal – II do STJ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?tipo=JT&livre=%28%28FALT%24+OU+INFRAC%24+OU+DISCIPLIN%24%29+ADJ+GRAV%24%29+PROX10+%28ANTIG%24+OU+REABILIT%24+OU+ATRAS+OU+LONGIN%24%29&b=TEMA&thesaurus=JURIDICO>>.

³⁴ Vide também: STJ. AgRg no HC 547.113/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 23/06/2020, disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1955162&num_registro=201903497075&data=20200623&formato=PDF>

³⁵ **Razões do veto:** “A proposta legislativa, ao alterar o caput do art. 9º-A, suprimindo a menção expressa aos crimes hediondos, previstos na Lei nº 8.072, de 1990, 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

[...]

§ 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.³⁶

§ 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.³⁷

§ 7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial³⁸.

Notas CAOPCrim:

(a) Com a rejeição do veto opera-se mudança no paradigma de seleção do rol de delitos cujas condenações dão ensejo à extração de elementos identificadores do perfil genético. Estarão obrigados, agora, aqueles condenados por: (i) *crimes dolosos praticados com violência grave contra a pessoa*. Inicialmente, importante apontar a ambiguidade da expressão “violência grave”. Embora se vislumbre que uma série de delitos previstos na lei de crimes hediondos permaneça alcançada pelo rol, outros necessariamente estariam excluídos (já que o critério agora empregado é a presença de *grave violência contra a pessoa*). A título de exemplo, excluídos delitos em que haja violência empregada contra a coisa e até delitos 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.”

³⁶ **Razões do veto:** “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.”

³⁷ **Razões do veto:** “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.”

³⁸ **Razões do veto:** “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.”

perigo comum, estariam exonerados da obrigatoriedade de cessão de material genético aqueles condenados por crimes de furto com uso de explosivo, ainda que manejados por organizações criminosas armadas; (ii) *crimes contra a vida*. Aqui, independente de se tratar de crime doloso, o perfil genético será coletado no caso de condenação pela prática dos crimes previstos nos artigos 121 a 128 do Código Penal. (iii) *crimes contra a liberdade sexual ou crimes sexuais contra vulneráveis*. Aqui o legislador abrange todos os delitos previstos nos capítulos I e II do Título VI do Código Penal. Assim, incluem-se os crimes previstos nos artigos 213 a 218-C, excluindo-se apenas o delito do artigo 216-B em razão de estar situado em capítulo próprio;

- (b) Quanto ao agente público designado para extração do material genético, a atribuição, tanto para coleta e elaboração do laudo, fica à disposição unicamente de um perito oficial.

Em atenção à legislação (Lei nº 12.030/09), entende-se como peritos de natureza criminal: os peritos criminais, peritos médico-legistas e peritos odontologistas com formação superior específica detalhada em regulamento;

- (c) A controvérsia geral, a respeito da constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos em banco de dados estatal deverá ser dirimida em breve pelo Supremo Tribunal Federal, visto que o tema é objeto de tese de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 973.837.