

Direito penal, processo penal e delação na nova lei “anticrime”



Pierpaolo Bottini
advogado e professor

Introdução

Publicada na véspera do Natal e prevista para entrar em vigor após 30 dias, a Lei 13.964/19 inova no campo penal, processual penal e altera inúmeras leis especiais. Seus efeitos práticos e seus impactos concretos serão dimensionados com o tempo, de forma que qualquer análise atual será preliminar, e provavelmente açodada.

Ciente de tal precariedade, a presente reflexão não pretende ser completa ou exaustiva, por versar sobre apenas partes da norma, mas descrever pontos que parecem importantes e insinuar possíveis desdobramentos.

Das inovações penais

No campo penal, um dos pontos mais relevantes é a elevação do tempo máximo de prisão para 40 anos – antes 30 anos – e a inversão do ônus da prova sobre a identificação do *produto do crime*.

Sobre este último ponto, *produto do crime* é tudo aquilo que se obtém com a prática delitativa, como o carro roubado, os recursos desviados em *peculato*, ou oriundos da *corrupção passiva*. Por óbvio, tais bens são *perdidos* com a condenação criminal.

Para isso, o Ministério Público deve *provar* a origem ilícita dos recursos. Isso mudou para crimes com pena máxima superior a 6 anos. Nesses casos o juiz pode *pressupor* que é *produto do crime* toda a parcela do patrimônio do condenado incompatível com seu rendimento lícito, garantindo-se a ele o direito de provar o contrário.



A nova regra inverte o *ônus da prova*, impondo ao condenado o dever de demonstrar a origem lícita de seus bens, quando o princípio da *presunção da inocência* impõe que ao Estado a obrigação de provar fatos que justifiquem a intervenção estatal na liberdade e no patrimônio do réu. A inexistência de provas sobre a origem lícita ou ilícita dos bens do acusado deveria presumir sua legitimidade e não o contrário.

As regras sobre prescrição também foram alteradas. A nova lei prevê que os prazos prescricionais não *correm* na pendência de certos recursos, em especial embargos de declaração ou aqueles remetidos aos Tribunais Superiores, como os recursos especiais ou extraordinários¹.

Nesses casos, o prazo de prescrição somente *seguirá correndo* se estes recursos forem *admitidos*, ou seja, se os requisitos previstos em lei para sua utilização forem respeitados (como prazo para interposição, legitimidade, existência de interesse processual, de objeto a ser questionado, etc). Caso o recurso seja *inadmitido*, ou seja, não conhecido, não apreciado, por falta destes requisitos, todo o tempo gasto com essa análise será desconsiderado para fins de prescrição. É como se esse tempo não tivesse passado para o cálculo da prescrição.

Das inovações processuais

No campo processual a principal novidade é a previsão do juiz de garantias. Pelas novas regras, o juiz que atua na fase de investigação criminal – que decide sobre escutas telefônicas, prisões preventivas, buscas e apreensões e outros incidentes – não pode julgar o mérito do caso.

Não se trata de medida inédita – como aponta TORON, o Estado de São Paulo já trabalha com essa organização há 30 anos² – e que pode ser implementada com pequenos ajustes estruturais. Tem a vantagem de garantir que o magistrado que profere a sentença não seja protagonista da investigação. Busca-se do juiz que decidirá o mérito da questão a serenidade e a imparcialidade, estados mentais nem sempre presentes naquele que atuou na investigação, decretou medidas cautelares ou teve contato com elementos precários de prova.

Haverá discussão sobre a aplicação da regra aos processos em andamento. As leis processuais não retroagem, mas são aplicáveis a partir de sua vigência. Com isso, os processos sob os cuidados de juiz que atuou no inquérito policial devem ser remetidos ou redistribuídos a outro magistrado, para evitar que a decisão final seja proferida por alguém que, segundo o legislador, está impedido de atuar no caso.

Outra novidade é o acordo de não persecução penal, que já estava previsto em Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público mas não em lei. A partir da vigência da nova norma, nos casos de infrações com pena mínima inferior a 4 anos, praticadas sem violência ou grave ameaça, o Ministério Público pode propor o não processamento do acusado, desde que ele repare o dano, confesse a prática, preste serviços à comunidade e pague uma prestação pecuniária.

Não se trata de colaboração premiada porque não se exige a cooperação para esclarecimentos de fatos ou auxílio em investigações – basta a confissão e o cumprimento das obrigações fixadas para afastar o processo penal. Tal medida deve desafogar a Justiça e reduzir o número de encarcerados.

No que se refere às cautelares, a nova lei apresenta aspectos positivos. Institucionaliza a audiência de

custódia e limita as hipóteses de decretação da prisão preventiva. Para esta última, passa-se a exigir que o juiz aponte expressamente o perigo *contemporâneo* gerado pela liberdade do acusado, não sendo mais admissíveis restrições à liberdade por atos pretéritos, distantes no tempo, por mais graves que sejam. Ademais, não se admite a decretação da prisão preventiva sem fundamentos concretos, sendo vedada a mera alusão a trechos de lei, a conceitos jurídicos indeterminados ou o uso de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. Para além disso, aquele que decretou a preventiva deve revisitar a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias, evitando-se o prolongamento da medida sem reanálises regulares.

Ainda que tais requisitos já fossem implícitos no texto legal anterior, dada a excepcionalidade da prisão processual, sua previsão expressa afasta dúvidas e permite que os Tribunais ajam com mais rapidez na correção de eventuais ilegalidades.

Um ponto negativo da lei, por sua inconstitucionalidade, é a admissão da *execução provisória da pena* nos casos de condenação pelo Tribunal do Júri quando a sanção for igual ou superior a 15 anos. Ainda que a norma admita efeitos suspensivos à apelação em determinados casos, a regra parece ser a determinação da prisão após o primeiro julgamento, mesmo na pendência de recursos.

Ocorre que a Constituição prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, art.5º LVII) e não prevê exceções para crimes específicos, julgados em ritos especiais, ou que tenham pena maior que um determinado número de anos. Assim, não parece que a inovação seja compatível com o texto constitucional.

Da colaboração premiada

Por fim, a lei apresenta alterações significativas no campo da colaboração premiada³.

Em artigo escrito neste Consultor Jurídico⁴, sustentei que a colaboração premiada era um importante instrumento de investigação criminal, mas a decretação de medidas cautelares, como prisões e buscas e apreensões calcadas unicamente nos depoimentos do delator eram perigosas, em especial quando ausentes outras provas, dada a parcialidade e a precariedade da narrativa de alguém envolvido com a organização criminosa.

A lei em comento regulou bem essa questão, vedando expressamente a determinação de medidas cautelares como apreensão e bloqueio de bens, prisões ou mesmo a abertura de processos penais só com base na palavra do colaborador. Assim, quando o delator oferecer informações relevantes, deve a autoridade buscar provas ou indícios que corroborem sua narrativa, que sustentem sua versão dos fatos, para só então pedir ao juiz medidas mais agressivas contra os delatados.

Com isso, coloca-se a palavra do colaborador no seu devido lugar. Sem deixar de reconhecer sua relevância, a narrativa do delator é mero meio de obtenção de prova, instrumento através do qual as autoridades vão buscar elementos capazes de demonstrar a existência dos fatos narrados e de sua autoria. Ao vedar cautelares e recebimento da denúncia com base apenas na palavra do colaborador o legislador incorporou na lei o posicionamento da 2ª Turma do STF, que em diversas oportunidades decidiu dessa forma⁵

A lei ainda aprimora outros aspectos do acordo de colaboração, dentre os quais a delimitação de seu *escopo* e uma alteração significativa na natureza da *homologação*.

Sobre o *escopo*, as novas regras preveem que o colaborador deve relatar às autoridades todos os fatos *relacionados à investigação*, e que a rescisão do acordo ocorrerá apenas quando houver omissão dolosa a respeito deles.

Isso não significa que a delação se limita aos *fatos investigados*. O colaborador pode — como informante — trazer informações sobre *outros ilícitos* dos quais tem conhecimento e não participou.

O que a lei estabelece é um limite à *obrigação de colaborar*. Pelas novas regras, o delator não precisa transformar o acordo em seu confissão absoluto, no qual relata *todos* os ilícitos que já praticou na vida, mesmo os estranhos aos fatos investigados. Se há um inquérito sobre corrupção no Estado do Paraná, por exemplo, a colaboração poderá se limitar a este tema, a não ser que o colaborador queira ampliar sua narrativa para além dele. Assim, não está obrigado, a relatar eventuais crimes contra o patrimônio ou fraudes que eventualmente tenha cometido em outro Estado, contra outras vítimas, por absoluta falta de relação ou conexão com o objeto das investigações.

Por óbvio que os fatos omitidos não estão cobertos pelo acordo. Caso sejam descobertos, o agente responderá por eles normalmente e não fará jus a qualquer benefício processual ou penal. No entanto, isso não será motivo para a rescisão do acordo de colaboração firmado no Paraná, uma vez que são fatos distintos, estranhos, sem conexão processual, e não afetam a eficácia ou efetividade do acordo pretérito.

Outra mudança significativa trata da *homologação do acordo* de colaboração. Pelo texto anterior, o colaborador e a autoridade policial ou o Ministério Público firmavam um acordo e o remetiam ao juiz para *homologação*, que consistia em uma decisão sobre a *legalidade* e *voluntariedade* do ato. O magistrado efetuava uma análise *formal* de suas cláusulas, sua compatibilidade com o ordenamento, sem adentrar no mérito dos fatos narrados, das provas trazidas ou da razoabilidade dos benefícios.

O novo texto legal prevê o juiz deve proceder a uma “*análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena antes de conceder os benefícios pactuados*”. Ao que tudo indica, tal decisão ocorre no momento da *homologação do acordo*, uma vez que tal dispositivo se encontra entre outros que tratam do mesmo tema. Com isso, a *homologação* deixa de ser um ato de mera análise *formal* das cláusulas do acordo, devendo o magistrado adentrar no *mérito* da acusação, analisar a narrativa do colaborador, e verificar sua pertinência e a razoabilidade do acordo.

Altera-se toda a sistemática da colaboração. Se antes a *homologação* analisava a *legalidade do acordo* e seu *mérito* e *eficácia* eram objeto da sentença ao final da instrução, agora o juiz deverá realizar uma *prévia* sobre o *mérito da denúncia* já no início da instrução, em uma antecipação precária e difícil de ser efetivada, até porque a lei não fixa quais os parâmetros e critérios para tal averiguação. Para além disso, ao fixar que o juiz deve avaliar o *mérito da denúncia* no momento de *homologar o acordo*, a lei impede a efetuação de pactos *antes* da existência da denúncia, hoje comuns para justificar *medidas cautelares* ou outros atos de investigação.

Conclusão



Em 1978, o primeiro-ministro inglês James Callaghan disse a Roberto Campos que fazer Constituições era um esporte perigoso, pois cada parlamentar sente uma tentação insopitável de escrever no texto constituinte sua utopia particular. Talvez o mesmo possa ser dito das alterações nas leis penais e processuais penais, ao menos daquelas que transformam profundamente institutos com os quais nosso sistema jurídico convive há muito tempo. Não se mexe impunemente em tempos de pena, prescrição, progressão de regime, atribuições de juízes, acordos na seara criminal e produção de provas.

Isso não significa que a mudança não seja necessária ou útil. A lei traz novidades importantes, como o juiz de garantias, a definição mais clara da natureza probatória da delação premiada, limites à prisão preventiva, mas também regras questionáveis, como a relativização da vedação à *execução provisória da pena* e a *inversão do ônus da prova* nos casos de perdimento, que podem abrir precedentes para violações mais claras e profundas a regras constitucionais consagradas.

É cedo para um balanço definitivo. Os efeitos da nova lei serão percebidos com o passar do tempo, com a análise judicial do alcance e extensão de seus dispositivos, com a percepção político criminal de seus desdobramentos. Existirão lamentos e aplausos diante de efeitos não antecipados e de circunstâncias não previstas, fenômenos naturais no advento de novas regras com tamanha extensão.

Mas o fato é que existe um novo marco legal no direito e no processo penal, que fixa parâmetros e critérios inovadores e distintos dos anteriores, sobre o qual ainda muito será escrito e debatido, servindo o presente artigo apenas como um primeiro esboço para reflexões futuras.

1 Embora tecnicamente o STF não seja “Tribunal Superior” nos termos da Constituição Federal

2 Em artigo escrito para o Estadão, acessível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juiz-de-garantias-uma-necessidade/>

3 Sobre o tema, ver artigo de Andre Luis Callegari, <https://www.conjur.com.br/2019-dez-25/callegari-lei-melhora-delacao-ainda-brechas>

4 <https://www.conjur.com.br/2019-set-30/direito-defesa-adequado-regulamentar-efeitos-depoimentos-delatores>

5 Por todas, STF, 2ª Turma, Inq. 3.994, Rel. para Acórdão Min. Dias Toffoli, publ. 05.09.2018

Autores: Redação ConJur