

Ementa: Indicação 01/2019 do IAB. Projeto de Lei nº 882/2019 da Câmara dos Deputados. A prática habitual, reiterada ou profissional de infrações como causa impositiva de fixação do regime inicial fechado e de denegação da liberdade provisória. Modificação no artigo 33 do Código Penal e no artigo 310 do Código de Processo Penal. Inconstitucionalidades já declaradas pelo Supremo Tribunal Federal nas espécies. Afronta ao inciso XLVI do artigo 5º da Constituição da República. Princípio da individualização da pena. Agressão aos incisos LVII e LXI do mesmo dispositivo constitucional. Presunção da inocência. Obrigatoriedade de fundamentação das ordens de prisão. Ausência de definição objetiva do conceito de reiteração delitiva. Excesso de discricionariedade judicial. Conceitos vagos ou de duvidosa precisão. Inconstitucionalidade patente. Imposição de regime fechado para determinados delitos. Pena mínima igual a dois anos. Desproporcionalidade. Inserção de parágrafo único no artigo 59 do Código Penal. Ofensa ao princípio da repartição dos poderes. Usurpação de competência na cominação de penas e nos critérios de progressão de regime. Criação do § 5º do artigo 2º da Lei 8.072. Dupla valoração negativa do mesmo fato. Parecer recomendando a rejeição das mudanças legislativas descritas nas seções V e XVI do anteprojeto em análise.

1. Introdução

Honrou-nos o IAB, por meio de sua Comissão de Direito Penal, com a designação para fazer parte do grupo de consócios incumbidos de comentar o anteprojeto de lei que pretende operar diversas modificações nas legislações penal, processual penal, de execução penal e extravagante. O referido anteprojeto, de autoria do Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça, Sérgio Moro, contém um



conjunto de dezenove medidas que, em sua absoluta maioria, a pretexto de combater a corrupção, o crime organizado e a criminalidade em geral, propõem recrudescer o exercício do poder punitivo. No presente parecer serão comentados os itens “V – Medidas para endurecer o cumprimento das penas” e “XVI – Medidas para dificultar a soltura de criminosos habituais”. Agradecemos de público e desde já a valiosa ajuda que Rafael Caetano Borges, advogado e atual presidente da Comissão de Segurança Pública da OAB-RJ, prestou para a elaboração do presente trabalho.

A explicação para o tratamento unitário de medidas penais, no caso da seção V, e processuais penais, no caso da seção XVI, é que em ambas utiliza-se o conceito de “prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais”, de cuja utilização na legislação penal brasileira, sob o influxo do positivismo criminológico, já se cogitou no passado, tendo sido objeto de estudo pelos juristas de então. A “habitualidade”, a “reiteração” e o “profissionalismo” representam diferentes designações para o mesmo fenômeno, que conta com larga tradição entre nós: a reincidência.

Antes de passarmos à análise do anteprojeto de lei, é preciso censurar veementemente o espírito geral e os objetivos que nortearam a sua elaboração e informaram as pretendidas alterações legislativas nele contidas. A utilização do encarceramento como solução para o problema da “criminalidade” urbana tem-se mostrado historicamente fracassada em todas as partes e ao longo do tempo, ao menos no que se refere aos seus objetivos *manifestos*. É preciso recordar que a lei penal brasileira busca extrair da pena duas funções: retributiva e *preventiva* (art. 59 CP). No que concerne à função preventiva, nosso ordenamento jurídico-penal adere explicitamente à prevenção especial positiva, como se depreende limpidamente do art 1º da LEP: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a *harmônica integração social do condenado e do internado*”.

No entanto, se são duvidosas, em geral, as possibilidades de a pena privativa de liberdade cumprir esse objetivo de “melhorar” o detento¹, o atroz sistema carcerário brasileiro, que, na dicção do Pleno do STF, constitui *estado de coisas inconstitucional* (cf. decisão liminar proferida, em 9 de setembro de 2015, em medida cautelar formulada nos autos da ADPF 347/DF), por conta de um “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas”, parece desenhado para produzir precisamente o fenômeno inverso: a deterioração da integridade física e mental dos seus ocupantes.

O indicador do sistema prisional brasileiro mais dramático e preocupante é, sem dúvida, a superpopulação carcerária. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias², em junho de 2016 (data da última atualização dos dados) o Brasil tinha 726.712 presos amontoados em um sistema que disponibiliza apenas 368.049 vagas, o que resulta em uma taxa de ocupação média de 197,4% (p. 7). Diversos estados da Federação apresentam taxa de ocupação superior a 200%, sendo que em alguns, como Ceará, Pernambuco e Amazonas, supera os 300%. A superlotação carcerária ocorre em todas as unidades da Federação, sem exceção (p. 8). Ao almejar a ampliação do número de presos, o anteprojeto do Ministro da Justiça mostra não se importar com essa característica tão conhecida quanto persistente e estereotipada do sistema prisional brasileiro.

Outro dado revelador do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias diz respeito ao consistente aumento da população prisional ao longo do tempo. Em 2000, o Brasil possuía 137 presos para cada grupo de 100.000 habitantes; em junho de 2016, eram 352,6 presos para cada 100.000 habitantes, o que representa um aumento de 157% (p. 12). Muito embora não exista uma compilação confiável, por estado da Federação e por ano, do número de delitos

¹ A propósito, ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. *et alii* salientam que “hoje, através das ciências sociais, está comprovado que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o prisionizado” (Direito Penal Brasileiro, Rio, 2003, Revan, t. I, p. 125).

² Organizado por Thandara Santos e disponível no endereço eletrônico www.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf.

reportados às agências de persecução penal³ (fato que, aliado à cifra oculta, torna o conceito de “criminalidade” e do seu derivado mais conhecido, a “impunidade”, vazio de conteúdo) o discurso oficial, veiculado sobretudo pelos meios de comunicação, é de que a “criminalidade” ou vem aumentando ou tem permanecido elevada. Entretanto, por motivos que não cabe aqui investigar, o discurso oficial não admite o fracasso da pena privativa de liberdade na missão de combater a insegurança pública, real ou percebida. Muito ao contrário, apropria-se desse fracasso para justificar a ampliação do sistema penal, em franca contradição com o que as estatísticas mostram. As medidas contidas no anteprojeto do Ministério da Justiça, em sua absoluta maioria, não passam de uma dose maior do mesmo remédio que comprovadamente não surte efeito nenhum.

2. “Conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”

No item V, a prática “habitual, reiterada ou profissional” de infrações penais (cláusula que será, doravante, referida apenas como “reiteração delitiva” para fins de fluidez do texto), ao lado da reincidência, justifica a imposição obrigatória de regime inicial fechado, independentemente da quantidade de pena que tiver sido imposta ao condenado, salvo se as condutas que compõem a reiteração delitiva do condenado forem “insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo”, nos termos do proposto § 5º do art. 33 do CP.

No item XVI, justifica a reinstituição da proscria e inconstitucional prisão preventiva obrigatória, aplicando-se a mesma exceção vista acima, nos termos do proposto § 2º do art. 310 do CPP, acrescentando-se à reincidência e à reiteração delitiva como causas da denegação da liberdade provisória o

³ Edson Lopes registra que “pesquisadores como Julita Lemgruber, Yolanda Catão e Jacques Levin têm abordado e denunciado a dificuldade de se lidar com dados de criminalidade no Brasil, pela insuficiente informatização do Sistema de Justiça Criminal e pela falta de pesquisas regulares de vitimização, tornando impossível determinar a quantidade de crimes cometidos no país e incógnitas como a ‘cifra negra’, ‘taxa de atrito’ e ‘taxa de esclarecimento do crime’” (Política e Segurança Pública, Rio, 2009, Contraponto, pp. 66-67).

pertencimento a organização criminosa e o portar arma de fogo de uso restrito em circunstâncias que indique ser o acusado membro de grupo perigoso.

Aqui, cumpre fazer uma distinção que diz respeito ao fundamento que se pretende extrair da reiteração delitiva numa e noutra medidas propostas. No item V, a reiteração delitiva é tratada como *causa de maior reprovação*, donde a imposição obrigatória de regime inicial fechado. Os olhos do juiz, portanto, estão direcionados para o *passado*. No item XVI, a reiteração delitiva estabelece uma *presunção de periculosidade* do acusado, uma presunção de que, se permanecer em liberdade, o acusado voltará a delinquir. O magistrado, pois, está com os olhos voltados para o *futuro*. Em ambos os casos, a utilização da reiteração delitiva é equivocada.

Ora, a imposição de regime inicial fechado obrigatório representa clara inconstitucionalidade decorrente da violação à garantia fundamental da *individualização da pena*, que possui assento expresso no art. 5º, inc. XLVI, da Lei Maior. Como explica Paganella Boschi, com o auxílio de Figueiredo Dias, “a garantia da individualização da pena constitui (...) um conjunto complexo de operações que envolve uma estreita cooperação – mas também uma separação de tarefas e de responsabilidades muito nítidas entre o legislador, de um lado, e os juízes da sentença e da execução, de outro, tudo conforme se extrai do sistema constitucional de competências que confere, ao primeiro, o poder para ditar os tipos penais e de estabelecer as penas e, aos últimos, o de atuar no caso concreto para delimitar, objetivamente, o âmbito da efetiva intervenção do Estado na esfera de liberdade de seus cidadãos”⁴. Sempre que a lei restringir o espaço de adequação da pena ao crime e ao seu autor, como ocorre com o pretendido § 5º do art. 33 do CP (e também com o pretendido § 6º do mesmo art. 33), ora comentado, estará atentando contra a garantia constitucional em apreço.

A propósito, convém lembrar o conteúdo da tese de repercussão geral definida no ARE 1.052.700/MG⁵, segundo a qual “é inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado,

⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Individualização da pena*. In CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio, Lumen Juris, 2002, p. 103.

⁵ STF, Pleno, rel. Min. Edson Fachin, DJe 1º.fev.18.

devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal”. O entendimento que o Supremo Tribunal Federal abraçou foi o de que “os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado”⁶. Está claro que as garantias da individualização pena, da execução penal e a proporcionalidade⁷ não toleram a eleição de um conjunto de situações que remetem ao comportamento do agente, como o é a reiteração delitiva, para que eles sejam colocados fora do raio de abrangência das regras gerais de fixação de regime e de progressão de penas.

Além da rematada inconstitucionalidade, outra observação a ser feita é a de que o anteprojeto *deixa à discricionabilidade do juiz* estabelecer o que deve ser entendido por prática “habitual, reiterada ou profissional” de infrações penais. O natimorto Código Penal de 1969 previa a possibilidade de que se impusesse pena privativa de liberdade de duração relativamente indeterminada ao criminoso habitual (e também ao criminoso por tendência, que aqui não será tratado). O art. 64, § 2º, daquele Código trazia um conceito expresso de “criminoso habitual”, sendo assim considerado quem: a) reincidisse pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos; ou, b) embora sem condenação anterior, cometesse sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstrasse, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes. Assim agiu o Código de 1969, segundo Alcides Munhoz Neto, “para que o reconhecimento da habitualidade ou da tendência, com graves reflexos na medida da reposta penal, *não varie ao sabor das concepções pessoais* do que seja criminoso habitual ou criminoso por tendência. O sentido das definições é, portanto, de *limitação do*

⁶ STF, HC 111840, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 12.set.13.

⁷ STF, HC 82.959, rel. Min. Marco Aurélio; Voto-vista: Min. Cezar Peluso, DJe 23.fev.06.

arbítrio judicial, em favor da segurança do direito, decorrente do princípio da reserva legal”⁸.

Com efeito, Zaffaroni, Batista e outros vislumbram ofensa ao princípio da máxima taxatividade legal e interpretativa, emanção do princípio da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX, CF), quando o legislador em sua obra “remete a conceitos vagos ou valorativos de *duvidosa precisão*”⁹, como parece ser o caso. Seria imperioso, pois, que a lei definisse no que consiste cada uma das três hipóteses de reiteração delitiva (criminoso habitual, reiterado e profissional), bem como o *standard* probatório mínimo para que se possa considerar configurada a habitualidade, reiteração ou profissionalização criminosa.

Outra inconstitucionalidade presente no proposto § 5º do art. 33 do CP está no *fundamento jurídico* para a imposição de regime inicial fechado obrigatório. Discorrendo sobre o regime penal mais gravoso dispensado pelo CP de 1969 aos criminosos habituais e por tendência, o já citado Munhoz Neto ponderou que “a agravção da pena (...) impõe que se identifique no delinquente crônico uma *culpabilidade em ser criminoso habitual* ou por tendência”. Aprofundando essa observação introdutória, Munhoz Neto esclareceu que “é necessário, portanto, encontrar o fundamento que permita censurar o autor nem só pelo que fez, mas, ainda, *pelo que é*, ou seja, quer pelo crime cometido, quer pela sua periculosidade, decorrente do estado de criminoso habitual ou por tendência”¹⁰.

Heleno Fragoso fez a mesma observação em relação à reincidência, que, na pretendida inclusão do § 5º ao art. 33 do CP, é equiparada às hipóteses de reiteração delitiva. Em magnífico artigo sobre o sistema do duplo binário adotado pelo CP de 1940 em sua forma original, o saudoso catedrático de direito penal da UERJ se perguntava: “se a pena se funda na culpabilidade e não pode ultrapassar a medida desta, como atribuir, na lógica do sistema, efeito agravante da pena à reincidência?”. Ele mesmo respondia na sequência: “somente com recurso à ideia,

⁸ NETO, Alcides Munhoz. *Criminosos habituais e por tendência*. In Revista de Direito Penal n. 15/16, jul./dez.1974, S.Paulo, ed. RT, pp. 24-25.

⁹ Cf. ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, N. *et al*, op. cit., p. 207.

¹⁰ Op. cit., p. 29.

a nosso ver inaceitável, de uma *culpabilidade pela conduta da vida*, é possível compatibilizar o aumento de pena pela reincidência com um direito penal da culpa”¹¹.

A culpabilidade pela conduta da vida evoca a noção de *direito penal de autor*, que supõe que “o delito seja sintoma de um *estado do autor*, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais”¹². Não é gratuito, como se vê, que o anteprojeto do Ministério da Justiça trabalhe com os tipos normativos de autor (“reincidente”, “habitual”, “profissional” etc.).

A inadmissibilidade da modificação pretendida com a inserção do § 5º ao art. 33 do CP vem de “exceder a medida do injusto e da culpabilidade do ato e pela manifesta infração ao *ne bis in idem*, correspondendo claramente a um tipo de autor”¹³, decorrendo da violação ao princípio da culpabilidade sua inconstitucionalidade.

Comentando o CP de 1969, Manoel Pedro Pimentel externava preocupação com a classificação de criminoso habitual e por tendência, por ele considerada “perigosa inovação frente à realidade brasileira”, por conta da “ausência de meios habilitadores da infância desprotegida, pelo abandono moral de muitos jovens, pelo analfabetismo, fatores que conduzem o homem a um estado de vida típico, *que não lhe pode ser imputado inteiramente*, mas também à própria sociedade”¹⁴.

A partir do momento em que a criminologia deixou de lado as teorias causais-explicativas do crime e passou a se interessar pelos efeitos deletérios gerados pelo processo de criminalização (com primazia para a criminologia da reação social), ganhou força a ideia que Manoel Pedro Pimentel formulou apenas superficialmente. Daniel Raizman se debruçou sobre a reiteração delitiva e sobre as falácias dos diferentes discursos que tentaram legitimar seu tratamento mais severo, chegando à conclusão de que pelas características estruturais do poder

¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Sistema do duplo binário: vida e morte*. In Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio, Forense, jul.-dez./1981, n. 32, pp. 8-9.

¹² Cf. ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. *et al.*, op. cit., p. 131.

¹³ Cf. ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. *et al.*, op. cit., p. 139.

¹⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *A reforma penal*. In Estudos e Pareceres de Direito Penal, S.Paulo, ed. RT, 1973, p. 79.

punitivo, com efeitos reprodutivos e potencializadores, a reincidência passa a ser um efeito quase necessário do processo de criminalização, de modo que a reiteração delitiva deveria expressar, não uma maior consciência da ilicitude, mas rigorosamente *culpabilidade reduzida* em virtude do aumento do estado de vulnerabilidade¹⁵.

O perfil predominante do preso brasileiro parece confirmar um estado de vulnerabilidade socioeconômica: de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2016, trata-se, tipicamente, de pessoa do sexo masculino, jovem (55% dos internos têm até 29 anos de idade), de cor negra (64%) e possuidor de baixa escolaridade (61% são analfabetos ou possuem o ensino fundamental *incompleto*). A pessoa com este perfil via de regra não tem acesso ao mercado formal de trabalho, conseguindo apenas empregos temporários ou informais e invariavelmente subremunerados. Perante uma população prisional com este perfil, não é de se estranhar que a absoluta maioria dos crimes que levam os brasileiros à prisão sejam relacionados à obtenção ilícita de renda. Dos seis crimes de incidência mais comum, cinco possuem claramente esta característica: tráfico de drogas (176.691 presos), roubo qualificado (102.068 presos), roubo simples (52.236 presos), furto simples e qualificado (35.155 e 36.626 presos, respectivamente).

Pelos motivos acima apresentados, a alteração legislativa pretendida ofende a Constituição da República e recrudescer a discricionariedade do sistema, tudo a recomendar a sua rejeição.

3. Juízo de periculosidade: uma questão histórica e insolúvel

Como antecipado acima, no item XVI do pacote anticrime do Ministério da Justiça, pretende-se acrescentar o § 2º ao art. 310 do Código de

¹⁵ RAIZMAN, Daniel Andrés. *Da reiteração delitiva à reiteração criminalizante*. In FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc (orgs.). *Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: Homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Rio, Revan, 2014, p. 293.

Processo Penal, com a seguinte redação: “se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais ou que integra organização criminosa, *deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares*, salvo se insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo as condutas”.

Percebe-se que o anteprojeto pretende reinstaurar a prisão preventiva obrigatória, que, na redação original do art. 312 do Código de Processo Penal, era imposta aos crimes a que a lei penal cominava pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Contudo, após a vigência da Constituição da República e a adoção do princípio da presunção da inocência, bem como a do postulado da obrigatoriedade da fundamentação das ordens de prisão, não se pode mais conceber o retorno da prisão preventiva obrigatória, finalidade iniludível do projeto de lei que pretende introduzir a denegação automática da liberdade provisória.

Mesmo após a edição da atual Carta Magna, o legislador ordinário pretendeu reconstituir a prisão preventiva obrigatória, o que nos conduz à conclusão de que a pretensão legislativa contida no projeto de lei não é uma novidade no campo do recrudescimento da legislação.

A Lei 10.826/2003 estabelecia em seu artigo 21 a insuscetibilidade de concessão de liberdade provisória para as condutas típicas previstas nos artigos 16, 17 e 18 daquele mesmo diploma legal. Contudo, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 3.112/DF, sob a relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 21 da lei 10.826/03, sob o fundamento de que “o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente”¹⁶.

Da leitura do acórdão proferido em procedimento que contempla o controle concentrado de constitucionalidade, a Corte Suprema, pela unanimidade de seus integrantes, declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal

¹⁶ STF, T. Pleno, ADI 3.112/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2.mai.05

indicando a sua incompatibilidade com as garantias acima referidas, posto que tal norma estabelecera o pressuposto de que a prisão seria sempre necessária, suprimindo do juiz o poder de avaliar a concreta necessidade da medida acauteladora e a presença dos requisitos impostos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

A modificação pretendida pelo item XVI do anteprojeto do Ministério da Justiça padece da mesma inconstitucionalidade, sendo este motivo suficiente para que não seja aprovado pelo Congresso Nacional.

No entanto, há mais razões para a rejeição cabal do projeto no que diz respeito aos limites da análise aqui realizada.

Como vimos anteriormente, a redação originária do artigo 312 do Código Penal atendeu, à época de sua prolação, à *presunção de periculosidade* que se depreendia da prática de certas de infrações penais, desde que a elas fosse cominada a pena de reclusão, em patamar máximo igual ou superior a dez anos. Agora, o anteprojeto do Ministério da Justiça não subordina a constatação da periculosidade à gravidade da infração praticada, mas, sim, à prática reiterada de infrações penais, sejam elas quais forem. Parece uma evolução, mas não é.

Comentando a redação original da parte geral do CP de 1940, Roberto Lyra prelecionou que “a doutrina não encontrou fórmula mais expressiva da periculosidade do que a probabilidade de vir a cometer (periculosidade pré-delitual) ou de tornar a cometer (periculosidade pós-delitual) crime. *Ninguém sustentará, dentro dessa fórmula, que não é perigoso quem converteu a conjectura em fato*”¹⁷. É o senso comum dos juristas, vindo da boca de um de seus mais notáveis.

O estabelecimento da periculosidade do indivíduo é um daqueles assuntos em que os juristas não podem dialogar com outros saberes, sob pena de terem suas ficções irremediavelmente destruídas. Em artigo já citado, Heleno Fragoso, partindo da premissa de que as medidas de segurança se justificam e se medem pela periculosidade do agente, perguntava-se: “que é, no entanto, e quais

¹⁷ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Rio, Forense, 1955, vol. II, p. 208.

são os critérios para reconhecê-la?”. “Eis aí um *problema descomunal*”¹⁸, foi a única resposta que o notável penalista conseguiu articular.

Fragoso foi além. Amparado em Soler, reconheceu que “não existe fórmula positiva ou científica de periculosidade, podendo afirmar-se o caráter profético da noção de estado perigoso”, de tal sorte que, prosseguia desnudando o rei, “o juízo de periculosidade é formulado precariamente pelo juiz, de forma empírica, incerta e intuitiva, mais semelhante a uma suspeita que a um diagnóstico positivo”¹⁹.

A confirmação das perplexidades de Fragozo vem de Andrew von Hirsch, que fez parte de um comitê composto por numerosos acadêmicos, de diferentes formações (direito, economia, medicina etc.), oriundos das principais universidades norte-americanas, que se dedicou a estudar o encarceramento. O relatório produzido por esse comitê foi publicado na forma de um volume intitulado *Doing Justice*, publicado em 1976. Uma das medidas objeto de estudo pelo comitê foi o instituto chamado de *predictive restraint*, que autorizava o juiz a manter o indivíduo preso, ainda que o cumprimento da pena estivesse suspenso ou o indivíduo se encontrasse em livramento condicional, caso possuísse razões para acreditar que este voltaria a delinquir.

A crítica que von Hirsch faz ao *predictive restraint* é demolidora e parte da constatação de que a habilidade para se predizer a periculosidade jamais encontrou fundamento científico. Essencialmente, von Hirsch constatou uma *tendência ao exagero* na predição de crimes futuros, a que chamava de *falsos positivos*. Essa tendência a superestimar as situações de periculosidade derivavam de alguns fatores, o principal dos quais a radical incompatibilidade que se observava entre os aspectos do criminoso que era possível coletar e medir e o fato de que o resultado – a reincidência – não só não constituía um indicador confiável (por causa da cifra oculta), como também não guardava relação direta com

¹⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., pp. 14-15.

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, op. cit., pp. 16 e 17.

características do criminoso, determinado que era por outras causas como a aplicação seletiva da lei²⁰.

Voltando o olhar para o nosso sistema processual penal, o quadro que se tem hoje é que, perante a indefinição do conceito de *ordem pública*, os tribunais têm invocado um grande número de circunstâncias para justificar a prisão preventiva. Um desses fatores é justamente a periculosidade do indivíduo, que se depreende de diversos fatores aleatórios. No repertório das nossas Cortes superiores, já se vislumbrou periculosidade no fato de ter sido “surpreendido o agente com porção substancial da droga”²¹, pertencer a organização criminosa²², reincidir em crimes de violência doméstica²³, de possuir registros pretéritos de atos infracionais²⁴, entre outros. A oscilação da jurisprudência confirma aquele juízo “empírico, incerto e intuitivo, mais semelhante a uma suspeita que a um diagnóstico positivo”, a que aludiu Fragoso.

Em um sistema processual, como o nosso, que se estrutura sobre a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), a prisão que não tenha por base uma sentença penal condenatória irrecorrível só se justifica se possuir finalidade cautelar, isto é, de assegurar o regular transcurso do processo e seu bom desfecho. A nota verdadeiramente típica dos procedimentos cautelares, como ensina Calamandrei, é que “estes nascem, por assim dizer, a serviço de um procedimento definitivo, com a função de predispor o terreno e de preparar os meios mais adequados para o seu êxito. Essa relação de instrumentalidade ou, como outros disseram, de subsidiariedade, que liga infalivelmente cada procedimento cautelar ao procedimento definitivo em previsão do qual este é emanado, é o caráter que mais claramente distingue o procedimento cautelar”²⁵. Neste passo, não se pode deixar de reconhecer que a prisão preventiva para garantia da ordem pública *não possui finalidade cautelar*. Segundo a descrição que

²⁰ HIRSCH, Andrew von. *Doing Justice*. Nova Iorque, Hill and Wang, 1976, p. 22.

²¹ STF, 1ª T., HC 148.143/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 5.fev.19, DJe 19.fev.19.

²² STF, 1ª T., HC 149.726/RO, rel. Min. Marco Aurélio, j. 5.fev.19, DJe 19.fev.19.

²³ STJ, 5ª T., HC 470.874/MG, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 7.fev.19, DJe 14.fev.19.

²⁴ STJ, 5ª T., HC 484.300/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 7.fev.19, DJe 15.fev.19.

²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares*. Trad. Carla Roberta A. Bassi, Campinas, Servanda, 2000, p. 41.

faz Maurício Zanoide da opinião da corrente que chama de “processualista”, “no direito processual, [a prisão processual] só poderá ter como finalidade assegurar a regular realização da persecução e, também, seu resultado. Por essa perspectiva da cautelaridade, aceita-se que a prisão só ocorra no curso da persecução se houver, e apenas se houver, razões processuais para a medida”²⁶.

Seja como for, viu-se acima que a jurisprudência cotidianamente lança mão de invocar a garantia da ordem pública, amparando-a nas circunstâncias mais variadas.

Observa-se, portanto, que o anteprojeto visa a dar ares de legalidade para essa prática pretoriana censurável. Como não há uma definição clara e unívoca de “ordem pública”, o resultado prático é que os juízes se louvam nessa modalidade sempre que entendem que o réu, por qualquer motivo que seja, deve ficar preso, ainda que não estejam presentes os pressupostos e requisitos da medida. A “garantia da ordem pública”, portanto, é a principal porta de entrada dos abusos na aplicação da prisão preventiva.

E o emprego abusivo da mais grave medida cautelar é, de fato, notável. De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, em junho de 2016 *40% dos presos no Brasil eram provisórios* (p. 13)! Em diversos estados da Federação a proporção de presos provisórios ultrapassa 50%, o que significa que a quantidade de pessoas presas preventivamente *é maior* do que a de pessoas presas por força de sentença penal condenatória.

Uma vez aprovada a inconstitucional medida proposta, esse quadro só se agravará.

Além da ofensa a postulados constitucionais resultante da obrigatoriedade da prisão processual e da inadequação dos requisitos da reincidência e da reiteração criminosa para impor a prisão compulsória, o projeto de lei estabelece outras situações em o juiz estará obrigado a denegar a liberdade provisória: quando o agente integrar organização criminosa ou quando portar arma de uso restrito em circunstância que indique ser membro de grupo criminoso.

²⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro, Rio, Lumen Juris, 2010, p. 383.

Ora, os dois vetores acima mencionados constituem, cada um deles, figuras típicas autônomas (artigo 2º da Lei 12.850/13 e artigo 16 da Lei 10.826/03), e demandam a propositura de ação penal e a condenação definitiva de seus agentes para que possam ser consideradas como aptas a gerar efeitos jurídicos.

É verdadeiramente inconcebível que o magistrado, sem a garantia da ampla defesa e do contraditório, aprioristicamente denegue a liberdade provisória sob a presunção de que o agente do delito também integre uma organização criminosa ou porte alguma arma de uso restrito. A prisão preventiva, tal como proposta no pacote do Ministro da Justiça, assume indisfarçável caráter de *antecipação de pena*.

Ademais, a indicar a absoluta ausência de técnica da proposição legislativa em exame, cumpre apontar as expressões finais contidas na inserção do § 2º do pretendido artigo 310 do Código de Processo Penal, quando foi excepcionada a regra da denegação da liberdade provisória à insignificância ou o reduzido potencial ofensivo das condutas. Se a conduta é insignificante ou o seu potencial ofensivo é pequeno, a concessão da liberdade provisória é verdadeiramente inócua. Se a insignificância da conduta afasta a sua tipicidade material, deixa de haver a infração penal não persistindo a necessidade da prisão do agente, devendo ser ela relaxada. No caso de delitos de menor potencial, sequer é exigível a fiança, conforme estabelece o artigo 69 da Lei 9.099/95, sem olvidar que a prisão preventiva só deve ser decretada quando o delito for punível com a pena máxima de quatro anos, segundo o dizer do inciso I do artigo 313 do Código de Processo Penal, não alterado pelo projeto de lei em comento.

Por todo o exposto, a modificação pleiteada pela ideia legislativa, no tocante ao artigo 310 do Código de Processo Penal deve ser rejeitada pelo Parlamento Brasileiro.

4. Breves comentários sobre as demais alterações pretendidas

A compulsoriedade do regime fechado também está reservada aos crimes de peculato, corrupção passiva e corrupção ativa, “salvo se de pequeno

valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis” (art. 33, § 6º, do anteprojeto). Em termos genéricos, o valor da coisa, nos crimes contra a administração pública, é dado que influencia a quantidade de pena fixada em desfavor do condenado, geralmente valorada com base no artigo 59 a título de “consequências do crime”²⁷. Assim, o valor da coisa já produz reflexos no regime inicial de cumprimento da pena porque, ao estabelecê-lo, o juiz criminal leva em conta a dosimetria da pena e, portanto, as “consequências do crime”, em linha com o que estabelecem os artigos 33, *caput*, e 59, § 3º, do Código Penal. Está-se atribuindo a elemento periférico e marginal dos delitos referidos o potencial de interferir decisivamente no regime prisional, o que poderá, inclusive, criar problemas insanáveis de proporcionalidade. Como os delitos de corrupção (ativa e passiva) e peculato possuem escala penal ordinária que varia entre 2 a 12 anos de reclusão, não é incomum que a condenação de réus por esses crimes resulte em penas privativas de liberdade inferiores ou iguais a quatro anos, patamar passível de substituição (art. 44 CP). O novo dispositivo fere a proporcionalidade e é assistemático na exata medida em que impõe regime compulsório fechado a penas curtas e que, em tese, poderiam se transformar em restrições a direitos. Nesses termos, a medida ignora recomendação doutrinária liberal e secular que adverte para a *inutilidade das penas (privativas de liberdade) de curta duração*²⁸ e ainda ignora a dinâmica das Varas de Execução Penal do país, as quais, abarrotadas²⁹, dificilmente terão condições de processar tantas progressões em prazo razoável, ensejando milhares de casos concretos de reprimendas cumpridas integralmente em regime fechado. Há também, dentre as exceções à compulsoriedade, a inversão do ônus da prova, sendo claramente inconstitucional a ideia de não impor regime fechado somente quando as circunstâncias previstas no artigo 59 “forem todas favoráveis ao acusado”. Nas entrelinhas, deixa de ser obrigação do órgão ministerial e do juízo a demonstração

²⁷ STF, HC 130.389, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 20.set.16.

STJ, AgRg no HC Nº 475.449 - RS (2018/0279617-8), rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 6.dez.18.

²⁸ Cf. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Trad. Gizlene Neder. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 200.

²⁹ CNJ. Procedimento de Controle Administrativo 0000678-59.2011.2.00.0000. Relator: Gilberto Valento Martins. 29/06/2013.

fundamentada de alguma circunstância desfavorável – hipótese em que a ausência de elementos desabonadores sempre militou a favor do réu³⁰ – e passa a ser obrigação do acusado a demonstração de merecimento.

A propósito ainda da compulsoriedade (art. 33, §§ 5º, 6º e 7º), convém lembrar o conteúdo da tese de repercussão geral definida no já citado ARE 1.052.700/MG³¹, segundo a qual “é inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal”. Com efeito, o dispositivo declarado inconstitucional no âmbito da lei de crimes hediondos está reproduzido no anteprojeto, desta feita voltado não aos crimes relacionados no artigo 1º da Lei nº 8.072/90, mas aos crimes de corrupção (ativa e passiva), peculato e roubo qualificado. Soa intuitiva a inconstitucionalidade do anteprojeto neste particular. O entendimento que o Supremo Tribunal Federal abraçou foi o de que “os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado”³². Está claro que as garantias da individualização pena, da execução penal e a proporcionalidade³³ não toleram a eleição de um conjunto de crimes que, por sua gravidade hipotética e aptidão de insuflar o clamor popular, sejam colocados fora do raio de abrangência das regras gerais de fixação de regime e progressão de penas.

O parágrafo único a ser inserido no artigo 59 é uma verdadeira cláusula geral. Sua aprovação tornaria dispensável qualquer outra alteração na questão da progressão de regime. Pretende-se conceder aos juízes poderes discricionários e praticamente ilimitados para “fixar período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semiaberto antes da possibilidade de progressão”. A única baliza seria o próprio *caput* do artigo 59. Isso rompe completamente com a sistemática do ordenamento e fere o princípio

³⁰ STF, HC 133805, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 1º.abr.16.

³¹ STF, Pleno, rel. Min. Edson Fachin, DJe 1º.fev.18.

³² STF, HC 111840, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 12.set.13.

³³ STF, HC 82.959, rel. Min. Marco Aurélio; Voto-vista: Min. Cezar Peluso. DJe 23.fev.06.

da tripartição de poderes (art. 2º, da CR/88). Incumbe ao legislador a cominação de penas às condutas que resolve tipificar como crimes, bem como a criação de critérios legais mais ou menos rígidos que habilitem o condenado à progressão. Esta cláusula geral reposiciona o juiz criminal no lugar do legislador, promovendo indiscutível usurpação de competência (art. 22, inc. I, da CR/88). O poder de fixar períodos para regime prisional segundo critérios tão vagos e abstratos é, em termos concretos, poder de cominar a pena.

A alteração pretendida através da inserção do parágrafo 5º ao artigo 2º da lei nº 8.072/90 importa em dupla valoração do mesmo fato. Quer-se estabelecer que condenados por crimes hediondos progridam de regime “somente após o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena quando o resultado envolver a morte da vítima”. Em quaisquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072/90, o resultado morte já constitui elemento típico indispensável à configuração do delito (ex.: latrocínio, epidemia com resultado morte, extorsão qualificada pela morte), ou justifica o enquadramento da conduta nos termos de uma qualificadora (ex.: estupro de vulnerável, estupro e extorsão mediante sequestro). Este resultado morte está certamente refletido nas escalas penais dos crimes que o pressupõem. Não à toa são escalas penais significativamente elevadas. A imposição de dificuldades à progressão como decorrência da morte da vítima significa a reutilização de uma circunstância elementar à própria tipicidade objetiva, o que faz o anteprojeto incorrer em violação flagrante ao princípio *ne bis in idem*.

Subordinar a progressão de regime ao mérito do condenado e “à constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir”, como pretende o dispositivo subsequente (art. 2º, parágrafo 6º, da Lei nº 8.072/90), é providência que está em linha com a consagração legislativa da “reiteração delitiva”, já vista acima, e que, por esse motivo, a faz merecedora das mesmas críticas. É rigorosamente impossível, segundo critérios racionais válidos, aferir a existência ou inexistência de condições pessoais indicativas de reiteração ou retorno à delinquência. A prática jurisprudencial, que prognostica reiteração a

partir de informações pretéritas (reincidência e maus antecedentes)³⁴, especialmente nos decretos prisionais baseados na garantia da ordem pública, não resiste aos princípios da legalidade e da presunção de inocência.

Não há novidade no artigo 2º, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.072/90, a vedar que condenados por crimes hediondos, de tortura ou de terrorismo saiam temporariamente das cadeias. Isso porque o artigo 122, *caput*, da Lei de Execução Penal (7.210/84), preconiza há quase sete lustros que (somente) “os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos (...)”, deixando fora da esfera de permissão para saídas temporárias aqueles que cumprem pena em regime fechado. Involuntariamente, a modificação, que além de mal inspirada fere a boa técnica legislativa, abre uma porta hermenêutica interessante: com a previsão expressa e taxativa dos delitos que vedariam saídas temporárias no regime fechado, os crimes ausentes deste rol comportariam, por exclusão, as saídas temporárias, mesmo na vigência do regime prisional mais gravoso? Parece que sim, na contramão do que sinalizam todos os outros dispositivos do anteprojeto.

Mirando alterações da Lei nº 12.850/13, o anteprojeto pretende que “lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição” iniciem o “cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima” (art. 2º, § 8º) e que “o condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado através de organização criminosa” não progrida de regime ou obtenha livramento condicional “se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo” (art. 2º, § 9º).

Do ponto de vista da legalidade estrita, ter “armas à disposição” é prerrogativa exclusiva daquelas categorias profissionais previstas no artigo 6º da Lei nº 10.826/2003 (ex.: integrantes das Forças Armadas, agentes da ABIN, policiais civis e militares, bombeiros, agentes de segurança privada, auditores da Receita Federal etc) e outras contempladas em leis especiais (magistrados, promotores, defensores públicos etc). A evidência de que determinada organização

³⁴ STF, HC 113.189, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 2.abr.13.

criminosa é armada ou possui “armas à disposição” é sempre circunstancial e deve ser objeto de valoração no momento da análise da ação penal, até para que seus integrantes respondam pelo delito de porte ilegal de arma, se for o caso. Ter “armas à disposição”, ainda que sem utilizá-las, é conduta criminosa, salvo para aquelas categorias profissionais que detenham o porte legal.

A última das mudanças relativas ao item V transfere para o juízo da execução da pena atividade típica do juízo do processo de conhecimento. A presença de “elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo” será apresentada pelo órgão acusatório que oficia junto à Vara de Execuções Penais? Será oportunizada ao condenado apresentação de defesa relativamente a este ponto? A decisão judicial que reconhecer os tais “elementos probatórios” é passível de recurso? Em caso positivo, de qual recurso?

5. Conclusão

Acaso aprovadas as medidas aqui comentadas, o aumento da população prisional constituirá um efeito necessário a se verificar em curto prazo. Isto obrigará os Estados, atualmente mergulhados em profunda crise fiscal, a realizar massivos investimentos no sistema prisional, muito embora esses mesmos Estados não disponham de recursos suficientes para prover à sua população serviços públicos básicos e essenciais.

A ampliação do sistema penal ocorre a par e passo com o desmantelamento de serviços sociais, no mesmo movimento que Wacquant vem observando em outros países desde o início da década de 1980: “na medida em que a rede de segurança do Estado caritativo se desfazia, a malha do Estado punitivo foi chamada a substituí-la e a lançar sua estrutura disciplinar nas regiões inferiores do espaço social estadunidense como uma forma de conter a desordem e o tumulto causados pela intensificação da insegurança e da marginalidade sociais”³⁵.

³⁵ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio, Revan, 2003, p. 110.

As camadas pobres da população, como sempre, serão as mais atingidas com as medidas que o Ministério da Justiça busca implementar. O Brasil precisa, urgentemente, assumir a responsabilidade por todas as violências que seu caótico sistema prisional produz diariamente, assim como precisa agir para minorar esse quadro, de preferência reduzindo o contingente humano encarcerado. Ainda que se observe esforços dos Estados no sentido de construir mais prisões, parece irreal um cenário em que os investimentos nesta área sejam de tal monta a permitir a *duplicação* da oferta de vagas, que é o que se precisa fazer para eliminar a superpopulação.

O Congresso Nacional pode contribuir para sanar a insustentável situação de momento, preservando o ideal libertário que animou a elaboração da Constituição da República, e que se encontra consagrado em diversos dispositivos, muito especialmente nas garantias penais e processuais penais. Essas mesmas garantias, algumas das quais vistas acima, recomendam a não implementação das medidas contidas no pacote anticrime do Ministério da Justiça.

Ressalvados melhores entendimentos, é o parecer.

Renato Tonini, OAB/RJ 46.151

André Nascimento, OAB/RJ 99.026