



NOTA TÉCNICA DO GRUPO DE TRABALHO PRISIONAL E COMBATE À TORTURA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM FACE DO PACOTE DE SUGESTÕES LEGISLATIVAS APRESENTADAS EM 04 DE FEVEREIRO DE 2019 PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Considerando que cabe ao Grupo de Trabalho Pessoas em Situação de Prisão e Enfrentamento à Tortura promover a defesa dos direitos e garantias fundamentais das pessoas em situação de prisão;

Considerando a atuação periódica e indispensável do GT presos no âmbito das inspeções no Sistema Penitenciário Federal;

Considerando que é atribuição do GTs representar a Defensoria Pública da União nas audiências públicas sobre as matérias afetas às respectivas áreas de especialidade;

Considerando o dever institucional de fortalecer a atuação da DPU no âmbito internacional dos direitos humanos, notadamente para promover a difusão e conscientização dos direitos das pessoas privadas de liberdade;

Considerando que é dever dos GTs subsidiar a atuação da Defensoria Pública da União, nacional e internacionalmente, nos temas afetos às respectivas áreas de especialidade, inclusive através da elaboração de material de apoio, como nota técnica, minutas, estudos, dentre outros;

Vem o grupo de trabalho prisional expor suas considerações técnico-jurídicas acerca das intituladas “medidas anticrime”.

Introdução

Denominado de “medidas anticrime”, o Projeto de Lei 882/19, de iniciativa do Poder Executivo Federal, visa alterar normativos de matéria criminal e de execução penal no intuito de estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa por meio de propostas que denotam recrudescimento da política criminal nacional, sobretudo de encarceramento.

Esta postura de criminalização e enrijecimento das sanções penais, como sugerida pelo referido Projeto de Lei, já vem sendo adotada na atividade legislativa pátria há quase três décadas, mostrando-se, além de ineficiente, reversa ao desiderato a que se propõe, haja vista o aumento exponencial da criminalidade e da superpopulação carcerária neste mesmo período¹.

Mais do que isso, uma Política Penal fortemente embasada no “carcerocentrismo” vai de encontro às garantias e direitos fundamentais estabelecidos pelo constituinte originário de 1988, sobretudo quando se pensa na clientela de indivíduos historicamente desassistidos pelo Estado brasileiro como o público cativo deste modelo de punição pautado pela pena-castigo e pela inocuização de indivíduos no cárcere.

A par disso, não se desconhece os discursos de justificação da sanção penal que campeiam o imaginário da sociedade, ávida por respostas que comprometam o Estado brasileiro com medidas que combatam a impunidade e o alto grau de insegurança que atinge todos os Estados federativos.

Entretanto, o enfrentamento ao crime organizado, notadamente no combate ao tráfico de entorpecentes e de armas, crimes que massificam o sistema prisional pátrio, permanecem sendo instrumentalizados com o exclusivo uso da tutela

¹ Em números atualizados do relatório de 2017 do levantamento anual de informações penitenciárias (INFOPEN) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, extrai-se que o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, com 726.712 (setecentos e vinte e sei mil, setecentos e doze) presidiários, segundo dados coligidos até junho de 2016.

penal, perdendo-se de vista políticas criminais que prestigiem penas alternativas ou mesmo alternativas à sanção penal, de modo a romper com o já consolidado ciclo de criminalização e expansão das organizações criminosas.

Bem por isso se faz oportuno analisar as principais propostas de sugestões legislativas trazidas pelo PL882, a fim de confrontá-las com o texto constitucional, com os tratados e convenções internacionais e com a nossa legislação de regência, tudo sem prejuízo de trazermos alternativas propositivas que caminhem ao lado de uma Política Criminal menos dependente deste modelo de controle social centralizado na pena privativa de liberdade.

1- Medidas para endurecer o cumprimento das penas

No tocante ao endurecimento do cumprimento das sanções penais, a proposta legislativa envida esforços, de forma nada inédita no cenário jurídico pátrio, para engessar o cumprimento da pena em regime prisional fechado, ainda que de forma inicial.

Para tanto, o projeto de lei sugere o acréscimo do §5º ao art.33 do CP, com a seguinte redação:

“§ 5º No caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo”.

Sucedem que, a despeito de ser possível a fixação de regime inicial mais severo do que o previsto pela quantidade de pena, tal postura judicial não prescinde de fundamentação idônea a demonstrar que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao início da reprimenda penal em regime mais brando.

A propósito, este é o entendimento das Súmulas 718 e 719 do STF e Súmula 440 do STJ. A lembrar:

SÚMULA 718

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

SÚMULA 719

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

SÚMULA 440 - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Com efeito, o simples fato da conduta criminal ser habitual, reiterada ou profissional - que por si só reveste-se de ampla margem interpretativa - não confere o dever de iniciar a pena em regime fechado, sob pena de comprometer a garantia fundamental à individualização da pena em sua segunda etapa, a saber na dosimetria judicial em concreto.

E mais.

Tal imposição, ainda que ressalve a insignificância de infrações pretéritas ou do reduzido potencial ofensivo, premiará o aumento exponencial de indivíduos reclusos em regime fechado para cumprimento de penas, como por exemplo, de detenção (regime prisional semiaberto e aberto) e para crimes sem violência e grave ameaça cometidos por reincidentes ou de forma habitual, reiterada ou profissional.

É de se ver que tal medida atenta contra o estado de coisas inconstitucionais que campeiam o universo prisional brasileiro, conforme já sinalizado e declarado pelo

Supremo Tribunal Federal, por conta do julgamento cautelar da ADPF 347, cujo apelo ao legislador é no sentido diametralmente oposto à indigitada propositura legislativa.

Para além destes questionamentos argumentativos, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido da inconstitucionalidade da fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena com base exclusivamente no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990.²

A propósito do tema, segue outro julgado da Suprem Corte:

“O regime inicial nas condenações por crimes hediondos ou equiparados (tráfico de drogas, v.g.) não tem que ser obrigatoriamente o fechado, podendo ser também o regime semiaberto ou aberto, desde que presentes os requisitos do art. 33, § 2º, b) e c), do Código Penal (STF, HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/06/2012)”.

Portanto, é de fácil entendimento que a imposição imediata de regime prisional fechado - nem mesmo aceita indistintamente para crimes hediondos - não pode, com mais razão, alcançar toda sorte de tipos penais.

Pelo exposto, a proposta padece de inegável vício de constitucionalidade neste ponto.

No tocante ao §6º da propositura legislativa que altera o art.33 do CP, tratando dos crimes mais caros à administração pública, propõe-se igual medida arrostada na fundamentação estabelecida para o §5º, a saber, o engessamento do início de cumprimento da pena no regime fechado, “salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis”.

² Trata-se do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1052700, de relatoria do ministro Edson Fachin, com repercussão geral reconhecida e mérito julgado pelo Plenário Virtual. Na oportunidade, fixou-se a seguinte tese de repercussão geral:

“É inconstitucional a fixação ex lege, com base no artigo 2º, parágrafo 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”. (Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1052700, Rel. Min. Edson Fachin. 16.11.17)

Com efeito, melhor sorte não resta ao §6º, porquanto, da mesma forma, padece de vício material de inconstitucionalidade.

Por fim, **o mesmo raciocínio serve para enfrentar a sugestão de acréscimo do §7º ao art.33 do CP** (roubo com as suas causas legais de aumento ou que redunde, de sua violência, lesão corporal grave), **de modo que, da mesma forma, padece a propositura de vício de inconstitucionalidade.**

- **Período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semi-aberto antes da possibilidade de progressão.**

No campo da dosimetria da pena, a proposta prevê, na primeira etapa da individualização judicial, quando da aferição das circunstâncias judiciais pelo magistrado sentenciante, a possibilidade de ser estipulado um período mínimo de cumprimento da pena em regime inicialmente fechado ou semi-aberto, antes de se invocar o direito à progressão de regime prisional.

Cito, in verbis, a proposta de inclusão de parágrafo único ao art.59 do CP:

Parágrafo único. O juiz poderá, com observância dos critérios previstos neste artigo, fixar período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semi-aberto antes da possibilidade de progressão."

Trata-se de inovação no sistema legislativo brasileiro, no qual insere-se no sistema progressivo da pena a possibilidade de um juízo discricionário de modulação da fração penal a ser cumprida inicialmente em regime fechado antes da possibilidade de progressão de regime prisional, ainda em fase cognitiva de aplicação da pena.

É sempre bom lembrar que a individualização da pena se desenvolve, segundo maciço entendimento doutrinário, em três etapas: primeiramente cabe ao legislador fixar

a previsão dos tipos penais e sua cominação conforme se revelem adequados e suficientes para a reprovação e prevenção de crimes, inaugurando a etapa legislativa; em um segundo momento, cabe ao julgador aplicar a pena em concreto, segundo reza a dosimetria legal. Trata-se da individualização judiciária; por fim, em sua derradeira etapa, cabe ao magistrado da execução penal determinar e fiscalizar o cumprimento individualizado da pena, no que se intitula de individualização executória da pena.

Percebe-se, portanto, que o campo científico de atuação do legislador para a previsão de frações penais para o sistema progressivo, não por outra razão se dá autonomamente na Lei de Execução Penal, Lei nº7210/84.

Em outro giro, o sistema progressivo da pena é tema sensível e se insere no núcleo essencial à garantia fundamental à individualização executória da pena, de modo que, para além de sua impossibilidade de eliminação, a previsão de frações legais deve ser requisito inegociável de índole objetiva³.

É dizer, é defeso ao magistrado sentenciante, sem ter dado início ao processo de execução da pena, entabular fração de pena mínima a cumprir de forma discricionária, porquanto fere o princípio da individualização da pena em sua fase executória.

Para além disso, tal previsão fere o princípio da igualdade material, uma vez que, a depender da convicção punitivista do magistrado do processo de conhecimento, as penas, à título de exemplo, cominadas igualmente na mesma medida para condenados diversos, combinadas à mesma avaliação das circunstâncias judiciais do art.59, podem redundar em cumprimento inicial de pena em idêntico regime inicial, mas com períodos diversos de permanência para cada apenado, antes de poderem postular a progressão de regime.

Tal previsão equivale a um cheque em branco ao magistrado sentenciante que, num juízo de futurologia discricionária, determina uma espécie de quarentena ao apenado no regime inicial fechado ou semi-aberto.

³ Maria Lúcia KARAN sustenta que “[...] a imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa” de liberdade, expurgando o sistema progressivo de cumprimento da pena, afronta o próprio núcleo essencial do princípio da individualização da pena, retirando-lhe, assim, indevidamente sua eficácia, e, por consequência, “[...] diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante”.(KARAN, Maria Lúcia. Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. In: ESCRITOS em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 314.)

Não bastassem tais fundamentos que demonstram a desproporcionalidade em potencial da medida, a indigitada proposta tenta suplantar, sem o revogar, o art.112 da LEP, numa verdadeira manobra legislativa de aumentar o lapso temporal mínimo de cumprimento da pena sem o devido debate legislativo sobre a proporcionalidade das frações objetivas como requisito para a progressão de regime.

Vale destacar que a previsão de cumprimento da pena mínima para postular a progressão de regime, seja para os crime comuns (1/6 da pena ou 1/8 para mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência), seja para os hediondos (2/5 ou 3/5), exige naturalmente a avaliação do bom comportamento carcerário, medida que se desenvolve indispensavelmente na última etapa do processo de individualização da pena, no âmbito do controle prisional dos estabelecimentos penais, a demonstrar a exigência de se individualizar concretamente a capacidade de retorno progressivo do apenado ao convívio social.

Pelo exposto, a proposta padece de inegável vício de constitucionalidade neste ponto.

- **Mudança na Lei nº 8.072/1990 (crimes hediondos):**

O §5º do art.2º da lei de crimes hediondos, por intermédio da novel proposta legislativa, sugere aumento na fração de cumprimento da pena para fins de progressão de regime, passando de 2/5 para 3/5 aos apenados que tenham sido condenados a crimes hediondos, cujo resultado envolver a morte da vítima.

Assim dispõe a nova redação:

§ 5º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á somente após o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena quando o resultado envolver a morte da vítima.

O tema de controle de criminalidade pelo aumento das penas ou de suas frações de cumprimento em regime fechado -- tanto num viés de prevenção geral negativa, como instrumento de intimidação, quanto pela prevenção especial negativa, por

intuito de neutralizar e afastar os indivíduos delinquentes da atividade criminal – tem se revelado, não apenas no Brasil, senão nos países que concentram as maiores populações carcerárias do mundo – ineficaz sob o ponto de vista da prevenção de crimes⁴. Ao contrário, o fortalecimento dos mecanismos de disciplina informal, pautados no desordenado controle sobre unidades prisionais superlotadas, redundava invariavelmente no fortalecimento de organizações criminosas e nos mais variados processos de criminalização, aprofundando ainda mais a crise e o estado de coisas inconstitucionais que pairam no sistema prisional brasileiro, com inegável reflexo na segurança pública do país.

Para além desse relevante aspecto, o incremento de fração majorada para progressão de regime aos crime hediondos que redundem em vítimas fatais não parece ser pautado por estudos técnico-científicos que evidenciem o impacto financeiro, a dotação orçamentária (já limitada) e, sobretudo, em diretriz de Política Criminal que disponha sobre os indicadores para a fixação de lotação máxima nos estabelecimentos penais, tal qual dispõe a Res. Nº5/2016 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.⁵

Dito isto, entendemos que o presente dispositivo vai ao encontro, uma vez mais, de uma pernicioso massificação da pena de prisão como solução central da Política Criminal acenada pelo novo Poder Executivo Federal, **no que se revela absolutamente**

⁴ O Min. Gilmar Mendes, então relator do RECURSO EXTRAORDINÁRIO 641.320/RS, julgado em 02.12.15, faz referência a recente precedente da Suprema Corte Norte-Americana, no que indica a nova sinalização deste país frente ao processo de superencarceramento das políticas criminais de tolerância zero. Vale destacar a seguinte passagem de seu voto:

“Em 2011, analisando recursos provenientes de julgamento por colegiado judicial da Califórnia nas ações coletivas movidas por Coleman e outros e Plata e outros contra o então governador Brown, a Suprema Corte confirmou decisão aditiva local. Considerou que as reiteradas violações a direitos a assistência médica dos presos estavam ligadas à superpopulação carcerária. Em consequência, determinou que o Estado da Califórnia elaborasse, em prazo curto, plano de redução da superpopulação, de forma a redução a ocupação para um máximo de 137,5% (centro e trinta e sete vírgula cinco por cento) do número de vagas, selecionando os encarcerados para serem liberados. Isso representa uma libertação de cerca de 40.000 (quarenta mil) internos. A medida foi fiscalizada por um colegiado de juízes da Califórnia”.

⁵ Art. 4o. Res. Nº5/2016 do CNPCP: “Recomendar que, nas unidades penais masculinas, nas hipóteses de lotação incompatível e superior a sua capacidade, com superlotação superior a 137,5% da sua capacidade, o gestor do Poder Executivo oficie ao representante do Grupo de Monitoramento e Fiscalização, designado pelo CNJ (Resolução 96, de 27.10.2009 e 214, de 15.12.2015 de 15.12.2015), propondo providências para ajustar excesso ou desvio da execução, pois a superlotação atingiu indicador extremo que vai muito além do limite máximo de capacidade, para que seja discutida a implementação de um plano de redução da superlotação, com a formação de um Comitê Colegiado em cada unidade federativa integrado por Juízes, membros do Ministério Público, Defensoria Pública, OAB, Conselho Penitenciário e da Comunidade”.

inadequada e ineficaz, sob o ponto de vista do enfrentamento ao controle de criminalidade nacional.

O §6º do art.2º da lei de crimes hediondos, traz dois novos requisitos ao pleito de progressão de regime aos crimes desta natureza. A saber:

§ 6º A progressão de regime ficará também subordinada ao mérito do condenado e à constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir.

Com efeito, para além dos apenados cumprirem com as frações de pena próprias desta lei de regência, a novel proposta legislativa postula aumentar o controle correicional dos internos para fins de progressão de regime aos crimes desta natureza, **cujos requisitos, ambos de ordem subjetiva, indicam o dever de meritocracia e presunção de não reincidência.**

A par de já existir questionável previsão de presunção de não reincidência na legislação pátria como requisito subjetivo ao sistema progressivo para fins de livramento condicional (parágrafo único do art.83 do CP), a novel sugestão de lei acrescenta, para além deste requisito subjetivo, a figura da subordinação ao mérito do condenado, em um verdadeiro juízo discricionário de controle da massa carcerária por intermédio do poder disciplinar⁶.

Neste ponto, exige-se um pequena, mas necessária digressão normativa para lembrar que, desde a lei 10792/03, o legislador optou por dispensar a obrigatoriedade dos exames criminológicos para fins de progressão de regime. Sem embargo, firmou-se jurisprudência - justo em razão dos crimes mais graves que atentam contra a sociedade -

⁶ A respeito da presunção de não reincidência, Paulo Queiroz assevera tratar-se de um requisito próprio de um direito penal do autor, que na prática tem dado lugar a toda sorte de arbitrariedade, pela simples razão de que nenhum ser humano pode razoavelmente fazer a respeito de quem quer que seja um tal juízo de valor com um mínimo de segurança. (QUEIROZ, Paulo. Curso de direito penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1.,p.541)

no sentido de que, a critério do juízo da execução, desde que de forma motivada, tal exame pode ser realizado⁷.

Percebe-se que a novel proposta, diferentemente de sugerir o retorno do controle jurisdicional sobre a avaliação de exames criminológicos (produzidos por equipe transdisciplinar de avaliação da capacidade de reintegração do condenado à sociedade livre), aponta para a vaga e incauta expressão de subordinação ao “mérito” do condenado.

Não é difícil de depreender que o mecanismo de controle do sistema progressivo, assim como proposto, envida esforços para revitalizar as já batidas e inoperantes políticas de tratamento e correção como função de prevenção de crimes, tudo sob o apanágio disciplinar da administração prisional⁸.

É dizer, a proposta em exame contribui para ideário de um programa máximo de “ressocialização pela correção” dos indivíduos privados de liberdade, em manifesto confronto com os direitos e garantias fundamentais, bem como com a função constitucional da pena de prisão expressada pelo constituinte de 1988.

Por esta razão, opinamos pela retirada do texto a referida exigência inserta neste parágrafo.

O §7º do art.2º da lei de crimes hediondos visa estabelecer o término de saídas temporários de apenados que cumpram pena em regime fechado por condenação em crimes hediondos.

Vamos ao teor da proposta:

⁷ Para posicionar os nobres Congressistas:

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

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

⁸ Claus Roxin anota que o fracasso em dar efetividade às políticas públicas de ressocialização na Alemanha se deve, em boa medida, à falta de observação dos programas mínimos de reintegração do indivíduo, precisamente ao impor métodos reformadores ou correccionalistas, que se afastam dos fins objetivados pela reforma penal naquele país. (ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Madrid: Civitas, 1997. p. 96.)

§ 7º Ficam vedadas aos condenados, definitiva ou provisoriamente, por crimes hediondos, de tortura ou de terrorismo:

I - durante o cumprimento do regime fechado, saídas temporárias por qualquer motivo do estabelecimento prisional, salvo, excepcionalmente, nos casos do art. 120 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou para comparecer em audiências, sempre mediante escolta;

Lado outro, a sugestão legislativa ressalva as autorizações de saídas insertas no art.120 da LEP e a escolta para comparecer em audiências.

Importante lembrar que as saídas temporárias (art.122 da LEP) não são estendidas aos condenados que cumpram pena em regime fechado, de sorte que nada é alterado neste quadrante.

Entretanto, o trabalho externo (ainda que raramente contratado pelo poder público ou pela iniciativa privada), conforme preceitua a LEP (art.36) e o CP (art.34§3º), é admissível para os presos em regime fechado, desde que em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

Neste sentido, ainda que eventual previsão venha de lei especial, **não é aceitável, mais uma vez, elidir do juízo da execução penal a possibilidade de individualizar a pena, de modo avaliar a saída do apenado para o trabalho externo, cujo direito revela-se essencial para restabelecer os vínculos com a sociedade, independentemente da natureza do crime.**

Portanto, opinamos pela rejeição da proposta, posto que fere a função prioritária da pena e seu processo constitucional de individualização.

No inciso II, a proposta vai mais além.

Segue o dispositivo:

II - durante o cumprimento do regime semi-aberto, saídas temporárias por qualquer motivo do estabelecimento prisional, salvo,

excepcionalmente, nos casos do art. 120 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou para comparecer em audiências, sempre mediante escolta, ou para trabalho ou para cursos de instrução ou profissionalizante.”

Com efeito, aos apenados que, condenados por crime hediondo, estejam cumprindo pena em regime semi-aberto, as saídas temporárias previstas no art.122 da LEP **ficam restritas ao trabalho ou para cursos de instrução ou profissionalizantes.**

Em outras palavras, a proposta passa a vedar indistintamente a saída para visitar a família e para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, quando se tratar de condenado a crime hediondo.

Mais uma vez a proposta oriunda da Presidência da República fere o princípio constitucional da individualização da pena (art.5º,inc.LVI), **comprometendo-se inconstitucionalmente com uma política penal vocacionada à mera inocuidade de indivíduos, retirando do julgador a possibilidade de avaliar direitos essenciais do apenado para fins de cumprir com a própria essência do sistema progressivo:** proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado na sociedade livre.

Portanto, opinamos pela rejeição da proposta.

- **Mudança na Lei nº 12.850/2013:**

O novel proposta legislativa, no intuito de combater o crime organizado, mais uma vez promove obstáculo no curso do cumprimento da pena, de modo a estabelecer que as lideranças armadas ou que tenham armas à disposição iniciem o cumprimento da pena em regime fechado, notadamente em estabelecimentos penais de segurança máxima.

Vale registrar a nova redação inserta no §8º do art.2º da referida lei:

§ 8º As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

A propósito do tema, mais uma vez lembramos que as cortes superiores não admitem a imposição indiscriminada de regime prisional mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Este é o entendimento das Súmulas 718 e 719 do STF e Súmula 440 do STJ. Lembremos novamente:

SÚMULA 718

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

SÚMULA 719

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

SÚMULA 440 - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido da inconstitucionalidade da fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena com base exclusivamente no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990.

A propósito do tema, segue outro julgado da Suprem Corte:

“O regime inicial nas condenações por crimes hediondos ou equiparados (tráfico de drogas, v.g.) não tem que ser obrigatoriamente

o fechado, podendo ser também o regime semiaberto ou aberto, desde que presentes os requisitos do art. 33, § 2º, b) e c), do Código Penal (STF, HC 111840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/06/2012)”.

Portanto, é de fácil entendimento que a imposição imediata de regime prisional fechado - nem mesmo aceita indistintamente para crimes hediondos - não pode, com mais razão, alcançar toda sorte de tipos penais.

No que diz respeito ao §9 da lei 12.850/13, a sugestão legislativa visa impedir o condenado que integrar organização criminosa ou associação criminosa a progredir de regime ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver provas que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Cita-se a nova redação:

§ 9º O condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado através de organização ou associação criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.”

Sucedede que a solução proposta com a novel redação inserta no §9º da lei de combate ao crime organizado deve ser interpretada com um mínimo de segurança jurídica.

Em outras palavras, a Lei de Execução Penal exige dois requisitos para que o condenado postule pela progressão de regime e, em regra, outros benefícios penais: cumprimento de uma fração mínima de pena, qualificando-se como requisito objetivo; e ostentar bom comportamento carcerário, traduzindo-se no requisito de ordem subjetiva (art.112, caput). Quanto a este último, entendemos que se trata de medida adequada ao controle da aptidão do apenado ter avaliada sua capacidade de retornar ao convívio social, dada a amostragem de seu comportamento durante o curso da execução de sua pena.

Por outro lado, eventual imposição de impedimento ao sistema progressivo – num verdadeiro instrumento a serviço do direito penal do autor, e não de fatos - pautado por indicadores vagos e imprecisos, sem guardar compromisso com a ordem jurídico-

constitucional posta, compromete o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa do apenado.

Questiona-se: seria suficiente a mera posição do setor de inteligência da unidade prisional para aferir o que seriam os elementos de prova que indiquem a manutenção de vínculo associativo para o cometimento de crimes de apenado que esteja postulando pelos referidos benefícios inerentes ao sistema progressivo? Prescindir-se-ia da abertura de processo administrativo disciplinar para averiguação de tais elementos de prova? Se há elementos de manutenção de vínculo associativo, não seria o caso de formalizar e encaminhar ao órgão acusatório para fins de denúncia-crime, cabendo ao magistrado do processo de conhecimento, sendo o caso, postular por medidas processuais cabíveis para cautelarmente romper com a atividade delitiva?

Como dito alhures, em se tratando de medida que visa cercear a liberdade de indivíduos, qualquer prova que indique tal vínculo somente pode ser produzida sob o crivo do devido processo legal, no bojo de ação penal própria.

Portanto, no curso do processo de individualização executória da pena, torna-se extremamente discricionário pensar em legitimar a administração prisional como a tutora da prova da permanência de vínculo do apenado com organização criminosa, tudo à margem da reserva de jurisdição.

A questão revela-se sensível, sobretudo quando se constata que a própria administração das unidades prisionais sabidamente promovem triagem para o ingresso dos internos pautada por compartilhamento de vivência ou galerias conforme o vínculo ou desavenças de potencias integrantes de organizações criminosos.

Sem maiores devaneios, constata-se que a esmagadora maioria das penitenciárias e presídios brasileiros não dispõem de controle sobre as facções criminosas que se expandem cotidianamente, inclusive, de dentro do sistema. Partindo desta premissa, a discricionariedade no processo de avaliação de eventual manutenção de vínculos associativos do apenado revela-se arbitrária e até mesmo temerária, de sorte a potencializar a vinculação de qualquer interno que esteja em determinada galeria “comandada por facção “X” como membro da mesma.

Na prática, tal medida pode facilmente implicar na ruptura com o acesso ao sistema progressivo da pena.

Considerado os fundamentos expostos, entendemos ser temerária a medida proposta, justo pelo alto grau de discricionariedade da qual se reveste.

2- NOTA TÉCNICA – PROJETO “ANTICRIME” - PRESCRIÇÃO

1- A prescrição penal no ordenamento jurídico brasileiro

A imprescritibilidade marcou o Código Criminal de 1830 , o qual taxativamente dispunha, em seu art. 65, que as penas impostas aos réus não prescreveriam em tempo algum, inspirado no Código Bávaro de 1813. A própria disciplina da extinção da punibilidade apresentou peculiaridades, conforme os arts. 66 e 67:

Art. 66. O perdão, ou minoração das penas impostas aos réos, com que os agraciados o Poder Moderador, não os eximirá da obrigação de satisfazer o mal causado em toda a sua plenitude.

Art. 67. O perdão do ofendido antes, ou depois da sentença, não eximirá das penas em que tiverem, ou possam ter incorrido, aos réos de crimes publicos, ou dos particulares, em que tiver lugar a accusação por parte da Justiça (redação no original) .

Apesar do aparente rigor com que tratava certos temas como a prescrição, não se pode negar referência à crítica positiva com que o Código Criminal do Império, fortemente influenciado pelos princípios liberais do Iluminismo e do utilitarismo, foi recebido em outros ordenamentos, impressionando juristas e legisladores pelas ideias supostamente avançadas que trazia, mormente se se considerarem as ordenações pretéritas e o fato de que provinha de um país que acabara de alcançar a independência política em relação à colônia, conforme relata José Henrique Pierangeli:

Mesmo com todos os defeitos assinalados, o Código Criminal do Império do Brasil teve expressiva repercussão na Europa. Provavelmente porque deixou de tipificar uma série de condutas que não atingiam a bens jurídicos alheios, estabelecia uma saída e

progressiva demarcação de áreas entre a moral e o direito, vedava a aplicação da pena de morte para os crimes políticos, desenvolvia um grande avanço nas concepções liberais da época .

A propalada excelência, contudo, não foi unanimemente considerada, embora seja minoritária a parcela da doutrina que lhe subtrai as virtudes. Nelson Hungria, apesar de destacar que o Código Criminal do Império repercutiu positivamente por boa parte da legislação penal latino-americana, não o isentou de críticas. A própria imprescritibilidade não passou incólume à análise do penalista, nem tanto por questões de mérito, muito mais pela falta de originalidade:

Não se deve, porém, por mero espírito de patriotismo, exagerar o mérito do nosso primeiro Código. As novidades que lhe são atribuídas não passavam de autênticas velharias. Assim, a imprescritibilidade das penas (que o Código bávaro de 1813, anacronicamente, consagrava, em contraste com o Código de Instrução Criminal francês de 1810), a reparação do dano ex delicto no próprio juízo criminal (critério residual da compositio) e a teoria objetiva da cumplicidade (que, não se sabe por que estranho raciocínio, se entende que, no Código monárquico, foi uma antecipação à teoria positiva sobre a participação no crime) .

A bem da verdade, os progressos alçados pelo direito penal com o diploma merecem ser analisados cum grano salis, havendo certa dose de exagero na magnitude das benesses que parte da doutrina lhe atribui. Eventual avanço se enxerga muito mais no campo político – por representar a necessidade nacional de assumir sua soberania – do que propriamente em matéria de maturação institucional da ciência penal. O Código Criminal do Império representou, acima de tudo, um esboço do potencial pátrio em fecundar suas próprias normas e dar vazão à produção dos juristas locais , apartando-se da dependência portuguesa, sem que o resultado espelhasse consolidada aceitação de garantias do réu ou contribuição à evolução de conceitos à época efervescentes.

De fato, não se deve olvidar que, a par de servir inspiração para ordenamentos outros e de promover avanços no campo da limitação do poder da autoridade (em contemplação ao princípio da legalidade, como se confere da redação dos arts. 1º e 33), da individualização e detalhamento da execução das penas (art. 33 a 64) e na consagração da menoridade como atenuante (art. 18, 10), trazia em seu bojo disposições criticáveis como a desigualdade de tratamento entre os réus – em especial, os escravos – e a falta de definição de “culpa”, havendo referência apenas ao dolo.

No mesmo ano a prescrição foi introduzida no ordenamento pátrio através de lei idealizada por Joaquim Gonçalves Ledo a qual, com o fito de regulamentar dispositivo da Constituição de 1824, instituiu os crimes de abuso de liberdade de imprensa, cuja pretensão punitiva se extinguiria em um ou três anos a contar da publicidade do ato, a depender se ação fosse pública ou privada, respectivamente.

Apenas com o Código de Processo Criminal de 1832 o instituto veio a receber tratamento consolidado, merecendo capítulo específico naquele diploma legal. Nos termos dos arts. 54 a 57, os “delitos e contravenções” decididos definitivamente pelos juízes de paz prescreveriam em um ano para os “delinquentes” presentes em interrupção no distrito e em três anos se “ausente em lugar sabido”, prazos que se alargariam para seis e dez anos, respectivamente, em se tratando de delitos afiançáveis.

Para o acatamento da prescrição, é oportuno destacar o alinhamento do legislador à época à doutrina da presunção de desinteresse do poder público o qual, em que pese dispor de meios para fazer valer o jus puniendi, dava provas de sua negligência ao não punir o criminoso de paradeiro indubitado, fundamentação que lastrearia, ainda que não suficientemente, boa parte da legislação vindoura, na medida em que se continuou a fazer referência à presença do acusado no foro do delito ou sua ausência em lugar conhecido. No caso dos demais delitos inafiançáveis e estando o réu presente, o lapso prescricional seria de dez anos. Por seu turno, a obrigação de indenizar seria imprescritível.

A lei no 261, de 03 de dezembro de 1841, não só alterou os prazos prescricionais previstos no Código, mas também influenciou a repercussão cível do delito, como se percebe:

Art. 32. Os delictos em que tem lugar a fiança, prescrevem no fim de vinte annos, estando os réos ausentes fóra do Imperio, ou dentro em lugar não sabido.

Art. 33. Os delictos que não admittem fiança prescrevem no fim de vinte annos, estando os réos ausentes em lugar sabido dentro do Imperio: estando os réos ausentes em lugar não sabido, ou fóra do Imperio, não prescrevem em tempo algum.

Art. 34. O tempo para a prescripção conta-se do dia em que fôr commettido o delicto. Se porém houver pronuncia interrompe-se, e começa a contar-se da sua data.

Art. 35. A prescripção poderá allegar-se em qualquer tempo, e acto do Processo da formação da culpa, ou da accusação; e sobre ella julgará summaria e definitivamente o Juiz Municipal, ou de Direito, com interrupção da causa principal.

Art. 36. A obrigação de indemnisar prescreve passados trinta annos, contados do dia em que o delicto fôr commettido (redação no original) .

Segundo Aloysio de Carvalho Filho, a referida lei teve por escopo corrigir os malefícios excessivos veiculados pelo Código de Processo Criminal de 1832 e representou a ascensão, depois de vários anos no ostracismo político, do partido conservador, o qual travou as tendências liberais de então, por julgar os diplomas penais vigentes perniciosos modelos de comportamento .

A postura serve para explicar, entre outros, a permanência de crimes imprescritíveis no ordenamento jurídico nacional e o requisito da presença do acusado para o reconhecimento da prescrição.

O regulamento no 120, de 31 de janeiro de 1842, a pretexto de regulamentar a lei anterior, findou por promover significativas alterações no trato da prescrição e de

assuntos a ela correlatos, como o alargamento das hipóteses de inafiançabilidade para delitos como conspiração, resistência ou arrombamento ou acometimento de qualquer prisão com força para maltratar presos (art. 301, 2o) e mais uma reforma dos prazos, retomando, ainda que parcialmente, a disciplina do Código de Processo Criminal de 1832 (arts. 271 a 273).

Ao confrontar os diplomas mencionados, Magalhães Noronha lamentava que o “brilhantismo” com que a consciência jurídica nacional se manifestara quando da elaboração do Código Criminal de 1830 e do Código de Processo Criminal de 1832 não tenha se repetido com a edição da lei de dezembro de 1841 e do regulamento no 120, o que teria ensejado movimentos sediciosos em São Paulo e Minas Gerais . É bem verdade que o autor comungava das deficiências apontadas em relação aos códigos, mormente no que toca ao tratamento desigual imposto aos escravos, mas enxergava que a legislação vindoura referida só veio a empobrecer a cultura jurídica local.

Já no período republicano, o Governo Provisório editou o decreto no 774, de 20 de setembro de 1890, que inovou ao incorporar ao direito brasileiro a prescrição da pretensão executória. Teve ainda o mérito de abolir a pena de galés , reduzir para 30 anos o prazo máximo das penas e contemplar a possibilidade da detração penal.

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (decreto no 847, de 11 de outubro de 1890) retratou a necessidade de superação do Código Criminal de 1830. Na sua exposição de motivos, constavam registros positivos ao texto anterior, mas ficava clara a concepção de que não conseguia responder com eficácia às exigências da sociedade republicana no fim do século XIX:

(...) A pratica incumbiu-se de pôr em evidencia os seus não poucos e reaes defeitos. A necessidade de refundil-o ou substituil-o, de há muito reconhecida, é hoje uma convicção geral. Para ella concorre, além da existencia de numerosas leis extravagantes, a circumstancia de que, no derradeiro trintenio, profundas transformações se vêm

operando no domínio do direito repressivo. Todos os povos que caminham à deanteira da civilização sentem que as suas leis penaes envelheceram (...) .

O diploma trouxe em dispositivos apartados as duas espécies de prescrição: da ação (art. 78) e da condenação (art. 80). Em ambos os casos, o prazo máximo estabelecido foi de vinte anos. Antônio José da Costa e Silva, um dos principais comentaristas do Código, não percebia dificuldades na separação, por se tratar de mera técnica legislativa. Entretanto, teceu críticas às legislações que, além de reservarem disciplinas diversas para as duas espécies prescricionais, o fizeram de forma a tratá-las em diplomas diferenciados:

O que absolutamente não se justifica é que, como acontece em algumas legislações (por exemplo, na belga e na japonesa), figure uma de taes espécies no código do processo e outra no do direito penal substantivo. O código pátrio trata simultaneamente das duas formas da prescrição .

Conforme disposição expressa do art. 78, gozava de prazo prescricional (e não decadencial) diferenciado o direito de queixa no rapto (que prescreveria em seis meses, a contra da data do cometimento do crime), lenocínio e adultério (cujo prazo era de três meses). O diploma não admitia a imprescritibilidade, a qual ressurgiu com o advento da lei no 515, de 03 de novembro de 1898, para o crime de moeda falsa nas hipóteses em que o réu fosse domiciliado ou homiziado no estrangeiro, e reafirmada com o decreto no 4.861, de 29 de setembro de 1924, em relação aos crimes políticos.

Carla Rahal Benedetti relembra as mudanças provocadas no Código Penal pelo decreto no 4.780, de 1923, que, entre outras, estabeleceu prazos específicos para a prescrição das penas de interdição, suspensão e perda de emprego e, especialmente, passou a estabelecer os prazos prescricionais em razão da pena. A celeuma deveu-se ao fato de haver divergência entre os referidos lapsos temporais e a redação do Código, sendo a questão resolvida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que houvesse a extensão

dos menores prazos em benefício dos réus. A autora sintetiza as principais reformas afirmando que

O decreto de 1923, portanto, estabeleceu nova redação para o art. 85 do Código Penal, em razão da pena prevista para o delito (art. 33), disciplinou prazo para a prescrição das penas restritivas de direitos (art. 34) e estipulou que a prescrição da ação fosse regulada pelo máximo da pena abstratamente cominada na lei, ou pela que for pedida no libelo, ou “pela que for imposta na sentença de que somente o réo houver recorrido” (art. 35), bem como incluiu o despacho que confirma a pronúncia e a sentença condenatória recorrível no rol das causas interruptivas da prescrição .

Heleno Cláudio Fragoso considerava que a velocidade com que foi elaborado o diploma de 1890 comprometeu a qualidade de seu conteúdo e implicou em retrocesso em relação ao estágio do direito penal à época.

Elaborado às pressas, antes do advento da primeira Constituição Federal republicana, sem considerar os notáveis avanços doutrinários que então já se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli, o CP de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo. Foi, por isso mesmo, objeto de críticas demolidoras, que muito contribuíram para abalar o seu prestígio e dificultar sua aplicação .

Ao que se vê, a multiplicação de leis esparsas, a sucessão de propostas de emenda ao Código de 1890 e a necessidade de unificação da legislação criminal em um só diploma foram os motivos que ensejaram a consulta ao Desembargador Vicente Piragibe acerca da possibilidade da reunião, que culminou com a elaboração da Consolidação das Leis Penais, incorporada ao ordenamento nacional pelo decreto no 22.213, de 14 de dezembro de 1932, e que não trouxe alterações de monta no que diz respeito ao trato da prescrição penal. Com o decreto no 22.494, de 24 de fevereiro de 1933, modificação significativa surgiu no que tange aos prazos prescricionais para os

menores de mais de 18 e menos de 21 anos na data da perpetração de crime ou contravenção, os quais foram reduzidos à metade.

Já no período do Estado Novo, Alcântara Machado apresentou anteprojeto de Código Penal notadamente influenciado pelo projeto de Ferri (1921) e com estreita relação com os códigos Rocco, o dinamarquês (ambos de 1930) e o suíço, de 1937, além de forte contribuição de Virgílio de Sá Pereira. O texto aumentou em metade os prazos prescricionais para os crimes cometidos contra a personalidade do Estado e para os relativos à moeda, títulos de emissão privativos do poder público e marcas oficiais, para quem estivesse no estrangeiro. Além disso, adotava a separação entre prescrição da ação e da condenação e restabelecia os prazos do Código de 1890, alterando o limite mínimo de um para dois anos.

A redação proposta por Alcântara Machado dividiu juristas como Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga e foi remetida a uma comissão revisora por eles composta, a qual aprovou um substitutivo que deu origem ao Código Penal de 1940, atualmente vigente, ainda que significativamente alterado. Criou-se, à época, certo constrangimento acerca da paternidade do novo diploma, haja vista que muito do anteprojeto de Alcântara Machado foi conservado, sem que lhe fossem atribuídos os créditos devidos e tampouco a Sá Pereira, por parte do ministro Francisco Campos. O Código Penal foi sancionado em 07 de dezembro de 1942 pelo decreto-lei no 2.848 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1943.

Divergências à parte, é fato que o Código Penal de 1940 logrou notável prestígio internacional. De forma geral, pode-se dizer que o diploma não se comprometeu com quaisquer das escolas ou correntes que disputavam o acerto na solução dos problemas penais: conciliava os postulados das Escolas Clássica e Positiva, de modo a aproveitar o que de melhor havia nas legislações modernas de orientação liberal. Heitor da Costa Júnior destaca o progresso representado pelo novo diploma:

Considerando a influência da legislação fascista e também que vivíamos no Estado Novo quando da promulgação do Código de 1940, poderia parecer correto que nosso código é um código fascista. Taxá-lo dessa forma, apesar de sua severidade, seria incorreto. Hungria e os demais integrantes da comissão revisora eram homens de espírito liberal e construíram um direito punitivo liberal e democrático, na medida em que possa ele sê-lo, pois hoje ninguém mais duvida que o direito penal nada tem de igualitário. No momento da repressão a igualdade dar-se-á tão somente a nível jurídico formal. Ingênuo seria pensar de outra forma .

A redação do Código não mencionava expressamente as duas modalidades prescricionais, optando por se referir à “prescrição antes de transitar em julgado a sentença penal” (art. 109) e “prescrição depois de transitar em julgado a sentença penal condenatória” (art. 110). Apesar da divergência meramente terminológica, o Código Penal de 1940 acompanhou a legislação de 1890 e estabeleceu prazos idênticos tanto para prescrição da pretensão punitiva como para a executória. Entretanto, permaneciam imprescritíveis as penas acessórias veiculadas na sentença ou decorrentes da condenação (art. 118, parágrafo único).

A nomenclatura que diferencia “prescrição da ação” e “prescrição da execução” apenas voltou à tona com o anteprojeto de Código elaborado por Nelson Hungria em 1963. Depois de ser submetido a várias comissões revisoras, o anteprojeto só foi convertido em lei pelo decreto-lei no 1.004, de 21 de outubro de 1969. Sua vigência foi, porém, adiada sucessivamente. As críticas que lhe foram dirigidas resultaram em alteração substancial pela lei no 6.016, de 31 de Dezembro de 1973. Depois de vários adiamentos de sua entrada em vigor, foi revogado pela lei no 6.578, de 11 de outubro de 1978.

Após o golpe militar de 1964 e a edição do decreto-lei no 898, de 29 de setembro de 1969 – que disciplinou inicialmente os crimes contra a segurança nacional – , a prescrição recebeu tratamento mais severo, conforme se percebe:

Art. 52. Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos neste decreto-lei:

(...)

b) pela prescrição da pena.

Parágrafo único. Verifica-se a prescrição:

I - Em o dobro da pena máxima privativa de liberdade, cominada ao crime, até o limite máximo de 30 anos, e desde que não se trate de prisão perpétua;

II - Em 40 anos, na hipótese da pena de prisão perpétua ou de morte (redação no original) .

A lei no 6.620, de 17 de dezembro de 1978, ao conferir novo regramento aos delitos contra a segurança nacional, inovou ao abolir a pena de morte e a prisão perpétua. Entretanto, no que tange ao instituto extintivo da punibilidade, fez menção apenas à prescrição da pena, em seu art. 48. No mais, admitiu-se que a prescrição da ação continuaria a ser solvida pelas regras gerais do Código Penal.

A atual lei dos crimes contra a segurança nacional (lei no 7.170, de 14 de dezembro de 1983) refere-se tão somente à prescrição como causa extintiva da punibilidade do agente , sem adentrar nas modalidades aceitas, tampouco fixa prazos para a configuração da prescrição. Por expressa disposição constante no art. 7º, vale destacar que na aplicação da lei se observará, no que couber, a parte geral do Código Penal Militar e, subsidiariamente, a sua parte especial, sendo o instituto largamente dissecado nos arts. 124 a 133.

A reforma empreendida pela lei no 7.209, de 11 de julho de 1984, no Código Penal Brasileiro, resultou em profundas alterações no trato da questão, que foi largamente esmiuçada. Entre outros, eliminou a imprescritibilidade das penas acessórias e estabeleceu que as penas restritivas de direito prescreveriam no mesmo prazo das privativas de liberdade .

Em termos gerais, a redação tecida da lei no 7.209/84 permanece até hoje, à exceção de pequenas alterações introduzidas quanto aos prazos prescricionais para a pena de multa e causas de interrupção, conforme a seguir, introduzidas pela lei no 9.268, de 1o de abril de 1996, e lei no 11.596, de 29 de novembro de 2007 .

A lei no 12.234, de 5 de maio de 2010, aumentou o prazo o prescricional quando o máximo da pena for inferior a 1 (um) ano e suprimiu a menção anterior à sentença transitada em julgado. Entretanto, vedou expressamente a possibilidade da contagem prescricional abarcar o lapso temporal anterior à denúncia

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, estabeleceu casos de imprescritibilidade no artigo 5o, quais sejam, os crimes de racismo (inciso XLII) e a ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático (inciso XLIV).

2. Sobre as mudanças do PL no 882/2019 em relação à Prescrição

O projeto de lei no 882/2019 propõe nova disciplina à prescrição, causa ancestral de extinção da punibilidade contemplada nos diversos ordenamentos jurídicos penais ao redor do mundo ao longo dos séculos. O tratamento a ela dispensado funciona como verdadeiro termômetro das feições do regime em que reconhecida. A bem da verdade, desconhece-se instituto que melhor possa depor acerca das opções políticas de dada sociedade:

”O desenvolvimento do instituto mescla-se com a história da humanidade. Em épocas de regime tendente à democracia, a prescrição avançou, em respeito ao direito penal mínimo. Retrocedeu ou foi fulminada durante regimes autoritários, quando alargado o exercício da punição. A perpetuidade da pena é, assim, regra jurídica que não se limita à esfera dos tribunais; desempenha papel no processo de poder, ou seja, está inserida no processo de realização política ”

Foi proposta a seguinte redação, especificamente com relação às causas impeditivas e suspensivas da prescrição, respectivamente:

“Art. 116.
.....

II - enquanto o agente cumpre pena no exterior; e

III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, estes quando inadmissíveis.

.....” (NR)

“Art. 117.
.....

IV - pela publicação da sentença e do acórdão recorríveis;

V - pelo início ou continuação da execução provisória ou definitiva da pena;

e

.....” (NR)

Percebe-se que a iniciativa dá continuidade ao ideal inaugurado pela lei no 12.234/10, no sentido de, optando por não encarar as verdadeiras razões que atravancam o funcionamento da máquina judiciária, desfigurar a prescrição, criando obstáculos artificiais ao seu reconhecimento, ao arrepio de todas as teorias que a lastreiam. É dizer: não é a ruptura açodada de cânones do direito penal medida idônea a combater eventual ineficácia na aplicação da lei.

De fato, não são poucos os fundamentos para a prescrição.

Nelson Hungria atribuía ao esquecimento o principal fator a respaldar o instituto. Defendia que o interesse estatal atrasado em fazer valer o jus puniendi beirava a pessoalidade, em flagrante falta de sintonia com a imparcialidade que deve nortear o Estado na condução de seu munus público:

“A justiça demasiadamente tardia não pode alcançar o apoio da certeza que legitima uma condenação. E, ainda mesmo que haja intervindo, sem subseqüente cumprimento, a condenação do réu, a pena, com o transcurso do tempo, acaba por perder o seu cunho de necessidade e seu caráter finalístico: sua serôdia execução já não seria um ato de justiça profícua, mas um simples capricho de vingança ”.

Sob outro prisma, a teoria da expiação moral entende despicienda a aplicação da sanção penal a quem sofrera as agruras de uma investigação policial ou mesmo de um processo criminal, com todos os inconvenientes deles decorrentes. O desenvolvimento do processo traria, por seu turno, reflexão do indivíduo sobre seu comportamento criminoso, surgindo como uma espécie de alternativa ao cumprimento da pena, com a ressalva de que não assiste ao réu o direito de escolha. Como mencionava Basileu Garcia ao resumir o pensamento da doutrina,

“Com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do delinqüente que logrou subtrair-se à ação da justiça. A pena, possivelmente, deixou de ser-lhe útil, como processo regenerador. De certo modo, ele já sofreu um castigo, nas vicissitudes que teve que atravessar para se garantir a impunidade – antes relativa do que absoluta. O protraimento, sempre arriscado e intranquilo, do seu ajuste de contas com o poder punitivo do Estado, equivale a uma indireta expiação de sua culpa ”.

Há também razões de ordem prática a prestigiar o instituto. O decurso do tempo esconde os vestígios, enfraquece a memória das testemunhas ainda vivas, compromete a robustez da perícia. O passar dos anos torna incerta a apuração do fato criminoso, dificultando a defesa e diluindo os elementos formadores da opinio delicti.

Raream, a um só ritmo, os elementos acusatórios e os álibis do acusado. Como bem ressalta Eugenio Cuello Calón:

“A boa administração da justiça interessa que as provas nos juízos criminais sejam frescas e confiáveis pois as que, por haver transcorrido muito tempo desde o cometimento do delito, perderam seu vigor probatório podem dar margem a graves erros judiciais”.

Registre-se ainda fundamento outro, qual seja, a teoria da presunção de emenda do criminoso, que logrou significativo prestígio na América do Sul e considera que durante o tempo que sucede o crime o acusado se redimiou e não voltará a delinquir. No Brasil, encontrou em Galdino Siqueira seu principal expoente. Para ele,

A prescrição só se póde justificar, não com presumpções, mas com a realidade, quando se demonstrar que o individuo, por seus precedentes, por sua conducta, pelo gênero do crime commettido, não se tornou temível, e assim, em face de quem peccou, mas soube redimir, é que cessa para a sociedade o interesse de punir .

Sob outro ponto de vista, a teoria da extinção dos efeitos antijurídicos mereceu destaque por parte de Vincenzo Manzini e, como se afigura constante na obra do autor italiano, apegam-se ao fator tempo como principal fator a ensejar o reconhecimento da causa extintiva. Desta feita, os anos incidiriam negativamente junto aos próprios elementos do crime, no caso, retirando-lhe a desconformidade ao direito. Não apenas a punibilidade , mas a própria essência criminosa restaria desfeita .

Manzini ressaltava que o poder de punir realmente advém da prática de um crime, mas esta não pode ser considerada como entidade indescritível de um passado remoto, mas como uma realidade produtiva que o direito penal deve punir e erradicar. Por isso, e em atenção à sintonia necessária entre os postulados penais e os reclamos atuais da sociedade – que não pode por mero capricho insistir na perpetuação de um fato que

não mais mereceria reprovação –, os efeitos antijurídicos podem desaparecer mesmo sem a reação da pena, somente pela ação abrasiva do tempo .

A bem da verdade, a tendência legislativa iniciada com a referida lei no 12.234/10 e continuada com a proposta em comento caminha ao encontro da reverência à imprescritibilidade como regra, postura rechaçada pela melhor doutrina penal e reservada a crimes específicos constitucionalmente referenciados. Como é de conhecimento, nos dias de hoje a contemplação de crimes imprescritíveis pelos ordenamentos é cada vez mais estreita. Neste sentido, José de Faria Costa raciocina que se os sistemas jurídico-penais já não operam a contento com todos os mecanismos de depuração e de esvaziamento que se tenta encontrar e fazer funcionar, muito mais dificuldade ocorreria se todos os crimes fossem imprescritíveis .

É preciso que se diga que o processo penal tem tempo próprio, que não se confunde com a lógica civilística justamente pela envergadura dos bens jurídicos que envolve. Gilberto Thums vislumbra o prazo razoável como o meio-termo que consubstancia a rejeição do processo sumário e também da eternização do processo. Para Thums, a resposta judicial em tempo razoável relaciona-se diretamente com a efetividade e o nível de justiça que proporciona o processo e depende essencialmente do sistema adotado.

Enquanto o sistema acusatório preocupa-se com a efetividade, isto é, com o respeito aos os direitos do acusado na persecução penal, encarando o processo justo como o único meio civilizado para a aplicação da lei penal, o sistema inquisitório destina-se a obter resultados, a qualquer custo, sacrificando direitos e não se preocupando com a injustiça no caso concreto, mas com a resposta estatal mais célere, ainda que errada.

Diante desse contexto pode-se considerar como injusta toda decisão proferida precipitada ou tardiamente, fora de um prazo razoável, incompatível com a complexidade do objeto litigioso .

Nessa linha de raciocínio, não com grande esforço se percebe que as alterações propostas colocam na conta da prescrição as deficiências estruturais do Poder

Judiciário, na medida em que não consegue deliberar, a tempo e modo, acerca dos recursos a ele apresentados, inclusive no que toca à execução definitiva de suas decisões, motivo pelo qual se entende que devem ser rechaçadas.

3 -JÚRI

No ponto da reforma que se refere a alterações do rito do Júri questiona-se os seguintes pontos.

A execução da pena após o veredito do Tribunal do Júri, que, cabe lembrar, é órgão de primeira instância, viola flagrantemente o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal e o duplo grau de jurisdição, previsto no artigo 5º, LV da Carta Magna e os artigos 8.2.h da CADH.

Diz a Constituição Federal que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Aqui vai muito além da já flexibilizada decisão proferida pelo STF, que autoriza a execução da pena após a segunda instância. Aqui o que se tem é decisão de primeiro grau, dada por juízes leigos e sem qualquer necessidade de fundamentação. Também não se pode confundir soberania dos vereditos com impossibilidade recursal. A decisão do Tribunal do Júri pode, e não raras vezes acontece, ser revista pelo tribunal de segundo grau, devendo ser feito novo julgamento.

Ainda que o Tribunal recursal não anule o julgamento e determine novo Júri, o recurso de apelação poderá levar a resultados diferentes da pena privativa de liberdade em regime fechado, já que pode alcançar a reforma da dosimetria da penalidade aplicada pelo juiz-presidente, levando à desclassificação para homicídio culposo, para tentativa, sem qualificadora, bem como alterar o regime inicial de cumprimento de pena ou levar a uma substituição por penas restritivas de direitos.

Outro ponto da reforma que merece destaque é o de que foram ignorados os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, tornando a prisão após o veredito do Tribunal de Júri, que mais uma vez lembrando, é decisão de primeiro grau, automática. Aqui o legislador inverterá a lógica do processo penal e a liberdade se tornará excepcional e a prisão a regra, contrariando a vontade do constituinte.

Além disso, esta propositura legislativa exaspera decisão do STF que autoriza a execução de sentenças condenatórias, após a confirmação por um órgão colegiado de segunda instância, já que se trata de prisão após decisão de 1º grau agravada por ter sido proferida por juízes leigos e sem fundamentação. Aqui vale pontuar que a decisão do STF também será combatida por esta nota técnica, já que autoriza a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença.

Outro ponto que deve ser trazido à baila é que com a execução provisória após o veredito do Tribunal do Júri, levará a um colapso ainda maior do sistema penitenciário, que já se encontra em estado inconstitucional.

Cumprido destacar que o fundamento para essa alteração é que os crimes de homicídio são em sua maioria praticados por organizações criminosas. Contudo, não há qualquer estudo que comprove tal assertiva. Nem mesmo a propositura legislativa fez qualquer distinção entre homicídios praticados por organizações criminosas e aqueles praticados por violenta emoção, pelo uso de drogas ou álcool, entre outros motivos.

4- Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância:

Mudanças no Código de Processo Penal:

“Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa levar à provável revisão da condenação.

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

“Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório não terão efeito suspensivo.

§ 1º Excepcionalmente, poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão constitucional ou legal relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

§ 2º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente no recurso ou por meio de petição em separado, dirigida diretamente ao relator do recurso no Tribunal Superior, instruída com cópias do acórdão impugnado, das razões do recurso e de prova da sua tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.” (NR)

“Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos.” (NR)

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ou exarada por órgão colegiado.

.....
...”(NR)

Mudanças na Lei de Execução Penal:

“Art. 105. Transitada em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância de pena privativa de liberdade, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” (NR)

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicar pena restritiva de direitos ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância de pena restritiva de direitos, o juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução e poderá requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.” (NR)

“Art. 164. Extraída certidão da decisão condenatória em segunda instância ou de trânsito em julgado da sentença condenatória, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

.....” (NR)

Em que pese a modificação imposta no art. 283 do CPP, que em sua redação atual prevê que “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” (grifo nosso), fato é que a reforma proposta não possui o condão de alterar o texto constitucional. E a Constituição Federal permanece trazendo – como uma de suas cláusulas pétreas, entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º), previsão no sentido de que:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

O princípio constitucional da presunção de inocência - como o próprio nome revela, impede que o cidadão, independentemente do crime praticado, seja tratado pelo Estado como se culpado fosse antes do trânsito em julgado de uma eventual condenação (HC 126292 / SP, voto do Ministro Celso de Melo).

Nessa linha, se é certo que somente o trânsito em julgado de sentença penal condenatória pode fazer com que um cidadão acusado do cometimento de infração penal seja considerado culpado – afastando-se, portanto, a presunção de sua inocência, não há como restar justificada a sua prisão automática, decorrente de julgamento desfavorável em segunda instância, se ainda pendentes recursos em face desta condenação.

Sobre o tema, pela pertinência, pedimos venia para transcrever trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no bojo do HC 126292 / SP, oportunidade em que aborda o referido princípio constitucional (art. 5º, LVII, da CF), in verbis: “O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.”

Ademais, para além das implicações constitucionais, a alteração proposta também traz reflexos nefastos de ordem prática – na medida em que, de maneira lógica, antecipa prisões e, no limite – nas hipóteses em que as instâncias superiores vêm a absolver o acusado ou a reduzir sua pena, submetem desnecessariamente estas pessoas à prisão.

E, necessário trazer à baila, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Atualização – Junho de 2016), lançado pelo Departamento Penitenciário Nacional em 2017, a população carcerária brasileira alcançava 726.712 pessoas, enquanto o número de vagas no sistema era de apenas 368.049, o que denota de pronto a superlotação carcerária que permeia a média do sistema prisional nacional.

Já ocupamos – sem louvor, o 3º lugar no ranking de países com maior população prisional, exibindo 352,6 prisões para cada 100.000 habitantes, índice mais de duas vezes superior ao encontrado, por exemplo, na Argentina – que aponta 149 prisões para cada 100.000 habitantes (dado do Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ em junho de 2014).

Nessa linha, é certo que precisamos de medidas que auxiliem na redução da população carcerária brasileira, e não no seu incremento.

Lado outro, os parágrafos primeiro dos arts. 617-A e 637 são de aprovação altamente recomendada acaso acolhida a alteração prevista no caput do art. 217-A.

Conforme destacado pela DPU, em petição da lavra do Defensor Público Federal Gustavo Zortéa da Silva nos autos da ADC 44, “há uma séria relutância dos Tribunais em adequarem seus julgados às orientações traçadas pelo STJ e pelo STF. Esta relutância, por vezes, manifesta-se como explícita contrariedade à jurisprudência uniforme do STJ e do STF”. E prossegue:

“Um exemplo significativo da manifesta contrariedade vem do Superior Tribunal Militar.

O Superior Tribunal Militar admite seja o réu processado pelo crime de deserção, de natureza propriamente militar, mesmo que venha a ser posteriormente excluído da Força (Correição Parcial 0000098-67.2016.7.01.0401, j. em 16/6/2016, publicado em 14/7/2016).

Este entendimento confronta antigo e reiterado posicionamento do STF, firmado no sentido de que a exclusão da Força impede o prosseguimento da ação penal

em crimes de deserção, como exemplifica o HC 115.754/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 19/3/2013, DJE de 11/4/2013.

(...)

Outro exemplo relevante vem do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

A Quinta Câmara Criminal daquele Tribunal de Justiça guarda decisões recentes no sentido de que o princípio da insignificância não é aplicável, por ausência de amparo legal, constituindo recurso interpretativo à margem da lei. Opõe-se, portanto, um óbice absoluto ao reconhecimento da insignificância penal das condutas, independentemente de suas circunstâncias. Neste sentido, os Embargos Infringentes e de Nulidade 1.0284.12.000390-0/002, Des. Eduardo Machado, j. em 18/8/2016, publicado em 26/8/2016 .

No mesmo sentido, há decisões recentes da 6ª Câmara Criminal daquele Tribunal, tal como a Apelação Criminal 1.0720.13.000159-0/001, Des. Rubens Gabriel Soares, j. em 2/8/2016, publicado em 12/8/2016, e da 7ª Câmara Criminal, haja vista a Apelação Criminal 1.0024.15.201834-7/001, Des. Cássio Salomé, j. em 11/8/2016, publicado em 19/8/2016.

Este entendimento confronta a orientação firmada pelo Pleno do STF, ao julgar os HHCC 123.108/MG, 123.533/SP e 123.734/MG, quando a Suprema Corte, entre outras diretrizes, privilegiou o exame do caso concreto para a aferição da insignificância penal da conduta.”

Por fim, quanto à alteração prevista no §2º do art. 617-A, entendemos a medida como positiva – e não apenas nos casos de condenação, mas, especialmente, nos casos de absolvição. Sugerimos, aliás, que, nos casos de réu preso, seja incluída previsão legislativa no sentido de que seja providenciada comunicação também o juízo da execução. Conforme identificado pela DPU, a ausência de comunicação ao juízo da execução acerca das reduções de pena operadas, no mais das vezes, no julgamento de apelações, prejudica sobremaneira o réu preso, que, nos casos em que são interpostos novos recursos (inclusive por corrêus), fica sujeito ao cumprimento da pena mais gravosa

fixada na sentença por simples ausência de comunicação ao juízo da execução acerca da redução implementada.

De se destacar que o CNJ, em face de pedido formulado por esta Defensoria Pública da União, alterou, em 2016, o teor de sua Resolução nº 113/2010, para o fim de constar do art. 1º, parágrafo único, a seguinte previsão: “A decisão do Tribunal que modificar o julgamento, deverá ser comunicada imediatamente ao juízo da execução penal”.

5- Das alterações pretendidas pelo projeto de lei nº 882/2019 na Lei nº 11.671/2008:

I – Previsão inconstitucional de nova competência da Justiça Federal em matéria penal: O art. 11 do projeto de lei em comento introduz parágrafo único no art. 2º da Lei nº 11.671/2008, com a seguinte redação: “O juízo federal de execução penal será competente para as ações de natureza cível ou penal que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal”.

A pretendida alteração legal, a par de promover desejada vinculação do juízo federal aos incidentes relacionados à execução da pena, cria hipótese de competência da Justiça Federal, em matéria penal, em razão do local do cometimento da infração (dentro de um estabelecimento penal federal). Não se pode presumir a existência de interesse da União pela mera circunstância de o crime ter sido praticado no âmbito de um Presídio Federal. Assim, a hipótese não se enquadra no art. 109, I, IV, ou qualquer das demais previsões constitucionais para competência da Justiça Federal.

Suponha-se, por exemplo, uma briga entre dois presos no pátio do banho de sol, de que resulte lesão corporal. A par da questão disciplinar, a ser desenvolvida no processo de execução penal, o fato pode configurar crime que, claramente, atenta contra a integridade física de um particular (o interno vitimado), não havendo qualquer interesse específico da União a atrair a competência penal para a Justiça Federal, consoante as hipóteses já previstas na Constituição Federal. A jurisprudência de nossos tribunais está recheada de casos semelhantes, delitos que, embora praticados em estabelecimento

federal (e mesmo em face de servidor público federal) não são de competência da Justiça Federal por não haver interesse específico da União (vide STJ CC 156.196).

Ocorre que o rol de competências da Justiça Federal está disposto em numerus clausus na Carta de 1988, e não pode ser ampliado por lei ordinária. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal já decidiu: “Competência da Justiça Federal definida na Constituição, não cabendo a lei ordinária e, menos ainda, a medida provisória sobre ela dispor” (ADI 2.473-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 13-9-2001, Plenário, DJ de 7-11-2003.). Assim, o texto acima padece de manifesta inconstitucionalidade.

II – Sobre o “regime fechado de segurança máxima” descrito nas alterações pretendidas sobre o art. 3º da Lei nº 11.671/2008, apresentamos as seguintes considerações:

- §1º, inciso III – Tempo de banho de sol: a redação sugere a possibilidade de restrição do tempo de banho de sol inferior a duas horas diária, o que inegavelmente configuraria pena cruel, proscrita pela Constituição Federal (art. 5º, XLVII, “e”). A concessão de “banho de sol” está relacionada com a saúde física e mental do preso, não podendo ser interpretada como uma regalia, a critério da administração prisional. Entende-se necessária a alteração do texto, para que garanta “no mínimo” duas horas diárias de banho de sol.

Para além disso, ainda que aparente passar despercebido, a novel sugestão legislativa, versando de forma diversa daquela prevista na LEP no tocante ao cumprimento do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), legitima ao novo regime a prática já estabelecida em todas as unidades prisionais federais de determinar que o banho de sol se dê dentro das celas do setor de isolamento.

É dizer, para os presos recém chegados (triagem) e aos presos em RDD (sanção disciplinar), cada unidade prisional dispõe de 12 celas de isolamento, cujo banho de sol foi projetado para, em seu vão adjacente, garantir que o interno permaneça 24hs confinado e ali, ainda que de forma precária, tenha acesso ao banho de sol.

Com efeito, ainda que o art.52, inc. IV da LEP disponha literalmente sobre o direito do preso em RDD à “saída” para o banho de sol, a novel proposta, no âmbito do SPF, toma o cuidado de promover a alteração no texto sem a inclusão da palavra “saída”,

legitimando a previsão infralegal inserta no Decreto 6049/07 que, ao regulamentar o Sistema Penitenciário Federal, encontrava-se em manifesto confronto com a lei.

Tal medida, portanto, prima pela pena de caráter cruel e degradante, alicerçada no ideal de confinamento solitário prolongado como método puro e simples de inocuizar indivíduos privados de liberdade .

- §1º, inciso II - Contato físico do preso com seus familiares: a visita social do preso por sua família tampouco pode ser interpretada como uma regalia. Trata-se de um direito, que está amparado, ainda que indiretamente, na Constituição Federal de 1988, nos pontos em que assegura a dignidade da pessoa humana e a proteção à família (arts. 1º, III, e 226).

Também o referido direito decorre da função ressocializadora da pena, que não pode ser afastada, mesmo quando admitida a transferência de um preso para o sistema penitenciário federal (vide Regra nº 04, das Regras de Mandela). Não há como conceber a reintegração do preso à sociedade se não consegue sequer manter laços significativos com a sua família mais próxima.

O PL em comento suprime qualquer possibilidade de contato físico do preso com os seus familiares. Elimina a possibilidade de visita íntima e mesmo a visita social deverá ser realizada em parlatório. Essa previsão esvazia severamente o conteúdo do direito em tela. A circunstância de que não há um limite temporal definido para a constância de tais restrições (porque a redação permite sucessivas prorrogações de permanência do interno no sistema penitenciário federal), potencializa os efeitos deletérios dessas restrições de direitos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos enfrentou essas questões (KHOROSHENKO v. RUSSIA - Application no. 41418/04), tendo afirmado que a função ressocializadora e reintegradora do preso à sociedade é obrigatória, mesmo para os países que adotam a pena perpétua (parágrafo nº 121) e reconhecido que a completa proibição de contato físico do preso com seus familiares, aliada à longa duração das severas restrições ao direito de visita do preso constituem medidas desproporcionais, e assim violadoras do direito do preso ao convívio com a família (parágrafos 147 a 149).

Em verdade, a visita social realizada nas dependências do parlatório já se revela uma restrição, de modo que deve ser tratada como exceção, a ser minuciosamente

analisada pela inteligência da unidade prisional, a partir de indícios concretos que façam presumir risco para a segurança pública. Bem por esse motivo que a Lei de execução penal já prevê (e o próprio PL da mesma forma no §6º do art.3º), em seu art.41 parágrafo único, a possibilidade de restrição ou mesmo suspensão ao direito de visita, de forma individualizada, em homenagem ao princípio da individualização pena (art.5, inc. LXVIII).

Em conclusão, reputa-se que a restrição de contato físico do preso com seus familiares nas visitas sociais, estabelecida pelo PL 882/2019 constitui tratamento cruel, incompatível com a Constituição Federal de 1988, haja vista que não estabelece qualquer parâmetro temporal para a suspensão da medida, revelando verdadeira legitimação de sanção de natureza coletiva, vedada expressamente pela LEP (art.44§3º) e inúmeras recomendações internacionais.

- §1º, IV - Da quebra do sigilo das comunicações do preso: o dispositivo estabelece restrição ao sigilo das comunicações de forma absoluta e sem limite temporal, o que o torna inconstitucional. O sigilo das correspondências é um direito fundamental (art. 5º, XII, da CF/88), portanto irrenunciável, imprescritível, não se retirando da esfera de direitos do preso pela prática do ato criminoso ou pelo seu encarceramento.

Os direitos fundamentais, diz a doutrina constitucionalista de forma unânime, não comportam restrições absolutas. O só fato da inclusão de um preso em estabelecimento penal federal tampouco pode autorizar a eliminação peremptória do sigilo de suas comunicações, mormente porque a lei não estabelece qualquer limitação temporal, nem tampouco exige justificativa específica para essa medida. Note-se que mesmo a correspondência destinada aos advogados ou defensores do preso, neste caso, está sujeita ao escrutínio da administração prisional, embora protegida especialmente pelo sigilo profissional.

Digno de nota que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, mencionada na exposição de motivos do projeto de lei em comento como argumento no sentido da validade das restrições impostas no “regime de segurança máxima”, desautoriza, por outro lado, em reiteradas decisões, a investigação irrestrita da correspondência dos presos (mesmo aqueles sujeitos ao regime prisional mais gravoso destinado aos membros da máfia italiana), sugerindo que a quebra do sigilo das correspondências deve ocorrer, quando necessário, por tempo determinado e mediante

justificativa específica para adoção dessa medida (ENE v. ITALY - Application n° 74912/01; LABITA v. ITALY – Application n° 26772/95).

- Restrições ao exercício da advocacia: o §2º do art. 3º da Lei n° 11.671, na redação sugerida pelo PL em comento, estabelece restrição inconstitucional ao exercício da profissão da advocacia (art. 5º, XIII). O contato do advogado com o seu cliente não pode estar sujeito à conveniência da agenda da administração prisional. Isto porque o preso (ou qualquer outra pessoa) não pode postular em juízo sem o intermédio de um advogado, e, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não é por outro motivo que o art. 7º, incisos II e VI, do Estatuto da OAB estabelecem como “direito do advogado” “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis” e “ingressar livremente” “nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares”.

A exigência de autorização da direção do estabelecimento prisional para a visita de um advogado também constitui previsão deveras nociva à prevenção da tortura e do abuso de autoridade no ambiente prisional. Isto porque, conjugada com as restrições ao direito de visitação, estabelecidas no mesmo PL, o preso poderá permanecer prolongados períodos de tempo sem qualquer contato com alguma pessoa (familiar ou advogado) capaz de reclamar sobre a prática de algum ato abusivo.

6- Nota para o GT-Presos sobre o PL que altera o SPF

No sistema penitenciário brasileiro, em regra, todo aquele condenado a uma pena privativa de liberdade ficará custodiado em presídio estadual, independentemente de a ação penal respectiva ter tramitado perante a Justiça Estadual ou Federal, competindo a execução da pena ao juízo das execuções penais do Estado (súmula 192 do STJ).

Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima foram então concebidos como uma alternativa ao encarceramento em presídios estaduais, sobretudo visando privilegiar a segurança pública.

É fato público e notório o processo de superencarceramento pelo qual o Brasil tem passado nas últimas décadas, tendo ocorrido um crescimento exponencial da população carcerária, o que tem contribuído para gerar graves e generalizados problemas nas penitenciárias estaduais, de modo tal que os governos estaduais não tem conseguido efetivamente administrá-los e cumprir a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), dando margem ao surgimento de líderes entre a massa carcerária e à formação das assim chamadas facções criminosas, com atuação dentro e fora dos estabelecimentos penais.

Nesse contexto de agravamento dos problemas enfrentados pelos Estados para administrar seus respectivos presídios, a Lei 10.792/03 alterou a redação do art. 86, § 1º, da Lei de Execução Penal, visando facilitar a construção, pela União, de estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado. Interessante ressaltar que referida Lei 10.792/03 (a mesma que instituiu o regime disciplinar diferenciado) foi promulgada a partir do projeto de lei da câmara n. 5.073/2001, proposto pelo Poder Executivo pouco após a ocorrência de uma onda de ataques empreendida por uma facção criminosa que atuava (e ainda atua) a partir das penitenciárias estaduais paulistas no ano de 2001, que chegou a promover rebeliões concomitantes e orquestradas em diversos estabelecimentos penais na capital e em cidades do interior do estado de São Paulo.

Com base nessa previsão legal genérica, foi construída e inaugurada a primeira penitenciária federal de segurança máxima brasileira, localizada no município de Catanduvas/PR, no ano de 2006, que passou a ser regida pelo Decreto 6.049/07, que aprovou o Regulamento Penitenciário Federal.

Apenas após cerca de dois anos é que foi editada a Lei 11.671/08, que formalmente instituiu o Sistema Penitenciário Federal (SPF) brasileiro, dispondo sobre o processo de inclusão e transferência de presos, definitivos ou provisórios, para estabelecimentos penais federais de segurança máxima. Referida lei foi regulada pelo Decreto Federal 6.877/09, o que consolidou legalmente o procedimento necessário para a transferência de internos de presídios estaduais para os congêneres federais.

Analisando-se o arcabouço legal do SPF, verifica-se que o mesmo foi concebido para custodiar presos diferenciados, não em razão dos crimes praticados, mas por estarem causando transtornos à ordem e à disciplina dos estabelecimentos penais estaduais, cujas autoridades não estariam em condições de reprimir o nocivo comportamento carcerário e isso esteja afetando a segurança pública (nesse senti-do, cf. art. 3º e 10 da Lei 11.671/08 e 3º do Decreto Federal 6.877/09). Não se trata, pois, de um modelo alternativo ao cumprimento de pena nos presídios estaduais, mas de uma segregação temporária e excepcional de presos considerados de alta periculosidade e nocivos para o Sistema Penitenciário Estadual por exercerem influência negativa, em razão do que seria necessária a custódia em local distante e sem contato com os demais presos.

O projeto de lei apresentado pelo atual Ministro da Justiça e Segurança Pública para alteração da Lei 11.671/08 (PLC 882/2019) vai na contramão dessa concepção de modelo de segregação temporária e excepcional, caminhando para uma forma alternativa de execução da pena de determinados presos, sobretudo ao aumentar o período de permanência destes no Sistema Penitenciário Federal e ao facilitar a renovação do prazo.

Sobre o prazo de permanência dos presos no SPF, atualmente a Lei 11.671/08 dispõe que:

Art. 10. A inclusão de preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima será excepcional e por prazo determinado.

§ 1º O período de permanência não poderá ser superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, renovável, excepcionalmente, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência.

O Projeto de Lei 882/2019 confere a seguinte nova redação ao § 1º do art. 10:

§ 1º O período de permanência será de até três anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência e se persistirem os motivos que a determinaram.

Observa-se que o projeto de lei acaba por elastecer o prazo para permanência do preso no SPF, que passa de 360 dias para três anos, bem como permite que seja

“renovável por iguais períodos”, “se persistirem os motivos que a determinarem”, enquanto a redação atual do dispositivo legal só admite a renovação “excepcionalmente”.

Atualmente, há diversos internos do SPF que foram transferidos para uma das penitenciárias federais há muitos anos e tem tido a renovação da permanência autorizada sucessivamente sem que haja a menor preocupação da autoridade requerente em fundamentar a necessidade de renovação, sendo comum apontar-se que permanecem presentes os motivos que a determinaram. Pouco em-tão é feito pelos Estados de origem, que não realizam concretas melhorias em seu sistema penitenciário, não investigam devidamente a prática de crimes de dentro dos presídios, tampouco combatem de forma efetiva as facções criminosas, que continuam a operar e interferir na administração penitenciária.

Assim, o projeto de lei, ao aumentar o prazo mínimo de permanência e facilitar sua renovação, acaba por criar uma modalidade paralela de execução penal, com regras próprias e regime bem mais gravoso ao preso, diminuindo, assim, a possibilidade de controle jurisdicional de tal forma de cumprimento da pena. É nesse sentido que o PL 882/2019 expressamente estabelece, de forma inédita no ordenamento jurídico pátrio, o que chama de regime fechado de segurança máxima (art. 3º, §§ 1º e 8º), o fazendo apenas como uma forma de recrudescimento do sistema.

O Projeto de Lei 882/2019 poderá, assim, banalizar a utilização das vagas do Sistema Penitenciário Federal, já que deixa passar a oportunidade de estipular regras mais rígidas para a renovação da permanência, bem como não apresenta qualquer indicação de um prazo máximo para a manutenção dos presos em presídio federal.

7- Observações - isolamento

O projeto de lei 882/2019, proposto pelo Ministro Sérgio Moro, engloba conjunto de medidas para combater o crime. Entre as alterações, propõem-se o aumento do tempo máximo no Sistema Penitenciário Federal de um ano para três com possibilidades de renovação, modificando a lei 11.671/2008, e propõe-se que o início do cumprimento das penas das lideranças de facções criminosas comece em presídios de segurança máxima, modificando a Lei 12.850/2013.

Para esta análise, serão priorizadas as propostas de modificação em relação a regime de confinamento solitário. Por confinamento e confinamento solitário, utiliza-se a Regra 44 das Regras de Mandela para referência:

Regra 44

Para os objetivos destas Regras, o confinamento solitário refere-se ao confinamento do preso por 22 horas ou mais, por dia, sem contato humano significativo. O confinamento solitário prolongado refere-se ao confinamento solitário por mais de 15 dias consecutivos.

Nesse sentido, tanto o regime ordinário quanto o regime disciplinar diferenciado no Sistema Penitenciário Federal podem ser classificados nessa definição de confinamento solitário. Assim, é interessante atentar-se para sua utilização:

Regra 45

1. O confinamento solitário será utilizado somente em casos excepcionais como último recurso, pelo menor prazo possível e sujeito a uma revisão independente, e somente de acordo com autorização de autoridade competente. Não deverá ser imposto como consequência da sentença do preso.

2. A determinação de confinamento solitário será proibida no caso de preso portador de deficiência mental ou física quando essas condições possam ser agravadas por tal medida. A proibição do uso do confinamento solitário e de medidas similares em casos envolvendo mulheres e crianças, como referido em outros padrões e normas das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal, [referência suprimida] permanece aplicável.

A partir das Regras de Mandela, a utilização da medida deve ser utilizada como ultima ratio. Entende-se que a proposta para ao aumento do tempo no SPF é contrário às indicações das Regras de Mandela.

Vale ainda complementar essa leitura a partir de estudos e avaliações presentes na literatura internacional sobre confinamento solitário. O então Relator Especial para Tortura das Nações Unidas publicou relatório sobre a relação entre confinamento solitário e tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no qual se faz referência aos principais estudos sobre a temática. Destacam-se três autores: Craig Haney, que estuda o tema há 40 anos na Califórnia, EUA, Sharon Shalev, que faz pesquisas no Reino Unido e nos Estados Unidos e Peter Sharff-Smith que pesquisa o tema na Dinamarca. No Brasil, há estudos sobre RDD e sua constitucionalidade, porém não há muitos estudos sobre os efeitos do confinamento solitário de forma que dialogue com as experiências internacionais.

Os estudos feitos ou acompanhados por esses pesquisadores observam efeitos físicos e psicológicos a partir da utilização do confinamento solitário prolongado, em especial por causa do "isolamento social, poucos estímulos ambientais e pouca possibilidade de interagir socialmente" (ONU, 2011, parágrafo 62).

Cabe citar os efeitos conhecidos entre os efeitos fisiológicos a partir da compilação de Sharon Shalev (SHALEV, 2008, p. 15):

- problemas gastrointestinal, cardiovascular e problemas genito-urinários, enxaquecas e fadiga profunda;
- palpitações cardíacas (consciência de batimentos cardíacos fortes e / ou rápidos em repouso)
- Diaforese (sudorese excessiva e repentina)
- Insônia
- Dores nas costas e outras articulações

- Deterioração da visão
- Falta de apetite, perda de peso e por vezes diarreia
- Letargia, fraqueza
- Tremulência (tremor)
- Sentindo frio
- Agravamento de problemas médicos pré-existentes.

Citam-se ainda os efeitos psicológicos (SHALEV, 2008, p. 15 e 14):

- Ansiedade: baixo nível de estresse persistente, medo de morte iminente, ataques de pânico;
- Depressão: perda de capacidade de ter quaisquer "sentimentos", desesperança, retraimento social;
- Raiva: irritabilidade e hostilidade, explosões de violência física e verbal contra os outros;
- Distúrbios cognitivos: curto período de atenção, baixa concentração, memória fraca, processos de pensamento confuso; desorientação.
- Distorções perceptivas: hipersensibilidade a ruídos e cheiros, distorções de sensação (por exemplo, paredes fechando), desorientação no tempo e no espaço, despersonalização, alucinações (afetando os cinco sentidos - visual, auditivo, tátil, olfativo e gustativo);
- Paranóia e Psicose: pensamentos recorrentes e persistentes (muitas vezes de caráter violento e vingativo), idéias paranóicas, depressão psicótica, esquizofrenia;
- Tentativas de suicídio e suicídio.

Na análise de Juan Mendez, há ainda a discussão sobre as populações vulneráveis, notadamente crianças e adolescentes, pessoas com deficiência e população LGBT. No caso de pessoas com deficiência, é importante pontuar que a categoria inclui

peessoas com transtorno mental e que essas pessoas podem ter suas condições agravadas no isolamento prolongado.

A partir das considerações acima, em especial a partir das Regras de Mandela, é importante que as medidas de isolamento prolongado sejam exceção no ordenamento jurídico. Assim, defende-se a manutenção do tempo mínimo no SPF e adoção de outras medidas para enfrentamento às facções criminosas, bem como a adoção de medidas para promover atividades no SPF para os presos.

Referências:

ONU. Interim report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (A/66/268). Genebra: 5 de ago. 2011. Disponível em: <http://solitaryconfinement.org/uploads/SpecRapTortureAug2011.pdf>. Acesso em: 11 de mar. 2019.

SHALEV, Sharon. A Sourcebook on Solitary Confinement.

London: Mannheim Centre for Criminology, London School of Economics, 2008. http://solitaryconfinement.org/uploads/sourcebook_web.pdf. Acesso em: 12 de mar. 2019.

CNJ. Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em: 12 de mar. 2019.

Assinam a nota:

Grupo de Trabalho Pessoas em Situação de Prisão e Combate à Tortura