

Excelentíssima Senhora Presidente da Comissão de Criminologia do Instituto dos Advogados Brasileiros, Dra. Márcia Diniz

Referência - Indicação nº 034/2023, da insigne Consócia Ana Arruti, 3ª. Vice-Presidente da Comissão de Criminologia do Instituto dos Advogados Brasileiros, sobre os Projetos de Lei aglutinados nº 2403/2019, de autoria do Deputado José Medeiros, que “Moderniza o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, tornando mais rigorosa a resposta punitiva” e nº 3492/2019, de autoria dos Deputados Carla Zambelli, Bia Kicis e Eduardo Bolsonaro, que “Altera os artigos 75, 121 e 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o homicídio e lesão corporal de criança e adolescente como circunstância qualificadora do crime de homicídio e da lesão corporal e o artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o homicídio contra criança e adolescente e para impor ideologia de gênero no rol dos crimes hediondos.”

“Ementa: Proposta de aumento do limite de execução das penas privativas de liberdade; medida inoportuna, ilegítima e inconstitucional; violação ao

princípio da humanidade. Inconstitucionalidade do estabelecimento de regime carcerário inicialmente fechado e aumento do tempo de cumprimento da pena para a progressão de regime dos condenados por crimes contra a vida, latrocínio, estupro e estupro de vulnerável; violação ao princípio da individualização da pena. Desproporcionalidade do aumento do prazo prescricional máximo para trinta e cinco anos. Proposta de aumento de penas privativas de liberdade; medida inoportuna, ilegítima e inconstitucional; violação ao princípio da humanidade. Estabelecimento em lei da classificação de crimes preterdolosos como dolosos contra a vida; má técnica legislativa; medida inoportuna. Inclusão de novas hipóteses de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos; medida inoportuna. Parecer pela rejeição integral de ambos os Projetos de Lei.”

A indicação trata dos Projetos de Lei da Câmara dos Deputados, nº 2403/2019 e 3492/2019, já acima referidos, que se encontram aglutinados, em tramitação perante a Casa Legislativa.

Eis o teor do PL 2.403/2019:

“Art. 1º Esta lei moderniza o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, tornando mais rigorosa a resposta punitiva.

Art. 2º Os artigos 33, 75, 109, 121, 128-A, 157, 158, 159, 213, 217-A, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de

dezembro de 1940, Código Penal passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 33.

.....

.....

§ 5º O condenado por crime contra a vida ou pelo crime previsto no art. 157, § 3º, inciso II, deverá começar a cumprir a pena em regime fechado e somente terá direito a progressão após cumprir três quartos da pena.

§ 6º O condenado por crime previsto nos arts. 213 e 217-A deverá começar a cumprir a pena em regime fechado e somente terá direito a progressão de regime após cumprir três quartos da pena.” (NR)

“Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 50 (cinquenta) anos

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 50 (cinquenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§2º

.....

..... §3º A pena unificada para atender ao limite de cinquenta anos de cumprimento, determinado por este artigo, não é considerada para a concessão de outros benefícios.” (NR)

“Art.

109.....

.....

I - em trinta e cinco anos, se o máximo da pena for superior a vinte anos;

II - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze e não excede a vinte;

III - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

IV - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

V - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

VI - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VII - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

.....
.....” (NR)

“Homicídio simples

Art. 121.

.....
...

Pena - reclusão, de dez a vinte e cinco anos.

.....
.....

Homicídio qualificado

§ 2º

.....
.....
.....
.....

Pena - reclusão, de vinte a cinquenta anos.” (NR)

“Feminicídio

.....
.....

Pena - reclusão, de vinte a cinquenta anos.

.....
..” (NR)

“Art.128-A. São também considerados crimes dolosos contra a vida, quando houver resultado morte, os crimes tipificados nos seguintes artigos:

I - Latrocínio (art. 157, §3º);

II - Extorsão (art.158, §4º);

III - Extorsão mediante sequestro (art. 159, §3º);

IV - Estupro (art. 213);

V – Estupro de Vulnerável (art. 217-A)” (NR)

“Latrocínio

Art. 157. 157.

.....
§3º.....
.....

II – morte, a pena é de reclusão de vinte e cinco a cinquenta anos.” (NR)

“Extorsão

Art. 158. 158.

.....
..... § 3o Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos,

além da multa; se resulta lesão corporal grave, aplica-se a pena prevista no art. 159, § 2o.

§4º Se do crime resulta morte, a pena é de reclusão de vinte e cinco a cinquenta anos.” (NR)

“Extorsão mediante sequestro

Art. 159 -
.....

§ 3º - Se resulta a morte

Pena - reclusão, de 30 (trinta) a 50 (cinquenta) anos.” (NR)

“Estupro

Art. 213.
.....

Pena - reclusão, de quinze a trinta anos.

§ 1º
.....
.....

Pena - reclusão, de vinte a trinta e cinco anos.

§ 2º
.....
.....

Pena - reclusão, de trinta a cinquenta anos.” (NR)

“Estupro de vulnerável

Art. 217-A.
.....

Pena - reclusão, de quinze a trinta anos.
.....
.....

§ 1º

.....
.....

§ 2º

.....
.....

§ 3º

.....
.....

Pena - reclusão, de vinte a quarenta anos.

§ 4º

.....
.....

Pena - reclusão, de trinta a cinquenta anos.

.....
..” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Já o PL 3.492/2019 tem o seguinte teor:

“Art. 1º - O art. 75 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Limite das penas

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 50 (cinquenta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 50 (cinquenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.”

“Art. 2º. O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 passa a vigorar com a seguinte redação:

Homicídio simples

Art.	121
.....	
.....	
.....	
.....	

Homicídio qualificado

§
2º.....
.....
.....
.....

VI – contra a criança ou adolescente em razão de sua condição peculiar de desenvolvimento físico e psíquico.

Pena – reclusão, de 30 (trinta) a 50 (cinquenta) anos.

VII – contra criança ou adolescente em razão de sua condição peculiar de desenvolvimento físico e psíquico e que esteja sob cuidado, guarda, vigilância ou autoridade.

Pena – reclusão, de 40 (quarenta) a cinquenta anos.

Morte para imposição de ideologia de gênero

VIII – para impor ideologia de gênero.

Pena – reclusão, de 30 (trinta) a 50 (cinquenta) anos.

.....
..... § 2º – B. Considera-se que há razões para imposição de ideologia de gênero quando o crime envolve:

I – menosprezo ou discriminação ao sexo biológico;

II – imposição de ideologia quanto à existência de sexo biológico neutro;

III – imposição de ideologia para inversão do sexo biológico.

§2º – C. Na hipótese do inciso VIII do § 2.º, a pena será de reclusão de 40 (quarenta) a 50 (cinquenta) anos se a vítima for criança, adolescente ou pessoa com doença mental parcial ou totalmente incapaz de se autodeterminar."

Art. 3º O art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Lesão corporal

Art. 129

.....
.....
.....
.....

Lesão corporal de natureza grave

.....
.....

§ 13º A pena será aumentada até o triplo, nas hipóteses dos incisos VI, VII e VIII do § 2º do art. 121.

Art. 4º O art. 1º da Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.

1º.....
.....

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por si só agente e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, V, V, VI, VII e VIII);

.....
..... (NR)

Art. 5º Fica denominada esta como “LEI RHUAN MAYCON”, em homenagem e memória de todas as crianças vítimas de sevícia, tortura, emasculação, assassinato, esquartejamento ou quaisquer outros crimes hediondos praticados em razão de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Denota-se que os projetos buscam endurecer a resposta punitiva estatal, tratando de alguns assuntos estruturais do nosso sistema normativo nessa matéria, com destaque para a proposta de aumento do tempo máximo de execução da pena, previsto no artigo 75 do Código Penal.

A seguir constam as proposições formuladas em ambos os Projetos de Lei:

1- Estabelece o regime carcerário inicialmente fechado e aumenta o tempo de cumprimento de pena para a progressão de regime dos condenados por crimes contra a vida, latrocínio, estupro e estupro de vulnerável, (PL 2403/2019).

2- Aumenta o tempo máximo de execução da pena para cinquenta anos, e inclui no artigo 75 do Diploma Penal um parágrafo estabelecendo que a sanção unificada não é considerada “para a concessão de outros benefícios, (PL 2.403/2019 e PL 3.492/2019).

3- Estabelece o prazo de trinta e cinco anos para a prescrição das penas superiores a vinte anos, (PL 2.403/2019).

4- Aumenta as penas mínimas e máximas cominadas ao homicídio simples; ao homicídio qualificado; ao feminicídio; ao latrocínio; à extorsão qualificada do art. 158, § 3º, do Código Penal; à extorsão com resultado morte; à extorsão mediante sequestro; ao estupro simples e aos estupros qualificados do art. 217-A, § 1º e 2º, do Código Penal, (PL 2.403/2019).

5- Inclui no rol dos crimes contra a vida o latrocínio, uma extorsão não prevista em nosso ordenamento, a extorsão mediante sequestro, o estupro e o estupro de vulnerável, em

todas as hipóteses quando houver resultado morte, (PL 2.403/2019).

6- Altera a estrutura do artigo 158 do Código Penal, deslocando a extorsão com resultado morte do § 3º para um novo § 4º, (PL 2.403/2019).

7- Inclui quatro novas hipóteses de homicídio qualificado, quando praticado contra criança ou adolescente, sob determinadas condições, para impor “ideologia de gênero”, quando a vítima for vítima for criança, adolescente ou pessoa com doença mental parcial ou totalmente incapaz de se autodeterminar, sempre com as penas mínimas e máximas cominadas aumentadas, (PL 3.492/2019).

8- Estabelece causas especiais de aumento de pena para o crime de lesão corporal de natureza grave em situações previstas nas novas hipóteses de homicídio qualificado previstas no Projeto. (PL 3.492/2019).

9- Inclui as novas hipóteses de homicídio qualificado previstas no Projeto no rol dos crimes hediondos, (PL 3.492/2019).

1

Abordagem criminológica sobre o recrudescimento do sistema punitivo na contemporaneidade brasileira

Nesse ínterim, frente às propostas de lei supracitadas, pode-se detrair a elevação do recrudescimento penal, que corresponde à ascensão do Estado Policial. Este se desenha dentro do próprio Estado de Direito, com a emergência de discursos de lei e ordem, que evocam a figura do inimigo, há retomada da teoria do direito penal do inimigo,¹ das teorias do modelo tolerância zero e retorno ao modelo atuarial.²

Dessa maneira, as apostas legislativas se reduzem no âmbito das políticas públicas sociais e inclusivas, enquanto se ampliam nas políticas criminais repressoras, particularmente, advindas das representações dos setores mais conservadores da sociedade. Assim, agravam as sanções impostas, correspondentes aos tipos penais já propostas e prorrogam no tempo o cumprimento do castigo, inclusive, violando o máximo penal.

Logo, em nome do direito à suposta segurança há flagrante violação à segurança dos direitos, traduz a sanha punitivista, que converge com o senso comum criminológico-midiático, conduzindo ao acirramento das leis e à majoração das sanções.

Então, se assiste na atualidade à maximização da expansão do sistema penal, vive-se a Era do grande

¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel *Cancio. Derecho penal del inimigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

² FEELEY, Malcolm; e SIMON, Jonathan. The new penology. In: *Criminal Perspectives: essential readings*. Org.: Eugene Mc Laughlin. 2ª. Ed. London: Sage, 2005. DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

encarceramento.³ A prisão consiste no *locus* da insalubridade, da produção de desumanização, ergue-se enquanto máquina de dor, na geração de sofrimento. Aniquila a identidade, corrompe, degenera, avilta e macula, como esclarece Heleno Cláudio Fragoso.⁴

Consubstancia-se enquanto uma forma muito cara de tornar as pessoas piores, como expressou Thomas Hurd, ex-ministro da justiça da Inglaterra.⁵ Uma vez que se pretere o investimento em políticas públicas inclusivas, em prevenção primária, optando-se pelo elevado gasto com repressão, com a naturalização e aposta no “emparedamento em vida”, que é o cárcere, como assinalou Michel Foucault,⁶ na sua genealogia da prisão, confeccionada na obra clássica *Vigiar e punir*. E hoje serve para que as pessoas apenas fiquem ali, como afirmou Zygmunt Bauman,⁷ atuando como um verdadeiro depósito de gente.

Nilo Batista e Raúl Zaffaroni,⁸ na refinada obra *Direito Penal Brasileiro*, tecem críticas contundentes, ao refutarem as funções manifestas e declaradas da pena, no que tange às teorias oficiais, quando desvelam o descumprimento dos propósitos anunciados. Então, ambos os autores, revelam as funções ocultas da pena, ou não declaradas, no âmbito

³ SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 14ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

⁵ Disponível em: <https://revistatrip.uol.com.br/tpm/> Acesso em: 14 set. 2020.

⁶ FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Trad.: Raquel Ramallete. 14a. Edição. Petrópolis: Vozes, 2001.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

⁸ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Raúl; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Vol.: I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

econômico-social, psicossocial, e político, para, respectivamente, alcançar o exército de reserva da mão de obra, ou seja, os excluídos do mercado de trabalho; a busca de vingança; e a manutenção do *status quo*, pelo controle dos opositores, ou seja, dos adversários políticos.

Inobstante, em parecer consagrado, Juarez Tavares⁹ também se perfilha ao mesmo entendimento, no intuito de responder à consulta solicitada por Daniel Sarmiento.¹⁰ Denota a centralidade da retribuição, que se efetiva como função principal na prática penal. Embora, a prevenção especial positiva tenha sido a função com assento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a que possui prevalência normativa sobre as demais teleologias punitivas. Bem como, no Ordenamento Jurídico Pátrio encontrou guarida no art. 1º da Lei de Execução Penal e assento no art. 59 do Código Penal.

Nessa toada, Augusto Thompson, em sua obra *Questão Penitenciária*,¹¹ rechaçou também as ditas funções oficiais da pena, às quais nomeou de metas formais, incluída a retribuição, intimidação e reintegração. Asseverou que o que estaria em jogo, efetivamente, seria o cumprimento das metas informais da pena, ao desnudar o que talhou como sendo a disciplina e a segurança. Estas metas extraoficiais, segundo o

⁹ TAVARES, Juarez. *Parecer na ADPF 347, com liminar em 2015*. Disponível em: <http://blogsemjuizo.com.br/parecer-de-juarez-tavares-na-adpf-sobre/> Acesso em: 02 ago.2021.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Defesa oral no STF do Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penal Brasileiro*. In. *Youtube da Clínica UERJ Direitos*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_4PAIFC5RIA. Acesso em: 04 ago. 2023.

¹¹ THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 4a. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

renomado estudioso do cárcere, estariam no cerne do que caracterizaria motim e fuga, respectivamente, o que ocasionaria sindicância, exoneração e perda de cargo dos seus gestores.

Depreende-se que a prisão tem o condão de incutir sofrimento, embrutecer e desumanizar. Nesse diapasão, se constata a produção da reincidência como um dos seus efeitos. Lá a sociabilidade é opressora, regida pela violência, com ruptura de laços de solidariedade, esgarçamento de vínculos afetivos e de relações horizontais comunitárias. O distanciamento de amigos e familiares sobrepesa, com as mulheres é ainda pior, pois mesmo as visitas são bem esparsas. Tudo para afastar a humanidade.

No sistema penitenciário ascende a subcultura, elaborada e denunciada por Albert Cohen,¹² desde a década de 40. Pois, o isolamento do indivíduo, sua apartação da sociedade, o impõe aos efeitos deletérios da subcultura carcerária. Para além disso, ocorre o efeito da prisionização, gerado pelas instituições totais sobre seus internos, posto que, quanto mais adaptado à vida no cárcere, mais o interno se desadaptará da vida em sociedade.

Nesse sentido, Erving Goffman, com a obra *Manicômios, Prisões e Conventos*,¹³ adverte para a subjugação incidente em pessoa confinada, produzida por uma instituição total,

¹² COHEN, Albert. *Delinquentes juveniles: la cultura de la pandilla*. México: Fondo de Cultura Económica, 1970.

¹³ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7a. Edição. São Paulo: Perspectiva, 2003.

que obstaculiza qualquer forma de singularidade individual que busque resistir, diante da imperativa padronização normativa, no estabelecimento de comportamentos idênticos, por homogeneização obrigatória, impeditiva da pluralidade e diversidade inerente à condição humana.

Francesco Carnelutti em seu livro *As misérias do processo penal*,¹⁴ adverte que uma das maneiras de se aferir o grau de civilidade de uma nação, é averiguando como esta pune os seus criminosos. Assim, constata-se a onda de incivilidade em que a sociedade está imersa, desde antanho, mas que se prolifera na nomorreia penal ou panpenalismo legislativo, hodiernamente.

Cumprir destacar, que desde a Modernidade e a Pós-modernidade, não ocorreu uma cisão com as penas físicas, antes chamadas de suplícios, agora criminalizadas como tortura, podendo ser tanto a tortura na órbita física quanto mental. Posto que, passaram a se inscrever extraoficialmente, conjugadas à prisão, de modo que, além da pena oficial, há incidência da extraoficial, corporal.¹⁵

Salienta-se que no Brasil, o confinamento deu-se paralelamente às penas físicas, ambos se misturavam, desde a chamada Cadeia Velha no Rio de Janeiro, seguida do Aljube, da Cadeia Pública, da Casa de Correção da Corte aos estabelecimentos contemporâneos. Pois, a prisão não significou o fim das tormentas incutidas no corpo. Por mais

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad.: José Antonio Cardinalli. 5a. Edição. São Paulo: Bookseller, 2001

¹⁵ PEDRINHA, Roberta. *Apontamentos sobre a tortura*. In: Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

que vise afetar a alma humana, a subjetividade, a psiquê, sua práxis de sofrimento ainda se traduz nos martírios físicos impostos. Configurou-se o que Lola Aniyar de Castro¹⁶ batizou de sistema penal subterrâneo, mesmo oficialmente vedado, o castigo físico seguiu e segue sendo real.

Esse é o retrato fidedigno do superlotado sistema carcerário brasileiro, que não possui condições mínimas para a concretização do projeto corretivo previsto nas normas nacionais e internacionais. Inobstante, é imperativo perceber com Tavares,¹⁷ Batista e Zaffaroni,¹⁸ a distinção entre a pena real e a pena ficta. Pois em sua concretude, o encarceramento é fator criminógeno, as facções surgiram lá, há produção de delito e gera reincidência criminal. É local de ociosidade e de estigmatização. Trata-se de pura e inútil aflição desvendada por Louk Hulsman,¹⁹ as por ele chamadas penas perdidas, que intitulam sua obra, que se verificam para alavancar dor, nisso consubstanciam-se na realidade.

Daí, ser imprescindível levar em conta o alerta manifestado por Raúl Zaffaroni,²⁰ em face de sua teoria do realismo marginal, ao revelar que o ambiente prisional

¹⁶ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

¹⁷TAVARES, Juarez. Entrevista a Juarez Tavares. In: *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-29/entrevista-juarez-tavares-advogado-professor-uerj> Acesso em: 05 mar. 2022.

¹⁸ ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Vol.: I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹⁹ HULSMAN, Louk & CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad.: Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad.: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991.

precisa ser entendido na concretude de sua operacionalidade, particularmente, na margem Latina, em suas mazelas. Então, um juiz, ao condenar pessoas à pena de prisão, deve considerar como ela funciona na prática, sem idealizá-la, bem como um legislador, ao evocar sua cominação, atento a sua realidade. Pois, acontecem torturas, rebeliões, brigas entre facções, contágio de doenças graves e mortes. Nessa seara, vale conferir os estudos de Lenice Kelner,²¹ que apontaram o número crescente de presos que morreram, e esclareceu, inclusive, acerca dos contaminados por covid19, sem os devidos protocolos e cuidados no sistema carcerário.

Ressalta-se acerca das arbitrariedades atinentes à prisão, especialmente, na América Latina, com destaque para o Brasil, que perpetua a média do continente Sul. Logo, mantém aproximadamente 45% de presos provisórios, que seguem confinados, mesmo sem condenação, em notória violação ao princípio da presunção de inocência.

Portanto, são flagrantes as ilegalidades embrenhadas no cárcere, que acaba por se inscrever enquanto pena ilícita. O instituto do cárcere está em crise, vivencia a sua falência, como consignou Cezar Roberto Bitencourt.²² Não sem razão novas tendências progressistas despontam no âmbito das políticas criminais, como o minimalismo penal de Alessandro

²¹ KELNER, Lenice. *A inconstitucionalidade das penas cruéis e infamantes: da voz da criminologia crítica à voz dos encarcerados*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Baratta ou o direito penal mínimo,²³ o garantismo de Luigi Ferrajoli,²⁴ a justiça restaurativa de Howard Zehr,²⁵ o realismo marginal de Raúl Zaffaroni,²⁶ o abolicionismo penal de Louk Hulsman,²⁷ Nils Christie,²⁸ e Thomas Mathiesen.²⁹

Nessa direção, foram introduzidas, recentemente, diversas medidas alternativas,³⁰ além de múltiplos substitutivos penais, das medidas cautelares, da monitoração eletrônica.³¹ Cabe enfatizar que o Brasil é ainda signatário das Regras de Tóquio, Resolução 45/110 de 1990. Trata-se

²³ BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. In: *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Vol.: 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Trad.: Ana Lúcia Sabadell. In: *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: No. 2; abr./mai./ jun. de 1993. BARATTA, Alessandro. *Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal*. Trad.: Francisco Bissoli Filho. Florianópolis: Habitus, 2020.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad.: Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁵ ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: teoria e prática*. Trad.: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2015. ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad.: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad.: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. Trad.: Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva, 2012. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro: a criminologia do ser-aquí*. Trad.: Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci, 2021.

²⁷ HULSMAN, Louk & CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad.: Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

²⁸ CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito? nueva forma del holocausto?* Trad.: Sara Costa. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: o papel da punição na política criminal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Coleção Pensamento Criminológico. Trad.: André Nascimento. Vol.: 17. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

²⁹ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho possível? In: *Conversas Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997. MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição um sonho impossível? In: *Revista Verve*. No. 4, 2003. MATTHEWS, Roger. *Pagando tempo: una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Barcelona: Bellaterra, 2003.

³⁰ PEDRINHA, Roberta Duboc; e COIMBRA, Cecília. *Metáforas do controle no século XXI: penas alternativas, justiça terapêutica...* In: *Criminologia e Subjetividade*. Org.: Marildo Menegat e Regina Néri. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dexordi; e MORI, Emanuele Dallabrida. *Monitoração eletrônica de pessoas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. OLIVEIRA, Edmundo. *Direito penal do futuro: a prisão virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

das Regras Padrão sobre o Encarceramento *como ultima ratio*, da Organização das Nações Unidas, que frisam os postulados de contenção da prisão e as premissas do Direito Penal Mínimo. Estabelecem princípios *standard* para a confecção de medidas não privativas de liberdade e o asseguramento de garantias para as pessoas a elas submetidas.

Na mesma toada, em vários países do mundo, estão sendo elaboradas formas de retração ao sistema penal, inclusive nos Estados Unidos, com a maior população planetária de presos. Daí, o absurdo da propositura de sua expansão no Brasil, desde a ascensão da ultra direita conservadora, quando da sua assunção ao poder, e mesmo após sua derrocada no Executivo, manteve-se ainda com maioria no Legislativo, almejando mais rigor na sanção.

Destarte, vale acompanhar a taxa de confinamento nacional recente, que ultrapassou a Rússia, subiu no ranking, alterando-se da quarta maior população prisional global, para a terceira. Posto que, no ápice das políticas criminais repressoras, com aposta na criminalização e guerra às drogas, empreendida sob a batuta dos punitivistas, o país chegou a bater o recorde de, conforme as referências numéricas do Ministério de Justiça, da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), apresentadas pelo SISDEPEN, no início de 2023, correspondentes a dezembro de 2022, indicarem algo em torno de 833 mil apenados.³² E já em meados de 2023, atingir a marca de 909 mil presos,

³² SENAPPEN/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen> Acesso em: 04 agosto 2023.

consoante estimativa relatada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2023).³³

Desse modo, registra-se no contexto brasileiro o super encarceramento, com ênfase na detenção de pessoas negras. Os dados são nítidos tanto na Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN, 2023) e como no Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2023). Logo, revelam que, cerca de dois terços da população aprisionada é negra, portanto, bem acima da população brasileira negra, que corresponde a aproximadamente 56%, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2023).³⁴

Verifica-se um cenário de criminalização da pobreza, restando confinada parcela da população com mais baixa taxa de escolaridade e renda, uma vez que a seletividade é uma característica inerente ao sistema penal, na produção e reprodução da desigualdade. Assim sendo, mapeia-se que 1/3 das prisões são efetuadas em face da criminalização das drogas, e mais de 1/3 por crimes contra o patrimônio (SENAPPEN, 2023).³⁵

Sublinha-se que o cárcere se configura enquanto local de insalubridade, posto que já era objeto de crítica na

³³ CNJ/2023. *Sistema carcerário e execução penal*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em: 04 agosto 2023.

³⁴ IBGE/2023. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37237-de-2010-a-2022-populacao-brasileira-cresce-6-5-e-chega-a-203-1-milhoes> Acesso em: 04 agosto 2023.

³⁵ SENAPPEN/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen> Acesso em: 04 agosto 2023.

Europa, desde o início do século XVIII. John Howard³⁶ foi um dos primeiros a denunciar as condições precárias e tortuosas desses estabelecimentos, buscando melhorias, para reformá-los. No Brasil, os alertas acerca da proliferação de doenças, do acúmulo de corpos, superlotação, remetem ao período Colonial, atravessaram o Império e a República.

Permanece hoje com falta de higiene e de água. Não há bem-estar físico, mental e social, ocorre contaminação por doenças e transmissão por animais vetores, de roedores a insetos, das ratazanas aos mosquitos. Espraiam-se enfermidades. Há surtos de moléstias respiratórias, de pele e sexuais, como: tuberculose, asma, bronquite, pneumonia, sífilis, gonorreia, hpv e aids.³⁷

O cárcere degenera, dilacera a identidade das pessoas, aniquila sua personalidade. Os apenados vivenciam um esquecimento institucional, um apagamento de suas vidas, e não da pregressa, ligada ao crime. Pois o crime é rememorado, o tempo do seu cometimento, que se protraí no encarceramento, como se o relógio tivesse parado ali. O esforço de expressão e comunicação é tanto que alguns internos, incrustam na pele tatuagens. Estas representam o intuito de deixar marcas, registros, na preservação da

³⁶ HOWARD, John. *The state of the prisons in england and wales: with preliminary observations and an account of some foreign prisons*. Reino Unido: Cambridge Library Collection - British & Irish History, 1777.

³⁷ MINAYO, Maria Cecília; e RIBEIRO, Adalgisa. Condições de saúde dos presos do Estado do Rio de Janeiro. In: *Ciência & Saúde Coletiva*. Vol.: 21. No. 7. Rio de Janeiro: Scielo, 2016. MILANEZI, Jaciane; LIMA, M., et. Al. Desigualdades Raciais e Covid-19: o que a pandemia encontra no Brasil. In: *Informativo Desigualdades Raciais e Covid-19*. AFROCEBRAP, 1, 2020.

memória, na luta contra o esquecimento, é processo de resistência de suas impressões identitárias.³⁸

Nessa quadratura, impressiona a insistência legislativa na demanda por mais pena de prisão, na postergação do seu tempo, que propiciará ainda mais superlotação e gerará mais reincidência. Inviabilizará a inserção social no mercado de trabalho de mais pessoas, os ex-detentos, que já eram subempregados ou desempregados, e que restarão nessa condição ou em pior, em razão do estigma de terem se tornado ex-presidiários. Desse modo, há um processo de distanciamento social, embrutecimento e reificação do sujeito preso, com transgressão ao princípio da humanidade.

Tudo no intuito de reforçar a teoria absoluta da pena, através da retribuição, que incute a ideia de imposição de dor, a quem fez algo de errado, para que pague, ou seja, quem produziu um mal deve sofrer um mal. Assim, inscreve-se a noção de inocuização, ou seja, de incapacitação absoluta de pessoas, que cresce alardeada pelo populismo penal e se protraí no tempo, em ofensa ao princípio da proporcionalidade da pena. E, ainda que indiretamente, atinge outras pessoas, da própria família, na violação ao princípio da intranscendência da sanção.

O limite máximo para o cumprimento da pena privativa de liberdade foi fixado no final do século XIX, e se encontra estabelecido legalmente desde o Código Penal Republicano de 1890, elaborado por Baptista Pereira, com fulcro no artigo 44.

³⁸ RENNÓ, Rosângela. Cicatriz. In: *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. No. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 19 - 20.

Mas foi no Governo de ultradireita, com o monocrático pacote de lei “anticrime”, aprovado pelo Congresso Nacional pela Lei 13.964 de 2019, de autoria de Sérgio Moro, que transcorreu a primeira alteração no artigo 75 do Código Penal Brasileiro de 1940, que até então mantinha a pena máxima do Diploma anterior.

Então, ocorreu a elevação da sanção de 30 para 40 anos da pena máxima de prisão, além de outras medidas rigorosas, de endurecimento da progressão penal, dificuldades de concessão do livramento condicional, e agravamento das condições e prazos de cumprimento de pena no regime disciplinar diferenciado. E, ainda, agora, sucede a aprovação na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei 3.492 de 2019, de autoria de Carla Zambelli, Bia Kicis, e Eduardo Bolsonaro, que visa aumentar de 40 para 50 anos a pena máxima de prisão.³⁹ Assim, o que se observa é a incessante ausência de tecnicidade, além da irracionalidade da sanha punitivista, a laborar, continuamente, contra o princípio da proibição de retrocesso da lei em matéria de Direitos Humanos.⁴⁰

2

³⁹ BRASIL. Câmara do Deputados. *Projeto de lei 3.492/2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207768>. Acesso em: 04 ago. 2023.

⁴⁰ Por óbvio, o princípio da proibição do retrocesso deve ser aplicado em matéria penal, que implica direta restrição da liberdade humana, direito fundamental, resguardado no texto constitucional.

Proposta de aumento do limite de execução das penas privativas de liberdade: medida inidônea, ilegítima e inconstitucional. Violação ao princípio da humanidade.

O Código Penal brasileiro, na sua redação original, determinou o limite ao cumprimento da pena privativa de liberdade em trinta anos. Até a reforma penal determinada pela Lei nº 7.209/1984, no entanto, vigia o sistema sancionatório do duplo binário, que permitia ao juiz determinar a imposição cumulativa de medida de segurança para imputáveis, quando os considerasse “perigosos”, após o cumprimento da pena.⁴¹ Em termos práticos, o limite do cumprimento de pena poderia ser burlado pelo sistema do duplo binário.

Somente com a Lei nº 7.209/1984 passou-se a adotar o sistema vicariante, que não permite a imposição de medida de segurança para imputáveis em nenhuma hipótese. A partir dessa reforma o limite do cumprimento de pena de prisão se tornou efetivo, inviabilizando, formalmente, em termos jurídicos, o encarceramento perpétuo.⁴²

⁴¹ Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar anotam, a respeito do sistema do duplo binário, que “o chamado sistema do *duplo binário* (códigos italiano de 1930, uruguaio de 1933 e brasileiro de 1940) impõe penas retributivas aos imputáveis e penas neutralizantes (medidas) aos inimputáveis, mas em certos casos impõem-se aos inimputáveis penas retributivas e neutralizantes, que são executadas nessa ordem.” ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Vol.: I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 136 - 137.

⁴² A adoção do sistema vicariante no Brasil foi elogiada por Heleno Cláudio Fragoso, em suas palavras: “o sistema do duplo binário está em crise e a tendência é no sentido de um critério unitário de sanções. Não existe diferença ontológica entre pena e medida de segurança. Esta última também é perda de bens jurídicos imposta em virtude da prática de fato que a lei define como crime. Não existe diferença alguma entre pena e medida de segurança detentiva para imputáveis (internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional). A pena se cumpre como a medida de segurança, tendendo a recuperação social do condenado. Tanto a pena como a medida de segurança são

Com a Lei nº 13.964/2019, objeto de nossas críticas neste particular aspecto,⁴³ o limite de cumprimento de sanção foi estendido para quarenta anos, como já comentado.

Os Projetos de Lei analisados propõem agora novamente aumentar o limite de tempo para o cumprimento das penas privativas de liberdade para cinquenta anos, o que se revela inidôneo e ilegítimo, em termos político-criminais, além de inconstitucional.

Inidôneo em termos de política criminal, porque aumentará a população carcerária significativamente, diante de uma situação fática que mesmo sem o mencionado aumento do tempo de execução dessa espécie de pena já configura um *estado de coisas inconstitucional*, reconhecido, em sede liminar, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 347:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das

cominadas, impostas e executadas para evita a prática de crimes. Por outro lado, o caráter aflitivo das medidas de segurança é inquestionável. Daí, falar-se, a propósito, numa *burla de etiquetas* (Kohlrausch). As medidas de segurança detentivas para imputáveis são, em realidade, uma *pena de segurança*. O CP vigente, bem inspirado, abandonou o sistema do duplo binário (pena e medida de segurança impostas sucessivamente), e não mais prevê medidas de segurança detentivas para imputáveis. (...) A longa experiência negativa com as medidas de segurança previstas pelo CP de 1940 recomendava uma orientação que a reforma de 1984 adotou.” FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal - parte geral*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 293 - 294.

⁴³ SULOCCI, Vitória-Amália de; SAUL, Diego; e GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. *Punitivismo na dita lei anticrime: execução penal (limite de cumprimento de pena e regime disciplinar diferenciado)*. In *Política criminal em tempos sombrios*. Orgs.: Roberta Duboc Pedrinha, João Ricardo Wanderley Dornelles, e Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 685 - 710.

penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.⁴⁴

Certamente, tal situação fática em que se encontra nosso sistema carcerário é resultado direto da hipercarcerização, com reflexo contundente sobre os direitos fundamentais das pessoas presas, sujeitando-as a condições

⁴⁴ ADPF 347 MC/DF, STF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, maioria de votos, Dje 19/02/2016.

desumanas e restrições de direitos não previstos na lei nem nas respectivas sentenças condenatórias, em manifesta contrariedade ao disposto no artigo 3º, *caput*, da Lei de Execução Penal, nº 7.210/1984.⁴⁵

Também sob outro aspecto, neste particular, a reforma proposta é inoportuna. Sob o ponto de vista das funções da pena, já que a ideia de prevenção especial positiva, indica uma finalidade de ressocialização do condenado e constitui um dos princípios reitores da Execução Penal no Brasil, inserido no Ordenamento Jurídico nos artigos 59, *caput*, do Código Penal⁴⁶ e 1º da Lei de Execução Penal.⁴⁷ Essa finalidade é incompatível com a situação do preso que deverá cumprir a pena sem nenhuma perspectiva de reintegração à vida em sociedade livre, quando se torna uma espécie de *morto-vivo*, com grave comprometimento de sua saúde mental e óbvio potencial de se envolver em situações de conflito no estabelecimento carcerário.

A importância do limite do cumprimento da pena privativa de liberdade para a efetivação do princípio ressocializador vem sendo observada por ilustres doutrinadores brasileiros em matéria penal. Para Cezar Roberto Bitencourt,⁴⁸ “além de adequar-se à proscrição da pena perpétua, a limitação do cumprimento da pena de prisão tem a

⁴⁵ “Art.3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único - (...)”

⁴⁶ “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)”

⁴⁷ “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol.: 1. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 781.

finalidade de alimentar no condenado ‘a esperança da liberdade e aceitação da disciplina’ (Exposição de Motivos da Lei n.7209, item 61)”. Para Fernando Galvão,⁴⁹ “visando preservar a possibilidade de retorno do condenado ao convívio social (que é premissa inafastável da perspectiva utilitária da pena), o CP prevê um mecanismo de limitação para o cumprimento da pena privativa de liberdade.” Já Heleno Cláudio Fragoso⁵⁰ advertiu sobre os efeitos malévolos da pena estendida, sem esperança de progressão, para a dignidade do preso e para a própria administração penitenciária:

“Entre nós, os condenados a penas elevadas são presos sem esperança, mortos-vivos que se transformam, no ambiente deletério da prisão, em cães danados, acarretando graves problemas à administração penitenciária”.

É certo que o aumento do limite de pena proposto nos projetos de lei sob análise irá causar forte impacto perante a massa carcerária, especialmente quando combinado com a interpretação majoritária no sentido de que a pena unificada não poderá ser considerada para a obtenção dos substitutivos penais e da progressão de regime de cumprimento da sanção,⁵¹ que inclusive ficaria engessada na proposta de reforma sob análise, no texto do artigo 75, § 3º do Código Penal, conforme acima transcrito.

⁴⁹ GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 674.

⁵⁰ Op. cit., p. 307.

⁵¹ Súmula 715 do STF: “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo artigo 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.”

A perspectiva parece sombria, na medida em que parte significativa da massa carcerária ficará cumprindo pena para o resto da vida, sem nenhuma possibilidade de obtenção da liberdade. A proposta é, em termos práticos, irresponsável e, em face ao estado de coisas inconstitucional, configurado no sistema penitenciário, de natureza cruel.

Sobre a parcela da população aprisionada atingida ainda pelo aumento de trinta para quarenta anos, determinado pela Lei nº 13.964/2019, pode-se apontar os números a partir da entrada em vigor da lei, em 2020, quando da análise dos dados coletados pela pesquisa do Sistema de Informação do Departamento Penitenciário Nacional- SISDEPEN,⁵² em 2021, correspondentes ao período de 2020, que já descreveu números, que mesmo desatualizados, revelam sua incidência, porém diante de conhecida tendência de crescimento, ao se considerar os dados ofertados em 2023, referentes ao primeiro semestre do ano.

“Observa-se que, no Brasil, a população carcerária total é de 811.707 pessoas. Tendo em vista a estimativa média de vida do brasileiro utilizada como parâmetro (equivocada conforme exposto acima), de 75 anos, conclui-se que 230.004 pessoas, a partir de 35 anos, poderiam ser fadadas a morrer dentro da prisão. Hoje, portanto, o limite da pena poderia significar pena perpétua para aproximadamente 28% da população carcerária.

⁵² Relatório Analítico Infopen. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/brasil>. Acesso em: 18 out. 2021.

É claro que não são todos os presos dessas faixas etárias que se encontram condenados às penas cujo cumprimento seja fixado no novo limite máximo proposto. Assim, observando o quadro acima, temos a estatística precisa de que são 15.002 pessoas que se encontram cumprindo pena de 30 a 50 anos de reclusão; 5.119 com pena entre 50 e 100 anos; e, por fim, 1.986 pessoas condenadas a mais de 100 anos de pena privativa de liberdade. Somando tais números, calcula-se que seriam 22.107 presos com previsibilidade de morrer no presídio, durante o cumprimento de pena. E comparando com o total da população carcerária, infere-se que essas pessoas, que representam aproximadamente 2,72% do total de presos, suportariam suas penas em caráter perpétuo.

Imprescindível ressaltar que não versa apenas sobre matemática, números e estatísticas. Cuida-se de tema extremamente relevante para a sociedade brasileira, uma vez que aborda sobre a privação da liberdade e vidas humanas, cada uma com sua história e família em torno dela. Além disso, tratando-se de garantia constitucional, mesmo que fosse apenas uma pessoa submetida à pena em caráter perpétuo já seria uma absurda violação à Carta Magna. Afinal, a violação ao direito de um gera a insegurança jurídica de todos.

Para aqueles que se preocupam mais com números e cifras do que com a vida e a liberdade do povo brasileiro, importante destacar ainda que tal estratégia punitivista também reproduz um efeito negativo no âmbito da economia. Com efeito, o aumento da população carcerária, eleva a despesa pública e diminui a receita do Estado, uma vez que se tem menos mão-de-obra ativa gerando riqueza e,

consequentemente, menos contribuição e pagamento de impostos.

Note-se, por exemplo, que sendo 65 anos a idade mínima para aposentadoria junto ao INSS e considerando a quantidade de presos a partir de 25 anos de idade, totalizaria 527.867 pessoas que hoje estariam sujeitas a regressar ao estado de liberdade com idade para aposentar. No entanto, fatalmente tais apenados não teriam contribuído para a previdência social durante todo o tempo de cumprimento de pena e se tornariam idosos sem condições de trabalhar e sem aposentaria para subsidiar um sustento mínimo de vida.

O referido aumento do cumprimento de pena aumentará a superlotação carcerária, pois haverá mais ingresso de presos em relação à soltura, de modo que será preciso que o Estado construa novas unidades prisionais e, consequentemente, suportará maiores despesas públicas, com contratação de servidores públicos, e custos da administração penitenciária. Do contrário, haverá um completo colapso do sistema penitenciário, com elevação dos índices de mortalidade, violência, rebeliões e greves.”⁵³

Por esses motivos detrai-se que a proposta de aumento do limite de tempo de execução das penas privativas de liberdade para cinquenta anos, nos termos dos Projetos de Lei analisados, caracterizar-se como inidônea, em termos de política criminal no Brasil atualmente, especialmente no que tange ao âmbito da política criminal carcerária.

⁵³ SULOCCI, Vitória-Amália de; SAUL, Diego; e GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte. *Op. cit.*, p. 693 - 694.

A referida proposta é inoportuna e ainda é ilegítima, diante da improcedência dos fundamentos elencados nos Projetos de Lei averiguados.

Conforme a bem lançada indicação elaborada pela Ilustre Consócia Ana Arruti, os argumentos do Projeto de Lei nº 2.403/2019 podem ser assim sintetizados:

“A justificativa se baseia na suposta ‘necessidade de acabar com a impunidade que se tem no país, com leis brandas que beneficiam o autor de crime em detrimento da população’, *in verbis*.

O autor fundamenta sua posição sobre o fato de que a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal de 1940 estabelecia a limitação da pena para alimentar ‘a esperança da liberdade’, no entanto, desde então, a expectativa de vida do brasileiro teria aumentado em aproximadamente 30 anos e a criminalidade teria se tornado mais complexa e organizada. Assim, o limite abstrato de 30 anos – hoje de 40 anos, graças à Lei nº 13.964/19 – teria se tornado desproporcional.”⁵⁴

Já a justificativa do Projeto de Lei nº 3.409/2019 procura se atrelar à violência contra crianças e adolescentes e a uma suposta necessidade de aumentar a capacidade do Estado de impor e executar as penas:

⁵⁴ Indicação nº 034/2023, no âmbito da Comissão de Criminologia do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

“Diante dessa quadro, há uma grande cobrança da sociedade por mais punição aos violadores da Lei, sobretudo aos que têm o dever de cuidado, geral e irrestrito (responsável) ao zelo pela integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, cujo vínculo jurídico amplia dever de proteção. Torna-se assim fundamental coibir esse tipo gravíssimo de violência com maior rigor punitivo para intimidar os seus autores para, com isso, recuperar o Estado de sua capacidade de executar adequadamente as penas, já que a ineficácia do aparelho repressivo estatal não se situa somente na dosagem das penas, mas também na incapacidade de aplicá-las em face da ausência de tipificação legal rigorosa e específica.”⁵⁵

Ocorre que tais justificativas são inconsistentes, conforme se nota.

A respeito das justificativas genéricas de “modernizar o Código Penal, tornando mais rigorosa a sanção punitiva” e “acabar com a impunidade, com leis brandas que beneficiam o autor do crime em detrimento da população”, trata-se da noção de vender *a pena como produto*, obtendo lucros eleitorais e mesmo patrimoniais com a exploração do *crime como espetáculo*, própria da sociedade de massa atual.

A exploração do medo coletivo da criminalidade pelos meios de *mass-mídia* leva a uma competição para vender a notícia, transformando-a em espetáculo punitivo, explorando a indignação produzida socialmente, na modulação de subjetividade punitiva. Em termos políticos, a exploração do

⁵⁵ Projeto de Lei nº 3.409/2019, no âmbito da Câmara dos Deputados.

espetáculo punitivo rende votos e elege candidatos que se utilizam da plataforma do *combate à impunidade*.

A estratégia pode ser lucrativa, mas não é inocente, já que explora o senso comum criminológico de modo a produzir efeitos na interação entre os indivíduos, levando à publicação de leis excessivamente rigorosas e mesmo inconstitucionais, além de agravar a estratificação social. Nesse sentido, o Professor Eugenio Raúl Zaffaroni⁵⁶ anota:

“[...] a criminologia midiática não tem limites, que ela vai num crescendo infinito e acaba clamando pelo inadmissível: pena de morte, expulsão de todos os imigrantes, demolição dos bairros pobres, deslocamento de população, castração dos estupradores, legalização da tortura, redução da obra pública à construção de cadeias, supressão de todas as garantias penais e processuais, destituição dos juízes.”

A proposta em cotejo se inscreve no rol de medidas antigarantistas apontadas pelo grande penalista portenho, a incidir contra os princípios da ressocialização e da progressividade da execução penal.

A fundamentação da proposta de ambos os Projetos é, ainda, inconsistente, porque não demonstra a relação de causa e efeito entre uma suposta leniência punitiva e o

⁵⁶ Apud Felipe Heigert Simi, in: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/o-populismo-penal-midiatico-e-sua-forma-vingativa-de-punir/432823744>, acesso em 06/07/2023.

aumento da criminalidade violenta, que parece mais ligado a questões sociais, educacionais e econômicas, principalmente em face do desmonte do Estado de bem-estar social. Vera Regina Pereira de Andrade⁵⁷ adverte acerca da *eficácia invertida* do sistema penal, que tende a diminuir garantias e maximizar a seletividade e o autoritarismo:

“A marca do sistema penal é a ‘eficácia invertida’, ou seja, a contradição estrutural entre funções declaradas ou promessas que não instrumentaliza, mas que subsistem com uma eficácia simbólica, e funções reais que instrumentaliza sem declarar (latentemente). Daí, a continuada ‘subprodução de garantismo’ e a ‘sobreprodução de seletividade, arbítrio e (re)legitimação’ que se encontram hoje manifestas e não apenas encobertas (ANDRADE, 2015).

O sistema penal é, portanto, estruturalmente incapaz de cumprir as funções que legitimam sua existência, a saber, proteger bens jurídicos, combatendo e prevenindo a criminalidade, através das funções da pena (intimidando potenciais criminosos, castigando e ressocializando os condenados), promovendo segurança jurídica aos acusados e defesa social. E não pode cumpri-las porque sua função real não é o ‘combate’, mas, inversamente, a ‘construção’ (seletiva) da criminalidade (a criminalização), e a função real da prisão não é a ‘ressocialização’, mas, inversamente,

⁵⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Notas sobre política criminal, crise e deslegitimação do sistema penal: da política da ciência à política da morte*. In: *Política criminal em tempos sombrios. op. cit.*, p. 666.

a ‘construção’ dos criminosos (*labelling approach*), e a ‘fabricação dos criminosos’ (FOUCAULT, 1987).”

Quanto ao argumento de que o limite no cumprimento de pena teria se tornado desproporcional diante do aumento da expectativa de vida do brasileiro, nos últimos setenta anos, observa-se, no contexto do aumento do aludido limite de trinta para quarenta anos determinado pela Lei nº13.964/2019, que:

“O fundamento adotado, a *mens legis* da nova lei, foi de que o texto legal anterior estava defasado e desproporcional em relação à realidade demográfica atual. Afirmou-se que o texto alterado, datado de 1940, era condizente com as estatísticas daquela época, quando a sociedade brasileira apresentava uma média da expectativa de vida inferior à atual. Servindo-se basicamente do mesmo raciocínio adotado pela reforma previdenciária, sustentou-se que se o brasileiro, hoje, possui uma expectativa de vida superior, então, proporcionalmente, também se deve aumentar o limite do tempo de cumprimento de pena a fim de que não implique ‘impunidade’.

Primeiro não há que se falar em impunidade no país que ocupa o terceiro lugar no ranking mundial de população carcerária, “perdendo” apenas para EUA (1º) e China (2º). Sendo certo que tais países vêm demonstrando um movimento decrescente enquanto o Brasil continua em ascensão na quantidade de prisões.

Além disso, a fundamentação apresentada é equivocada. Com efeito, a expectativa de vida do brasileiro aumentou nos últimos anos. No entanto, tal fator se deu, principalmente, em razão de significativa redução da mortalidade infantil e não de uma vida mais longínqua da população adulta.

Por outro lado, a estimativa acerca da expectativa de vida apresentada é uma média do país inteiro que, em geral, apresenta condições totalmente diversas das que se assiste no sistema penitenciário.

Nesta linha, cumpre ressaltar que o cárcere brasileiro é ‘cruel, desumano e degradante’, segundo relatório da ONU. É de conhecimento público e notório o problema do encarceramento em massa no país, cujo resultado gera cadeias superlotadas que sofrem com violência e torturas. E ainda, por falta de efetiva gestão e investimentos governamentais, os presos suportam as mazelas de estabelecimentos prisionais sem infraestrutura mínima, ambientes insalubres e infectocontagiosos.

Frisa-se, por exemplo, a taxa de mortalidade junto ao Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, que no ano de 2019 foi considerada a ‘mais elevada entre as pessoas privadas de liberdade no país’ (cinco vezes a média nacional). Dessas mortes, 83% não estão relacionadas à violência, ou seja, decorrem de doenças e poderiam ter sido evitadas se diagnosticadas e tratadas conforme boas práticas clínicas.

Evidente que não se pode igualar a condição de vida média da população com a suportada pelo brasileiro preso. A expectativa de vida dos presos brasileiros não é a mesma da média da população.

Dessa forma, a lógica utilizada no fundamento que ensejou a referida proposta de alteração no limite de pena se demonstra equivocada, eis que a premissa não condiz com a realidade. Em suma, a estimativa de vida sustentada não é parâmetro para o indivíduo inserido junto ao sistema penitenciário brasileiro.”⁵⁸

Neste ponto, conclui-se pela ilegitimidade da proposta de aumento do tempo de cumprimento de pena prevista em ambos os Projetos de Lei apresentados, cujos fundamentos são inconsistentes.

Por fim, a proposição é manifestamente inconstitucional, por resultar, na prática, na imposição de pena perpétua e atentar contra a integridade física e moral das pessoas presas.

Como se sabe, a Constituição Republicana veda a pena de natureza perpétua, com fulcro no artigo 5º., inciso XLVII, *b*⁵⁹. Na mesma linha, preceitua e impõe o respeito à integridade física e moral do preso, como elencado no artigo 5º, inciso XLIX.⁶⁰ Logo, como disposto, consubstancia-se enquanto um direito fundamental, uma cláusula pétrea, no tocante ao tempo proporcional e à pena racional, para assegurar a humanidade.

⁵⁸ ⁵⁸ SULOCCI, Vitória-Amália de; SAUL, Diego; e GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte, *op. cit.*, p. 689 - 690.

⁵⁹ “Não haverá penas (...) de caráter perpétuo.”

⁶⁰ “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Do contrário, a elevação do tempo de cumprimento de pena para cinquenta anos equivale à prisão perpétua para grande parte das pessoas que venham a ser condenadas a cumprir essa reprimenda, porque, conforme acima observado, a média de vida nas condições do cárcere brasileiro é menor do que atesta a pesquisa do IBGE utilizada como fundamento da proposta sob exame.

O encarceramento prolongado por cinquenta anos, principalmente diante da interpretação sobre tal limite não ser utilizado para o cálculo do livramento condicional e da progressão de regime, como quer a proposta de inclusão do parágrafo 3º ao artigo 75 do Código Penal, significa tratamento degradante, quando se afere as condições dos cárceres brasileiros, reconhecidamente um *estado de coisas inconstitucional*, como já foi supracitado. A esse respeito, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁶¹ afiançam:

“Se tivermos em consideração que, hoje, é perfeitamente sabido e repetido que um prolongado recolhimento de uma pessoa numa prisão torna-se irreversivelmente deteriorante, entendemos que não só a pena perpétua, como também todas as penas privativas de liberdade demasiadamente prolongadas, são sanções arruinadoras.

Permitir que uma pena de prisão se prolongue, irremissivelmente, por trinta anos, em regime fechado e em condições institucionais sobejamente conhecidas é, exatamente o mesmo que permitir a

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 753.

pena perpétua, tendo em vista a deterioração física e psíquica que sofre, inevitavelmente, a pessoa. Não se trata de execução penal que tenha objetivos ressocializadores, nem de melhoria, mas de deterioração irreversível e neutralizadora. A nós parece que uma pena que traga como resultado a deterioração da pessoa como meio de neutralizá-la é similar a uma pena mutilante, só que executada com bastante paciência, deixando passar o tempo e o período de prisão. Parece-nos de meridiana clareza não ser esse o entendimento que se extrai do art. 5º, XLVII, b, da Constituição, quando o relacionamos com o inc. XLIX, ambos transcritos acima.”

Note-se que a crítica acima reproduzida incide sobre a imposição do cumprimento da pena sem critério de progressividade no limite de trinta anos, imposto pelo Código Penal em sua redação original, antes da modificação determinada pela Lei nº 13.964/2019. Exatamente o que pretendem os Projetos de Lei averiguados, só que com limite estendido para cinquenta anos.

Por isso, entende-se que a proposta de aumento do limite de cumprimento da pena privativa de liberdade para cinquenta anos, desvinculada do critério de progressividade, como advogam os Projetos de Lei ora em exame, contraria o artigo 5º, XLVII, b, e XLIX, da Constituição Federal.

E ainda, a introdução de tal pena degradante, desvinculada da finalidade de ressocialização e do critério de progressividade, afronta o princípio da humanidade, uma importante limitação trazida pelo iluminismo jurídico-penal

para compatibilizar o exercício do poder punitivo estatal ao reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana.⁶²

Segundo o referido princípio, os direitos inerentes à pessoa humana são inatos e não foram disponibilizados no contrato social que dá fundamento ao Estado, e, portanto, se encontram preservados de qualquer medida estatal que neguem suas vigências, particularmente da pena.

Nessa esteira, consoante o acurado magistério de Nilo Batista e Raúl Zaffaroni,⁶³ a inflição da pena sem a perspectiva do término do seu cumprimento configura patente violação ao princípio da humanidade, pois implica reduzir o apenado à categoria inferior de uma *pessoa descartável*, atingindo sua dignidade enquanto pessoa humana.

Na doutrina estrangeira, o criminólogo alemão Peter-Alexis Albrecht,⁶⁴ adverte que a dignidade da pessoa humana e os direitos universais do homem se encontram no princípio de toda a fundamentação do direito penal, que deve preservar os indivíduos sob o manto do estado de direito contra intervenções estatais que atinjam o núcleo fundamental da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Portanto, além de configurar medida ilegítima, inidônea e inconstitucional, o aumento do limite máximo para o

⁶² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 98 - 99.

⁶³ *Op. cit.*, p. 233.

⁶⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Trad.: Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.

cumprimento de pena fixado no Ordenamento Jurídico nacional configura grave violação ao princípio da humanidade.

3

Outras propostas previstas nos Projetos analisados

Os Projetos em cotejo propõem ainda outras modificações no Ordenamento Jurídico Penal Pátrio, além do aumento do tempo máximo de execução da pena de prisão.

Na sua maioria, tais modificações consubstanciam-se como consectários lógicos da proposta de aumento do limite de penas, de maneira que os argumentos contrários à adoção desta também justificam a rejeição daquelas.

De qualquer modo, cabem algumas observações específicas para essas propostas.

3.1

Inconstitucionalidade do estabelecimento de regime carcerário inicialmente fechado e aumento do tempo de cumprimento da pena para a progressão de regime dos

condenados por crimes contra a vida, latrocínio, estupro e estupro de vulnerável; violação ao princípio da individualização da pena.

O Projeto de Lei 2.403/2019 estabelece o regime carcerário inicialmente fechado e aumenta o tempo de cumprimento de pena para a progressão de regime dos condenados por crimes contra a vida, latrocínio, estupro e estupro de vulnerável.

Ambas as propostas são inconstitucionais, por violarem o princípio da individualização da pena.

Isso porque a proposta altera a disciplina do regime carcerário para todos os condenados por determinados crimes, impedindo que se adapte o rigor carcerário às condições pessoais específicas e merecimento de cada condenado.

Impedir a individualização da pena às condições pessoais do apenado frustra também o critério de progressividade, pois obstaculiza a verificação das condições para a reintegração do preso à sociedade.

A respeito do princípio da individualização, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela inconstitucionalidade de medidas de recrudescimento punitivo em sede de execução penal que incidem genericamente em relação a condenados por determinados crimes, sem considerar a situação específica de cada pessoa condenada.

No HC 82.959-7/SP,⁶⁵ o Supremo Tribunal Federal considerou que a vedação à progressão de regime determinada pela Lei dos Crimes Hediondos em sua redação original era inconstitucional, por ofensa ao princípio da individualização da pena.

No HC 111.840/ES,⁶⁶ o Supremo Tribunal Federal considerou que a imposição do regime inicialmente fechado para os condenados por crimes hediondos e assemelhados, determinada pela Lei nº 11.646/2007, era inconstitucional, por violar o princípio da individualização da pena. Esse precedente se aplica como uma luva à proposta sob análise, nada justificando que o legislador edite uma lei repetindo um

⁶⁵ “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.” (STF, HC 82959-7/SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, maioria de votos, pub. DJ 01/09/2006).

⁶⁶ Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em tela, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.” Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (STF, HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, maioria de votos, j. 27/12/20120).

comando normativo considerado inconstitucional pela Suprema Corte.

No HC 97.256/RS,⁶⁷ o Supremo Tribunal Federal considerou que a vedação da substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos, imposta pelos artigos 33, § 4º *in fine*, e 44 da Lei nº 11.343/2006, era inconstitucional, por violar o princípio da individualização da pena.

Assim, na esteira da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, a proposta em tela é

⁶⁷ EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreta a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sequelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao Direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da conivolação em causa, na concreta situação do paciente. (STF, HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, maioria de votos, pub. DJE 16/12/2010).

inconstitucional, por transgredir o artigo 5, inciso XLVI, da Constituição Republicana.

O princípio da individualização da pena trata de adequar a reprimenda às circunstâncias da prática delitiva e condições pessoais de seu autor, e deve ser observado em três momentos: individualização legislativa, no qual o legislador deve estabelecer os limites e critérios para a fixação da pena; individualização judicial, no qual o juiz deve estabelecer a pena concreta para o caso específico; e individualização executória, que deve reger o momento “mais dramático” de todos: o cumprimento da reprimenda.⁶⁸

Ambas as propostas sob exame, no ponto específico em que impõem a fixação genérica de regime carcerário fechado e aumentam o prazo para a progressão em relação a determinados crimes, afrontam o princípio da individualização da pena, em seu momento legislativo, ao estabelecer um critério geral de fixação de regime carcerário que impede o juiz de estabelecer o regime de acordo com as circunstâncias do fato e condições pessoais do condenado, bem como no momento executório, que impede o juiz da execução de estabelecer o critério de progressividade segundo o mérito e a readaptação social do apenado.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol.: 1. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 752. NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32. SHECAIRA, Sérgio Salomão; e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

Neste ponto, detrai-se que, além de inconstitucionais, as propostas de alteração legislativa afrontam o princípio da individualização da pena.

3.2

Desproporcionalidade do aumento do prazo prescricional máximo para trinta e cinco anos; violação ao princípio da proporcionalidade.

A respeito das relevantes funções da prescrição penal, nota-se alhures que se trata de instituto fundamental para que se imponha a presteza necessária à atividade persecutória estatal e para a definição do limite máximo para a duração razoável do processo:

“Longe de constituir um incentivo à impunidade, a prescrição penal é instituto que obriga os órgãos estatais a realizarem a atividade persecutória, a instrução e o julgamento das causas penais dentro de um prazo razoável.

Sem a prescrição penal haveria um incentivo à inércia estatal quanto à realização de tais atividades, pois essas poderiam ser adiadas pelos mais variados motivos, sem que nenhum tipo de sanção processual ou de direito material fossem aplicáveis aos responsáveis pela demora.

(...)

O instituto também é importante como instrumento de garantia individual, porque define o limite máximo da duração razoável do processo criminal que se pode mover em face do indivíduo.

O direito ao julgamento em prazo razoável é reconhecido como fundamental no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, além de ser previsto no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, vigente no Ordenamento Jurídico brasileiro, por força do Decreto nº 678, de 06/11/1992.”⁶⁹

Fixadas tais premissas, entende-se que a proposta de aumentar o prazo máximo da prescrição penal para trinta e cinco anos é desproporcional, porque eleva o prazo da prescrição das penas superiores a vinte anos de maneira a torná-la, em termos práticos, inaplicável ou inócua. Aloysio de Carvalho Filho,⁷⁰ em obra clássica do Direito Penal Brasileiro, pontificou sobre o critério de proporcionalidade na fixação legal do prazo máximo da prescrição penal:

“Prazos de prescrição não devem ser, afinal, proibitivos, porque, então, praticamente deixaria de existir o instituto, que atende interesses de política social. Persistindo para as penas altas o critério de prazo da prescrição superior ao período da pena, (...)

⁶⁹ GUIMARÃES, Sergio Chastinet Duarte; e SANTIAGO, Ivan. In: *Lei anticrime? Estudos do IAB sobre os projetos de lei 38/2019, 881/2019 e 882/209*. Org.: Marcio Barandier. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 157 - 158.

⁷⁰ CARVALHO FILHO, Aloysio. *Comentários ao código penal: arts. 102 a 120*. Vol.: IV. Rio de Janeiro: Forense, sem data, p. 295 - 296.

teria o legislador que levar acima de trinta anos o lapso prescritivo da pena máxima. Assim o fazia o Projeto Sá Pereira, onde a pena de trinta anos prescrevia em trinta e cinco, (...). Nem antes, nem depois, em código ou projeto, tivemos prazo prescricional acima do máximo de pena. Virtualmente, o Projeto decretava a imprescritibilidade da pena máxima. Somente os condenados de menos de trinta e cinco anos de idade poderiam, em regra, ter prescrita a sua pena; e para os condenados maiores de trinta e cinco anos de idade, uma tal prescrição, se porventura ainda os alcançasse com vida, seria um presente inútil e irrisório à sua ancianidade.”

A lição narrada leva à reflexão sobre o prazo de trinta e cinco anos proposto no Projeto de Lei 2.403/2019 e se ter por ilação que se trata de prazo proibitivo, desproporcional em relação ao suposto benefício de aumentar o alcance da malha repressiva, prejudicando o interesse social na presteza da administração da Justiça e o interesse individual na duração razoável do processo.

E ainda nessa seara, chega-se à violação ao princípio da proporcionalidade.

Segundo Hassemer,⁷¹ o princípio da proporcionalidade impõe “um juízo de ponderação entre a carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação penal”. Trata-se de atinar

⁷¹ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 279.

“uma concordância material, entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionais.”

Ora, na situação sob exame, configura crassa violação ao princípio da proporcionalidade impor a imprescritibilidade, de fato, para determinados casos, fora das hipóteses de imprescritibilidade previstas no artigo 5º, XLII e XLIV da Constituição Federal, ao pretexto abstrato e indemonstrável de aumentar eficácia da lei penal, sob o custo concreto e inexorável de sacrificar a presteza na administração da Justiça e a duração razoável do processo.

3.3

Proposta de aumento de penas privativas de liberdade; medida inidônea, ilegítima e inconstitucional; violação ao princípio da humanidade

Como já tratado acima, acerca do aumento do limite do cumprimento da pena de prisão, inferiu-se que a proposta é inidônea e ilegítima em termos de política criminal, além de ser inconstitucional e violar o princípio da humanidade.

Os argumentos se repetem em relação aos aumentos de pena propostos nos Projetos para diversos crimes.

Como visto, os Projetos de Lei em exame propõem significativo recrudesimento penal, agravando penas mínimas e máximas e estabelecendo novas circunstâncias qualificadoras e causas de aumento de pena.

A cominação da sanção privativa de liberdade, acima dos trinta anos, é inidônea, diante da realidade do sistema penal, reconhecidamente um estado de coisas inconstitucional.

Essa realidade concreta da pena no Brasil deve ser observada antes de se decidir pelo simples recrudesimento punitivo. Impor a execução da pena nas condições degradantes do sistema carcerário, sem perspectiva de retorno ao convívio social, configura tratamento desumano e afronta a proibição constitucional às penas cruéis.

A doutrina vem referindo a necessidade de considerar a situação concreta da pena para fins de definir uma política criminal de acordo com os valores constitucionais definidos no Ordenamento pátrio. Cezar Roberto Bitencourt⁷² considera que “a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena e tal como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atual.” Juarez Cirino dos

⁷² Op. cit., p. 585.

Santos⁷³ aponta para a concreta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana diante das condições da prisão:

“A lesão generalizada, intensa e contínua da dignidade humana e dos direitos humanos de homens e mulheres presos nas cadeias públicas e penitenciárias do sistema penal brasileiro não ocorre por falta de princípios e regras jurídicas.

Entretanto, o princípio da humanidade não se limita a proibir a abstrata cominação e aplicação de penas cruéis aos cidadãos livres, mas proíbe também a concreta execução cruel de penas legais ao cidadão condenado, por exemplo: a) as condições desumanas e indignas, em geral, de execução das penas na maioria absoluta das penitenciárias e cadeias públicas brasileiras (...).”

Ora, e o que dizer da execução, sem critério de progressividade, da pena de cinquenta anos de prisão, nas condições mencionadas? A proposta de aumento de penas acima do limite máximo de trinta anos é inidônea, ilegítima e inconstitucional, por malferir o artigo 5º, XLVII, *b*, *e*, XLIX, da Constituição Republicana, além de violar o princípio da humanidade.

⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6ª Edição. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 30 - 31

3.4

Estabelecimento em lei da classificação de crimes preterdolosos como dolosos contra a vida; má técnica legislativa; medida inoportuna

O Projeto de Lei nº 2.403/2019 propõe inserir a classificação de crimes preterdolosos como se fossem “dolosos contra a vida”, o que, dogmaticamente, configura uma contradição em termos.

Como se sabe, nos crimes preterdolosos, “o resultado total é mais grave do que o pretendido pelo agente.”⁷⁴ São crimes nos quais o agente atua *dolosamente em relação ao antecedente e culposamente em relação ao consequente*, como são exemplos, precisamente, aqueles que o Projeto pretende classificar como “contra a vida.”

Em suma, crimes preterdolosos não são crimes contra a vida, porque não há dolo em relação ao resultado morte. Se houvesse tal dolo, configurariam homicídio, em concurso material com crime diverso praticado pelo agente.

Não se trata de mera questão classificatória, porque a competência do Tribunal do Júri é exclusiva, conforme a Constituição Federal, para os crimes dolosos contra a vida,⁷⁵ o que ocasionaria, na remotíssima hipótese de aprovação do Projeto neste particular, verdadeira confusão desnecessária

⁷⁴ Cezar Roberto Bitencourt, *op. cit.*, p. 272.

⁷⁵ “Art. 5º, XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados(...) d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

acerca dos crimes abarcados pela competência desse Órgão Jurisdicional.

A medida proposta, portanto, é de má técnica legislativa e inoportuna, podendo gerar debates desnecessários, prejudiciais à economia processual e à segurança jurídica.

3.5

Inclusão de novas hipóteses de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos; medida inidônea

O Projeto de Lei nº 3492/2019 prevê novas hipóteses de homicídio qualificado e propõe que sejam incluídas no rol dos crimes hediondos, o que foi recentemente realizado, em termos similares, pela Lei nº 14.344/2022.

Não é razoável que se altere a todo o momento a redação do Código Penal em relação ao mesmo assunto, o que é inoportuno, por atingir a segurança jurídica e ocasionar infindáveis problemas de aplicação da lei penal no tempo.

4

Conclusão

Pelo exposto, exara-se Parecer pela rejeição integral dos Projetos de Lei nº 2.403/2019 e nº 3.492/2019.

É o Parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2023

Roberta Pedrinha, OAB/RJ nº 100.150

Sergio Duarte, OAB/RJ nº 74.730