



ILUSTRE SENHORA MARCIA DINIS, PRESIDENTE DA COMISSÃO DE CRIMINOLOGIA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

OBJETO: Projeto de Lei nº 226/2024 do Senado Federal. Altera o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para dispor sobre os critérios para aferição da periculosidade do agente, geradora de riscos à ordem pública, para concessão de prisão preventiva, inclusive quando da audiência de custódia.

INDICANTE: Marcia Dinis

PARECERISTAS: Marcelo Mayora e Mariana Garcia

PALAVRAS-CHAVE: critérios; periculosidade; prisão preventiva; ordem pública.

I. Introdução¹: objeto do parecer

1. O Projeto de Lei (PL) nº 226/2024, de autoria do então Senador Flávio Dino (PSB/MA), propõe que o Código de Processo Penal passe a prever, no artigo 312, critérios para aferição da periculosidade do agente em caso de risco à ordem pública, a serem obrigatoriamente analisados fundamentadamente na audiência de custódia, bem como que a prisão preventiva não pode ser decretada com base em alegações de gravidade abstrata do delito. Vejamos:

Art. 1º O Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 312-.....

§ 3º Devem ser considerados na aferição da periculosidade do agente, geradora de riscos à ordem pública: I - o modus operandi, inclusive quanto ao uso reiterado de violência ou grave ameaça à pessoa; II - a participação em organização criminosa; III - a natureza, quantidade e variedade de drogas, armas ou munições apreendidas; IV - o fundado receio de reiteração delitiva, inclusive à vista da existência de outros inquéritos e ações penais em curso. § 4º É incabível a decretação da prisão preventiva com base em alegações de gravidade abstrata do delito, devendo ser concretamente demonstrados a periculosidade do agente e seu risco à ordem pública, à ordem econômica, à

¹ Nesta introdução, colacionamos trechos do o relatório constante na indicação para o parecer, elaborado por Márcia Diniz.



regularidade da instrução criminal e à aplicação da lei penal, conforme o caso.
§ 5º Os critérios a que se refere o §3º deste artigo serão obrigatoriamente analisados na audiência de custódia, de modo fundamentado, antes do deferimento de liberdade provisória ou de prisão preventiva.

2. (...) A justificativa da proposta legislativa aduz que o objetivo é “especificar mais claramente o que poderá ser considerado pela autoridade julgadora na aferição dos riscos à ordem pública e na apreciação da periculosidade do imputado”. Os quesitos elencados são pretensamente respaldados por julgados do STF, que os caracterizam como comportamentos que requerem “mais atenção e controle das autoridades públicas, especialmente no curso das investigações”. Sob tal argumento, o autor do Projeto sustenta que a nova previsão legal daria maior celeridade às decisões de prisão preventiva e afastaria controvérsias acerca de seu cabimento, em suas palavras, “garantindo-se, assim, a regularidade das investigações e do processo penal, bem como a ordem e a segurança públicas”.

3. Ademais, consta na referida justificativa que o PL pretende balizar a análise judicial quando das audiências de custódia, com o objetivo de evitar a análise superficial ou mecânica dos requisitos que geraria questionamentos institucionais, chamando atenção para a situação alegadamente recorrente de “deferimentos automáticos de seguidas liberdades provisórias” que impactariam negativamente o resultado útil da atividade policial.

4. Apresentada em 08 de fevereiro de 2024, a proposição foi remetida à CCJ e distribuída à relatoria do Senador Sérgio Moro, que apresentou requerimento para realização de audiência pública, ocorrida em 13 de junho. Após os debates, o Sen. Carlos Viana (PODEMOS/MG) ofereceu uma Emenda para acrescer, aos critérios inicialmente elencados no art. 312, § 3º, o fato de o custodiado ter residência fixa e ocupação lícita. Em 03 de julho pp., foi emitido Relatório pelo Sen. Sérgio Moro em nome da CCJ, no qual opina pela aprovação do Projeto de Lei com rejeição da Emenda proposta pelo Sen. Carlos Viana e aprovação de cinco Emendas de sua autoria, cujas justificativas se utilizam amplamente de posições fundadas no populismo punitivo. As Emendas sugeridas têm como objetivo (i) esclarecer o caráter alternativo e não cumulativo dos critérios elencados nos incisos do § 3º do artigo 312 do Código de Processo Penal; (ii) incluir a expressão



“ou quanto à premeditação do agente para a prática delituosa” no final do inciso I, referente ao modus operandi; (iii) alterar o artigo 310 do CPP com introdução de critérios em rol exemplificativo no dispositivo referente às audiências de custódia, retirando o § 5º do artigo 312; e para (iv) viabilizar a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético de determinados custodiados. Abaixo, transcrevemos as emendas:

EMENDA Nº - CCJ Insira-se a conjunção “ou” ao final do inciso III do § 3º do art. 312 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, nos termos do art. 1º do Projeto de Lei nº 226, de 2024.

EMENDA Nº - CCJ Dê-se a seguinte redação ao inciso I do §3º do art. 312 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, nos termos do art. 1º do Projeto de Lei nº 226, de 2024:

“Art. 312 §
3º..... I - o modus operandi, inclusive quanto ao uso reiterado de violência ou grave ameaça à pessoa ou quanto à premeditação do agente para a prática delituosa; ...”

EMENDA Nº - CCJ Suprima-se o § 5º proposto ao art. 312 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, nos termos do art. 1º do Projeto de Lei nº 226, de 2024.

EMENDA Nº - CCJ O art. 310 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 310

§5º São circunstâncias que, sem prejuízo de outras, recomendam a conversão da prisão em flagrante em preventiva: I - haver provas que indiquem a prática reiterada de infrações penais pelo agente; II - ter a infração penal sido praticada com violência ou grave ameaça contra a pessoa; III - ter o agente já sido liberado em prévia audiência de custódia por outra infração penal, salvo se por ela tiver sido absolvido posteriormente; IV - ter o agente praticado a infração penal na pendência de inquérito ou ação penal; V – fuga ou perigo de fuga; ou VI – perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução criminal e perigo para a coleta, conservação ou incolumidade da prova.

§6º A decisão de que trata o caput deste artigo deve ser motivada e fundamentada, sendo obrigatório o exame, pelo juiz, das circunstâncias previstas nos §2º e §5º deste artigo e dos critérios de periculosidade previstos no §3º do art. 312”.



EMENDA Nº - CCJ O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte artigo: “Art. 310-A No caso de prisão em flagrante por crime praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa, por crime contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, ou de agente em relação ao qual existam elementos probatórios que indiquem integrar organização criminosa que utilizar ou tiver à sua disposição armas de fogo, o Ministério Público ou a autoridade policial deverá requerer ao juiz a coleta de material biológico para obtenção e armazenamento do perfil genético do custodiado, na forma da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.

§1º A coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético deverá ser feita, preferencialmente, na própria audiência de custódia ou no prazo de dez dias contados de sua realização.

§2º A coleta de material biológico será realizada por agente público treinado e respeitará os procedimentos de cadeia de custódia definidos pela legislação em vigor e complementados pelo órgão de perícia oficial de natureza criminal.”

5. Em síntese, este é o objeto do projeto de lei. Neste parecer sustentaremos que o projeto deve ser rejeitado, pelas razões que seguem.

II. O sistema penal cautelar brasileiro

6. Não é o caso de ingressarmos em detalhes quantitativos acerca da população carcerária brasileira, até porque no presente momento não contamos com dados confiáveis². O certo é que nossas prisões estão superlotadas, fato produzido por um encarceramento seletivo que, ademais de violar os mais básicos direitos, produz efeitos criminógenos, sendo o mais visível o surgimento dos coletivos criminais operadores de mercados ilegais, que atualmente controlam os próprios cárceres e territórios periféricos. Sabemos que a maior parte da população carcerária brasileira é formada por pessoas pobres, negras, jovens, que não completaram o ensino fundamental e cometeram delitos patrimoniais ou de comércio das drogas tornadas ilícitas. E também sabemos que aproximadamente 1/3 dos presos são provisórios, isto é, sem condenação definitiva.

² O leitor que assim desejar pode acessar os dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça aqui: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>.

7. O abuso das prisões preventivas – penas sem condenação e, por vezes, quando decretadas na fase policial, sem processo – acaba por constituir o que E. R. Zaffaroni chamou de “sistema penal cautelar”.³ Segundo Zaffaroni, no contexto do “autoritarismo cool” latino-americano, a “característica mais destacada do poder punitivo é que a grande maioria dos presos (...) está submetida a medidas de contenção, porque são processados não condenados”.⁴ Ou seja, o poder punitivo é exercido mediante privação de liberdade antecipada de suspeitos etiquetados como perigosos, de maneira que “trata-se, na prática, de um direito penal de periculosidade presumida, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada”.⁵ O penalista argentino, levando em conta as descobertas da criminologia crítica sobre a concreta operacionalidade do sistema penal, percebe que este se divide em dois segmentos, “um cautelar ou pré-condenatório e outro definitivo ou de condenação”, sendo que o primeiro é regido pela “periculosidade da suspeita”, nos termos das noções da criminologia positivista e da “individualização ôntica do inimigo”, ou seja, próprias de modelos autoritários de controle penal⁶.

8. Nota ainda Zaffaroni que “os índices de encarceramento na América Latina não variam muito em função das reformas penais, mas sim da regulamentação do confinamento cautelar, tradicionalmente legislado no código processual”⁷.

9. Luigi Ferrajoli, após analisar a legitimação discursiva da prisão preventiva por parte dos autores clássicos e de sua consequente consagração mediante a positivação na maioria das constituições atuais, dispõe que se aceitarmos de modo coerente todas as corolários lógicos do princípio da presunção de inocência, devemos questionar os argumentos que justificam a prisão preventiva como uma injustiça necessária, perguntando se não se trata apenas de conveniência de um processo de matriz inquisitória. Levando a sério a principiologia garantidora do processo penal – sobretudo o *nula poena sine iudicio* – o autor italiano defende a abolição da prisão preventiva. Segundo ele, “é um mísero parologismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine iudicio* – ou seja a submissão da jurisdição em seu sentido lato -, pois não se

³ ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007, p. 109.

⁴ Ibidem, p. 70.

⁵ Ibidem, p. 71.

⁶ Ibidem, p. 110.

⁷ Ibidem, p. 111.



trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual ou, seja como for, não penal”⁸

10. Portanto, uma política criminal minimalista, fundada em dados empíricos sobre o sistema penal, deve caminhar no sentido da restrição das hipóteses de encarceramento preventivo, restringindo a porta de entrada da prisão. A restrição deve começar pela abolição das hipóteses mais irracionais de privação cautelar da liberdade, quais sejam as fundadas em justificativas substanciais e em categorias abertas, notadamente a “garantia da ordem pública.” O projeto de lei, contudo, ao propor-se a especificar legalmente o conceito de “garantia da ordem pública”, acaba por ampliar ainda mais o seu potencial autoritário, impulsionando hipóteses de prisões preventivas que na prática judicial tornar-se-ão tendencialmente automáticas e poderão ser decretadas em praticamente todas as prisões em flagrante seletivamente realizadas pela polícia.

III. A garantia da ordem pública e a periculosidade

11. No sistema penal brasileiro, a “garantia da ordem pública” é o fundamento para o confinamento cautelar que empresta ao instituto caráter substantivo, isto é, penal, destinado a exercer supostas funções de segurança pública. Ao contrário da “conveniência da instrução criminal” e da “garantia da aplicação da lei penal”, categorias que possuem suficiente precisão semântica e cujo caráter processual e cautelar é evidente, a garantia da ordem pública, termo aberto e indeterminado, amplia barbaramente o poder discricionário do juiz, servindo de pretexto a decisões fundadas em premissas político-criminais maximalistas, que partem da noção de que é preciso “proteger a sociedade”, desde o início do caso penal, de “suspeitos perigosos”.

12. Conforme Salo de Carvalho, “os juízos de periculosidade descritos estabelecem uma situação de fato inverificável e processualmente improvável pela impossibilidade empírica de experimentação. No interior do modelo de garantias, as hipóteses processuais devem ser baseadas em juízos verdadeiros e/ou falsos, propriamente demonstrados e passíveis de negação (contraditoriedade)”⁹.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2006, p. 512.

⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. RJ: Lumen Juris, 2º ed., 2003, p. 140.

13. As pesquisas criminológicas¹⁰ têm demonstrado que o conceito aberto e indeterminado de “garantia da ordem pública” vem sendo preenchido pelos agentes do sistema penal – promotores de justiça e juízes – justamente pela noção de periculosidade, comumente construída discursivamente pela probabilidade de reiteração delitiva, pelo “clamor social” despertado pelo delito e pela sua gravidade abstrata.

14. A categoria da periculosidade (juntamente com a “classificação dos criminosos”) foi o instrumento central da política criminal (autoritária) pretendida pela criminologia positivista¹¹. No clássico estudo *O caráter retórico do princípio da legalidade* (1979), Rosa Maria Cardoso da Cunha demonstra que com o conceito de periculosidade (ou de temibilidade, na versão de Raffaele Garofalo), surge a terceira etapa do sistema de legalidade, que desqualifica a estrita correspondência entre o fato criminoso e a lei e defende que para a determinação da punição “mais importante do que a determinação da tipicidade” será o juízo sobre a personalidade do réu, sobre “possibilidade de delinquir do acusado, ou a possibilidade de sua reincidência”¹². A periculosidade torna-se, assim, “peça fundamental no jogo punitivo contemporâneo”¹³. Em seu estudo seminal a autora demonstrou, em síntese, que um direito penal liberal, do fato, fundado na legalidade e na taxatividade, é uma ilusão, na medida em que o sistema penal funciona, de fio a pavio, segundo a lógica da periculosidade, ou seja, “a ficção do contrato, da retribuição simétrica, ou da legalidade, pode ser mantida porque existe ordenação eficiente, casuística, conjuntural, equitativa (segundo os interesses do sistema), que a fórmula da personalidade exerce”. Em síntese: “Posto (...) como “o segredo” do princípio da legalidade o procedimento periculosidade-punição permite que o sistema penal ofereça ao público sua fachada de ouro, sua prestigiada pose liberal”¹⁴.

¹⁰ Conferir, por todos: Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo. São Paulo: IBCRRIM/IDDD, 2005.

¹¹ Roberto Lyra (1977, p. 52) dizia que “a periculosidade [...] governa os instrumentos de política criminal”. Para detalhes sobre o tema, cf. Histórias da legislação penal brasileira: a classificação dos criminosos (Garcia; Mayora, 2023).

¹² DA CUNHA, Rosa Maria Cardoso. O caráter retórico do princípio da legalidade. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 41.

¹³ Ibidem, p. 42.

¹⁴ Ibidem, p. 131.



15. O conceito de periculosidade ocupou espaço relevante no Código Penal de 1940, pois em torno dele fundamentou-se o duplo binário e a possibilidade de aplicação de medidas de segurança por tempo indeterminado para imputáveis. Com a nova parte geral do Código Penal (1984), a periculosidade passou a ser categoria jurídica aplicável apenas na aplicação de medidas de segurança para inimputáveis. Ou seja, tradicionalmente a legislação penal brasileira evitou operar abertamente com a categoria da periculosidade – embora, como estamos procurando mostrar, ela seja a metarregra (second code, basic rules¹⁵) central da aplicação judicial do direito penal e, sobretudo, das decisões de prisão preventiva. O projeto de lei em análise, portanto, rompe com essa tradição, consagrando no Código de Processo Penal, num lugar central – num camarote – a periculosidade.

16. Convém deter-se nesse ponto: o direito penal e processual penal brasileiro tradicionalmente evitou positivar a periculosidade. No art. 59, do Código Penal, que trata da aplicação da pena, não consta a periculosidade; da mesma forma, a periculosidade não é um critério legal para a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 44, CP), tampouco para a concessão de sursis (art. 77, CP) ou livramento condicional (art. 83, CP). No Código de Processo Penal, a periculosidade só consta nas regras relativas à medida de segurança, com exceção de menção em dispositivo sobre o livramento condicional, no art. 710, II, francamente antinômico frente à disciplina do tema prevista na nova parte geral do Código Penal, de 1984. A categoria também não consta nos requisitos previstos para o oferecimento das medidas substitutivas (alternativas ao processo), notadamente a transação penal (art. 76, Lei 9099/95), a suspensão condicional do processo (art. 88, Lei 9099/95) e o acordo de não-persecução penal (art. 28-A, CPP). Da mesma forma, na Lei dos Crimes Hediondos (8072/90) e na Lei das Organizações Criminosas (12850/13) não se encontra qualquer menção à periculosidade. Mesmo na Lei das Execuções Penais (7210/84) a periculosidade aparece

¹⁵ Conforme Vera Andrade, “os conceitos de second code e basic rules conectam precisamente a seleção operada pelo controle penal formal com o controle social informal, mostrando como os mecanismos seletivos presentes na sociedade colonizam e condicionam a seletividade decisória dos agentes do sistema penal num processo interativo de poder entre controladores e controlados (público), perante o qual a assepsia da Dogmática Penal para exorcizá-los assumem toda extensão do seu artificialismo,²⁵ pois, reconduzido ao controle social global, o sistema penal aparece como filtro último e uma fase avançada de um processo de seleção que tem lugar no controle informal (família, escola, mercado de trabalho), mas os mecanismos deste atuam também paralelamente e por dentro do controle penal (Andrade, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima. Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, pp. 53/54).



fundamentalmente na regulação das medidas de segurança, com exceção de uma menção isolada, no art. 114, que trata do regime aberto.

17. Deste modo, ao prever critérios para a “aferição da periculosidade do agente”, o projeto propõe o rompimento com longa tradição da legislação penal e processual penal brasileira. Trata-se de proposta com significativo potencial de ampliar ainda mais o portão de entrada das nossas já superlotadas prisões, na medida em que oferece novos álibis discursivos para decretos de prisão preventiva.

IV. Os critérios para a “aferição da periculosidade do agente” e dos “riscos à ordem pública”

18. Conforme estamos sustentando, uma reforma aceitável do manejo do binômio prisão/liberdade no processo penal teria que caminhar no sentido da restrição do confinamento prévio à condenação definitiva, a começar pela abolição do fundamento da garantia da ordem pública, mantendo-se apenas os fundamentos efetivamente cautelares, que legitimam prisões destinadas a tutelar o correto andamento do processo. O projeto de lei, entretanto, nas palavras do proponente Flávio Dino, tem como escopo contribuir para a resolução das “controvérsias quanto à aferição da periculosidade”, especificando “mais claramente o que poderá ser considerado pela autoridade julgadora na aferição dos riscos à ordem pública e na apreciação da periculosidade do imputado” (p. 03). E, nesse sentido, o proponente não esconde os objetivos policiais, supostamente securitários, da mudança legislativa, que almeja “evitar a análise superficial ou “mecânica” dos requisitos, o que gera agudos questionamentos sociais e institucionais, sobretudo quando as mesmas pessoas são submetidas a sucessivas audiências de custódia e daí resultam deferimentos “automáticos” de seguidas liberdades provisórias, impactando negativamente no resultado útil da atividade policial” (p. 05).

19. O autor do projeto, outrora Ministro da Justiça e atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, consegue perceber que as “mesmas pessoas são submetidas a sucessivas audiências de custódia” e considera um problema que estas tenham o direito de responder ao processo em liberdade. Não consegue notar, contudo, que o fato de “as mesmas pessoas” serem constantemente presas em flagrante expressa justamente a seletividade da atividade policial, que prende sempre os mesmos pois persegue sempre

os mesmos, a partir dos olhares – racistas e classistas - para as “atividades suspeitas” dos tradicionais alvos do sistema penal. A solução oferecida pelo proponente para o fenômeno da “porta giratória” das prisões, que sintetiza os efeitos criminógenos da criminalização secundária e da prisonização, é simples e simplório: manter os tradicionais clientes do sistema penal presos desde já, antes mesmo de condenados.

20. Diante da preocupação expressa pelo proponente do projeto, Flávio Dino, relativa aos “agudos questionamentos sociais e institucionais” de decisões que cumprem a Constituição Federal, consideram a prisão preventiva exceção e concedem liberdade provisória em audiências de custódia, não é de se estranhar que não tenha havido maiores divergências com o relator do projeto, o senador Sérgio Moro. No populismo punitivo, ambos estão de acordo.

21. O primeiro requisito para a “aferição da periculosidade do agente, geradora de riscos à ordem pública”, é o “uso reiterado de violência ou grave ameaça à pessoa”. Tudo indica que este critério afetará o já banalizado uso de prisões preventivas no delito que mais encarcera no Brasil, qual seja o roubo. Vale lembrar (pois o óbvio precisa ser dito), que o encarceramento preventivo contribui para que o “uso da violência ou da grave ameaça” torne-se ainda mais “reiterado” por parte daquele que, por ter sofrido o processo de prisonização e de estigmatização, foi ainda mais vulnerabilizado.

22. O segundo critério, a “participação em organização criminosa”, também possui um alto potencial de aumentar o input carcerário, na medida em que, considerando a tendência expansiva do poder punitivo, provavelmente resultará no encarceramento preventivo “automático” de todo o réu sobre o qual recaia suspeita de participação em “organização criminosa”. Ou seja, os já consideráveis efeitos repressivos, de relativização de garantias, gerados pela imputação de participação em “organização criminosas” serão ampliados, e isso a partir de uma subsunção precária, sem julgamento, em uma “categoria frustrada”, como pontuou E. R. Zaffaroni em conhecido estudo¹⁶. Em síntese, a presunção de inocência deixaria de existir para todos aqueles que, ainda no começo da persecução penal, forem considerados membros de “organização criminosa”. A tendência, ademais,

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: crime, Direito e sociedade*, ano I, n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará: Instituto Carioca de Criminologia, p. 45-68, 1996.



seria a de ampliação interpretativa do sentido da lei, para abarcar também a “associação para o tráfico”, delito previsto no art. 35, da Lei 11343/06, que exige a associação de apenas duas pessoas. O já inaceitável índice de encarceramento gerado pela guerra às drogas tenderia a aumentar.

23. O terceiro critério, relativo à natureza, quantidade e variedade de drogas, armas ou munições apreendidas também se insere numa tendência político-criminal expansiva, de agudização da guerra às drogas. Embora levar em conta a apreensão de armas e munições possa ser relevante em uma análise sobre a necessidade de privação cautelar da liberdade, dado que indicia eventual capacidade do autor do fato de atrapalhar o bom andamento do processo, o texto legal contribuiu na construção social de que existem relações necessárias entre drogas e armas, quando, sabemos, a violência armada em torno às drogas decorre justamente de sua proibição e dos efeitos perversos que daí derivam. Novamente, diante do que sabemos sobre as concepções ideológicas (político-criminais) majoritárias na magistratura brasileira, podemos desconfiar que este requisito justificará a prisão preventiva de vendedores varejistas de drogas (“pequenos traficantes”) presos em flagrante portando maconha e crack, por exemplo, dada a “variedade” das drogas apreendidas.

24. Vale salientar que o segundo e o terceiro critérios constituem cláusulas de ampliação da vedação do deferimento de liberdade provisória que já estão previstas no parágrafo 2º, do art. 310, CPP¹⁷, com as quais também se confundem.

25. O último elemento a ser considerado para a “aferição da periculosidade do agente” é o “fundado receio de reiteração delitiva, inclusive à vista de outros inquéritos e ações penais em curso”. São sobejamente conhecidas as críticas aos juízos virtuais e aos exercícios de futurologia por parte dos magistrados, que decretam prisões preventivas fundamentadas na garantia da ordem pública por “fundado receio de reiteração delitiva”. Estes juízos violam toda a cadeia de princípios garantidores: a presunção da inocência, pois presumem culpabilidade em fatos que sequer existem; a ampla defesa e o contraditório, pois se tratam de afirmações incontestáveis. Como refutar a previsão de fatos futuros? Nesse sentido, Alberto Binder, referindo-se à periculosidade enquanto

¹⁷ § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

fundamento da prisão preventiva, leciona: “(...) estes, além de serem critérios puramente subjetivos – pois qualquer apreciação sobre o futuro é, em última análise, não demonstrável – implicam a utilização da prisão preventiva como medida de segurança.”¹⁸ No projeto de lei em análise, o inciso III de modo desavergonhado estabelece que inquéritos policiais e ações penais em curso devem ser levados em conta na análise da probabilidade de reiteração delitiva. Não é necessário alongar-se, pois é evidente que a presunção de inocência proíbe que inquéritos e ações penais em curso produzam efeitos restritivos, na medida em que o réu é inocente (estado de inocência) e será absolvido, caso a hipótese acusatória não seja devidamente comprovada. Resta dizer, por último, que o “receio de reiteração delitiva” provavelmente será direcionado aos tradicionais portadores dos estereótipos que produzem “receio” ou “medo” nos processos de interação social, os comumente classificados como criminosos ou perigosos, ou seja, aqueles que por sua condição de cor e classe mais são vulneráveis ao exercício do poder punitivo.

V. As demais proposições

26. O autor do projeto propõe também uma norma orientadora do princípio da motivação das decisões judiciais (art 93, IX, CF), estabelecendo que a prisão preventiva não possa ser decretada com base em “alegações de gravidade abstrata do delito” (art. 312, parágrafo 4º). Embora a norma não tenha o mesmo sentido repressivo das demais, que acabam por ampliar as hipóteses de incidência da prisão preventiva, ela é parcialmente tautológica, pois repete orientações de motivação de decisões judiciais constantes no art. 315, parágrafo 2º, CPP. De qualquer modo, se fosse o caso de especificar o tema, a regra ficaria melhor localizada topograficamente como um novo inciso do referido art. 315, parágrafo 2º, CPP.

27. A última alteração legislativa proposta apenas afirma o óbvio, que os critérios para a aferição da periculosidade, com vistas à decisão sobre prisão ou liberdade, devem ser analisados na audiência de custódia (art. 312, parágrafo 5º).

VI. As emendas do Relator

¹⁸ BINDER, Alberto. Introdução ao direito processual penal. Trad. Fernando Zani. RJ: Lumen Juris, 2003, p. 151.

28. O projeto de lei foi remetido à Comissão de Constituição de Justiça e distribuído à relatoria do senador Sérgio Moro, que considerou “o PL conveniente e oportuno” (p. 03). O relator opinou pela rejeição da emenda proposta pelo sen. Carlos Viana, que acrescentava mais um requisito para a “aferição da periculosidade do cidadão” a “ocupação lícita” e a “residência fixa”, considerando que o critério pode “conduzir a uma distinção com relação às pessoas sem residência fixa, à exemplo dos moradores de rua, bem como dos desempregados ou trabalhadores informais, situações que não devem servir como parâmetros para juízo prévio em relação à periculosidade ou não dos agentes” (p. 10).

29. No mais, o relator propôs 4 emendas. A primeira insere a conjunção “ou” ao final do inciso III do parágrafo 3º, do art. 312, nos termos do projeto de lei, para “deixar claro (...) que os incisos do § 3º do artigo 312 do Código de Processo Penal tratam de critérios alternativos e não cumulativos” (p. 05). Trata-se de emenda cujo objetivo é ampliar o escopo da imputação da periculosidade, motivo pelo qual deve ser rejeitada, pelos argumentos já expostos.

30. A segunda emenda acrescenta ao inciso I, do parágrafo 3º, do art. 312, mais um indicativo de periculosidade, qual seja a “premeditação do agente para a prática delituosa”. Aqui, sem qualquer cuidado, o sen. Sérgio Moro pretende inserir de contrabando na legislação (processual) penal brasileiro o conceito de premeditação, acerca do qual se travaram intensos debates no contexto das ciências criminais, após os quais foi expressamente repellido dos nossos Códigos Penais. Nélon Hungria, esclarecendo o ponto e explicando a decisão da comissão que elaborou o Código Penal de 1940, refere que “razões de sobra tinha o legislador pátrio para repelir o critério de agravação a priori da pena por motivo da premeditação, que poderá ser ou não um índice de perversidade do agente”¹⁹. Para Hungria, “é mais perigoso aquele que mata ex improviso, mas por um motivo tipicamente perverso, do que aquele que mata depois de longa reflexão, mas por um motivo de particular valor moral ou social. O indivíduo ponderado, cujo poder de auto inibição oferece resistência aos motivos determinantes de uma conduta anti-social, não é mais temível do que o indivíduo impulsivo, que não sabe

¹⁹ Hungria, Nélon. Comentários ao Código Penal. Volume V. Arts. 121 a 136. Quinta Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 33.

sobrestar antes de começar”²⁰. Por isso, o penalista narra que a comissão chegou à conclusão lógica de que se “deveria abolir, por inexpressiva e inútil”, a noção de premeditação como agravante da pena, “bastando que se formulassem agravantes referidas aos motivos e aos meios empregados ou modo de execução”²¹, tal como decidiu o codificador de 1940, o que foi mantido pelos penalistas que elaboraram a nova parte geral do Código Penal, em 1984. Naturalmente não é o caso de discutirmos nesse espaço o conceito de “premeditação”, mas apenas demonstrar que, por razões justificáveis, ele não está consagrado na legislação penal brasileira, sendo de todo inadequado, inclusive por razões sistemáticas de coerência, seu ingresso no Código de Processo Penal.

31. A terceira emenda apenas altera topograficamente as alterações legislativas acerca das quais estamos tratando, positivando-as como parágrafo do art. 310, CPP (que regulamente a audiência de custódia), e não mais do art. 312, CPP. Esta emenda não mereceria maiores comentários, não fosse a argumentação utilizada pelo senador relator, que expressa o populismo punitivo sobre o qual está baseado o projeto de lei. O senador Sérgio Moro lamenta o fato de que em cerca de 39% das audiências de custódia, segundo os dados do CNJ, a liberdade provisória é concedida (p. 6). Ou seja, o relator não está contente com o fato de que em 61% das prisões em flagrante, mais da metade, é decretada a prisão preventiva. O dado, que mostra justamente a banalização da prisão preventiva decretada por ocasião da audiência de custódia, é tomado pelo senador Moro como um problema a ser resolvido (com mais prisões...), pois, segundo ele, “o percentual elevado dos presos em flagrante beneficiados com solturas, de cerca de 39%, e casos como os mencionados, com a falta de decretação da prisão preventiva de pessoas presas por crimes graves ou por infrações penais repetidas, têm gerado a percepção da opinião pública de que as audiências de custódia geram impunidade, o que tem sido amplamente explorado pela imprensa” (p. 8). É impossível não notar, outrossim, que o senador afirma “infelizmente, não estão disponíveis dados mais precisos a respeito do conteúdo das decisões proferidas nas audiências de custódia” (p. 6), o que é um completo equívoco, pois desde que passaram a ocorrer as audiência de custódia tem sido objeto privilegiado de pesquisas criminológicas no Brasil, que, utilizando metodologias documentais e

²⁰ Ibidem, p. 34.

²¹ Ibidem, p. 34.

etnográficos, já produziram informações consideráveis sobre o assunto²². E para suprir a suposta falta de dados, o senador Moro contenta-se em citar reportagens sensacionalistas, que pinçam, do universo das prisões em flagrante, alguns casos de liberdades provisórias concedidas para acusados de crimes graves. “Na imprensa, são noticiados com frequência casos de pessoas que foram presas em flagrante por crimes graves, mas que, não obstante, foram colocadas em liberdade após audiências de custódia” (p. 6), diz o senador relator, antes de citar algumas notícias pesquisadas no Google. Trata-se de um “exemplo de manual” sobre o uso dos “dados sociais falsos” de que falam Zaffaroni e Nilo Batista²³. A falta de reflexão metodológica por parte do senador e seus assessores, somada a subjetividade punitiva, não permite que sequer desconfiem que no universo das prisões em flagrante avaliadas em audiência de custódia possa existir, além dos acusados “perigosos” postos em liberdade, acusados inocentes presos preventivamente.

32. A quarta emenda, que trata da coleta de material genético de presos em flagrante em determinados delitos e situações, é um evidente “jabuti”, motivo pelo qual não será objeto deste parecer²⁴.

VII. CONCLUSÃO

33. Diante dos argumentos expostos, entendemos que o projeto de lei n. 226/2024 deve ser rejeitado, pois, em síntese:

²² Numa pesquisa perfunctória no banco de teses e dissertações da CAPES encontramos 128 estudos sobre o tema da audiência de custódia. O próprio CNJ, de onde o senador extraiu os dados que citou, disponibiliza inúmeros estudos sobre o tema (cf. aqui: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/publicacoes/>). O IDDD, da mesma forma, já produziu inúmeros estudos sobre a audiência de custódia (cf. aqui: <https://iddd.org.br/categoria/publicacoes/page/2/>)

²³ ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, Nilo; ALAGIA Alejandro; Alejandro, SLOKAR. Direito Penal Brasileiro. Volume I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

²⁴ “Art. 310-A No caso de prisão em flagrante por crime praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa, por crime contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, ou de agente em relação ao qual existam elementos probatórios que indiquem integrar organização criminosa que utilizar ou tiver à sua disposição armas de fogo, o Ministério Público ou a autoridade policial deverá requerer ao juiz a coleta de material biológico para obtenção e armazenamento do perfil genético do custodiado, na forma da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. §1º A coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético deverá ser feita, preferencialmente, na própria audiência de custódia ou no prazo de dez dias contados de sua realização. §2º A coleta de material biológico será realizada por agente público treinado e respeitará os procedimentos de cadeia de custódia definidos pela legislação em vigor e complementados pelo órgão de perícia oficial de natureza criminal.”



(i) está fundado no conceito de periculosidade, categoria desenvolvida pelo positivismo criminológico e que não deve ter espaço em um direito penal democrático e, como tal, do fato.

(ii) ao propor-se a especificar legalmente o conceito aberto de “garantia da ordem pública”, acaba por ampliar ainda mais o seu potencial autoritário, impulsionando hipóteses de prisões preventivas obrigatórias, que poderão ser decretadas em praticamente todas as prisões em flagrante seletivamente realizadas pela polícia.

(iii) assim, o projeto contribui para agudizar a banalização das prisões preventivas fundadas na garantia da ordem pública, na lógica do sistema penal cautelar latino-americano, que atua fundamentalmente por meio de medidas (e não penas) contra “presumidamente perigosos”.

(iv) de maneira que o projeto vai ao sentido contrário de uma política criminal minimalista (portanto constitucionalmente referenciada), a única que seria capaz de contribuir para a diminuição da superlotação carcerária (minimizando o dito “estado de coisas inconstitucional”)

(v) as hipóteses de prisão preventiva previstas na legislação processual penal brasileira devem ser limitadas e não ampliadas. O fundamento da “garantia da ordem pública”, por inconstitucional e por ser a porta de entrada das metarregras que constituem os verdadeiros fundamentos das decisões judiciais, deve ser abolido do Código de Processo Penal.

34. Este é o parecer.

De Porto Alegre/RS para o Rio de Janeiro/RJ, 19 de setembro de 2024.

Marcelo Mayora & Mariana Garcia.



VIII. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima. Códigos da violência na era da globalização.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal.** Trad. Fernando Zani. RJ: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias.** RJ: Lumen Juris, 2º ed., 2003.

DA CUNHA, Rosa Maria Cardoso. **O caráter retórico do princípio da legalidade.** Porto Alegre: Síntese, 1979.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: RT, 2006.

IBCRIM/IDDD. **Decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo.** São Paulo: IBCRRIM/IDDD, 2005.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal. Volume V. Arts. 121 a 136.** Quinta Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.

GARCIA, Mariana; MAYORA, Marcelo. **Histórias da legislação penal brasileira: a classificação dos criminosos.** In Boletim do IBCCRIM, ano 32, número 376, março de 2024.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, Nilo; ALAGIA Alejandro; Alejandro, SLOKAR. **Direito Penal Brasileiro. Volume I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.

_____. **Crime organizado: uma categorização frustrada.** In Discursos Sediciosos: crime, Direito e sociedade, ano I, n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará/ICC, 1996.