



Opinião: Pena máxima de 40 anos do pacote anticrime deve ser vetada

O intitulado “pacote anticrime” originalmente apresentado pelo ministro Sergio Moro foi objeto de substanciais alterações, notadamente pela recente aprovação das propostas elaboradas pela comissão de juristas.

Muito embora louváveis algumas modificações, que felizmente amorteceram algumas das várias inconsistências e inconstitucionalidades do projeto solipsista, não é demais lembrar que o momento exige cautela e uma análise crítica.

Ainda que alguns institutos exaustivamente denunciados por combativos juristas tenham sido retirados do projeto (como a excludente de ilicitude, *plea bargaining* e a execução da pena antes do trânsito em julgado), fato é que algumas medidas ainda representam grave retrocesso ao nosso já retrógrado sistema penal. Que pena.

Chama-se a atenção, portanto, à modificação do artigo 75 do Código Penal, que determina o aumento de tempo máximo de cumprimento de pena de 30 para 40 anos, medida apresentada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes.

Para o ministro, o aumento de tempo máximo de prisão de 30 para 40 anos é uma adequação necessária, sobretudo em razão do aumento da expectativa de vida do brasileiro desde a vigência do Código Penal 1940. Nessa toada, se o cidadão vive mais, logo, ele poderia passar mais tempo na prisão.

Antes de adentrar nas peculiaridades dogmáticas sobre a modificação, fazem-se necessárias algumas considerações preliminares, em especial sobre a falácia representada no discurso de que a alteração se justificaria pelo aumento na expectativa de vida da população brasileira.

A lógica adotada parece ser a seguinte: se a expectativa de vida aumentou, nada mais coerente, portanto, que ampliar o limite máximo de cumprimento de pena em 10 anos. Nessa linha, o que correspondia a 30 anos de cumprimento de pena na década de 40, corresponderia hoje a 40 anos.

Apesar de verdadeira a premissa de que atualmente os brasileiros vivem em média por mais tempo, não há nada que conduza à conclusão de que seria razoável submeter o sentenciado a um tempo maior de cumprimento de pena.

Esse discurso, que parece ter sido apropriado das justificativas utilizadas para a reforma da previdência, não encontra espaço na discussão que envolve matéria penal. Isso porque pouco importa se o indivíduo vai viver até 45 ou 75 anos. Trinta anos de prisão serão sempre 30 anos de prisão.

Necessário salientar que a expectativa de vida do preso, por inúmeros fatores, é bem menor do que daqueles que se encontram em liberdade. É comum uma pessoa presa com idade fisiológica de 50 anos aparentar uma idade bem mais avançada. A dura realidade que antecedeu sua chegada à prisão e a vida dentro do cárcere levam a uma velhice precoce.[1]



Vale dizer também que a análise da perspectiva de vida do indivíduo para fins penais serve, tão somente, para uma diminuição da pena, afinal, não se pune um jovem de 22 anos com uma pena exorbitante em razão de sua pouca idade. Mas, por outro lado, atenua-se a pena daqueles que possuem idade avançada (artigo 65, I, do Código Penal).

Logo, para fins penais, a questão da perspectiva de tempo de vida não serve para agravar e endurecer as penas impostas ao indivíduo, embora sirva como fundamento para um abrandamento com base no artigo 230 da Constituição (veja-se, por exemplo, o artigo 77, parágrafo 2º, e o artigo 115, ambos do Código Penal).

A justificativa ainda parece dissociar-se da pretensão ressocializadora da pena. Afinal, o endurecimento da lei, desacompanhado de reformas estruturais com impacto no sistema penitenciário e de outros mecanismos aptos a dar vazão àqueles detentos, apenas reforçam o vício da política criminal tupiniquim, que apesar do fardo (e farda) de combater e evitar a prática de delitos, em especial aqueles violentos, acaba por fomentá-las.

Já vivemos hoje o resultado de hipertrofias penais — seja com a criação de tipos infinitos, seja com a ampliação da pena. E, apesar disso, o que se vê é uma superlotação carcerária, que constitui o plano de fundo perfeito para alimentar organizações criminosas e, também, a reincidência, notadamente quando negligenciada a implementação de políticas que consagrem minimamente o princípio da dignidade humana.

E, grosso modo, é dentro desse ciclo que o sistema penal tem se orientado. Ao pretender-se controlador e a panaceia de todos os males, sublinha e escancara sua insustentabilidade.

Nesse aspecto, as sensíveis palavras do eterno ministro Evandro Lins e Silva de que “prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias as perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que entrou”[2].

Voltando à alteração legislativa propriamente dita, atualmente, segundo o Código Penal “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 anos” (artigo 75 do Código Penal).

Necessário destacar que a fixação do limite já extremamente elevado de 30 anos é uma decorrência do princípio da humanidade. Já salientou Rui Barbosa que a prisão por 30 anos é eufemismo da pena de morte.



O princípio da humanidade é um verdadeiro coroamento dos demais princípios fundamentais e constitucionais penais. A Constituição da República, ao instituir um Estado Democrático de Direito tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), bem como a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II), além de vedar a cominação de pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (artigo 5º, inciso XLVII), consagrou o princípio da humanidade ou da “proscrição da crueldade”.

No que diz respeito especificamente a vedação de pena de “caráter perpétuo” (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Constituição) deveria impedir — em razão de evidente inconstitucionalidade — no âmbito do Congresso Nacional, a proposição de projetos de lei que visassem aumentar a pena para além do patamar máximo de 30 anos, previsto no Código Penal.[3] Aliás, conforme a idade do condenado, considerando a expectativa de vida — que na prisão é bem inferior — a prisão por 20 ou 30 anos constitui verdadeira prisão perpétua.

Referindo-se à execução da pena privativa de liberdade e à medida de segurança, Paulo Queiroz é categórico ao afirmar que as execuções de ambas (inclusive da prisão cautelar) em “condições degradantes em presídios que não ofereçam as condições mínimas de higiene, salubridade etc. são francamente ofensivas do princípio em causa, podendo dar ensejo à concessão de habeas corpus ou para que se cumpra a lei em prazo razoável (transferência de presídio, por exemplo), ou para progredir de regime ou para ser posto o paciente em liberdade (...)”[4]

Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*[5] referia-se à limitação do poder punitivo do Estado e a necessidade de humanizar as penas. Beccaria já no século XVIII sustentava a necessidade de haver uma proporção entre os delitos e as penas. Deste modo, o castigo (a pena) deveria, sempre, guardar uma proporcionalidade com o mal (dano) causado pelo delito.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabelece que “a lei não deve estabelecer mais do que penas estritamente e evidentemente necessárias” (artigo 8º).

Numa concepção garantista, Luigi Ferrajoli sustenta que a pena de prisão perpétua e as penas pecuniárias, pelas suas naturezas, são contrárias ao princípio da proporcionalidade e da igualdade das penas. A primeira porque é desumana e não graduável equitativamente pelo juiz. A segunda revela-se desproporcional por inexistir qualquer proibição penal informada pelo princípio de economia ou de necessidade. [6]



O princípio da proporcionalidade pode ser concebido sobre três aspectos: 1º) proporcionalidade abstrata (ou legislativa); 2º) proporcionalidade concreta ou judicial (ou individualização); e 3º) proporcionalidade executória. A proporcionalidade abstrata dar-se a quando o legislador define as sanções (penas emedidas de segurança) mais apropriadas (seleção qualitativa) e quando estabelece a graduação (mínima e máxima) das penas cominadas aos crimes (seleção quantitativa). A proporcionalidade concreta (individualização judicial), conforme a nomenclatura, é aquela feita pelo julgador no momento da aplicação da pena. Por fim, a proporcionalidade executória que ocorre durante o cumprimento da pena, na fase da execução penal. Assim, no dizer de Paulo Queiroz, têm o princípio da proporcionalidade três destinatários: o legislador, o juiz e os responsáveis pela execução penal. [7]

Em relação à proporcionalidade abstrata, é necessário destacar que o legislador não está desvinculado dos princípios limitadores do poder de punir, bem como dos princípios constitucionais e garantistas, para ao seu bel prazer estabelecer a pena que lhe convier. Quando da cominação da pena o legislador deve verificar e ponderar a relação entre a gravidade da ofensa ao bem jurídico e a pena que deverá ser imposta ao infrator. Como salientou Beccaria, não se pode punir do mesmo modo aquele que mata um homem e aquele que mata um faisão. Não pode, assevera Alberto Silva Franco, “o legislador penal determinar, de modo desproporcionado e desequilibrado, a medida da pena.” [8] Assim sendo, no dizer de Juarez Tavares[9] “o arbítrio do legislador em fixar limites de penas em completa desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam, adotando critérios divergentes para fatos iguais e critérios mais rigorosos para fatos menos graves e vice-versa” deve ser limitado em face dos princípios da proporcionalidade e da necessidade da pena[10].

A primeira dificuldade decorrente da escolha feita pelo legislador, *in abstracto*, da pena em relação à gravidade do delito corresponde, justamente, à noção de “gravidade” do delito. [11] Existindo, segundo Ferrajoli, duas orientações: uma “objetivista”, que mede a gravidade do delito e, consecutivamente, a da pena pelo dano causado; outra “subjetivista”, que mede pelo grau da culpabilidade. A despeito do sistema garantista, abarcar ambos os princípios (ofensividade e culpabilidade) e de que na fixação dos limites da pena deva ser considerado tanto o dano como a culpa, o problema reside, segundo Ferrajoli, no peso que se atribui a cada um dos dois critérios em relação ao outro. [12]

Contudo, Ferrajoli assevera que a maior dificuldade se encontra na fixação dos limites máximo e mínimo da pena determináveis conforme os dois critérios mencionados. “Se a pena é quantificável, não é quantificável o delito”.

Em relação à pena mínima cominada, melhor seria se a lei não estabelecesse um mínimo legal[13] ou que a pena mínima prevista para cada tipo penal, por questão de segurança jurídica e para vincular o juiz, fosse cominada no menor grau possível (um ano, por exemplo) ou que ficasse determinado, expressamente, que o julgador atendendo a culpabilidade do agente pudesse fixar a pena abaixo do mínimo legal, isto independente do reconhecimento de causa de diminuição da pena ou de atenuante. O mínimo previsto em lei deveria ser acatado apenas como um norte, uma referência para o julgador, uma vez que em alguns casos a reprovabilidade decorrente da culpabilidade, que se atribui à conduta do agente (considerando a ofensa ao bem jurídico), é inferior àquela atribuída, ainda que mínima, pela lei.

No que diz respeito à pena máxima cominada, Ferrajoli sustenta que, qualquer que seja o crime, não



deveria ultrapassar de dez anos. De acordo com Ferrajoli, “uma redução deste gênero suporia uma atenuação não só quantitativa, senão também qualitativa da pena, dado que a ideia de retornar à liberdade depois de um breve e não após um longo ou um interminável período tornaria sem dúvida mais tolerável e menos alienante a reclusão”. [14]

Por fim, Salo de Carvalho [15] assevera que no texto constitucional não há qualquer discurso legitimador da pena. Esclarece o autor que na Constituição existe uma política punitiva de redução de danos, posto que vários dispositivos constitucionais garantem à dignidade humana, respeito à integridade física e moral dos condenados penalmente. Deste modo é rechaçada a aplicação e execução de penas cruéis.

A proposta aprovada afronta a Constituição da República, notadamente os princípios da proteção da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade da pena, além de não encontrar amparo, nem mesmo, nas teorias que buscam justificar a pena. Como bem já salientou Tobias Barreto, “Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”.

Por tudo, principalmente por seu caráter inconstitucional, a indecorosa medida inserida no pacote anticrime deve ser vetada pelo Presidente da República.

[1] Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/185174319/o-carcere-e-o-envelhecimento-do-presos>>

[2] SILVA, Evandro Lins e. *De Beccaria a Filippo Gramatica. Sistema penal para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Renavan, 1991, p. 40.

[3] ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 233.

[4] QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 32.

[5] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[6] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 323.

[7] QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

[8] SILVA FRANCO, Alberto. *A reforma da parte especial do Código Penal: propostas preliminares*. RBCCrim n. 3, São Paulo, p. 73.

[9] TAVARES, Juarez. *Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, dez. 1992, (Edição especial de lançamento), p. 84.

[10] De acordo com TAVARES “mais do que um critério adicional da culpabilidade, a exigência da necessidade da pena passou a ser, contudo, um princípio geral de Direito Penal, que obriga o legislador”



(ob.cit. p.81).

[11] FERRAJOLI, ob. cit., p. 321.

[12] Idem, ibidem.

[13] Neste sentido FERRAJOLI, ob. cit., p. 321.

[14] FERRAJOLI, ob. cit., p. 332.

[15] CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

Meta Fields