

CONSIDERAÇÕES TÉCNICO-JURÍDICAS DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO SOBRE O PACOTE DE MEDIDAS ANTICRIME DO PODER EXECUTIVO FEDERAL (PL 882/19)

Considerando os objetivos institucionais da Defensoria Pública da União de primar pela dignidade humana e redução das desigualdades sociais, promover o Estado Democrático de Direito, lutar pela prevalência dos direitos humanos e pelo respeito ao devido processo legal, notadamente quanto à ampla defesa e o contraditório, vem a Instituição expor suas considerações técnico-jurídicas acerca do recrudescimento dos critérios para cumprimento das penas privativas de liberdade no Projeto de Lei 882/19, denominado pela imprensa de “pacote anticrime”. O PL é de iniciativa do Poder Executivo Federal e estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa.

A íntegra da Nota Técnica publicada pela DPU em 13 de maio de 2019 está disponível [\[neste link\]](#).

3. RECRUDESCIMENTO DOS CRITÉRIOS PARA CUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

(a) Medidas para endurecer o cumprimento das penas

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

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

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

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

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

SÚMULA 718

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

SÚMULA 719

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

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

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

E mais.

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

É de se ver que tal medida atenta contra o estado de coisas inconstitucionais que campeiam o universo prisional brasileiro, conforme já sinalizado e declarado pelo Supremo Tribunal Federal, por conta do julgamento cautelar da ADPF 347, cujo apelo ao legislador é no sentido diametralmente oposto à indigitada propositura legislativa.

Para além destes questionamentos argumentativos, o Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido da inconstitucionalidade da fixação de regime inicial fechado para cumprimento de pena com base exclusivamente no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990.³⁷

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

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

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

³⁷ Trata-se do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1052700, de relatoria do ministro Edson Fachin, com repercussão geral reconhecida e mérito julgado pelo Plenário Virtual. Na oportunidade, fixou-se a seguinte tese de repercussão geral:

“É inconstitucional a fixação ex lege, com base no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal”. (Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1052700, Rel. Min. Edson Fachin. 16.11.17)

toda sorte de tipos penais.

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

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

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

Por fim, o mesmo raciocínio serve para enfrentar a sugestão de acréscimo do §7º ao art.33 do CP, de modo que, da mesma forma, padece a propositura de vício de inconstitucionalidade.

(b) Período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semiaberto antes da possibilidade de progressão.

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

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

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

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

É sempre bom lembrar que a individualização da pena se desenvolve, segundo maciço entendimento doutrinário, em três etapas: primeiramente cabe ao legislador fixar a previsão dos tipos penais e sua cominação conforme se revelem adequados e suficientes para a reprevação e prevenção de crimes, inaugurando a etapa legislativa; em um segundo momento, cabe ao julgador aplicar a pena em concreto, segundo reza a dosimetria legal. Trata-se da individualização judiciária; por fim, em sua derradeira etapa, cabe ao magistrado da execução penal determinar e fiscalizar o cumprimento individualizado da pena, no que se intitula de individualização executória da pena.

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

Em outro giro, o sistema progressivo da pena é tema sensível e se insere no núcleo essencial à garantia fundamental à individualização executória da pena, de modo que, para além de sua impossibili-

bilidade de eliminação, a previsão de frações legais deve ser requisito inegociável de índole objetiva³⁸.

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

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

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

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

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

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

(c) Mudança na Lei nº 8.072/1990 (crimes hediondos)

(c.1) O §5º do art.2º da lei de crimes hediondos, por intermédio da nova proposta legislativa, sugere aumento na fração de cumprimento da pena para fins de progressão de regime, passando de 2/5 para 3/5 aos apenados que tenham sido condenados a crimes hediondos, cujo resultado envolver a morte da vítima.

Assim dispõe a nova redação:

§ 5º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo,

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

dar-se-á somente após o cumprimento de 3/5 (três quintos) da pena quando o resultado envolver a morte da vítima.

O tema de controle de criminalidade pelo aumento das penas ou de suas frações de cumprimento em regime fechado -- tanto num viés de prevenção geral negativa, como instrumento de intimidação, quanto pela prevenção especial negativa, por intuito de neutralizar e afastar os indivíduos delinquentes da atividade criminal -- tem se revelado, não apenas no Brasil, senão nos países que concentram as maiores populações carcerárias do mundo -- ineficaz sob o ponto de vista da prevenção de crimes³⁹. Ao contrário, o fortalecimento dos mecanismos de disciplina informal, pautados no desordenado controle sobre unidades prisionais superlotadas, redundante invariavelmente no fortalecimento de organizações criminosas e nos mais variados processos de criminalização, aprofundando ainda mais a crise e o estado de coisas inconstitucionais que pairam no sistema prisional brasileiro, com inegável reflexo na segurança pública do país.

Para além desse relevante aspecto, o incremento de fração majorada para progressão de regime aos crimes hediondos que redundem em vítimas fatais não parece ser pautado por estudos técnico-científicos que evidenciem o impacto financeiro, a dotação orçamentária (já limitada) e, sobretudo, em diretriz de Política Criminal que disponha sobre os indicadores para a fixação de lotação máxima nos estabelecimentos penais, tal qual dispõe a Res. N°5/2016 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.⁴⁰

Dito isto, entendemos que o presente dispositivo vai ao encontro, uma vez mais, de uma perniciosa massificação da pena de prisão como solução central da Política Criminal acenada pelo novo Poder Executivo Federal, **no que se revela absolutamente inadequada e ineficaz, sob o ponto de vista do enfrentamento ao controle de criminalidade nacional.**

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

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

Com efeito, para além dos apenados cumprirem com as frações de pena próprias desta lei

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

“Em 2011, analisando recursos provenientes de julgamento por colegiado judicial da Califórnia nas ações coletivas movidas por Coleman e outros e Plata e outros contra o então governador Brown, a Suprema

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

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

de regência, a novel proposta legislativa postula aumentar o controle correicional dos internos para fins de progressão de regime aos crimes desta natureza, **cujos requisitos, ambos de ordem subjetiva, indicam o dever de meritocracia e presunção de não reincidência.**

A par de já existir questionável previsão de presunção de não reincidência na legislação pátria como requisito subjetivo ao sistema progressivo para fins de livramento condicional (parágrafo único do art.83 do CP), a novel sugestão de lei acrescenta, para além deste requisito subjetivo, a figura da subordinação ao mérito do condenado, em um verdadeiro juízo discricionário de controle da massa carcerária por intermédio do poder disciplinar⁴¹.

Neste ponto, exige-se um pequena, mas necessária digressão normativa para lembrar que, desde a lei 10792/03, o legislador optou por dispensar a obrigatoriedade dos exames criminológicos para fins de progressão de regime. Sem embargo, firmou-se jurisprudência - justo em razão dos crimes mais graves que atentam contra a sociedade - no sentido de que, a critério do juízo da execução, desde que de forma motivada, tal exame pode ser realizado⁴².

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

Não é difícil de depreender que o mecanismo de controle do sistema progressivo, assim como proposto, envida esforços para revitalizar as já batidas e inoperantes políticas de tratamento e correção como função de prevenção de crimes, tudo sob o apanágio disciplinar da administração prisional⁴³.

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

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

(c.3) O §7º do art.2º da lei de crimes hediondos visa estabelecer o término de saídas temporários de apenados que cumpram pena em regime fechado por condenação em crimes hediondos.

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

42 Para posicionar os nobres Congressistas:

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

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

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

Vamos ao teor da proposta:

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

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

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

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

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

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

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

No inciso II, a proposta vai mais além.

Segue o dispositivo:

II - durante o cumprimento do regime semiaberto, saídas temporárias por qualquer motivo do estabelecimento prisional, salvo, excepcionalmente, nos casos do art. 120 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou para comparecer em audiências, sempre mediante escolta, ou para trabalho ou para cursos de instrução ou profissionalizante.”

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

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

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

Portanto, opinamos pela rejeição da proposta.

(d) Mudanças na Lei nº 12.850/2013:

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

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

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

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

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

SÚMULA 718

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

SÚMULA 719

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

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

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

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

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

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

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

Cita-se a nova redação:

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

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

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

Por outro lado, eventual imposição de impedimento ao sistema progressivo – num verdadeiro instrumento a serviço do direito penal do autor, e não de fatos - pautado por indicadores vagos e imprecisos, sem guardar compromisso com a ordem jurídico-constitucional posta, compromete o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa do apenado.

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

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

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

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

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

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

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

Brasília, 13 de maio de 2019.

Defensor Público-Geral Federal

Gabriel Faria Oliveira

Assessora de Assuntos Legislativos

Bárbara Pires

Grupo de Assessoramento Penal e Processual Penal ASLEG DPGU

Ana Luísa Zago de Moraes

Daniel Pheula Cestari

Erica de Oliveira Hartmann

Vinícius Diniz Monteiro de Barros

Defensores(as) Colaboradores(as)

Alexandre Kaiser Rauber

André Carneiro Leão

Hélio Roberto Cabral de Oliveira

Tatiana Melo Aragão Bianchini