PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2017

SF/17318.83779-55

Acrescenta o art. 63-A e altera os arts. 64 e 65 da Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal -, para dispor sobre critérios de aplicação da pena.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 63-A:

"Antecedentes criminais

Art. 63-A. Verifica-se o antecedente criminal se o agente possui, no momento da nova condenação, condenação anterior transitada em julgado que não possa ser considerada para fins de reincidência."

Art. 2º Os arts. 64 e 65 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

"**Art. 64**. Para efeito de reincidência e antecedentes criminais:

....." (NR)

"**Art. 65**. São circunstâncias que sempre atenuam a pena, ainda que a pena base tenha sido fixada no mínimo legal:

....." (NR)

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

JUSTIFICAÇÃO

O presente projeto oferece alterações à Parte Geral do Código Penal no intuito de aprimorar os critérios de aplicação da pena e contribuir para a redução do problema do encarceramento em massa no Brasil. A

existência de mais de 600 mil pessoas presas, com um *déficit* de aproximadamente 230 mil vagas em nosso sistema prisional, bastaria para justificar a necessidade de medidas que confiram mais racionalidade ao sistema e à política criminal aplicada no país. As frequentes rebeliões e as persistentes violações de direitos humanos que observamos nos presídios tornam a discussão dessas medidas uma questão urgente e colocam o tema como item prioritário da agenda nacional.

SF/17318.83779-55

É nesse contexto que o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, a Pastoral Carcerária Nacional – CNBB, a Associação Juízes para a Democracia – AJD, o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação – CEDD/UnB elaboraram 16 propostas legislativas que buscam impactar a dinâmica sistêmica do encarceramento em massa no país.

Entre as propostas formuladas por esse conjunto de entidades está a "Proposta nº 2: Reforçar princípios gerais da lei penal", da qual extraímos as alterações propostas neste projeto de lei. A inovação relativa aos antecedentes criminais é justificada nos seguintes termos:

> "Na prática penal e principalmente nos livros didáticos perdeu-se o conceito e aplicação da expressão 'antecedentes criminais'. Aquilo que sempre foi a definição de decisões condenatórias transitadas em julgado que não pudessem configurar a reincidência passou a ser tratada como o mero registro policial de investigação contra o réu. Tal entendimento viola frontalmente o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal e permite que as penas sejam aumentadas pela simples existência dos registros, quando se sabe que a discricionariedade policial e do Ministério Público ou a simples divergência de vizinhança podem levar à instauração de um procedimento investigatório. Com a redação que se propõe resgata-se em texto legal o conceito de maus antecedentes para evitar que tais investigações possam ser utilizadas como argumento de aumento de pena." (in "Caderno de Propostas Legislativas: 16 Medidas contra o Encarceramento em Massa", IBCCRIM, Pastoral Carcerária, AJD e CEDD/UnB, p. 11)

Os "antecedentes" surgem em diversos dispositivos do Código Penal sem, no entanto, uma definição legal. O termo ganha especial relevo na medida que constitui um dos critérios considerados pelo juiz na fixação da pena (art. 59), conhecidos como circunstâncias judiciais. De maneira geral, ele pode ser entendido como os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus, de modo a indicar uma maior ou menor

afinidade do réu com a prática delituosa. Verificamos na doutrina de Cezar Roberto Bitencourt um claro balizamento da abrangência que, no Estado Democrático de Direito, os "antecedentes criminais" podem assumir:

> "Com efeito, **sob o império de uma nova ordem constitucional, e 'constitucionalizando o Direito Penal', somente podem ser valoradas como 'maus antecedentes' decisões condenatórias irrecorríveis**. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes. (...)" (*Tratado de Direito Penal. Parte Geral.* 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 777)

Esse posicionamento reforça o enunciado nº 444 da Súmula de jurisprudência do STJ, que diz, textualmente, que "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais para agravar a pena-base".

Ademais, o STF já fixou a seguinte tese em sede de repercussão geral, sedimentando a compreensão do tema:

> "PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. **Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais.**" (RE 591.054, Rel. Ministro Marco Aurélio, j. 17/12/2014)

Na redação que propomos para o art. 63-A, a ressalva contida ao final ("que não possa ser considerada para fins de reincidência") apenas faz evitar o *bin in idem*, uma vez que a reincidência já é uma circunstância legal valorada como agravante (art. 61, I CP). Nesse sentido, enuncia com clareza a Súmula 241 do STJ: "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

A alteração do *caput* do art. 64, por sua vez, é uma decorrência lógica da anterior. Ela estende aos antecedentes criminais a limitação temporal já aplicada à reincidência. Afinal, o tratamento legal dos efeitos da reincidência deve ser o mesmo conferido aos antecedentes criminais.

Finalmente, a alteração que propomos para o art. 65 do Código Penal visa permitir que, na incidência de circunstâncias atenuantes, a pena possa ser fixada aquém do mínimo legal. As entidades formuladoras das "16 medidas contra o encarceramento em massa" justificam a alteração nos seguintes termos:

SF/17318.83779-55

> "Outro resgate é a alteração da redação do artigo 65 do Código Penal, que trata das atenuantes. Embora a redação seja clara e prescreva que as atenuantes "sempre" incidirão sobre o cálculo da pena, criou-se jurisprudencialmente o entendimento de que se deveria respeitar o mínimo legal. Há, inclusive, súmula do Superior Tribunal de Justiça neste sentido. O que não há é uma explicação teórica do porque o texto legal é violado, já que prevê que "sempre" se devem considerar as circunstâncias enumeradas no art. 66, quando presentes. Neste sentido, visando dar maior clareza à redação, propõe-se a inclusão da expressão "ainda que a pena base tenha sido fixada no mínimo legal". (in "Caderno de Propostas Legislativas: 16 Medidas contra o Encarceramento em Massa", IBCCRIM, Pastoral Carcerária, AJD e CEDD/UnB, pp. 11-12)

Também nesse tema temos o reforço do magistério de Cezar Roberto Bitencourt, que reviu seu endosso à corrente tradicional por considerar que ela viola a garantia constitucional de individualização da pena (CF, art. 5º, inciso XLVI) e o princípio da legalidade estrita (CF, art. 5º, inciso XXXIX c/c CP, art. 65). Segundo o festejado autor, essa corrente orienta-se pela interpretação de dispositivos que foram revogados pela reforma penal de 1984, de modo que pode ser considerada uma orientação superada sob pena de violar "o *direito público subjetivo* do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta" (ob. cit., pp. 788-790).

Conscientes de que a solução para o problema do encarceramento em massa exige medidas legislativas adequadas, submetemos o presente projeto ao debate legislativo, solicitando o apoio dos senhores e senhoras parlamentares para seu aprimoramento e aprovação final.

Sala das Sessões,

Senador ANTONIO CARLOS VALADARES

PSB-SE

SF/17318.83779-55