

monografias 
série

**TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS
2018 – vol. 1**

**Reitor Prof. Faíçal David Freire Chequer
Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Profa. Ms. Lílian Nássara Miranda Chequer Bueno
Organizadores**

**Reitor Prof. Faíçal David Freire Chequer
Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Profa. Ms. Lílian Nássara Miranda Chequer Bueno
(Organizadores)**

**TUTELA PENAL E EFETIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
2018 – Vol. 1**

1ª edição

1ª impressão

(Publicado em novembro de 2018)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
2018 – Vol. 1. Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks
Editora, Publicação 2018. E-book PDF. 257p.

ISBN: 978-85-434-1596-3

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

E-book publicado pela
VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.
Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177
Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)
Fone / WhatsApp (37) 99173-3583 - capasvb@gmail.com
<http://www.virtualbooks.com.br>

APRESENTAÇÃO

Mais uma vez apresentamos à comunidade acadêmica a coleção MONOGRAFIAS que reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) que foram selecionados pelos professores orientadores do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna.

Como destacado na primeira edição deste projeto, para a coleção MONOGRAFIAS foram criadas as seguintes séries de publicação: 1) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO; 3) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: a proteção das obrigações e dos contratos; 4) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: proteção à propriedade e à posse; 5) PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6) PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7) PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; e 8) TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, aglutinado, de uma maneira geral, as pesquisas desenvolvidas pelos professores do Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais – da Universidade de Itaúna e que propiciam a base de iniciação científica da Graduação em Direito da nossa Universidade.

A proposta colheu bons frutos! A intenção é que haja a continuidade e o aumento, gradativo, do número de trabalhos, como também, da qualidade científica desses.

Assim sendo, a Universidade de Itaúna manterá de maneira sólida o relacionamento entre a Graduação e o seu Programa de Pós-Graduação, objetivando aprimorar a pesquisa científica.

A cada dia que passa é mais importante a Universidade firmar-se como lócus de discussões dos vários problemas que afligem a sociedade brasileira e internacional, como um todo.

Nesse sentido, essa discussão não pode se limitar à pós-graduação. Do contrário, deve-se prestigiar a iniciação científica daqueles que estão começando a dar os primeiros passos na experiência jurídica.

Como destacado ainda na primeira edição da coleção, os textos refletem os originais dos TCCs, tendo-se deliberado publicá-los da maneira em que foram apresentados, sem quaisquer retoques ou modificações – que em alguns casos, aliás, até se impunham – mas à guisa de preservar a singeleza das pesquisas e suscitar questionamentos que, antecipadamente, são tidos como oportunos e serão objeto de exame e aprofundamento nas pesquisas desenvolvidas na pós-graduação ou, no mínimo, em outros TCCs.

Em síntese, é importante destacar que não se tratam de obras-primas da *Jurisprudencia*, ou seja, textos com maturidade científica em nível de excelência acadêmica. Do contrário, os textos apresentados são, em sua maioria, as primeiras pesquisas sólidas realizadas pelos seus autores, bacharéis recém saídos dos bancos da graduação.

Deste modo, não é incomum que ocorram erros metodológicos (que não escapam também aos trabalhos de maturidade de pesquisadores experientes), como também argumentativos.

O objetivo é fazer com que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em parceria com a Graduação em Direito – *quebrem os seus muros, irradiando a energia da esperança de um país melhor, por intermédio da educação transformadora.*

Os problemas sociais se desenvolvem e avançam rapidamente, não conseguindo, o Direito, acompanhá-los. Essa realidade será sempre uma angústia para a Ciência Jurídica. Nesse sentido, é fundamental que a teoria seja um guardião da prática, antecipando soluções de futuros problemas.

Os livros são destinados à distribuição em instituições de ensino, locais e regionais. Como frisado alhures, a coleção

tem como postulado a certeza de que o conhecimento não pode ficar enclausurado nos murais institucionais. Do contrário, ele deve ser ator principal da transformação social.

De maneira séria e comprometida, a Universidade de Itaúna tem cumprido com um de seus objetivos, que é a produção da ciência, auxiliando o País de maneira efetiva na busca da construção de uma sociedade melhor.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que fazem desse sonho um projeto realizado e em contínua ascensão.

Boa leitura!

Profa. Dra. **Jamile Bergamaschine Mata Diz**
Coordenadora do PPGD da Universidade de Itaúna –
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

Prof. Dr. **Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa**
Morais
Coordenador-adjunto do PPGD da Universidade de
Itaúna – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

SUMÁRIO

A UNIFICAÇÃO DE PENAS NO CURSO DE UMA EXECUÇÃO PENAL / 8

Ariel Vitor Capanema Fonseca

OS ASPECTOS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DA LEI 11.340/06 / 51

Clara Taís de Araújo Gomes

PRISÃO ESPECIAL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO DIREITO PENAL / 91

Thais Cristina Alves Nogueira

SISTEMA PENITENCIÁRIO E REINCIDÊNCIA CRIMINAL / 120

Talita Aparecida Araújo Calixto

TRÁFICO PRIVILEGIADO E O CRIME

HEDIONDO: a (in)constitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao réu primário / 179

Renata Pereira Dias

A UNIFICAÇÃO DE PENAS NO CURSO DE UMA EXECUÇÃO PENAL

Ariel Vitor Capanema Fonseca¹

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso aborda o tema da unificação de penas no decurso de uma execução penal. Ele tem seu enfoque na execução da pena, seja ela de forma provisória ou definitiva. O motivo de tal pesquisa se resume à demasiada proporção tomada pelo julgamento do *habeas corpus* 122.292, no qual, por votação bastante equilibrada, os ministros do Supremo Tribunal Federal autorizaram a execução provisória da pena, ou seja, antes do trânsito em julgado. Diversos pareceres ministeriais são contra tal posicionamento, pois alegam infringir princípios como o da presunção da inocência e afirmam que tal orientação processual se sobrepõe ao que está no Código de Processo Penal, este que prega que só será preso aquele que obtiver em seu desfavor sentença penal condenatória transitada em julgado. O embasamento teórico utilizado foram as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Devido ao fato de o assunto (execução provisória de pena) ser recente, a pesquisa bibliográfica se mostrou como o melhor caminho para avaliar a hipótese proposta anteriormente à sua realização. Por fim, concluiu-se que o programa desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Paraná em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, o Sistema Eletrônico de Execução Unificado, pode ser uma solução para o entrave aqui discutido. A execução

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

provisória da pena e, posteriormente, a execução definitiva, podem ser amparadas e organizadas com este novo sistema, a fim de beneficiar aqueles que estão no sistema carcerário brasileiro. Porém, apenas surgirão respostas após análise empírica da implantação do SEEU, fato este que demanda tempo de acompanhamento.

Palavras-chave: Unificação de Penas. Execução de Penas. Sistema Eletrônico de Execução Unificado.

1 INTRODUÇÃO

No universo do Processo Penal Brasileiro temos o curso necessário para se chegar à execução de uma possível penal. Após o conhecimento e instrução do feito, apuração de provas e prolatada a sentença condenatória pelo Magistrado dá-se o fim da competência da primeira Instância. A próxima fase se trata dos recursos cabíveis, nessa oportunidade, o processo, já instruído, é encaminhado ao Tribunal de Justiça e julgado pelos desembargadores. Mantida ou não a decisão do juiz de primeiro grau, há, ainda, a possibilidade de recurso às Cortes Superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Caso haja o desejo de recorrer a tais tribunais, o trânsito em julgado daquela sentença condenatória se dará após a apreciação destas últimas peças recursais. Transitado em julgado, a sentença condenatória é encaminhada à Vara de Execuções Penais, na qual é executada a sua pena. Nesta fase, outro juízo irá ser o competente para analisar e acompanhar o decurso desta execução.

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal mudou o seu entendimento a respeito da execução das penas. A posição majoritária era que, para que fosse possível uma execução penal, era necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Porém, a partir de

2016, com o julgamento do HC 126.292 abriu-se o precedente para a execução provisória. Esta forma de execução não necessita do trânsito em julgado assim como fora elucidado e, dá-se após a confirmação da sentença pela decisão colegiada de um Tribunal de Justiça. Sendo assim, o condenado cuja pena foi confirmada já iria dar início ao cumprimento de sua pena antes da apreciação de possíveis recursos dirigidos às Cortes Superiores.

Com essa mudança veio o questionamento, problema-chave deste trabalho: como unificar penas provisórias e definitivas no âmbito de uma execução penal?

Procurando responder a essa pergunta, este trabalho foi baseado em pesquisas bibliográficas a respeito dos precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Além de abordar o conceito de execução de pena e unificação de penal, o presente estudo se moldou a partir dos posicionamentos contrários das referidas Cortes, apresentando julgados que comprovam o pensamento divergente dos operadores do Direito.

Nos parágrafos subsequentes, será demonstrado o conceito de ambos os institutos, execução penal e unificação de penas, os precedentes dos tribunais acerca destes assuntos e uma possível solução para o problema. A execução unificada surge como uma boa hipótese para o imbróglio da unificação de penas. Este novo método de organização entre os Poderes Judiciário e Executivo é de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. O objetivo desta unificação de execuções é simples: por meio de uma plataforma tecnológica, tentar suprir a falta de organização do Estado para com as varas de execução penal, tornando uma a tramitação de processos na fase de execução a fim de delimitar com precisão os cálculos de pena e prazos processuais.

Por fim, após o desenvolvimento desta pesquisa conclui-se que o assunto acerca da unificação de penas no decurso de uma execução penal, envolvendo-se penas em caráter provisório e definitivo, ainda é muito novo, ou seja, pouco discutido. Há, ainda, bastante divergência entre aqueles que compõem as colendas Cortes Superiores, com isso, há também certa insegurança jurídica. Os precedentes do STF e STJ ainda não se consolidaram totalmente, vide acórdãos de tribunais inferiores apontado neste trabalho que divergem do posicionamento adotado após o julgamento do *habeas corpus* 126.292 (BRASIL, 2016). Sendo assim, para uma análise ainda mais profunda sobre o tema desta pesquisa é necessário tempo para acompanhar os resultados decorridos da implementação do Sistema Eletrônico de Execução Unificado, alternativa criada para tentar organizar a execução de penas.

2 EXECUÇÃO DE PENAS DEFINITIVAS E PROVISÓRIAS

2.1 Conceito de execução de pena definitiva e provisória

Para solucionar a temática deste trabalho faz-se mister elucidar, de antemão, o conceito de execução penal e suas variações. A execução penal é o procedimento a ser feito com o objetivo de fazer cumprir o que fora lavrado na sentença penal condenatória prolatada pelo magistrado. É a parte executiva da decisão e se dá de forma autônoma, ficando a cargo da Vara de Execução Penal (VEP). A sentença condenatória é um título executivo judicial que necessita de um juiz para executá-lo, no caso o juiz titular da VEP que irá cumprir, a pedido do Magistrado do processo de conhecimento, a guia de execução que foi expedida naquele juízo.

A execução de pena definitiva se dá após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tal procedimento só ocorre após escassa a instância ordinária na qual se instrui o feito, apura todas as provas e o douto magistrado as julga, sendo elas, neste caso, capazes de sustentar uma condenação. No *habeas corpus* 84.078/MG (BRASIL, 2009), julgado na data de 05 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser impossível executar a pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e estabeleceu que o condenado apenas será entregue ao sistema carcerário, em situação diversa, se houver a necessidade de prisão preventiva.

O entendimento do STF foi embasado nos princípios constitucionais que resguardam todo e qualquer cidadão, sendo eles o princípio da ampla defesa, a presunção de inocência (até o momento em que se prove seja ele culpado pelo fato ao qual foi-lhe imputado) e o princípio do contraditório.

Assim ficou demonstrado nas falas do então ministro do STF, Eros Grau, relator do HC 91.232 (BRASIL, 2007).

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em

julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 6. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem

que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 91232, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00098 EMENT VOL-02302-02 PP-00284).

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento, passando a considerar possível a execução provisória da pena. No julgamento do HC 126.292 (BRASIL, 2016), a Corte Máxima do Direito Brasileiro reconheceu a possibilidade da execução provisória, pois entendia que já havia se passado o período de prova do processo de conhecimento, ou seja, não tendo mais em que se falar de apuração do feito, desprezando até a presunção de inocência, a julgar pelo fato de que o acusado já teria tido todas as oportunidades de se provar inocente nos tribunais inferiores. Julgada a apelação pelo Tribunal de Justiça do caso e estabelecida a condenação do réu, cessa-se a possibilidade de discussão dos fatos e provas, tornando exequível a sentença condenatória lavrada. (BRASIL, 2016).

Criou-se então uma grande dúvida na jurisprudência brasileira e voltou-se a discutir tal questão no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 (BRASIL, 2016), cuja pauta era o artigo 283 do Código Penal (BRASIL, 1941), que versa sobre os dizeres [...]ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. Nestas ações, a colenda

Corte interpretou tal artigo de forma que se fixe às instâncias ordinárias, cabendo assim a execução provisória após sentença de segundo grau. (BRASIL, 2016).

A ministra do STF, Cármen Lúcia, no julgamento das referidas ações de constitucionalidade, afirmou que, decorrida a apuração das provas e, se caso, estas foram capazes de sustentar duas condenações (1ª e 2ª instâncias), a prisão daquele que está sendo julgado não é arbitrária. Caso seja abordada a obstrução e supressão do princípio da presunção de inocência, relata a notável que há também a necessidade de preservação do sistema jurídico do país e sua confiabilidade, funcionando como base da República Democrática. Nas palavras da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (BRASIL, 2016, *online*): “A comunidade quer resposta, e quer obtê-la com uma duração razoável do processo”.

Em contrapartida, na análise das mesas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (43 e 44), os ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e o relator destas, Marco Aurélio de Mello, tomaram posicionamento contrário ao apresentado pela ministra Cármen Lúcia, cada qual expondo de forma particular suas razões.

A ministra Rosa Weber (2016) entendeu que o artigo 283 do CPP (BRASIL, 1941) acompanha os dizeres dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e, ainda, ressaltou que não pode se afastar da clareza do texto constitucional. Lewandowski (2016) seguiu esta ministra e também realçou o valor da Carta Magna, além de aduzir ser bastante taxativo o artigo 5º, em seus incisos, a respeito da presunção de inocência. O ministro Celso de Mello acompanhou o voto do relator Marco Aurélio e defendeu com afinco a incompatibilidade da execução provisória de pena com o direito do réu de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Lembrou também da luta

que foi para os cidadãos contra o Estado ao adquirir este direito fundamental, endossando ainda mais a causa pertinente à dignidade humana. (BRASIL, 2016).

Diante do que foi exposto, mesmo que por diferença pequena entre os votos dos ministros da Corte Suprema, o precedente vigente é que é possível a execução provisória da pena, já que a fase de apuração das provas se findou, sem desrespeitar os princípios constitucionais e, mesmo assim o acusado restou-se condenado por decisão colegiada. (BRASIL, 2016).

3 ENTENDIMENTO A RESPEITO DA UNIFICAÇÃO DAS PENAS

Primeiramente, em se tratando do instituto da unificação das penas, ele está presente no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 111 da Lei de Execução Penal. (BRASIL, 1984). Esta norma afirma que: Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Sendo assim, caso haja sentença penal condenatória e o condenado já esteja cumprindo pena por outra, ambas serão unificadas, resultando assim em novo prazo de cumprimento de pena, alterando também a data-base para benefícios durante a execução.

A discussão pertinente a este trabalho diz respeito à unificação de penas provisórias e definitivas e os efeitos desta unificação. A pena provisória ainda não teve seu trânsito em julgado, isto é, após confirmação em segundo grau de jurisdição, foi logo executada, já entregando o apenado aos poderes do sistema carcerário brasileiro, enquanto a pena definitiva passa por todas as instâncias, percorre todos os tribunais e Cortes Superiores (em caso

de recursos especiais e/ou extraordinários) até obter seu trânsito em julgado e assim chegar à fase executória.

3.1 Jurisprudências

Devido ao fato de ser uma discussão bastante recente, o problema da unificação de penas provisórias e definitivas, o que temos para justificá-la são os precedentes jurisprudenciais que elucidam o entendimento dos tribunais brasileiros. É cediço dizer que, assim como declarado neste trabalho, sobreveio a possibilidade de execução provisória de pena em 2016, anteriormente este procedimento era considerado inconstitucional, devendo ser iniciado apenas após o trânsito em julgado.

3.1.1 Cortes Superiores: Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

Abordando o entendimento das Cortes Superiores do Direito Brasileiro, temos que, no julgamento do HC 144.680/MG, em junho de 2017 (data importante para se compreender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, já que, mister ressaltar, após o ano de 2016, os ministros autorizaram a execução provisória após sentença em segundo grau), o Ministro Luiz Fux, como relator de recurso substitutivo, citou precedentes de outros eméritos ministros e também se valeu de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao salientar que, conforme julga esta última corte, no decorrer de uma execução penal, sobrevindo condenação, a data-base para concessão de novos benefícios é modificada e esta passa a ser a data do trânsito em julgado da última condenação (BRASIL, 2017). Assim como no voto do relator está descrito:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO
PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO

EXTRAORDINÁRIO.
INADMISSIBILIDADE.
COMPETÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR
HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I,
"D" E "I". ROL TAXATIVO. DATA-
BASE PARA A CONCESSÃO DE
NOVOS BENEFÍCIOS. DATA DO
TRÂNSITO EM JULGADO DA
ÚLTIMA CONDENAÇÃO. ACÓRDÃO
EM CONFORMIDADE COM A
JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.
PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE
TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER
OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. -
Seguimento negado, com esteio no artigo
21, § 1º do RISTF. Prejudicado o exame
do pedido de medida liminar. - Ciência ao
Ministério Público Federal. Decisão:
Trata-se de habeas corpus impetrado
contra acórdão do Superior Tribunal de
Justiça cuja ementa possui o seguinte teor:
"AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO
DE PENAS. TERMO INICIAL PARA
NOVOS BENEFÍCIOS. TRÂNSITO EM
JULGADO DA ÚLTIMA
CONDENAÇÃO. Esta Corte já firmou
entendimento no sentido de que, na
hipótese de unificação de penas, o novo
termo a quo para obtenção de benefícios
carcerários passa a ser a data do trânsito
em julgado da última condenação.
Precedentes. Agravo regimental
desprovido." A impetrante alega, em
síntese, a existência de constrangimento
ilegal consubstanciado no momento da
fixação do termo inicial para obtenção de
benefícios prisionais pelo paciente,
aduzindo que "o artigo 111 da Lei nº
7.210/84 (LEP) deve ser interpretado em
benefício do condenado, razão pela qual o

novo marco para contagem dos benefícios deve necessariamente coincidir com o início da execução provisória da pena, sob pena de se impor grave constrangimento legal ao apenado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade. Como a norma penal não indica expressamente qual a data base para início da contagem do prazo, qualquer interpretação da lei deve ser em benefício do reeducando, visto que a principiologia constitucional afeta ao Processo Penal se orienta pelos vetores do favor rei”. Argumenta, ainda, que “[a]o se estabelecer a data do trânsito em julgado da nova condenação como marco para nova progressão de regime e não a data da última prisão proíbe-se a execução da pena antes do trânsito em julgado e desconsidera-se o tempo de pena cumprido em prisão preventiva para fins de progressão de regime”. Ao final, formula pedido nos seguintes termos, in verbis: “Ante ao exposto, demonstrados os fatos e fundamentos jurídicos deste Habeas Corpus, requer que: a) seja mantida a decisão do Juízo da Execução Penal, até que seja julgado o mérito deste writ; b) no mérito, a concessão meritória da Ordem de habeas corpus, a fim de cessar a ilegalidade do ato de utilização da data do trânsito em julgado da última condenação como novo marco para obtenção de benefícios.” É o relatório. DECIDO. Preliminarmente, verifica-se que a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar Habeas Corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição Federal, verbis: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I processar

e julgar, originariamente: (...) d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; ... i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância. In casu, o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte. A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgR, Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, Dje de 1º/10/99, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal: “PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL. - As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do

Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes. A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO. - A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes.” Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à

sua jurisdição. A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de habeas corpus substitutivo de recurso extraordinário contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados - Súmula Vinculante e Repercussão Geral - com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a correção de rumos, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio, no voto proferido no HC 110.055/MG, que capitaneou a mudança de entendimento na Primeira Turma, verbis: “Essa óptica há de ser observada, também, no que o acórdão impugnado foi formalizado pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso ordinário constitucional em habeas corpus. De duas, uma: ou há, no acórdão proferido, quadro a ensejar a interposição de recurso extraordinário, ou não há. Descabe a volta a estágio anterior, que é o do ajuizamento originário do habeas corpus. No mais, ante os parâmetros fáticos e legais, não existe campo para a concessão da ordem de ofício. Extingo o processo sem o

juízo de mérito” (HC 110.055/MG, Primeira Turma, DJe de 9/11/12). No mesmo sentido, firmou-se o entendimento da Primeira Turma desta Corte no sentido da inadmissibilidade da utilização do habeas corpus como substitutivo de recurso extraordinário, conforme se verifica nos seguintes precedentes: “Habeas corpus substitutivo de recurso extraordinário. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Writ extinto. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Ocorrência. Crimes de supressão de documento particular (CP, art. 305) e violência arbitrária (CP, art. 322). Prescrição retroativa intercorrente, pela pena concretamente aplicada, na pendência de recurso exclusivo da defesa. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva reconhecida (CP, art. 110, § 1º). Ordem concedida de ofício, com extensão dos efeitos da decisão a corréu em idêntica situação (CPP, art. 580). 1. Impetração manejada em substituição ao recurso extraordinário, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 16/10/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 110.055/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus em casos semelhantes. 2. Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado de habeas corpus como substitutivo, analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que se evidencia na espécie. 3. Habeas corpus extinto, por inadequação da via eleita. 4. A prescrição da pretensão punitiva ocorre antes do trânsito em

juízo de condenação para a defesa, regulando-se pela pena concretamente cominada aos crimes, nos termos do art. 110, § 1º, do Código Penal. 5. Tendo sido condenado o ora paciente a penas privativas de liberdade inferiores a dois (2) anos, o prazo de prescrição, pela pena imposta, após o trânsito em julgado, para a acusação é de quatro (4) anos (CP, art. 109, V). 6. Habeas corpus deferido para declarar-se ocorrente a prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado, e, em consequência, para decretar-se a extinção da punibilidade do ora paciente pelos delitos dos arts. 305 e 322 do Código Penal, com extensão da decisão a corréu em idêntica situação (CPP, art. 580). 7. Ordem concedida de ofício”. (HC 106.158/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 9/8/2013). “Habeas corpus substitutivo de recurso extraordinário. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Não ocorrência. Writ extinto, em face da inadequação da via eleita. 1. Impetração manejada em substituição ao recurso extraordinário, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária datada de 16/10/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 110.055/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus em casos como esse. 2. Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo, analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não se evidencia na espécie. 3. Habeas corpus extinto por

inadequação da via eleita.” (HC 113.805/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 15/4/2013). “HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. QUADRILHA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em habeas corpus remanesce a possibilidade de manejo do recurso extraordinário, previsto no art. 102, III, da Constituição Federal. Diante da dicção constitucional não cabe, em decorrência, a utilização de novo habeas corpus, em caráter substitutivo. 2. Havendo condenação criminal, encontram-se presentes os pressupostos da preventiva, a saber, prova da materialidade e indícios de autoria. Não se trata, apenas, de juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, mas, sim, de julgamento condenatório, precedido por amplo contraditório e no qual as provas foram objeto de avaliação imparcial, ou seja, um juízo efetuado, com base em cognição profunda e exaustiva, de que o condenado é culpado de um crime. Ainda que a sentença esteja sujeita à reavaliação crítica através de recursos, a situação difere da prisão preventiva decretada antes do julgamento. 3. Se as circunstâncias concretas do crime indicam o envolvimento do paciente em organização criminosa numerosa, bem estruturada, voltada à prática de crimes graves, tais como, tráfico de drogas, roubo de cargas, furtos de caixas eletrônicos, aquisição de armas, a periculosidade e risco de reiteração delitiva está justificada

a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, à luz do art. 312 do CPP. Precedentes. 4. Ordem denegada.” (HC 118.981/MT, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 19/11/2013). “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES DE ROUBO MAJORADO E DE CORRUPÇÃO DE MENORES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME PRISIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Contra acórdão exarado em recurso ordinário em habeas corpus remanesce a possibilidade de manejo do recurso extraordinário previsto no art. 102, III, da Constituição Federal. Diante da dicção constitucional, inadequada a utilização de novo habeas corpus, em caráter substitutivo. 2. Inviável a apreciação de questão não examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. 3. O decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas circunstâncias fáticas do caso concreto, evidenciando que a soltura ou a manutenção em liberdade do agente implicará risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal (CPP, art. 312). 4. A motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, que não lhe reconhece validade. Precedentes. 5. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão de ofício da

ordem, para revogar a prisão preventiva do paciente, sem prejuízo da imposição, pelo magistrado de primeiro grau, se assim o entender, das medidas cautelares ao feitiço legal.” (HC 130.916, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 20/06/2016). Demais disso, não há, na espécie, qualquer teratologia que autorize o conhecimento deste habeas corpus per saltum, porquanto não se vislumbra o alegado constrangimento ilegal da decisão do Superior Tribunal de Justiça, cuja fundamentação transcrevo abaixo, naquilo que interessa, verbis: “Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução - seja por crime anterior ou posterior - há interrupção da contagem do prazo para fins de concessão de benefícios prisionais e o cálculo deve ter por base o total das penas restantes, considerando-se como termo inicial para a contagem do período aquisitivo a data do trânsito em julgado da superveniente sentença condenatória.” Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se fixou no sentido de que “a superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios, ainda que o crime tenha sido cometido antes do início de cumprimento da pena. A data do trânsito em julgado da nova condenação é o termo inicial de contagem para concessão de benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas” (HC 101.023, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 26/03/10). Por oportuno, trago à colação: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO

PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA. UNIFICAÇÃO DE PENAS. TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA CONDENAÇÃO: TERMO INICIAL DOS PRAZOS PARA A OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual, em se tratando de unificação de penas, como na espécie vertente, altera-se a data-base para a concessão de benefícios, sendo considerado como termo inicial o trânsito em julgado de última condenação. Precedentes. 2. Recurso ao qual se nega provimento.” (RHC 133.934, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 23/05/2016) Trago, ainda, os seguintes precedentes: HC 143.920, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 23/05/2017, ARE 888.319, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 16/03/2017, HC 137.862, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 07/11/2016. Ex positis, NEGO SEGUIMENTO ao habeas corpus, com esteio no artigo 21, § 1º do RISTF. Prejudicado o exame do pedido liminar. Dê-se ciência ao Ministério Público Federal. Publique-se. Int.. Brasília, 6 de junho de 2017. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente (HC 144680, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 06/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 07/06/2017 PUBLIC 08/06/2017)

Percebe-se que, após longa discussão acerca da competência do STF para julgar o *habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário, o ministro traz

vários posicionamentos de outros juristas a fim de justificar seu voto. O ministro Ricardo Lewandowski elucidou que, sobrevindo nova condenação definitiva no decurso de uma execução, mesmo que esta condenação seja por crime anterior ao início do cumprimento, interrompe-se o prazo para concessão de benefícios (livramento condicional, progressão de regime e congêneres), tendo como nova data-base a data do trânsito em julgado desta sentença definitiva (BRASIL, 2017).

Fato este que se faz jus pensar na situação em que o apenado esteja em cumprimento provisório de pena, cuja sentença que o condenou fora confirmada em segundo grau de jurisdição há 02 (dois) meses. Passado tal tempo, eis que sobrevém nova condenação por crime diverso. Pela jurisprudência apresentada, neste caso, haveria a supressão de dois meses de cárcere, já que a data-base para concessão de benefícios não seria mais a data da primeira prisão, mas sim do trânsito em julgado desta sentença que sobreveio.

Ainda sobre este grave constrangimento, trago à análise outro julgado das Cortes Superiores, este que se originou em Minas Gerais. O Ministério Público irresignado com a decisão do juiz da Vara de Execuções da Comarca de Ribeirão das Neves interpôs agravo em execução. O questionamento do órgão ministerial se choca com a decisão do juiz de primeiro grau no ponto em que este considerou como marco inicial para a concessão de novos benefícios executórios a data da última prisão do encarcerado, entrando em desacordo com os precedentes oriundos do STJ e STF. Cabe ressaltar que o Tribunal de Justiça deste estado negou provimento ao recurso interposto pelo MP (MINAS GERAIS, 2017).

O Superior Tribunal de Justiça admitiu e proveu recurso especial proposto pela acusação, decisão esta que gerou inconformismo por parte da defesa que se

manifestou via agravo regimental. O colendo órgão assim se manifestou:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 111, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEP E 75, § 2º, DO CP. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA BENEFÍCIOS. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. A Corte a quo manifestou-se no sentido de que uma nova condenação em curso da execução de pena não faria com que o marco inicial para contagem do novo prazo aquisitivo do direito a eventuais benesses relativas à execução fosse o trânsito em julgado da última sentença condenatória. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, sobrevindo nova condenação no curso de uma execução penal, seja por fato anterior ou posterior, a unificação das penas acarreta interrupção dos prazos para concessão de benefícios, prazo este que terá como novo marco inicial a data do trânsito em julgado da nova condenação. Precedentes. 3. Agravo Regimental desprovido. (fl. 51 do documento eletrônico 2).

A decisão do Superior Tribunal de Justiça está em acordo com o precedente da mesma Corte apontado anteriormente e, alterou a data-base para concessão de benefícios executórios, assim como já discutido. A contestação por parte da defesa foi expressa por meio de *habeas corpus* cujo relator foi o ministro Ricardo

Lewandowski (2017). A íntegra do julgado se encontra desta forma:

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial 1.644.962/MG, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior. Consta dos autos que, ao proceder à unificação das penas impostas ao paciente, para incluir condenação advinda no curso da execução, o Juízo de Execuções Penais de Ribeirão das Neves/MG considerou como marco inicial para a concessão de novos benefícios executórios a data da última prisão do reeducando (fls. 3-6 do documento eletrônico 2). Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução no Tribunal de Justiça do Estado de Minas – TJMG, que negou provimento ao recurso (fls. 11-38 do documento eletrônico 2). Houve, ainda, oposição de embargos de declaração, porém rejeitados (fls. 40-44 do documento eletrônico 2). Alegando negativa de vigência ao art. 111, caput e parágrafo único, da Lei 7.210/1984 e ao art. 75, § 2º, do Código Penal, o órgão acusador interpôs recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, o qual, depois de admitido na origem (fl. 45 do documento eletrônico 2), foi provido por decisão monocrática do Ministro Relator (fls. 46-50 do documento eletrônico 2). Contra essa decisão, a defesa interpôs agravo regimental, que foi desprovido, em acórdão assim ementado: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 111, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEP E 75, § 2º, DO CP.

SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA BENEFÍCIOS. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. A Corte a quo manifestou-se no sentido de que uma nova condenação no curso da execução da pena não faria com que o marco inicial para a contagem do novo prazo aquisitivo do direito a eventuais benesses relativas à execução fosse o trânsito em julgado da última sentença condenatória. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, sobrevindo condenação no curso da execução penal, seja por fato anterior ou posterior, a unificação das penas acarreta a interrupção dos prazos para concessão de benefícios, prazo este que terá como novo marco inicial a data do trânsito em julgado da nova condenação. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido” (fl. 51 do documento eletrônico 2). É contra essa decisão que se insurge a impetrante neste habeas corpus. Sustenta, em síntese, que “[...] o artigo 111 da Lei nº 7.210/84 (LEP) deve ser interpretado em benefício do condenado, razão pela qual o novo marco para contagem dos benefícios deve necessariamente coincidir com o início da execução provisória da pena, sob pena de se impor grave constrangimento legal ao apenado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade. Como a norma penal não indica expressamente qual a data base para início da contagem do prazo, qualquer interpretação da lei deve ser em benefício do reeducando, visto que a principiologia constitucional afeta ao Processo Penal se orienta pelos vetores do favor rei. Assim, não se pode

admitir o desprezo pelo tempo de encarceramento provisório, quando da unificação da pena, sob pena de se acarretar lesão gravíssima ao direito de liberdade do reeducando. Dessa forma, considerar o marco inicial a data do trânsito em julgado da última sentença condenatória viola todo o sistema penal e processual de garantias [...]” (fl. 4 da petição inicial). Requer, ao final, liminarmente, a suspensão da “tramitação da ação original, até que seja julgado o mérito deste writ”. No mérito, pede a concessão da ordem, “a fim de cessar a ilegalidade do ato de utilização da data do trânsito em julgado da última condenação como novo marco para obtenção de benefícios [...]” (fl. 8 da petição inicial). É o breve relatório. Decido o pedido cautelar. A concessão de liminar em habeas corpus se dá de forma excepcional, nas hipóteses em que se demonstre, de modo inequívoco, dada a natureza do próprio pedido, a presença dos seus requisitos autorizadores. Em um primeiro exame, tenho por ausentes tais requisitos. Isso porque, da breve leitura do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, não vislumbro, de imediato, flagrante ilegalidade ou abuso de poder a justificar a concessão de liminar. Registro, a propósito, a decisão proferida no julgamento do HC 101.023/RS, de minha relatoria: A superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios, ainda que o crime tenha sido cometido antes do início de cumprimento da pena. A data do trânsito em julgado da nova condenação é o termo inicial de contagem para concessão de benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas

que restam a ser cumpridas. (HC 101.023/RS) Diante de tal quadro, e sem prejuízo de uma apreciação mais aprofundada por ocasião do julgamento de mérito, indefiro a liminar. Dispensar as informações da autoridade apontada como coatora. Ouça-se o Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 10 de maio de 2017. Ministro Ricardo Lewandowski Relator.
(HC 143318 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 10/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 11/05/2017 PUBLIC 12/05/2017)

Nota-se que a defesa insiste na interpretação *pro reo* do artigo 111 da Lei de Execução Penal, [...]quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição (BRASIL, 1984), dispositivo este que não aborda o marco inicial, ou seja, a data-base para concessão dos benefícios, deixando em aberto essa análise e, alega também o constrangimento legal ao apenado essa dispensa de tempo ao qual ele cumpriu provisoriamente. O ministro do Supremo Tribunal Federal corrobora os dizeres jurídicos do STJ e relata não vislumbrar nenhum constrangimento como apontado pela defesa. Reitera, então, a mudança da data-base para a data do trânsito em julgado da nova condenação.

Com estes dois julgados, nota-se o embate entre o poder estatal meramente punitivo e o réu. Como já apresentado os votos dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292 (BRASIL, 2016), a tendência das colendas Cortes Superiores é de autorizar a execução provisória. Mesmo que de forma

acirrada (os votos dos ministros naquela oportunidade foram bem divididos, vencendo a maioria pela execução antes do trânsito em julgado), o pensamento em desfavor do réu e, com justificativas que deixam de lado princípios como o da presunção da inocência, prevaleceu nas duas Cortes.

3.1.2 Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Acerca da unificação de penas, podemos notar que a linha de pensamento de uma das Câmaras do TJMG (Tribunal de Justiça de Minas Gerais), mais especificamente da 6ª Turma, é de que, após a unificação de penas já transitadas em julgado, a data base para a contagem de novos benefícios continua sendo aquela na qual o apenado fora encarcerado. Como nos mostra o desembargador Rubens Gabriel Soares (2013) no voto correspondente ao agravo em execução de número 1.0105.09.304929-1/001:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - UNIFICAÇÃO DE PENAS COM REGRESSÃO DE REGIME - DATA DA UNIFICAÇÃO DAS PENAS COMO MARCO TEMPORAL PARA CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. À míngua de previsão legal, o reinício da contagem para concessão de benefícios, após unificação de penas, deve levar em consideração o tempo remanescente de cumprimento da reprimenda, devendo a data-base, para a contagem do novo período aquisitivo do direito à progressão de regime prisional e para a concessão de outros benefícios, corresponder ao do efetivo encarceramento.

(TJMG - AGE: 10105093049271001 MG, Relator: Rubens Gabriel Soares, Data de

Julgamento: 09/01/2013, Câmaras Criminais Isoladas / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 18/01/2013)

Ocorre que, nesse mesmo Tribunal, temos que se a unificação abranger penas provisória e definitiva, o cálculo da data-base é diferente, deixando de ser o da primeira prisão e passando a ser definido pela data da publicação da sentença condenatória. Fato este que nos leva a entender que, o período em que o sentenciado cumpre pena privativa de liberdade sem haver ainda o trânsito em julgado não será levado em consideração para concessão de benefícios, suprimindo então direitos que este cidadão tem por resguardo. Este posicionamento foi tomado pelo Desembargador Eduardo Brum (2018), em sede de julgamento de Agravo em Execução, AGEPN 10290160046329002/MG:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - UNIFICAÇÃO DE PENAS - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - MARCO TEMPORAL PARA BENEFÍCIOS FUTUROS - DATA DA PUBLICAÇÃO DA ÚLTIMA SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A data-base para a concessão de benefícios, nos casos de unificação de penas, é o trânsito em julgado da última condenação (Precedentes do Órgão Especial deste TJMG, em incidente de uniformização de jurisprudência, e também dos Tribunais Superiores). 2. Contudo, em se tratando de unificação de penas em que a nova condenação ainda não transitou em julgado (execução provisória), deve o Juízo da Execução, por consequência

lógica, utilizar como marco - usualmente, também provisório - para a obtenção de futuros benefícios a data da publicação da sentença condenatória (e não a da última prisão, como constou da decisão combatida, mas, tampouco, a de sua prolação, como pretendido pelo Parquet). 3. Recurso provido em parte. (TJ-MG - AGEPN: 10290160046329002 MG, Relator: Eduardo Brum, Data de Julgamento: 18/04/2018, Data de Publicação: 25/04/2018).

Esta nova forma de analisar e fixar a data-base para concessão de benefícios como livramento condicional e progressão de regime, prejudica aquele que já está no cárcere sem mesmo ter ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim como fora abordado acima, é como se este período preso provisoriamente não fosse levado em consideração como na prisão definitiva. Em se tratando do livramento condicional, por exemplo, nos casos de penas privativas de liberdade iguais ou superiores a dois anos, tendo o encarcerado cumprido mais de um terço desta pena, ele faz jus ao benefício. Porém, a data para início desta contagem será apenas a data do trânsito em julgado da nova sentença condenatória, independente se o crime é anterior ou não ao cumprimento da pena.

4 O IMBRÓGLIO CAUSADO NA EXECUÇÃO PENAL APÓS O HC 126.292

Após a apreciação do *Habeas Corpus* número 126.292, o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da execução de pena se modificou. Essa mudança se baseia na possibilidade de execução provisória de pena, ou seja, antes mesmo do trânsito em julgado, bastando apenas a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição (BRASIL, 2016).

Esse novo precedente oriundo da Corte Suprema Brasileira desencadeou várias mudanças de posicionamentos dos tribunais inferiores, vide os julgados apresentados anteriormente. Porém, essa novidade gerou diversas dúvidas. Como ficará a data-base para concessão de benefícios em caso de unificação de penas provisória e definitiva? Como contabilizar o tempo de cárcere correspondente à execução provisória do apenado?

Este capítulo tratará desta situação, unificar penas de caráter diversos – provisória e definitiva, mas também abordará a respeito das penas restritivas de direito, conceituando esta modalidade de pena (além da pena privativa de liberdade) e como se portam em relação à execução provisória.

4.1 A dificuldade de unificar penas na execução definitiva e na provisória

Para dar início à discussão sobre a unificação de penas é necessário entender, primeiramente, qual o tipo de pena se tem para apuração. O juiz, com sua motivação própria, lavrou uma sentença e desta resta-se uma pena. No ordenamento jurídico brasileiro temos as penas restritivas de direitos e as penas privativas de liberdade, no qual as restritivas de direito funcionam como substitutas às penas privativas de liberdade.

As penas restritivas de direito são aquelas às quais suprimem algum direito do apenado. Usadas em caráter de substituição às penas privativas de liberdade, as PRDs são autônomas e podem ser decretadas na forma de prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana, de acordo com o artigo 43 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Já as penas privativas de liberdade são decretadas com o intuito de restringir a locomoção do réu. Essas

penas têm a função de retirar o sentenciado do meio social e coletivo e colocá-lo sob a fiscalização do Estado na forma de regimes, seja aberto, semiaberto ou fechado.

Abordando a questão das penas restritivas de direitos, temos que, de acordo com o entendimento da ministra do Superior Tribunal de Justiça, Laurita Vaz (2018), a este tipo de pena não cabe a execução provisória. Isso se deve ao fato de que o artigo 147 da LEP é objetivo e exige o trânsito em julgado para logo executar o que foi sentenciado pelo magistrado (BRASIL, 1984).

Tal posicionamento ficou demonstrado pela forma com que a presidente decidiu o HC 431.242 (BRASIL, 2018), que versava sobre a não execução provisória de pena restritiva de direitos de um homem acusado de corrupção ativa (condenado em três anos, um mês e dez dias de prisão, convertidos em prestação de serviços à comunidade). Neste caso, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região havia determinado a expedição de carta de sentença após encerrada a instrução ordinária, culminando com a execução da pena.

Outra fonte capaz de sustentar este entendimento da ministra Laurita Vaz (2018) é o artigo 147 da Lei de Execuções Penais que realça a impossibilidade de execução provisória em se tratando de penas restritivas de direito, a saber [...]transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares (BRASIL, 1984).

Sendo assim, de acordo com o precedente aberto pela presidente do STJ, conclui-se que nos casos em que a pena fora convertida em pena restritiva de direitos, não há em que se falar de execução provisória.

Em se tratando de penas privativas de liberdade, nota-se após a exposição dos julgados apresentados neste

trabalho (*Habeas Corpus* números 84.078, 91.232, 126.292, 144.680, 143.318, 431.242, Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, Agravos em Execução números 10105093049271001 e 10290160046329002, ambos de Minas Gerais) que há uma insegurança jurídica em relação à unificação das penas no decorrer de uma execução penal. Tal insegurança se deve ao fato de o artigo 111 da Lei de Execuções Penais não afirmar com exatidão como deve se comportar o juízo em respeito à data-base para concessão de benesses carcerárias.

Temos que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça se posicionam de forma prejudicial ao encarcerado, isto é, entendem que a data-base para ser, após a unificação, a data do trânsito em julgado da última condenação.

Entretanto, tal posicionamento gera um questionamento a respeito da pena provisória, esta então será dispensada deste entendimento? Por que não levar em consideração a data da primeira prisão do réu a fim de concedê-lo benefícios carcerários de uma forma mais justa e rápida?

5 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA

5.1 Execução Unificada

Como uma das possíveis soluções para o imbróglio aqui ressaltado, a unificação das penas no curso de uma execução, o Conselho Nacional de Justiça desenvolveu juntamente com o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU).

Na apresentação deste novo método de organização entre o Poder Judiciário, aquele que sentencia os réus e os coloca à porta do sistema carcerário e, o Poder Execução, encarregado de colocar em prática a sentença que fora lavrada, o juiz Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi destrinchou e contextualizou toda a atuação do então

presidente do CNJ, Ricardo Lewandowski (atual ministro do Supremo Tribunal Federal) e o TJ paranaense:

Estou aqui, e já agora, apresentando-lhes o plano de ação que o Ministro Ricardo Lewandowski concebeu para agir, desde o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, fincado em um tripé: audiências de custódia, cidadania nos presídios e sistema eletrônico de execução penal unificado. A este tripé se somam o PAISÁ, que é o programa dedicado a investir na melhoria das condições de saúde e salubridade dos ambientes prisionais (já próximo de lançamento), além das iniciativas de capacitação e treinamento de juízes e servidores, através de clínicas, workshops e publicação de instrumentos normativos em condições de habilitar pronunciamentos judiciais mais conectados com uma realidade de século XXI (2016).

Para Lanfredi (2016), a questão da desorganização do sistema carcerário brasileiro está enraizada desde o sucateamento por parte do Judiciário até o descaso para com os próprios servidores deste segmento:

Varas de Execução Penal, nesse plano, foram criadas para serem estruturas de “controle” formal de um processo asséptico e burocrático, em que pouco se investia na pessoa humana. Via de regra, passaram a ser lugares para onde eram contingenciados os recursos que “sobram”, as “migalhas” não aproveitadas na mesa das unidades judiciais mais sofisticadas. ‘Para lá sigam os funcionários menos

preparados, e se sobram. Quanto aos juízes, os que sejam mais problemáticos, isolem-nos ali. Estrutura para essas Varas, céus, quanta coisa: veja se há cadeiras e mesas sobrando. Podem ser quebradas. Papel eles que peçam para o executivo’. Já me deparei, infelizmente, com discursos dessa natureza. (LANFREDI, 2016).

Esse descaso para com a execução de penas fez com que as Varas de Execução e penitenciárias de todo o país entrassem em colapso. À época do discurso de apresentação do SEEU, ano de 2016, o Brasil figurava entre as quatro nações mais encarceradoras do mundo, com uma população de 620.000 (seiscentos e vinte mil) detentos distribuídos em 350.000 (trezentos e cinquenta mil) vagas. No ano de 2017, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), a população carcerária do país estava na casa dos 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) pessoas, apresentando-se como a terceira maior população carcerária do mundo.

Para combater tais estatísticas, a instauração deste método eletrônico tem como principal objetivo organizar, de vez, a tramitação de processos de execução penal, os cálculos de penas e os prazos processuais desta seara. Desde já, cabe-se ressaltar que não é obrigatória a aceitação por parte dos Tribunais estaduais, porém, aquele que não aceitar incluir tal mecanismo em seu território, terá de criar um canal e meio de interoperabilidade, via padrão MNI, no prazo que fora estipulado pelo CNJ. A lista de requisitos e premissas para tal procedimento foi divulgada no discurso de Lanfredi, eis que traçam os objetivos por meio de 10 (dez) itens (Luis Geraldo Sant’Ana Lanfredi em sua apresentação na Reunião preparatória do 10º Encontro do Poder Judiciário, 2016):

1. Garantia do fiel cumprimento das atribuições previstas no art. 66 da Lei de Execução Penal, que estabelece a competência do Juiz da Execução Penal;
2. Adequado processamento das informações que interferem na dinâmica dos processos;
3. Gestão confiável e compilação automática dos dados dos milhares de procedimentos de execução em curso, conferindo ao magistrado, importantes ferramentas e facilidades para que as decisões possam ser prolatadas no tempo adequado e à raiz de uma melhor base de dados;
4. Produção de relatórios estatísticos, de modo a permitir um melhor conhecimento do jurisdicionado e das infrações por ele cometidas;
5. Consideração das informações mais relevantes e significativas, em condições de habilitar o poder judiciário a enfrentar outras metas e, talvez, pela primeira vez, elaborar políticas públicas efetivas a partir do (auto)controle de sua própria atividade;
6. Monitoramento mais próximo da realidade da execução penal do país, permitindo-se a Tribunais e ao próprio CNJ agir preventivamente, a partir do controle estrito daqueles apenados contempláveis por algum direito ou posição jurídica favorável, antes mesmo que se caracterizem situações de excesso ou desvio na execução;
7. Agilidade na tramitação e confecção de guias de recolhimento e alvarás de soltura, com a atualização automática de cálculo de pena (em cumprimento);
8. Observação rigorosa do excesso de prazo nas prisões provisórias, através de alertas disparados para os respectivos

- juízos;
9. Integração com o Ministério Público, Defensorias Públicas, Advogados, Diretorias de Estabelecimentos prisionais e demais estruturas que interferem na execução, possibilitando o peticionamento eletrônico e o imediato processamento dos pedidos, viabilizando o pronto desencadeamento de expedientes e informações, e
 10. Criação de espaços para uma maior interação entre juízes e condenados, através de salas virtuais e terminais de consulta processual. (LANFREDI, 2016).

Ademais, é cediço dizer que os benefícios que poderão ser alcançados com a instauração do sistema eletrônico são aqueles que faltam às nossas Varas de Execução, cabe lembrar: celeridade e organização. Tal solução ainda se encontra em fase de implantação nas comarcas, com isso os resultados ainda não são perceptíveis. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já se posicionou a respeito do SEEU, antevendo uma das metas deste novo mecanismo sendo esta a redução da taxa de congestionamento judicial, promovendo uma maior eficiência do serviço judiciário e apreciação tempestiva dos benefícios prisionais, tais como progressões de regime, livramento condicional, comutações e indultos. Em Belo Horizonte, a implantação do SEEU se deu em 19 de dezembro de 2017, em solenidade realizada no Fórum Lafayette. A fiscalização do funcionamento do novo aparato estará a cargo da Vara de Execuções Penais (VEP) e irá beneficiar mais de 10 (dez) mil detentos na capital, desempenhando funções como alerta ao magistrado a respeito da possibilidade de conceder benefícios, analisando caso a caso.

Por fim, o que cabe a nós, operadores do Direito, é aguardar os resultados da implantação do SEEU, já que esta tentativa é ainda embrionária. A meu ver, será de suma importância para o andamento da execução das penas, beneficiando não só aquele que as cumpre, mas também aos demais, vide ser menos um a ocupar espaço num espaço tão reduzido que é o de uma cela no nosso sistema prisional. Além disso, caso tudo venha a ocorrer como o Conselho Nacional de Justiça deseja, as Varas de Execuções serão modernizadas e capazes de acompanhar o andamento natural de processos, vide o atraso institucional desta seara no judiciário brasileiro.

6 CONCLUSÃO

Com a elaboração deste trabalho foi possível analisar mais de perto um assunto bastante pertinente atualmente. A mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal autorizando a execução provisória de penas acarretou diversas mudanças na execução dessas penas. Tribunais estaduais ainda não absorveram totalmente este posicionamento jurídico novo, vide acórdãos divergentes da posição da Corte Superior. Ficou claro também que, os operadores máximos do Direito Brasileiro querem dar resposta à população, a observar as palavras da ministra Cármen Lúcia na análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em 2016. Essa resposta só será positiva e de fato efetiva quando analisada em um lapso temporal maior que dois anos, a julgar a mudança de posicionamento em 2016 e ano de 2018.

Para organizar a execução das penas, sejam elas provisórias ou definitivas, a hipótese da Execução Unificada (com o auxílio da tecnologia), pode ser sim um bom caminho a seguir. Essa inovação veio com o intuito de agilizar os cálculos de penas unificadas, beneficiando

aqueles que estão encarcerados e até para desafogar o sistema prisional brasileiro que se encontra abarrotado. Com esse método tecnológico, a sociedade será capaz de ter respostas mais céleres que as atuais, porém é preciso aguardar a implementação do sistema em todos os estados a fim de tornar uma à execução penal no Brasil.

Portanto, o assunto aqui trabalhos – unificação de penas em uma execução penal – é de suma importância para toda a sociedade e tem como principais atingidos aqueles que estão encarcerados (e, evidentemente, suas famílias). Assim como dito anteriormente, é cediço realçar a necessidade de avaliação durante os próximos anos para poder julgar esta inovação chamada SEEU, pois somente desta maneira saberemos se houveram resultados positivos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execuções Penais**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul. 1984.

BRASIL. Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. **Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 04 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 91232/MG. Relator: Ministro Eros Grau. **Diário de**

Justiça Eletrônico, Brasília, 06 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089468&base=baseAcordaos> > Acesso em: 25 ago. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus HC 144680/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Minas Gerais, 06 jun. 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/467518448/habeas-corpus-hc-144680-mg-minas-gerais-0005778-6620171000000?ref=serp>> Acesso em: 25 ago. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.592.398/MG. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 maio. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60628509&num_registro=201600948463&data=20160617&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 26 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 1.644.962/MG. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 ago. 2017. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lgNG_PlceYsJ:stf.jus.br/> Acesso em: 26 ago. 2018

CERA, Denise Cristina Mantovi. **Qual o conceito, as espécies e as características das penas restritivas de direito?** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2192488/qual-o-conceito-as-especies-e-as-caracteristicas-das-penas-restritivas-de-direitos-denise-cristina-mantovi-cera> > Acesso em: 26 ago. 2018

COM. Meu Site Jurídico. **STF: Pendência de recurso especial pode obstar a execução provisória da pena.** Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/10/27/stf-pendencia-de-recurso-especial-pode-obstar-execucao-provisoria-da-pena>> Acesso em: 01 set. 2018

DIREITO, Dizer. **Execução provisória da pena privativa de liberdade X execução provisória da pena restritiva de direitos.** Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/11/execucao-provisoria-da-pena-privativa.html>> Acesso em: 01 set. 2018

FONTENELLE, André. **A Pena Privativa de Liberdade.** Disponível em: <<http://www.andrefontenelle.com.br/pena-privativa-de-liberdade/#Conceito> > Acesso em: 01 set. 2018

JUSBRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução de pena após condenação em segunda instância.** Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/392095806/stf-admite-execucao-da-pena-apos-condenacao-em-segunda-instancia> > Acesso em: 02 set. 2018

LACERDA, Fernando Hideo. **Infopen 2017: o Processo Penal de Execução em números.** Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/12/08/infopen-2017-o-processo-penal-de-excecao-em-numeros/> > Acesso em: 02 set. 2018

JURÍDICO, Consultor. **Limite da Jurisprudência: Pena restritiva de direitos não pode ter execução antecipada, diz STJ.** Disponível em: <

<https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/pena-restritiva-direitos-nao-execucao-antecipada> > Acesso em: 02 set. 2018

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **BH implanta sistema informatizado de execução de pena.** Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/bh-implanta-sistema-informatizado-de-execucao-de-pena.htm#.Wuug3qQvzIV> > Acesso em: 02 set. 2018

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Processo – AGEPN 10105093049291001.** Relator: Rubens Gabriel Soares. 09 jan. 2013. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114574098/a-gravo-em-execucao-penal-agepn-10105093049291001-mg?ref=serp> > Acesso em: 02 set. 2018

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Processo – AGEPN 10290160046329002.** Relator: Eduardo Brum. 18 abr. 2018. Disponível em: < <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/570864236/agravo-em-execucao-penal-agepn-10290160046329002-mg?ref=serp> > Acesso em: 08 set. 2018

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Sistema Eletrônico de Execução Unificado - SEEU.** Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/processos/execucao-penal/sistema-eletronico-de-execucao-penal.htm#.Wuuec6QvzIW> > Acesso em: 08 set. 2018

MORAES, Leonardo de. **Execução Penal.** Disponível em: <<http://leonardodemoraesadv.com/files/materias/MjEwNDIz.pdf> >. Acesso em: 08 set. 2018

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do. **Apresentação – Reunião preparatória do 10º Encontro**

do Poder Judiciário. Disponível em: < <https://www.tjpr.jus.br/documents/188253/6059882/Discurso+Lanfredi.pdf/be1fde04-80a0-4b60-9944-e2be01f0f514> > Acesso em: 08 set. 2018

OS ASPECTOS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DA LEI 11.340/06

Clara Taís de Araújo Gomes²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar um estudo sobre a Lei Maria da Penha e o papel das medidas protetivas de urgência no âmbito da referida lei. A lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), assim intitulada em homenagem à luta de uma mulher que sofreu ao longo de diversos anos agressões por parte do seu marido, a qual se chamava Maria da Penha Maia Fernandes. O estudo tende a abordar através de posicionamentos doutrinários acerca da aplicação das medidas protetivas de urgência de acordo com a lei e até que ponto tais medidas são aptas a coibir o ofensor, de que maneira elas são a eles impostas e se existe algum mecanismo de fiscalização e criminalização para saber se estão sendo cumpridas.

Palavras-chave: Eficácia. Aplicação. Lei 11.340/06. Medidas Protetivas. Violência Doméstica.

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica é um tema atual que tem gerado diversas discussões por todo o mundo. Essa violência abrange milhares de mulheres, crianças, adolescentes e idosos decorrentes das desigualdades nas relações de poder entre homens e mulheres, como a discriminação de gênero, presente tanto na sociedade como na família. (SOUZA, 2009)

A violência contra a mulher é qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano, sofrimento físico, sexual, psicológico, material ou moral à mulher. Essa violência que acontece todos os dias e que tem resultados traumáticos também para os filhos, não escolhe idade ou condição social. Os traumas causados pela violência doméstica ocasionam problemas físicos e mentais, assim vem causando problemas na saúde pública do país. (SOUZA, 2009)

Os atos violentos praticados contra a mulher no ambiente familiar podem se dar de diversas maneiras, e não escolhe autor, nem tampouco vítima, acontece contra qualquer uma por qualquer indivíduo que se preste a desrespeitar o âmbito familiar. Sem adentrar nas questões éticas e morais que abrange essas atitudes, pode-se dizer que na atualidade as pessoas perderam a noção do que vem a ser proibido e o que é permitido. (ELUF, 2014)

O problema da violência doméstica é universal, no Brasil, a preocupação com essas atitudes violentas, foi causando força à medida que seus efeitos foram tomando proporções mais alarmantes. (SOUZA, 2009)

A história da mulher desde o início dos tempos, deixou entender que a mulher no meio familiar nasceu para obedecer ao pai e servir ao marido, não podendo trabalhar para garantir seu sustento. Assim ficou submissa, ficando o marido encarregado de trabalhar e trazer o sustento para a mulher e os filhos, exercendo um poder sobre toda família. (ELUF, 2014)

Muito embora a sociedade tenha evoluído bastante e passado por diversas alterações, principalmente legislativas, essas não foram suficientes para coibir atitudes violentas praticadas dentro do âmbito familiar e assim, foi necessário a criação da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), mais especificamente em 07 de agosto de 2006, na qual, o Estado busca coibir os casos de violência

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

doméstica, tornando as punições mais severas para os agressores. (ELUF, 2014).

No entanto, a referida lei não está sendo suficiente para inibir tais atos e a violência contra a mulher vem alcançando números inimagináveis no mundo inteiro. Desse modo, vislumbra-se que a lei não está alcançando seu objetivo desejado, não se demonstrando hábil a coibir os agressores. (ELUF, 2014)

A presente monografia será composta de dois capítulos sendo que no primeiro capítulo será analisado o contexto histórico, o conceito de violência contra a mulher e apontar os principais objetivos da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006).

O segundo capítulo discorrerá sobre a aplicação das medidas protetivas, bem como da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), analisando sua efetividade, a postura da vítima frente à aplicação de tais medidas, e ainda buscará demonstrar quais as agressões feitas pelo agressor, quem pratica violência e quais as vítimas, abordando seus aspectos sociais e sua relevância para o combate à violência doméstica.

Entretanto, esse trabalho pretende abordar a finalidade da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), avaliando a violência doméstica e familiar, interligando com os novos conceitos e avanços trazidos pela lei.

2 DA LEI 11.340/06

2.1 Contexto histórico

A Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), popularmente assim conhecida, devido à incansável luta de uma mulher que sofreu por muitos anos agressões do seu ex-marido, recebendo este nome em homenagem a essa mulher forte e corajosa que lutou para que a justiça fosse feita.

A Lei Maria da Penha - como ficou conhecida a Lei nº 11.340/2006 - recebeu este nome em homenagem à cearense Maria da Penha Maia Fernandes. Foi a história desta Maria que mudou as leis de proteção às mulheres em todo o país. A biofarmacêutica foi agredida pelo marido durante seis anos. Em 1983, ele tentou assassiná-la duas vezes: na primeira, com um tiro, quando ela ficou paraplégica; e na segunda, por eletrocussão e afogamento. Somente depois de ficar presa à cadeira de rodas, ela foi lutar por seus direitos. Então lutou por 19 anos e meio até que o país tivesse uma lei que protegesse as mulheres contra as agressões domésticas. Em 7 de agosto de 2006, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei Maria da Penha, criada com o objetivo de punir com mais rigor os agressores contra a mulher no âmbito doméstico e familiar (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2011, p.21).

Diante da impunidade que viveu por anos, Maria da Penha resolveu procurar outras atitudes e só desistir quando a justiça fosse feita. Contudo, diante da morosidade da justiça, se passaram quinze anos de luta para que então a lei fosse aprovada no Brasil, depois de todo trâmite legal, fazendo dela, reconhecida, sancionada e publicada. (MATIELLO; TIBOLA, 2013).

Maria da Penha em busca de justiça e indignada com o descaso e morosidade da justiça brasileira procurou a Organização dos Estados Americanos (OEA) e explanou a sua história, rogando providências. Em 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, publicou o Relatório nº 54,

estabelecendo recomendações a serem adotadas pelo Estado brasileiro no caso de Maria da Penha Maia (BASTOS apud MATIELLO; TIBOLA, 2013, p. 51).

A situação vivenciada pela cearense Maria da Penha foi conhecida mundialmente, garantindo a ela o reconhecimento pela Convenção de Direitos Humanos, priorizando a proteção a mulher, ou seja, criada para o gênero feminino e não podendo ser aplicada em benefício dos homens. (MATIELLO; TIBOLA, 2013).

O principal impulso para a criação desta Lei, foi as diversas agressões sofridas por Maria da Penha durante muito tempo vivendo ao lado de seu ex-marido, causando nela marcas por toda a vida e não só marcas de crueldade física, mas também marcas que jamais deixando de acompanhar suas lembranças. (MATIELLO; TIBOLA, 2013).

Como um dos resultados da luta dessa mulher, Maria da Penha conseguiu a convenção de eliminação de discriminação contra a mulher e a convenção de Belém do Pará, sendo estas formas efetivas de proteção a mulher contra atos de violência praticados por seus companheiros. (MATIELLO; TIBOLA, 2013).

Assim, em 07 de agosto de 2006, nasceu a Lei 11.340 (BRASIL, 2006), sendo popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. Depois de todo trâmite processual legal, a lei foi decretada pelo Congresso nacional e sancionada pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e vindo a entrar em vigor a partir do dia 22 de setembro de 2006. Sua publicação proporcionou sua aplicação imediata, já que diversos agressores estavam em prática. (MATIELLO; TIBOLA, 2013).

2.2 Definição de violência doméstica

Antes de aprofundar na interpretação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), se faz necessário a compreensão do que vem a ser violência doméstica, bem como de como é tratada e abordada pela lei. (NEVICON, 2011).

Violência doméstica é aquela praticada no seio do convívio familiar, não se resumindo apenas a agressão física, mas também, a agressão psicológica, moral ou patrimonial em face da mulher. (ELUF, 2014).

A definição violência doméstica e familiar contra a mulher pode ser extraída do texto legal, sendo que ela pode ocorrer no próprio lar da família ocasionando danos irreparáveis, pois além de causarem lesões físicas, podem afetar o psicológico da vítima de maneira incalculável, conforme se tem de forma expressa no Título II da aludida Lei:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo

independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006, *online*).

Dessume-se do texto legal que para a configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher deve haver ou ter havido apenas relação íntima de afeto entre o ofensor e a ofendida, não se fazendo necessário que ambos mantenham relações sexuais. (ELUF, 2014).

A este respeito, a Lei especifica quais as formas de violência que autorizam o deferimento das medidas protetivas em favor da vítima. Veja-se:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a

force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006, *online*).

A definição de violência doméstica abarca qualquer tipo de transtorno moral ou psicológico contra a mulher, além do patrimonial e familiar. Observa-se que a maioria das pessoas só conhece como violência a agressão física sofrida, não sabendo que a lei é ampla em relação a outros danos. (JESUS, 2015).

(...) o advento da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, que entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006, constituiu avanço inovador do Brasil em sede de direitos humanos, mostrando-nos, em agosto de 2006, como o 18º país da América Latina a aperfeiçoar sua legislação sobre a proteção da mulher. Estatuto eivado de impressionantes inconstitucionalidades, contradições e confusões, péssima técnica e imperfeições de redação, a nova lei será objeto de inúmeras críticas e aplausos, submetendo mais uma vez o estudioso do Direito brasileiro a intenso esforço de interpretação. Foi, entretanto, um avanço

em nossa legislação, devendo ser aperfeiçoado. (JESUS, 2015, p. 125)

Na tentativa de proteger a mulher existem as medidas protetivas de urgência com o fim de coibir as atitudes agressoras do companheiro, são aplicadas de maneiras mais eficazes, pois do contrário teria que se recorrer a legislação comum e esta é bastante deficitária, vez que não impede as atitudes de maneira eficiente, pois demonstra a fragilidade do ordenamento jurídico, vez que não há fiscalização a altura da ocorrência reiterada dessas ações. (ELUF, 2014).

2.3 Propósitos da Lei 11.340/2006

Em que pese estarem expressamente indicadas em lei, os mecanismos de proteção e as formas de coibir o agressor, na prática, nem sempre são plenamente capazes de repeli-lo. A respeito de referidos instrumentos, a Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), traz em suas disposições iniciais:

Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006, *online*)

Na verdade, o que acontecia antes da vigência da lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), é que as agressões sofridas pela mulher no âmbito familiar eram processadas e julgadas nos Juizados Especiais Criminais de acordo com a lei 9.099/95 (BRASIL, 1995) por serem considerados crimes de menor potencial ofensivo. (NEVICON, 2011).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou dois atos normativos a respeito da Lei 11.340 (BRASIL, 2006). No ano de 2007, seis meses após a entrada em vigor da lei, durante a presidência da Ministra Ellen Gracie, foi editada a Recomendação nº. 09/2007, que dispõe:

1. Criação e estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, nas capitais e no interior, com a implementação de equipes multidisciplinares (art. 14 da Lei 11.340, de 09.08.2006);
2. Divulgação da Lei 11.340, de 09.08.2006, e das providências administrativas necessárias à mudança de competência e à garantia do direito de preferência do julgamento das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher;
3. Constituição de Grupo Interinstitucional de Trabalhos para tratar de medidas integradas de prevenção, de responsabilidade do Judiciário, relacionadas no artigo 8º da Lei 11.340, de 09.08.2006, tendentes à implantação das políticas públicas que visam a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares (artigos 3º, parágrafo 1º, e 8º da Lei 11.340, de 09.08.2006);
4. Inclusão, nas bases de dados oficiais, das estatísticas sobre violência doméstica

e familiar contra a mulher (art. 38 da Lei 11.340, de 09.08.2006);

5. Promoção de cursos de capacitação multidisciplinar em direitos humanos/violência de gênero e de divulgação da Lei 11.340, de 09.08.2006, voltados aos operadores de direito, preferencialmente magistrados;

6. Integração do Poder Judiciário aos demais serviços da rede de atendimento à mulher. (BRASIL, 2007, *online*).

O segundo ato administrado editado pelo CNJ foi a Resolução CNJ n. 128 que, em 2001, determinou aos tribunais dos estados a criação das Coordenadorias Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, dentro de suas estruturas administrativas, para funcionar como órgãos permanentes de assessoria da presidência dos tribunais. Tais coordenadorias têm como atribuição:

I – elaborar sugestões para o aprimoramento da estrutura do Judiciário na área do combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres;

II – dar suporte aos magistrados, aos servidores e às equipes multiprofissionais visando à melhoria da prestação jurisdicional;

III – promover a articulação interna e externa do Poder Judiciário com outros órgãos governamentais e não-governamentais;

IV – colaborar para a formação inicial, continuada e especializada de magistrados e servidores na área do combate/prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres;

V – recepcionar, no âmbito de cada Estado, dados, sugestões e reclamações

referentes aos serviços de atendimento à mulher em situação de violência, promovendo os encaminhamentos e divulgações pertinentes;

VI – fornecer os dados referentes aos procedimentos que envolvam a Lei nº 11.340/2006 ao Conselho Nacional de Justiça de acordo com a parametrização das informações com as Tabelas Unificadas do Poder Judiciário, promovendo as mudanças e adaptações necessárias junto aos sistemas de controle e informação processuais existentes;

VII – atuar sob as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça em sua coordenação de políticas públicas a respeito da violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, 2007, *online*).

A Lei nº 11.340/06 (BRASIL, 2006) dispõe em seu art. 14, que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher são órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, para processar, julgar e executar as decisões decorrentes das ações que apuram a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Depara-se com um juízo especializado cuja competência é determinada em fundação da matéria.

A Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) não especifica quais as causas que se enquadram na competência cível do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, salvo quanto aos provimentos jurisdicionais urgentes listados nos artigos 22 e 24. Todavia, pela literalidade do artigo 14, aparentemente se compreenderiam na competência do juízo especializado toda e qualquer causa que tivesse como causa de pedir, fato que configura violência doméstica ou familiar contra a mulher. (SOUZA, 2009).

A Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995) como mencionada alhures supria a lacuna de falta de legislação específica

para apurar as agressões contra a mulher, contudo, após a vigência da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) a Lei dos Juizados Especiais não se aplica aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. Entende-se que os Juizados Especiais Criminais (BRASIL, 1995) e a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) tem objetivos diferentes. Enquanto a Lei tem função preponderantemente criminalizadora, para desestimular a violência doméstica, os Juizados têm essência despenalizadora. (SOUZA, 2009).

Define o artigo 41 da referida Lei: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995” (BRASIL, 1995, *online*).

Alega-se que uma Lei Federal não poderia invadir a esfera de competência dos tribunais de justiça estaduais, atribuindo competência cível e criminal a uma vara criminal, de acordo com o artigo 96 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), *in verbis*:

Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

O artigo 33 da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), ao determinar que enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cíveis e criminais, apreciou matéria exclusiva dos tribunais rompendo com as regras que garantem independência dos poderes, razão pela

qual se supõe que o artigo 33 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006, *online*) contenha vícios de inconstitucionalidade.

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

No entanto, há de se depreender que a cumulatividade da competência das varas que processam ações conforme as diretrizes da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) não é desejável visto que:

A abordagem das causas e o tratamento dispensado às partes requer trabalho bastante específico e diferenciado, o que uma vara com outras competências não consegue atender, pois desde o magistrado, o servidor da Secretaria, até aquele que integra as equipes técnicas multidisciplinares, todos devem estar sensibilizados e capacitados para entender o fenômeno da violência doméstica e familiar, não apenas para a resolução dos casos concretos, mas também para compreender que a violência familiar é grande, se não o maior, gerador da espiral de violência social (Luciane Borboletto, Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná e assessora da Comissão

Uma vez excluída a incidência dos juizados especiais cíveis e criminais para os crimes de violência doméstica e familiar, por conta do que preconiza o artigo 41 da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 33, pois desta forma a definição de incompetência foge a esfera de organização privativa do Poder Judiciário. (SOUZA, 2009).

Um dos benefícios trazidos pela Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) foi a Criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, conforme prevê o artigo 14:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

No que diz respeito à determinação de competência, o legislador adotou um critério que privilegia a vítima, pois deixa claro em seu artigo 15 que a indicação do critério a ser observado se dará por opção da ofendida.

Art. 15. É competente, por opção da ofendida, para os processos cíveis regidos por esta Lei, o Juizado:

- I - do seu domicílio ou de sua residência;
- II - do lugar do fato em que se baseou a demanda;

Esta prerrogativa em favor da vítima, que visa à facilidade para quem tem possíveis dificuldades de locomoção não seja obstáculo à implementação, dos objetivos da Lei.

Para uma maior efetividade da aplicação da Lei, o ideal seria se em todas as comarcas fossem instalados os Juizados de Violência Doméstica e que toda a sua composição estivesse preparada para atender a demanda. A Lei prevê que os Juizados poderão contar com uma equipe multidisciplinar com profissionais da área psicossocial, jurídica e de saúde, que desenvolverão trabalhos de orientação, encaminhamento e prevenção voltados para a vítima, agressor e seus familiares, conforme artigos 29, 30 e 31:

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Art. 31. Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a

manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar. (BRASIL, 2006, *online*).

A Lei não cria e nem tampouco define prazo para a criação dos mencionados juizados, devido drástica realidade brasileira, não tem condições de se instalar e promover o imediato funcionamento dos juizados. Entretanto, a Lei menciona que enquanto não forem estruturados os Juizados de Violência Doméstica, caberá as Varas Criminais conhecer e julgar -as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. (SOUZA, 2009).

A Lei 11.340/06 (BRAISL, 2006) apresenta-se como um marco importante na história do combate à violência doméstica e familiar no Brasil. Por ser um resultado de um longo processo de discussão pode-se observar que antes da Lei Maria da Penha, não existe lei específica sobre a violência doméstica, as relações entre pessoas do mesmo sexo não eram tratadas, nos casos de violência, aplica-se a lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, onde se julgam crimes de menor potencial ofensivo, onde a pena não ultrapassa dois anos, esses juizados só tratavam do crime. Para a mulher resolver o resto do caso, as questões cíveis tinham que ser discutidas em outro processo na vara da família. (CARVALHO, 2013).

Após a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), a violência doméstica e familiar contra a mulher passou a ser tipificada e passou a ter definição legal, foi estabelecida as suas formas, quais sejam física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. (CARVALHO, 2013).

Outrossim, quanto a autoridade policial houve algumas alterações trazidas no próprio texto da lei, vez que existe um capítulo específico quanto ao atendimento realizado pela referida autoridade, permite ainda que a

autoridade prenda o agressor em flagrante sempre que houver qualquer das formas de violência doméstica contra a mulher em iminência devendo registrar o devido boletim de ocorrência e instaurar inquérito policial, remetendo ao Ministério Pública e pode ao juiz requerer em 48 horas que sejam concedidas as medidas protetivas de urgência para a vítima. (CARVALHO, 2013).

§ 3º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual. (BRASIL, 2006, *online*)

Após a entrada em vigor da supramencionada lei foi determinado um novo procedimento, no qual a autoridade policial passa a ter o dever de investigar os fatos para que o judiciário tome as providências de proteção à mulher, instaurando inquérito policial, bem como cumprindo as diligências necessárias para melhor apuração dos fatos. (CARVALHO, 2013).

Ao Ministério Público caberá o dever de apresentar denúncia, tendo em vista que os crimes de lesão corporal deixaram de proceder mediante representação da vítima e uma vez noticiados devem ser investigados, processados e julgados, já os crimes de ameaça ainda devem ser mediante representação, e se caso a vítima resolver por desistir deve ser perante o juiz. (CARVALHO, 2013).

O Ministério Público, através de seus membros, atua tanto como *custus legis* nas causas cíveis ensejadas pela violência doméstica, como na condição de *dominis*

lits, nas ações penais públicas resultantes de fatos que tenham aquela mesma origem, além de outras atribuições determinadas pela legislação, dentre elas, a fiscalização dos estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar e o cadastro dos casos desse tipo de ofensa ao gênero feminino (CARVALHO, 2013).

Para complementar tem-se o art. 9 da Lei 11.340/06 que traz situações em que o judiciário deverá promover assistência.

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses. (BRASIL, 2006, *online*).

A Lei 11.340 (BRASIL, 2006) não criou novos tipos penais, apenas introduziu em seus artigos 42, 43, 44 e

45 alterações no Código Penal (BRASIL, 1940), no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e na Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), criando circunstâncias que aumentam ou agravam a pena de crimes relacionados a violência doméstica e familiar. (SOUZA, 2009).

O artigo 42 da referida lei acrescentou o inciso III do artigo 313 do Decreto-Lei 3.698 (BRASIL, 1941, *online*) nova hipótese de prisão preventiva, veja-se:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Com isso a prisão preventiva não se restringe aos crimes com pena máxima superior a quatro anos. Pode ser decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, conforme previsto no artigo 20 da Lei 11.340/06:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (BRASIL, 2006, *online*)

O artigo 43 da referida lei, acrescentou o artigo 61, inciso II, alínea f do Decreto-Lei n. 2.848 (BRASIL, 1940, *online*), uma nova hipótese de agravante, quando o crime é praticado com violência doméstica e familiar, passando a ter a seguinte redação:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

O artigo 44 da referida lei alterou o artigo 129 do Código Penal, que passa a vigor com a seguinte redação:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

[...]

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. (BRASIL, 1941, *online*)

O artigo 45 da referida lei alterou o artigo 152 da Lei 7.210 (BRASIL, 1984, *online*), Lei de Execuções Penais, que passou a vigor com a seguinte redação:

Art. 152.[...]

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Constata-se que a lei criou circunstancia agravante ou aumentou a pena, agravando assim a situação do agressor, não atingindo os fatos acontecidos antes de sua entrada em vigor, pois o art. 5º, XL, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) veda a retroatividade da lei penal em prejuízo do réu. (SOUZA, 2009).

Quando da promulgação da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), o legislador teve como objetivo proporcionar mais proteção às vítimas de violência doméstica, dando-lhes mais proteção jurídica, ao trazer inovações de maior repressividade ao agressor. (SOUZA, 2009).

Dessa forma, verifica-se que a lei tem o intuito de solucionar os problemas relacionados a violência doméstica, problema que cresce a cada dia no Brasil, contudo, ela se mostra insuficiente, pois tudo só pode ser realizado se as vítimas tiverem coragem e iniciativa de delatar seus companheiros, o que na maioria dos casos é raro, pois a mulher tem muito medo de represálias e, mesmo que tenha denunciado tentam se retratar para evitar outras complicações. (MIRABETE; FABRINI, 2014).

3 AS MEDIDAS PROTETIVAS

As medidas protetivas de urgência trazidas pela Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), caracterizam-se como inovadoras e contribuem de forma determinante para o sistema de prevenção e de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. (SOUZA, 2009).

Para que se possa avaliar a eficácia ou não das medidas protetivas, devem-se conhecer quais são elas e como elas funcionam, como são estabelecidas e porque em muitos casos elas se tornam ineficazes. (SOUZA, 2009).

A lei Maria da Pena traz um rol de medidas que são as chamadas medidas protetivas de urgência entre os artigos 22 ao 24, nas quais existem tanto as que obrigam ao agressor a segui-las quanto as de proteção da vítima. As medidas protetivas elencadas pela lei podem ser divididas em duas modalidades:

a) Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor, elencadas no art. 22 da Lei:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando

o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de

1973 (Código de Processo Civil).
(BRASIL, 2006, *online*)

b) Das medidas protetivas de Urgência à ofendida, elencadas nos artigos 23 e 24 da Lei:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo. (BRASIL, 2006, *online*).

Verifica-se que as medidas protetivas de urgência a ofendida, previstas nos artigos 23 e 24 da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), caracterizam-se como medidas de natureza cível e poderão ser cumuladas com outras medidas que obriguem o agressor, bem como com outras medidas julgadas necessárias pelo julgador, de acordo com a complexidade e as peculiaridades do caso concreto. (SOUZA, 2009).

Não obstante, algumas das medidas elencadas nos artigos 23 e 24, já possuem previsão dentre as medidas cautelares dispostas no Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), destaca-se que as medidas protetivas de urgência previstas nessa Lei encontram-se textualizadas dentro de uma situação concreta de violência doméstica, o que evidencia seu caráter de urgência. Em outras palavras, a partir do sistema procedimental trazido pela Lei 11.340 (BRASIL, 2006), devem ser disponibilizadas todas as medidas possíveis constantes no ordenamento jurídico garantidoras da mais efetiva proteção à vítima. (SOUZA, 2009).

Recentemente, o art. 24-A foi incluído pela Lei 13.641/18, o qual trouxe um tipo penal à lei que possui caráter preponderantemente processual penal. O artigo em comento tipifica a conduta do descumprimento de decisão judicial que defere medidas protetivas deferidas no bojo da Lei Maria da Penha, conferindo maior efetividade ao instituto.

3.1 Possibilidade de retratação da vítima

A Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) não teve a intensão de alterar a exigência de representação da vítima no contexto de lesões corporais. O artigo 88 da Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995) preceitua que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesão corporal leve previsto no artigo 129 caput do Código Penal

(BRASIL, 1940) e lesão culposa no parágrafo 6º do mesmo artigo. Embora violência doméstica descrita no caput como seja lesão corporal é forma qualificada da lesão, ao artigo 41 da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) afasta a aplicação da Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995) onde se menciona a necessidade da representação da vítima, logo, não dependente mais de representação da vítima.

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 1995, online).

A Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) cuida tanto da lesão simples como da gravíssima ou até de uma ameaça. Com a edição da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), deslocou-se a violência doméstica para um parágrafo específico no artigo 129 do CP, tornando-a infração qualificada, com faixa de aplicação de pena própria. Tornando a infração não mais simples, não sendo mais sujeita a representação da vítima. (SOUZA, 2009).

Apreciando a matéria, o Superior Tribunal de Justiça chegou a entender pela prescindibilidade da referida representação criminal, consoante transcrito abaixo.

1. Esta Corte, interpretando o art. 41 da Lei 11.340/06, que dispõe não ser aplicáveis aos crimes nela previstos a Lei dos Juizados Especiais, já resolveu que a averiguação da lesão corporal de natureza leve praticada com violência doméstica e

familiar contra a mulher independe de representação. Para esse delito, a Ação Penal é incondicionada (Resp. 1.050.276/DF, Rel. Min. Jane Silva, DJU 24.11.08). 2. Se estiver na Lei 9.099/90, que regula os Juizados Especiais, a previsão de que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais e lesões culposas (art. 88) e a Lei Maria da Penha afasta a incidência desse diploma despenalizante inviável a pretensão de aplicação daquela regra aos crimes cometidos sob a égide desta Lei. (BRASIL, 2008).

Alguns doutrinadores definem que a renúncia acontece, definitivamente, antes da iniciativa estatal de perseguir o criminoso, e a retratação no momento imediato ao oferecimento da representação e, logo, quando já iniciada a *persecutio criminis*, porém antes do recebimento da denúncia pelo magistrado competente. (SOUZA, 2009).

A legislação no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e no Código Penal (BRASIL, 1940) trata de retratação e na Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) fala-se em renúncia. Conforme preleciona a lei, a renúncia à representação ou retratação da vítima, somente será possível antes do recebimento da denúncia. De acordo com o artigo 16 da Lei 11.340/06:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvida o Ministério Público. (BRASIL, 2006, *online*)

A lei é regida por procedimentos especiais que se diferenciam do procedimento comum, sendo estabelecidas de acordo com estes procedimentos próprios, diante disso a vítima só poderá se retratar perante o juiz. Nesse sentido preleciona Guasti (2014):

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, existia basicamente duas divergências. A primeira era saber se o procedimento especial da Lei Maria da Penha exigia a designação de audiência especial para que a mulher, apontada como vítima do crime, exercesse ou não o direito à retratação, independentemente dela ter manifestado vontade de fazê-lo. Alguns inclusive advogavam a tese de que a designação da audiência era obrigatória e direito subjetivo do acusado, sem a qual haveria inclusive nulidade, por violação à ampla defesa.

O Tribunal de Justiça nesse ponto se posiciona por não ser obrigatória a designação dessa audiência para a retratação da vítima, conforme ementa de 19/03/2013:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. LEI MARIA DA PENHA. ART. 16. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PARA RATIFICAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO. - Dada a natureza protetiva da Lei Maria da Penha, achou prudente o legislador revestir o juízo de retratação de maior formalidade do que a prevista no art. 25 do Código de Processo Penal e do art. 102 do Código Penal. Trata-se de faculdade que visa proteger a vítima, e não o oposto, ou seja, nova condição de procedibilidade para a ação penal.

Recurso especial provido para afastar a necessidade de ratificação da representação pela vítima.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Para que a vítima possa se retratar é necessário que seja perante o juiz em audiência específica para esse fim e que seja antes do recebimento da denúncia. Embora a vítima queira se reatar com o seu companheiro e em juízo após o recebimento da denúncia e consequente estabelecimento das medidas protetivas pedir a retratação o processo continua, ficando revogadas as medidas que foram decretadas. (GUASTI, 2014).

3.2 Da ineficiência das medidas protetivas

A pressão internacional no sentido de dar a devida efetividade aos direitos fundamentais das mulheres, como a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher “Convenção de Belém do Pará” (1994), impulsionou a mudança de postura do Brasil a adoção de medidas públicas para concretizar o mandamento contido no art. 226, §8º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A Lei 11.340 (BRASIL, 2006) de 7 de agosto de 2006, sob a nova rubrica “Violência Doméstica”, completando em 2018 doze anos de existência, acredita-se que a lei precisa sair da abstração e partir para a concretização e efetivação, apesar de duras críticas, tem pessoas que acreditam em sua efetividade desde sua criação e pessoas que acreditam ainda que não tem a efetividade que deveria ter. (NEVICON, 2011).

As medidas protetivas estabelecidas pelo juiz em face da vítima de violência doméstica, muitas vezes toma um curso diferente do esperado, pois são ineficazes para solucionar os problemas emergentes nos casos. (NEVICON, 2011).

Acontece que na maioria das vezes o problema está na própria vítima quando resolve se retratar e reatar com o agressor, com isso tornado as medidas sem eficácia alguma. Nem sempre é o judiciário o responsável pela não eficácia das medidas, isso porque quando a própria vítima resolve por bem se retratar da representação consequentemente as medidas de proteção são revogadas pela autoridade que estabeleceu no caso o Juiz.

Podemos compreender por medidas protetivas as medidas que visam garantir que a mulher possa agir livremente ao optar por buscar a proteção estatal e, em especial, a jurisdicional, contra o seu suposto agressor. E para que haja a concessão dessas medidas, é necessário a constatação da prática de conduta que caracterize violência contra a mulher, desenvolvida no âmbito das relações domésticas ou familiares dos envolvidos (SOUZA, 2019).

Ademais, muitas vezes se torna impossível que se solucione alguns casos, pois, as vítimas não denunciam seus agressores por medo, e os mesmos acabam ficando

impunes e prolongando por muitos anos o sofrimento das mulheres. Contudo, ainda que estes sejam denunciados efetivamente as medidas impostas não são suficientes para que o autor das agressões se mantenha afastado da vítima e consequentemente voltando a praticá-los mesmo estando sob imposição da justiça. (SOUZA, 2009).

O que se pode notar é a dificuldade da aplicação e também da fiscalização das medidas protetivas quando se trata de conferir uma efetiva das determinações judiciais, tendo em vista que muitas vezes torna-se impossível aplicar tais dispositivos em sua integralidade; vários são os fatores que contribuem para a não concretização dessas medidas (SOUZA, 2009).

Não se trata apenas de estabelecer o afastamento do agressor da vítima, deveria haver uma fiscalização para saber se elas estão sendo cumpridas, pois como já é sabido, muitas vezes o agressor ameaça para que a queixa seja retirada e com isso a vítima acaba por se retratar da representação fazendo com que tais medidas de proteção sejam revogadas, ficando o agressor livre para praticar outros delitos. (SOUZA, 2009).

3.3 Sujeito ativo da Lei Maria da Penha

Os homens que agredem não se encaixam em uma categoria específica. Podem ser cidadãos desempregados ou com uma remuneração considerável. O agressor pode ser um membro da sociedade admirado, às vezes até são membros de Igreja e sustentam a família muito bem. (BITENCOURT, 2011).

Os agressores são em maioria casados, com faixa etária que varia entre 26 aos 55 anos. Estes agressores tentam atrair vítimas sucedidas profissionalmente ou não,

no início são simpáticos, educados, extrovertidos, mas sente-se inferior a elas, por isso começa os insultos dentro de casa e em público para que ela se sinta humilhada perante as pessoas, a partir deste momento a vítima começa a se isolar em casa, e a considerar seu companheiro seu único amigo (BITENCOURT, 2011).

Existem várias maneiras que intimidam as vítimas, tais como: chega à casa de mau humor e sem vontade de falar com a sua companheira; começar com proibições, tanto ao nível do vestuário como de higiene; quando agressor começa a dominar completamente a vítima, diz-lhe frases depreciativas que a fazem sentir-se inferiorizadas; quando o agressor pensa, que é ele quem manda, e que a outra pessoa lhe deve obediência; mandar calar constantemente a outra pessoa; dizer à outra pessoa que a culpa de tudo o que acontece é dela e que se não fosse ela tudo estava a correr bem. (BITTENCOURT, 2011).

Bitencourt (2011, p. 211) a respeito do sujeito ativo entende que: “Embora a criminalização da violência doméstica tenha resultado, merecidamente, do trabalho dos movimentos feministas, a verdade é que as mulheres e filhos, geralmente vítimas, também podem ser sujeitos ativos desse crime”.

3.4 Sujeito passivo da Lei Maria da Penha

As vítimas são em maioria casadas, com uma faixa etária entre 26 aos 45 anos. As mulheres espancadas são tão diferentes uma das outras como as que não sofrem, vem de todas as esferas da vida, sem distinção de raça, religião e escolaridade. Por vezes se sentem culpadas pelas agressões, e tem dificuldade de denunciar. Se sente presa a relação por dependência emocional ou financeira. (BITTENCOURT, 2011).

Sobre o assunto, Bitencourt (2011, p. 211) diz: “Afora o elenco de sujeitos passivos contido no parágrafo 9º, a dita violência doméstica pode ser praticada contra outros sujeitos passivos, desde que se prevaleça das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”.

A frequência da violência entre casais homossexuais é relativamente igual à dos casais heterossexuais. Também entre os casais homossexuais a violência psicológica como os insultos e as humilhações constituem as formas mais dominantes de agressão. Usando muitas vezes da ameaça de revelar a orientação sexual do parceiro (a). Atendendo à discriminação social a que estes indivíduos estão sujeitos, tal atitude pode resultar. (BITTENCOURT, 2011).

A violência doméstica de pais para filhos ocorre com frequência. No âmbito domestico os pais maltratam seus filhos batendo, queimando, e regrado o que comem e bebem. Quando a criança não tem apoio necessário e afeto da família e todas as suas ações são motivos de críticas pode levá-la a uma baixa autoestima. A criança fica traumatizada e quando atinge a fase adulta tem dificuldade de inserção social, e tende a se isolar dos outros, na maioria das vezes se torna agressivo. (BITTENCOURT, 2011).

4 CONCLUSÃO

A mulher desde o princípio dos tempos é vista como um ser frágil, capaz apenas de realizar atividades domésticas comuns, cuidar dos filhos e servir seu marido da melhor forma possível. Sua imagem somente era tida como a serviçal de um individuo dominador, figura passada ao homem como sendo o chefe da casa. (SOUZA, 2009).

A mulher doméstica, mãe e esposa só podia frequentar a igreja e raramente as casas dos familiares,

desde que não fosse contra as ordens do marido. Essa realidade perdurou por muitos anos e possui resquícios até os dias atuais. (SOUZA, 2009).

A tentativa de banir com esse estereótipo vem se prolongando ao longo dos anos, mas já obteve avanços bastante significativos, entre eles a pílula anticoncepcional que possibilitou a mulher escolher com qual homem queria ter um filho, método não cem por cento seguro, mas que mudou a realidade de diversas mulheres. (SOUZA, 2009).

Além dessa mudança, houve a possibilidade do divórcio, além da luta pelos direitos trabalhistas serem iguais para ambos os gêneros. A luta foi árdua e diária para vencer todos esses preconceitos e discriminações, contudo, a dificuldade de superação até mesmo pela própria mulher que foi gerada com o fim de constituir família e dela servir até seu fim é grande. (SOUZA, 2009).

Desse modo, não se resolve buscar soluções externas se interiormente a mulher não consegue se resolver e se entender como pessoa em seus relacionamentos amorosos, familiares e sociais. A legislação na busca de acompanhar os avanços sociais, tentou banir abusos sexuais, bigamia como foi instituído pelo Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940).

Mas isso não foi suficiente, o homem como sempre supera as expectativas e encontram alguma forma de burlar a legislação, e assim as mulheres foram ficando cada dia mais a mercê das atitudes masculinas. (SOUZA, 2009).

O homem por falta de caráter, educação de berço e civilização não tem limites e não respeita sequer a companheira que lhe acompanhada diariamente dentro do mesmo lar e a obriga a realizar suas vontades sexuais e pessoais.

Assim, a mulher ficou ainda mais sem defesa e não conseguia solucionar seus medos, mas em um certo dia depois de muito sofrer uma mulher chamada Maria da Penha, lutou e lutou muito até conseguir legislação

específica para punir homens que não soubessem respeitar as mulheres dentro de seus próprios lares principalmente, e conseguiu a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

Essa lei, como o presente estudo tentou demonstrar, em nove anos de vigência não possui a efetividade esperada, e ainda depende de muitas realizações normativas, bem como maior fiscalização e cumprimento judicial das demandas. Não adianta a lei estar somente no papel se não consegue alcançar sua eficácia prática. (SOUZA, 2009).

A mulher precisa e depende dessa defesa. As ações violentas dos homens sejam elas físicas, psicológicas ou verbais não estão conseguindo ser mensuradas e a mulher não possui defesa para contra-atacar seus maridos ou companheiros. Deve então buscar uma proteção legal avinda do Estado para inibir essa prática, mas muitas das vezes, não encontram o apoio esperado e são elas próprias penalizadas pelas escolhas que tomaram, por isso se deve trabalhar com maior afinco para conseguir alcançar a efetividade da norma e ter os resultados almejados. (SOUZA, 2009).

Em suma, deve-se ressaltar que a mulher é um ser humano como outro qualquer e mesmo diante de suas fragilidades físicas naturais, é muito forte diante de todas as dificuldades da vida e merece ter uma vida digna como qualquer outro indivíduo, tendo dignidade para viver seja no meio em que reside, trabalha, estuda ou seja, onde vive. E não ficar a disposição da vontade ou das atitudes de nenhum homem que queira dela abusar.

REFERÊNCIAS

AMARAL. T.M. A. (In) Eficácia do Estado na Implementação das Medidas Protetivas Previstas na Lei Maria Da Penha, enquanto Políticas Públicas de efetivação

Dos Direitos De Cidadania. Disponível em:
<http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2012/tatianamartinsdoamaral.pdf> Acesso em: 13 de julho de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 de julho 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jan 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Lei 11.340/06. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em: 23 de agosto de 2018.

BRASIL. Lei Maria da Penha: STF decide que agressor pode ser processado mesmo se vítima retirar queixa. PORTAL DE NOTÍCIAS. Disponível em:
<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/02/09/lei-maria-da-penha-stf-decide-que-agressor-pode-ser->

[processado-mesmo-se-vitima-retirar-queixa](#) Acesso em: 13 de outubro de 2018.

BRASIL. Pesquisa de Opinião Pública. **VIOLÊNCIA DOMESTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.** Disponível em:
http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_e_Familiar_contra_a_Mulher.pdf
Acesso em: 17 de outubro de 2018.

BRASIL. REsp. 1353534 / RS. Disponível em:
<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.juistica;turma.5:acordao;resp:2013-03-19;1353534-1256420>
Acesso em 05 de outubro de 2018.

CARVALHO. J.P.O.D. Lei Maria da Penha Um Novo Paradigma. **REVISTA JURIDICA CONSULEX.** Ano XVII, nº 404 de 15 de Agosto de 2018.

ELUF, L.N: Lei Maria da Penha é só para mulheres como ficam os homens? **REVISTA JURÍDICA** Ano XIII- Nº 143-28 de fevereiro de 2014.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Vol. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
GUASTI, A. Retratação de vítima de violência doméstica não impede denúncia de agressor pelo MP. **PENSO DIREITO.** Disponível em:
<http://pensodireito.com.br/03/index.php/component/k2/item/148-retrata%C3%A7%C3%A3o-de-v%C3%ADtima-de-viol%C3%A2ncia-dom%C3%A9stica-n%C3%A3o-impede-den%C3%B2ncia-de-agressor-pelo-mp> Acesso em: 05 de outubro de 2018.

MACIEL FILHO, E.B.: Lei Maria da Pena 7 anos depois. **REVISTA JURIDICA CONSULEX**, ANO XVII, N° 404, p.39, nov 2013.

MATIELO, C. ; TIBOLA R.C.U. : (In)eficácia das medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/2006 **JUS NAVIGANDI** : Publicado em 07/2013. Elaborado em 08/2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25018/in-eficacia-das-medidas-protetivas-de-urgencia-da-lei-n-11-340-2006> Acesso em: 05 de outubro de 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. Manual de Direito Penal. 30. ed. São Paulo. Atlas, 2014.

NAVES, Renato. Pelo cumprimento do estatuto. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 04, out/dez, 2012, p. 126-132.

NEVICON. Núcleo de Estudo da Violência Contra a Mulher. O que é violência doméstica e familiar? 2011. Disponível em: <http://nevicompg.blogspot.com.br/2011/05/o-que-e-violencia-domestica-e-familiar.html>_Acesso em: 04 de outubro de 2018.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRESSER, T. Medidas Protetivas às vítimas de Violência Doméstica. **DN DIREITO NET**. Disponível em: [http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8563/Medidas-](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8563/Medidas-protetivas-as-vitimas-de-violencia-domestica)

[protetivas-as-vitimas-de-violencia-domestica](http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8563/Medidas-protetivas-as-vitimas-de-violencia-domestica) Acesso em: 11 de outubro de 2018.

SANTOS. P.L.M L. Violência Doméstica Contra a Mulher. **REVISTA CONSULEX**. Ano XVII nº404 pg. 41 de 15 de outubro de 2018.

SARAPU. P. Mulheres Vítimas de Violência Doméstica Tem medo de Denunciar Agressor. EM. COM.BR GERAIS. Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/08/07/inter_na_gerais,310395/mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-tem-medo-de-denunciar-agressor.shtml. Acesso em 15 de Outubro de 2018.

SOUZA, P.R.A. Lei Maria da Penha e sua contribuição na luta pela erradicação da discriminação de gênero dentro da sociedade brasileira. **ÂMBITO JURÍDICO**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5886. Acesso em 18 de outubro de 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **JUS BRASIL**. Saiba mais sobre a origem da Lei Maria da Penha 2. 2010. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/noticias/973411/saiba-mais-sobre-a-origem-da-lei-maria-da-penha-2> Acesso em: 05 de Outubro de 2018.

WESTIN, R. Criada em 2006, Lei Maria da Penha protege mulher de espancamento e assassinato. **JORNAL DO SENADO**. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/especiais/2013/07/04/criada-em-2006-lei-maria-da-penha-protoge-mulher-de-espancamento-e-assassinato> Acesso em: 14 de outubro de 2018.

PRISÃO ESPECIAL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO DIREITO PENAL

Thais Cristina Alves Nogueira³

RESUMO

Este trabalho visa analisar o instituto da prisão especial, previsto no Código de Processo Penal brasileiro, frente à Constituição da República, vale dizer, aos princípios por ela estabelecidos e determinados como norte e guias do pensamento jurídico atual. Busca, através de opiniões de diferentes juristas, embasar sua conclusão, mostrando que existem entendimentos contrários e favoráveis à manutenção da prisão especial no país. Analisa os argumentos colocados pelos doutrinadores atuais, investigando a constitucionalidade ou não do instituto. Estruturalmente, o trabalho está dividido em quatro partes: a primeira se dedica a fazer uma explanação genérica sobre a prisão especial; a segunda trata das hipóteses de seu cabimento; a terceira, da relação entre a prisão especial e os princípios penais e a quarta versa sobre a relação entre tal instituto e o princípio constitucional da isonomia, principalmente, no que tange à investigação da constitucionalidade da referida modalidade prisional. Portanto, a conclusão do trabalho se dará após a análise de vários argumentos sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da prisão especial, expondo uma visão crítica decorrente do esforço científico aqui adotado.

Palavras-chave: Prisão especial. Princípios. Isonomia.

³ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a constitucionalidade do instituto da prisão especial, considerando os princípios penais e constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma discussão acerca da sua viabilidade e aceitabilidade, isto é, de questionar se a prisão especial se mostra juridicamente aceitável na atual ordem jurídica do país, após o advento da Constituição da República (BRASIL, 1998) de 1988.

Secundariamente, tem como objetivos específicos analisar as hipóteses de cabimento do instituto; a sua relação com os princípios do processo penal e, notadamente, com o princípio da isonomia; promover o confronto desta modalidade prisional com os princípios constitucionais e penais, principalmente, com o princípio da dignidade da pessoa humana e, por fim, debater a constitucionalidade da prisão especial.

A escolha do tema justifica-se pela relevância prática e teórica da discussão. A relevância prática repousa sobre a possibilidade de alteração do tratamento dirigido à prisão especial no ordenamento jurídico. Já no que tange à relevância teórica, esta repousa na possível mudança que a discussão tem a capacidade de promover, seja no campo da interpretação e atuação judicial, seja no campo da interpretação e atuação legislativa. (TOURINHO FILHO, 2006).

Conforme será demonstrado, o tema tem grande ligação com a realidade vivida nos cárceres do país, uma vez que o instituto aqui estudado atinge parte da população carcerária e, por isso, deve ser estudado, como forma de crítica à situação em que se encontra esta parcela da população brasileira. (TOURINHO FILHO, 2006).

Como delimitação do problema teórico, pode se colocar as seguintes questões, passíveis de ocorrência, frente ao tema proposto: quais os paradigmas para cabimento da prisão especial? Qual a relação entre a prisão especial e os princípios do Direito Penal? Qual a relação específica entre a prisão especial e o princípio da isonomia? A prisão especial, no Brasil, fere o princípio da isonomia? Há possibilidade de manutenção do instituto da prisão especial, em harmonia com o princípio da isonomia? Essas são algumas das questões que se podem colocar à frente do tema proposto para discussão.

Como demonstração das fontes utilizadas no trabalho, pode-se dizer que a pesquisa que se pretendeu desenvolver foi pautada em instrumentos teórico bibliográficos, utilizando-se para isso do material disposto em leis, doutrinas e livros sobre o tema problema proposto.

O procedimento metodológico utilizado será o dedutivo, tendo em vista que primeiro se analisará a situação da prisão especial e do princípio da isonomia em um caráter geral para, posteriormente, especificar o problema, tratando exclusivamente das questões atinentes à discussão da constitucionalidade da prisão especial frente à ordem constitucional vigente.

As análises serão feitas em caráter temático, teórico e crítico, haja vista que se debaterá o tema inserido na temática jurídico-penal, discutindo-se as leis e as ideias de autores sobre o tema, e apresentando um posicionamento crítico quanto ao tratamento dado à prisão especial no Brasil, frente ao princípio constitucional da isonomia.

Após especificar tais elementos do trabalho, passa-se ao desenvolvimento propriamente dito.

2 EXPLANAÇÃO SOBRE A PRISÃO ESPECIAL

2.1 Traçado histórico

Prisão, conforme Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 518) é:

[...] a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, forma de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Prisão, dessa forma, é toda a privação de liberdade do indivíduo, tolhendo-lhe o direito de ir e vir.

Antigamente ela não possuía um caráter expiatório, ou seja, nem sempre foi tida como meio de punição por algo que se cometeu. Por outro lado, se nem sempre foi instrumento de punição do indivíduo, quando passou a sê-lo, o foi de forma definitiva.

Atualmente, é a prisão que tem o papel de punir o indivíduo que cometeu algum fato definido na lei penal como crime, isto é, a prisão – tolhimento da liberdade – é aplicada como pena na maioria das infrações penais. Para tanto, basta olhar o Código Penal Brasileiro e se verá toda a gama de delitos a que são cominados, como penas, a prisão. (BATISTA, 2003).

Entretanto, além do papel punitivo que a prisão ostenta no ordenamento jurídico, a própria lei prevê casos

em que ela será apenas um instrumento para alcance dos objetivos legais. Há hipóteses em que a própria lei estabelece que a prisão não terá caráter de pena. Quando ela assim atuar (como instrumento), será para garantir que determinado processo ou procedimento (e aqui se fala apenas de processos e procedimentos penais) cheguem ao seu final de forma eficiente. (BATISTA, 2003).

Eficiente porque o ordenamento jurídico, principalmente por meio da Constituição (BRASIL, 1988), estabelece que para que alguém seja punido por algum crime, tem de ser submetido a um devido processo legal. Isso significa que antes de se infligir a prisão como pena a alguém, deve haver um processo legalmente estabelecido, para que não haja injustiças, perseguições ou abusos de poder. (BATISTA, 2003).

E é durante o curso desse processo que pode haver a hipótese de prisão como instrumento, também chamada de prisão sem pena. Ela visa a garantir que, durante tal processo, determinados valores, fixados pela norma penal, não restem feridos. (CAPEZ, 2006).

2.2 Traçado normativo

A Constituição da República (BRASIL, 1988) garante a todos o direito à isonomia, sem distinção de qualquer natureza. Entretanto, a legislação penal possui um instituto denominado prisão especial que possibilita ao acusado, até o trânsito em julgado de uma sentença penal, permanecer em cela separada e diferente das demais. (BONAVIDES, 1996).

Tal benefício é concedido exclusivamente aos acusados que gozam de alguma circunstância pessoal (como nível de escolaridade ou atividade que desempenha) prevista na legislação penal, incluindo-se as autoridades civis e militares, no âmbito dos três poderes do Estado. (BONAVIDES, 1996).

Daí questiona-se se a existência da chamada prisão especial coaduna-se à Constituição, já que, por consequência dela, existe o princípio da isonomia, que garante a todos igual tratamento. (CARVALHO, 2009).

A importância é evidente, uma vez que no Estado Democrático de Direito não pode ser admissível uma lei que preveja situação jurídica contrária à ordem constitucional, por ser totalmente desvinculada dos princípios e fundamentos que regem o próprio Estado. Daí pode-se questionar se a existência da prisão especial no Brasil fere os princípios da isonomia e da dignidade humana, e qual deles deve prevalecer, frente à ordem jurídica e constitucional do Estado. (CARVALHO, 2009).

A análise que se pretende fazer deve levar em consideração que a prisão especial é instituto que, sem dúvida alguma, garante ao acusado que a ela se submete, considerável melhoria no tratamento. Por outro lado, deve igualmente considerar que permitir que a prisão especial seja concedida somente a algumas pessoas em face de seus atributos pessoais pode ferir o princípio da isonomia. (GRECO, 2006).

Destarte, vê-se a necessidade de discussão do tema, racional e criticamente, pois sua relevância no ordenamento jurídico não é de pouca monta.

Para tanto, utilizar-se-á para desenvolvimento da discussão os entendimentos de autores que discutem o tema no campo penal, a fim de que se dê base de fundamentação ao problema. Buscar-se-á entendimentos de autores que se mostram favoráveis à manutenção da prisão especial, bem como entendimentos contrários. Pretende-se caminhar, ainda, para a discussão sobre se é possível manter o instituto da prisão especial, operando uma conciliação entre os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

A análise do trabalho permeará o estudo de leis que preveem o instituto, analisando-as à luz da Constituição,

conforme proposto, para se verificar sua constitucionalidade. Da mesma forma, verificar-se-á o modo com que devem ser tratadas as posições teóricas pelos juristas que com ela trabalham em busca de um ideal de justiça social.

3 HIPÓTESES DE CABIMENTO

3.1 Análise legal

Há dois tipos básicos de prisão: a definitiva, que é assim denominada pela doutrina por ser decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado; e a provisória, que é aquela que ocorre antes de uma sentença condenatória, durante um procedimento penal. (NUCCI, Guilherme de Souza, 2009).

A prisão provisória subdivide-se em prisão comum e prisão especial. A prisão comum é a denominação dada para um conjunto de prisões como, por exemplo, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva. Já a prisão especial é a modalidade de prisão provisória que se destina a determinados casos, especificados na legislação. (NUCCI, Guilherme de Souza, 2009 e PIERANGELLI, José Henrique, 2002).

Desta forma, cabe mencionar o texto legal, como forma de esclarecimento. O art. 295 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *online*) assim dispõe:

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I - os ministros de Estado;

II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;

[\(Redação dada pela Lei nº 3.181, de 11.6.1957\)](#)

III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados;

IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";

V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; [\(Redação dada pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001\)](#)

VI - os magistrados;

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos. [\(Redação dada pela Lei nº 5.126, de 20.9.1966\)](#)

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. [\(Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001\)](#)

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento. [\(Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001\)](#)

§ 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana. [\(Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001\)](#)

§ 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum. [\(Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001\)](#)

§ 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum. [\(Incluído pela Lei nº 10.258, de 11.7.2001\)](#)

Em função da disposição legal, temos que a prisão especial consiste em, nos casos mencionados ao longo do artigo, recolher a lugar distinto do destinado à prisão comum as pessoas mencionadas, quando sujeitas a prisão provisória.

Veja-se que o próprio artigo diz que a prisão especial será reservada para os casos de prisão provisória, posta a disposição de que ela somente ocorrerá antes da condenação definitiva.

Os demais parágrafos estabelecem normas para cumprimento da prisão especial nos estabelecimentos penais.

Observe-se que a prisão especial pode ser cumprida em estabelecimentos destinados à prisão comum, desde que em cela distinta, como exceção expressa pelo §2º do mesmo artigo, já que, a regra é que ela seja reservada para localidades diferentes.

3.2 Análise doutrinária

Uma interessante nota que merece ser feita, diz respeito à extensão da concessão legal de prisão especial a outras hipóteses que não as previstas no art. 295 supracitado. Doutrinadores (JESUS, 2004; MIRABETE, 2006 e TOURINHO FILHO, 2000) dão diversos exemplos de casos em que há a extensão da concessão, ressaltando, porém, que tal ação deve ser realizada por meio de lei, já que o rol do art. 295 do CPP (BRASIL, 1941) é taxativo e

restritivo. A extensão da prisão especial, além das hipóteses previstas em lei e por outro meio que não a lei, fere vários princípios jurídicos, dentre os quais, o da legalidade.

Nesse sentido, Tourinho Filho (2006, p. 418) afirma que “[...] não se concebe a interpretação extensiva. E tanto não admite que, todas as vezes que o legislador pretende estender a regalia a outras pessoas, fá-lo de forma expressa”.

Na mesma esteira, Damásio de Jesus (2004, p.227) diz que “[...] a Lei nº 10.258, de 11.7.2001, que alterou o art. 295 do CPP, manteve a taxatividade do rol, não se admitindo interpretação ampliativa para alcançar pessoas não previstas nas hipóteses legais.” Mirabete (2006, p.371) expõe que “[...] os artigos 295 e 296 do CPP, bem como as leis citadas, devem ter interpretação restritiva, porque especiais e taxativas, não se admitindo a aplicação de analogia para aumentar sua incidência.”

Assim, as hipóteses de aplicação da prisão especial são restritas àqueles casos firmados por lei, os quais foram previamente determinados pelo legislador, não se admitindo a extensão do benefício a não ser por meio de lei que o faça.

A prisão especial deve ser utilizada somente nos casos legalmente previstos, em virtude do princípio da taxatividade, legalidade e outros, como se verá no capítulo a seguir.

4 RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS PENAIIS

4.1 Necessidade de respeito aos princípios

Após serem esboçados os aspectos gerais da prisão especial no Brasil, no que se refere à questão legal, é importante que se faça uma relação entre sua existência e os princípios penais. Isso é importante porque, sendo a

prisão especial um instituto previsto na legislação processual penal, deve estar, necessariamente, atrelada aos princípios que norteiam o direito e o processo penal, sob pena de incompatibilidade com o sistema vigente. (BONATO, 2003).

Os princípios são a base do ordenamento jurídico. Toda conduta que se vá praticar no âmbito do direito deve, para possuir legitimidade, estar ligada aos princípios correspondentes. E mais: deve estar consoante a eles, para que haja realmente harmonia na aplicação das normas vigentes. Qualquer ato que esteja fora do âmbito de aplicação dos princípios constitucionais será um ato antijurídico, impossível de continuar vigente no ordenamento. (BONATO, Gilson, 2003 e BONATO, Gilson, 2003).

Dessa forma, é importante mencionar os princípios que se relacionam à aplicação da prisão especial e se pode citar, primeiramente, os princípios da proibição de analogia da lei penal e o princípio da humanidade. (BONATO, 2003).

Ambos se relacionam com a prisão especial. O primeiro, porque seu emprego proíbe a ampliação do benefício; o segundo, porque se relaciona com a característica principal da prisão especial, qual seja, prover um melhor tratamento ao indivíduo. (BATISTA, Nilo, 2003).

Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 21-22) assim se manifesta:

A analogia, como método de pensamento comparativo de grupos de casos significa aplicação da lei penal a fatos não previstos, mas semelhantes aos fatos previstos. O processo intelectual da analogia é fundado, normalmente, no chamado espírito da lei, como significado idiossincrático que um juiz atribuiria e outro juiz não atribuiria ao mesmo fato

concreto. A atribuição de significados fundados no espírito da lei é uma ficção que encobre a criação judicial de direito novo, mediante juízos de probabilidade da psicologia individual, assim resolvidos no Direito Penal: se o significado concreto representar prejuízo para o réu, constitui analogia proibida; se o significado concreto representar benefício para o réu, constitui analogia permitida.

O princípio da proibição de analogia é importantemente relacionado à prisão especial, justamente porque, como já exposto, o rol que a lei prevê de hipóteses é, como entende a maioria dos doutrinadores, taxativo. Não pode, então, o juiz atribuir ao texto legal hipóteses não literalmente previstas, ou seja, estender as benesses da prisão especial a outros casos não literalmente previstos na lei. (SANTOS, Juarez Cirino, 2007).

Já, sobre o princípio da humanidade, pode-se dizer primeiramente que ele é decorrente do movimento que já vem, há tempos, implantando entendimentos nos ordenamentos jurídicos de vários países, ou seja, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal declaração implantou em diversos países a observância de vários princípios a ela relacionados, que, dizendo de uma forma geral, constituem um complexo de garantias e proteção ao homem, frente aos abusos mais diversos ocorridos contra a humanidade. Pode-se dizer também que o princípio da humanidade se desdobra no princípio da dignidade humana, que deve estar em toda atuação que vá interferir na vida do indivíduo, sob pena de se ferir preceito constitucional. (SANTOS, Juarez Cirino, 2007 e ONU. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>).

A dignidade da pessoa humana é mais que um princípio, um fundamento da Constituição da República (BRASIL, 1988), expresso claramente em seu texto. Isso

significa que, além de ser princípio que deve guiar a interpretação dos juristas, frente aos problemas sociais, deve também ser a base em que se motiva a solução desses mesmos problemas, sob pena de se ferir os próprios fundamentos, as próprias bases do constitucionalismo democrático no Brasil. Sem dúvida, é um dos princípios jurídicos de maior importância que se pode relacionar ao assunto, dada a sua amplitude e alcance. (BONAVIDES, Paulo, 1996 e SANTOS, Juarez Cirino, 2007)

Dessa forma se manifesta Juarez Cirino dos Santos (2006, p.30):

A garantia da integridade física e moral do ser humano preso, implícita na dignidade da pessoa humana definido como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CR), é instituído por norma específica da Constituição da República (art. 5º, XLIX, CR) e ratificada por disposições da lei penal (art. 38, CP) e da lei de execução penal (art. 40, LEP) – além de ser inferida da norma que assegura ao preso todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º, LEP) – ou seja, 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 princípio e de regras jurídicas.

Se tais princípios já eram discutidos antes mesmo da promulgação da Constituição em 1988, quanto mais agora, depois dela. É que, após a promulgação em 1988, os operadores jurídicos se viram como que obrigados a fundamentar e basear seus atos, seus entendimentos de forma adequada à Constituição. Daí o aumento da discussão sobre tais princípios e a relação deles com os

mais variados aspectos do cenário jurídico. Sobre a realização de princípios constitucionais, seu caráter genérico ou vago, assim se manifesta Kildare Gonçalves Carvalho (2009, p.646):

Relativamente à concretização dos princípios, dado o seu caráter vago e genérico, não é tarefa fácil o reconhecimento de direito subjetivo por aplicação direta deles. Mas, como ponderam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, o que certas normas ‘perdem, pois, em carga normativa, ganham como forma valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas’. A imprecisão dos princípios, portanto, antes de ser um elemento desvalioso, constitui uma enorme vantagem para as soluções que a prática exige, posto que são eles que viabilizam as mudanças normativas, sem que seja necessário uma contínua modificação do texto legal.

Vê-se, dessa forma que princípios que se relacionam com a prisão especial, garantindo, inclusive, o respeito à integridade humana do indivíduo são firmados e reclamados pelo ordenamento jurídico. (CARVALHO, 2009).

Ante a patente necessidade de se respeitar e cumprir os princípios jurídicos, sem exceção, resta, então, saber se tais princípios são exercidos de forma que sua aplicação venha a anular a aplicação de outro princípio constitucional. Trazendo a questão para o assunto do presente trabalho, questiona-se se o exercício do princípio da humanidade não põe em xeque a aplicação do princípio da isonomia, que possui igual força e deve, com igual intensidade, ser respeitado no ordenamento jurídico pátrio. (CARVALHO, 2009).

Passa-se, então, à discussão da constitucionalidade da prisão especial frente ao princípio da isonomia.

5 PRINCÍPIO DA ISONOMIA E CONSTITUCIONALIDADE

5.1 Prisão especial frente à Constituição

Damásio de Jesus (2004, p. 228), falando sobre a constitucionalidade da prisão especial, assim se manifesta:

A prerrogativa processual fundamenta-se na função (tomada a expressão em sentido genérico, haja vista o disposto nos incisos IV e VII do art. 295 do CPP) e não na pessoa que a exerce. Distingue-se, assim, o ‘privilégio’ da prisão especial. Observe-se, contudo que, para manter o renovado instituto no campo da legalidade, faz-se necessário analisar a semântica das expressões.

Por meio de sua manifestação, percebe-se que o referido autor aceita a existência da prisão especial como instituto constitucional, porque diferencia prerrogativa de privilégio. Para ele, diferenciando-se os termos “prerrogativa” e “regalia” pode-se muito bem entender que a prisão especial é constitucional. Segundo o autor, prerrogativa é o direito inerente a certa função e regalia diz respeito à concessão feita a uma determinada pessoa.

Muito se discute na doutrina se a prisão especial é benefício concedido à pessoa ou ao cargo ocupado pela mesma. Daí a manifestação de Damásio de Jesus (2004), que fica favorável à constitucionalidade da prisão especial, por entender que sua concessão ocorre ao cargo e não à pessoa.

Existem outros doutrinadores que se alinham favoravelmente à prisão especial, entendendo que ela não

fere princípios constitucionais e nem entra em contradição com a Constituição (BRASIL, 1988). Para eles, a existência da prisão especial está de acordo com o paradigma constitucional vigente, sem qualquer ofensa à Carta Magna ou a seus princípios. Um exemplo de seguidor dessa linha é Mirabete (2006, p. 370), que não vê na prisão especial nenhuma ofensa a princípios constitucionais. Ele assevera:

Sem ferir o preceito constitucional de que todos são iguais perante a lei, esta prevê hipóteses em que a custódia do preso provisório pode ser efetuada em quartéis ou prisão especial, prerrogativa concedida a certas pessoas pelas funções que desempenham, por sua educação ou cultura, por serviços prestados etc., evitando que fiquem em promiscuidade com outros presos durante o processo condenatório.

No mesmo sentido e com larga fundamentação, encontra-se Tourinho Filho (2006, p. 414), que, explicando o fato de que a prisão antes da sentença condenatória, por ser exceção e estar adstrita ao princípio da presunção de inocência, tem de ser aplicada com a maior benignidade possível, assim diz sobre o instituto:

[...] e a concessão do art. 295 é consentânea com essa ‘aconselhável benignidade’. Não há qualquer lesão ao princípio da isonomia. Não se trata de concessão a pessoas, não se trata de privilégio para certas pessoas, mas de uma atenção a certas pessoas, levando-se em conta, exclusivamente, a relevância, a majestade e a importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe no cenário jurídico-político da nação.

O renomado autor manifesta-se também no sentido de que a prisão especial não fere princípios constitucionais, expondo que não fere, especificamente, a isonomia porque a concessão é devida ao cargo e não à pessoa.

Ao que parece, os que sustentam tal tese (inexistência de ofensa à Constituição) ignoram que aquele que fica preso é o indivíduo e não o seu cargo ou função.

Muitos são os doutrinadores que opinam favoravelmente à prisão especial, fazendo suas análises e fundamentações sobre, na maioria das vezes, o texto legal, deixando de lado a fundamentação e argumentação jurídica, que, muito sabiamente, ultrapassa o texto da lei. (BATISTA, Nilo, 2003).

Porém, realizando-se uma análise do texto legal, alinhada à argumentação jurídica que se baseia nos princípios constitucionais, vê-se que a prisão especial não parece estar de acordo com a ordem constitucional, já que, como dizem muitos outros doutrinadores, a prisão especial deixa de lado a grande parte dos presos provisórios relegados, somente, à prisão comum. (BATISTA, Nilo, 2003).

Há aqueles doutrinadores que realizam a sua fundamentação com base na realidade e em discursos historicamente viáveis, isto é, voltam sua análise do problema não simplesmente para o que diz a letra da lei, mas para aquilo que, historicamente, tem sido produzido em termos de interpretação jurídica. Exemplo digno é Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 420) que, falando sobre a prisão especial, diz que:

[...] parece-nos absurdamente desigual o tratamento reservado a algumas pessoas, especialmente quando baseado no grau de escolaridade de que são portadoras (...) a distinção e a desigualdade revelam, de

modo subliminar, uma confissão estatal expressa no sentido de que os nossos estabelecimentos prisionais (delegacias, cadeias públicas etc.) devem mesmo ser reservados para as classes sociais menos favorecidas (econômica, financeira e até intelectualmente), o que, aliás, iria exatamente na direção de uma outra realidade, ainda mais sombria, qual seja, a da seletividade do sistema penal.

O referido doutrinador dá a entender, com sua argumentação, que a prisão especial fere a isonomia e a igualdade, por conceder o benefício a alguns poucos (que tem mais desenvolvimento escolar, econômico e até intelectual) em detrimento de outros que, por várias vezes, não puderam ter iguais oportunidades de desenvolvimento pessoal. Fala ainda da seletividade do sistema penal, esclarecendo que é justamente pelo fato de existirem dispositivos legais como esses que o sistema é sempre seletivo. Nesse ponto, Pacelli de Oliveira (2006) alinha-se, inclusive, a Zaffaroni, que também expõe sobre a seletividade do sistema penal.

Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista (2003), em uma de suas obras, discursam sobre a seletividade do sistema penal, esclarecendo os vários motivos pelos quais determinados tipos de pessoas se tornam vulneráveis à criminalidade secundária, entendida por ele como o ato, efetivo, de se levar alguém ao cárcere. Segundo ele, são os fatores seletivos do sistema que fazem as pessoas levadas ao cárcere ser quem são; os fatores seletivos levam apenas determinadas pessoas para o cárcere. E é isso que Pacelli de Oliveira (2006) quis dizer: que o sistema penal de criminalização, sendo seletivo como é, deixa recair, ou faz recair, sobre determinadas pessoas, os pesares do encarceramento, e que, quando outros indivíduos, que não fazem parte da seletividade do sistema, são encarcerados,

recebem tratamento diferente, de forma não isonômica. E para isso, Zaffaroni sustenta (2003, p. 47):

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto realiza). Em suma, as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível.

A leitura que Pacelli (2006) faz da lei processual, quando dispõe sobre a prisão especial é, sem dúvida, uma leitura amparada nas bases constitucionais do Estado Democrático, e, ainda, amparada na própria Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984) que predica sobre o tratamento aos encarcerados. Fala ainda do problema de não se estender melhor tratamento aos cárceres hoje existentes, gerando o que ele mesmo chama de socialização do terror:

[...] o problema maior que resulta da apontada desigualdade diz respeito à possibilidade prática de aplicação do princípio da isonomia na sua solução: o que deveria ser feito é a reivindicação das prisões especiais, ou melhor, prisões melhores e mais adequadas para a generalidade dos presos provisórios, e não a extinção de qualquer prisão especial. Em outros termos: a melhoria de todos os cárceres, em vez da socialização do terror. (OLIVEIRA, 2006, p. 421).

Tal análise feita pelo autor liga-se à realizada por autores como Juarez Cirino dos Santos (2007), Nilo Batista (2003) e Augusto Thompsom (2006), todos no sentido de que o sistema penal visa a excluir a grande maioria e conceder benesses a minorias, quando o que deveria ocorrer é, nem o contrário, mas sim a extensão das benesses indevidas a alguns; conceder as benesses devidas a todos, isonomicamente.

É nisto que consiste o ponto central da interpretação que esta pesquisa proporciona: seria a prisão especial constitucional se fosse aplicada a todos os casos de prisão provisória? É isso que se questiona, posto que, como dito, o tratamento benéfico aos encarcerados, como a prisão especial, não é inconstitucional, mas a limitação desse tratamento apenas àqueles que possuem os requisitos elencados pela lei processual penal constitui sim uma ofensa à Constituição.

Na mesma linha de pensamento, Nucci (2009, p.588) assim se manifesta:

[...] mais uma vez, associando-se aos casos de foro privilegiado, cria-se uma categoria diferenciada de brasileiros, aqueles que, presos, devem dispor de um tratamento especial, ao menos até o trânsito em julgado da sentença

condenatória. Menciona-se, na doutrina, para justificar a distinção, que a lei leva em consideração não a pessoa, mas o cargo ou a função que ela exerce. Não vemos, com a devida vênia, o menor sentido nisso. Quem vai preso é o indivíduo e não seu cargo ou sua função. Quem sofre os males do cárcere antecipado e cautelar é o ser humano e não o seu título. Em matéria de liberdade individual, devemos voltar os olhos à pessoa e não aos seus padrões sociais ou econômicos, que a transformem em alguém diferenciado. O correto seria garantir prisão especial – leia-se, um lugar separado dos condenados – a todo e qualquer brasileiro que, sem ter experimentado a condenação definitiva, não deve misturar-se aos criminosos, mormente os perigosos.

Pelo exposto, se vê que também Nucci (2009) se alinha à tese de que a prisão especial, por ser assim distinta, assim diferenciada, fere o constitucionalismo, e que a única forma de adequá-lo ao ordenamento vigente é estendê-la.

5.2 Prisão especial frente ao princípio da isonomia

Em razão dos argumentos expostos, como os de Pacelli de Oliveira (2006) e Zaffaroni e Batista (2003), parece acertado dizer que a prisão especial, tal como se encontra atualmente, fere o princípio da isonomia, tornando-se inconstitucional. Isso porque reserva, para alguns poucos, benefícios que violam o sentimento de igualdade entre os cidadãos. Sustentar que o benefício é concedido não em razão da pessoa, mas sim do cargo é o mesmo que mascarar a realidade, posto que, observando o fim, o efeito da disposição legal, o benefício vai ser

aplicado somente a algumas pessoas especialmente selecionadas pelo sistema penal.

Dizer que a prisão especial não fere a constitucionalidade é o mesmo que dizer que ela será aplicada ao “cargo” que a pessoa ocupa, como se ele, o “cargo”, fosse ficar encarcerado. Ao contrário, o que se vê é que a própria pessoa é que recebe os benefícios da prisão especial, e não o tal cargo. Por isso é que é adequado dizer que a prisão especial, atualmente, é inconstitucional. (BONAVIDES, Paulo, 1996).

Pacelli de Oliveira (2009, p. 26) assim assevera sobre a necessidade de interpretação conforme o paradigma constitucional:

Então, que o Direito Processual Penal brasileiro não pode mais ser aplicado com base na estrutura do ainda vigente Código de Processo Penal parece não haver dúvidas. As mudanças, inúmeras, trazidas pela Constituição da República, anunciam novos tempos para o trato da matéria, não só por força de uma interpretação explícita e de normas constitucionais em sentido contrário ao código, mas, sobretudo, pelo grau de maturidade cultural alcançado pelo estado brasileiro pós-constituente.

E a interpretação a que se refere Pacelli de Oliveira (2009) não é aquela que se limita ao plano teórico, antes pelo contrário. É aquela que reclama uma aplicação, uma atuação verdadeira e real sobre as situações jurídicas.

E essas situações jurídicas não são, de modo algum, meramente hipóteses, mas casos específicos e reais, em que os indivíduos são os participantes.

Nesse mesmo sentido:

Para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como a verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações,

públicas e privadas, que deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, parece já irrecusavelmente introjetada na cultura nacional a necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como fundamentais na ordenação constitucional (art. 5º, 6º e 7º, CF) (OLIVEIRA, 2009, p. 26).

Com tais palavras, pretende Pacelli de Oliveira (2009) dizer que, uma vez instalado o Estado Democrático de Direito e o Constitucionalismo decorrente desde 1988, toda a aplicação do Direito deve se pautar a, não simplesmente aplicar normas, mas, efetivamente, realizar, no seio social, as promessas de direitos fundamentais do homem, como forma de perseguir o fim constitucional proposto desde então. E nisso está inclusa a proposta de extensão do benefício da prisão especial aos demais presos provisórios, aos quais, hoje, se aplica tão somente a chamada prisão comum. É mister que se atente para essa questão, da discrepância entre a prisão especial e a prisão comum: ambas se aplicam aos presos provisórios, para quê distingui-los?

Assim, no que tange à prisão especial, não basta que seja ela um benefício ao que a ela está submetido, levando-se em conta as demais modalidades prisionais. Ela tem que ser mais estendida, isto é, aplicada aos demais casos. Só assim, parece, ela se alinhará à ordem constitucional vigente, sem ferir qualquer que seja o princípio jurídico. (OLIVEIRA, 2009).

É certo que a prisão especial está mais alinhada à dignidade da pessoa humana do que a prisão comum, não há dúvidas. Mas há que se considerar que resguardar a dignidade de algumas pessoas somente, fere o princípio da isonomia e, até mesmo, a Constituição, o que não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito,

constitucionalmente estabelecido. Ainda mais porque é a própria Constituição que predica o princípio da isonomia; é ela própria que reclama a não distinção dos cidadãos. (OLIVEIRA, 2009)

Muito se discute acerca do chamado sopesamento de valores, ou seja, saber qual valor deve prevalecer em relação a outro, saber qual princípio, qual norma jurídica deve prevalecer. E isso é tarefa das mais apuradas e difíceis para o operador jurídico, posto que ele tem que partir da ideia de que ambos os valores, os princípios ou normas são aptos a serem aplicados e estão em consonância com a Constituição, não podendo ser, por isso, afastados de aplicação. (OLIVEIRA, 2009).

Entretanto, o sopesamento de valores (dignidade da pessoa humana e princípio da isonomia), ou conflito de princípios, como alguns chamam, deve pautar-se pelo que a Constituição (BRASIL, 1988) historicamente quis resguardar, isto é, os dois valores são importantes, mas devem existir em consonância, para não se excluírem mutuamente. Dessa forma, estando de um lado a dignidade da pessoa humana e de outro o princípio da isonomia constitucional, tem-se que se um for aplicado unicamente, sem atentar-se para o outro, a Constituição (BRASIL, 1988) restará violada. Assim, a atuação que se mostra mais correta é a conjugação dos dois, ou seja, conceder um tratamento digno a todos, pois assim os dois valores serão guardados. (OLIVEIRA, 2009).

É esperado, entretanto, que o Estado vá afirmar não ter condições de prover aos presos comuns uma prisão nos moldes da especial, mas isso não pode ser argumento para ele próprio se escusar de seu dever, já que a administração carcerária está sob sua tutela, e, como tal, deve ser devidamente empreendida. Aliás, a própria Lei de Execuções Penais tem diversos dispositivos que não são efetivamente cumpridos pelo Estado, e isso não tira deles o caráter de “obrigação estatal”. (BRASIL, 1984)

Pelo exposto, nos moldes em que está a prisão especial atualmente, entende-se que não há como mantê-la em consonância com o princípio da isonomia constitucional. A única forma de se mantê-la na ordem constitucional vigente e em consonância com o princípio da isonomia seria a sua extensão às demais modalidades de prisão provisória, de forma que tanto os que se submetem à prisão comum quanto os que se submetem à hoje chamada prisão especial recebam efetivamente tal concessão. Somente assim parece viável a manutenção do instituto aqui estudado no ordenamento jurídico vigente. (BONAVIDES, 1996 e BONATO, 2003).

6 CONCLUSÃO

A prisão especial é instituto que resguarda e prima pela dignidade da pessoa humana. Sua implantação oferece ao indivíduo encarcerado provisoriamente por meio dela um tratamento mais humano e adequado à característica de pessoa, levando-se em consideração as demais formas de prisões existentes.

E isso é de grande importância. Diga-se, já que a Constituição (BRASIL, 1988) fixou como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, o qual, como elemento constitucional, deve servir de paradigma interpretativo para quaisquer situações jurídicas. (BONAVIDES, Paulo, 1996).

Por outro lado, a aplicação de prisões especiais somente a determinados indivíduos parece ferir o princípio da isonomia. É que, a Constituição (BRASIL, 1988) estabeleceu também como princípio fundamental a isonomia, que assegura tratamento semelhante para situações iguais. E a situação dos que se submetem à prisão especial, atualmente, é a mesma dos que se submetem à prisão comum, levando-se em conta aquilo

que são: indivíduos. (CARVALHO, 2009 e BONAVIDES, 1996).

Não se deve considerar o cargo ou função da pessoa para a aplicação da prisão especial, como diz parte da doutrina, mas sim que todos são indivíduos sujeitos a um procedimento penal.

Por esta razão, pode-se dizer que a prisão especial, da forma como se aplica atualmente, fere a Constituição (BRASIL, 1988), pelo princípio da isonomia, em virtude de assegurar um tratamento mais digno somente a determinados indivíduos. (CARVALHO, 2009).

Por conseguinte, a única forma de aplicá-la em consonância com a Constituição (BRASIL, 1988), é através da extensão aos demais casos de prisão provisória (às prisões comuns). A prisão especial é válida apenas no caso da prisão provisória, sendo elas prisão temporária e a prisão preventiva. A prisão preventiva é basicamente a detenção do preso antes da emissão de sua sentença, ou seja, de sua condenação definitiva, chamada juridicamente de trânsito em julgado. Após a sentença final em mãos, caso a decisão do Judiciário tenha sido pela prisão do réu, a prisão passa a ser definitiva e não mais preventiva e assim também acaba a prisão especial. Na prisão preventiva definitiva, não existe diferença de celas, é, portanto, igual para todos os condenados e não está inclusa no art. 295 do CPP. Ademais, o preso especial e o comum não devem ser transportados juntos.

Essa parece ser a maneira que se encontra para, respeitando-se o constitucionalismo atual, respeitar e prover tanto o princípio da dignidade da pessoa humana, quanto o princípio da isonomia. (CARVALHO, 2009 e BONAVIDES, 1996).

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Código de Processo Penal: Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. In: *Palácio do Planalto*, 1941. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 24/10/2018

BRASIL. Código penal: Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. In: *Palácio do Planalto*, 1940. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 24/10/2018

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. In: *Palácio do Planalto*, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 24/10/2018

BRASIL. Lei de Execuções Penais, 11 de julho de 1984. In: *Palácio do Planalto*, 1984. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em 24/10/2018

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, v.1. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey , 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, parte geral, v. 1. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio E. de. *Código De Processo Penal anotado*. 21 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

MARQUES, Frederico. *Tratado de Direito Penal*, v. 3. 6 ed. São Paulo: Millenium, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2009.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>.
Acesso em 24/10/2018.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal, evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: Jalovi, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Introdução crítica ao direito penal*. São Paulo: Ed ICPS, 2007.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. São Paulo: Ed. Forense, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo penal*. 22 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, E. Raul e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SISTEMA PENITENCIÁRIO E REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Talita Aparecida Araújo Calixto⁴

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por objetivo apresentar os pontos mais críticos do sistema carcerário brasileiro, contribuindo assim para a reincidência penal. Dessa maneira, cabe frisar aquelas pessoas que já permaneceram enclausuradas em celas públicas submetendo-se ao atual sistema penitenciário brasileiro e, assim, apresentando suas reais falhas e obrigações. Nesta pesquisa tende-se a estabelecer um paralelo entre a verdadeira condição carcerária atual e a lei específica daqueles que cumprem pena, qual seja a Lei 7.210/84, intitulada Lei de Execução Penal, verificando assim quais seriam as melhores maneiras de efetivação da lei supramencionada para garantir uma melhoria do sistema. Inicialmente o estudo disporá sobre a parte teórica que envolve as penas, qual seja a sua parte histórica, bem como sua classificação. Após, apresentará em linhas gerais uma reflexão sobre a Lei de Execução Penal. Por fim, na tentativa de solucionar a crise existente no atual sistema prisional pátrio, apresentará as possíveis hipóteses para uma mudança para melhoria desse sistema, reduzindo assim a reincidência penal. Durante toda a pesquisa, de natureza qualitativa, descritiva e explicativa, foi utilizado o procedimento bibliográfico.

⁴ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

Palavras-chave: Sistema Penitenciário. Ressocialização. Reincidência.

1 INTRODUÇÃO

Hoje em dia predomina a falta de confiança nas pessoas para com a segurança existente no país, seja pelo fato de já terem sido vítimas de alguma violência ou ameaça de crime, seja pelo conhecimento dos fatos vividos por outros envolvidos. (BARATTA,2002).

A população acredita que ficará à mercê dessa nova frente criminosa, já que o Governo não tem conseguido responder à altura a afronta representada pela ação de quadrilhas, milícias e pequenos criminosos. Desse modo, permeia-se a insegurança de um modo geral no mundo. Nessa linha de pensamento, nosso estudo terá como foco principal a abordagem dinâmica acerca da fragilidade do sistema, apontando problemas reais das condições existentes nas penitenciárias e a legislação, como sendo possíveis justificativas para tamanha ineficácia do referido sistema. (BARATTA,2002).

Todavia, não há como especificar que os fatores advêm somente das atitudes das classes mais desfavorecidas na tentativa de melhores condições de vida, mas, também daquelas mais abastadas, uma vez que estas se arriscam no universo da criminalidade, por acreditarem piamente na ausência de penalização, ou, em sentido inverso, a atribuição de pena que não seja proporcional ao dano causado e ao bem jurídico atingido. (BARATTA,2002).

Deste modo, a implementação de penas alternativas por parte do Estado resta prejudicada, em virtude de que todas as utilizadas causam a impressão de que não se alcançará a diminuição da criminalidade e da reincidência penal, mas, por outro lado, acredita-se que as penas alternativas impostas, em muito contribuem para o

agravamento dos problemas de cunho social, econômico, familiar e psíquico. (BARATTA, 2002).

E frente a este contexto, o Estado, diante do sistema penitenciário, possui a obrigação de punir, vigiar, além de ressocializar o apenado para que possa reingressar, de forma digna, no antro social. (MASSON, 2011).

No entanto, seja pelos fatores geradores considerados alhures, ou até mesmo por esses poderem ser os motivos para tais atitudes, existe ainda a percepção de que o Estado não consegue alcançar com primor a maior das funções da pena, qual seja, a de ressocializar o agente, visto que muitos dos presos retornam a prática de novos delitos após o término do cumprimento da pena, e, assim, tornam-se reincidentes. (MASSON,2011).

É do conhecimento de todos que o Estado, na tentativa de priorizar a aplicação do Princípio da Dignidade Humana, apesar de falhar cabalmente em diversos pontos, acaba por envolver os detentos em um manto protetor extenso, fato este que incomoda sensivelmente a população, mas que faz surgir na mente dos infratores que o mundo do crime se trata de caminho viável, bem como intensifica a massa carcerária, haja vista que poucos são aqueles que dão valor à liberdade. (MASSON,2011).

Desta feita, várias explicações podem ser encontradas para o fracassado sistema penitenciário brasileiro, seja pela falha da efetivação da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), pelo ambiente em que se desenvolvem os meliantes ou até mesmo pelo tratamento recebido durante o encarceramento, além da forma insípida pela qual o detento, quando do cumprimento integral de sua pena, acaba sendo reinserido na sociedade. (MASSON,2011).

No primeiro capítulo um apanhado das penas no contexto histórico, apresentando teorias e formas de

classificação perante a função social do Direito Penal. E, em um segundo momento, buscará apontar sistematicamente os pontos críticos do sistema carcerário brasileiro.

Por outro lado, o terceiro capítulo no que diz respeito a aplicação efetiva da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). O quarto capítulo abordará a possibilidade de controle da reincidência criminal, e o quinto e último capítulo apresentará as propostas de solução para a crise no sistema penitenciário até então apresentadas pelo Poder Público.

2 AS PENAS NO CONTEXTO HISTÓRICO

Para uma melhor compreensão acerca da finalidade das penas, se faz necessário tomar conhecimento de sua evolução histórica.

Muito se acredita que a primeira pena aplicada na história da humanidade tenha sido aquela sofrida por Adão e Eva, ainda no paraíso, quando foram expulsos do jardim do Éden, no momento em que Eva, após ser induzida pela serpente comeu o fruto proibido e fez com que Adão também o comesse, tendo dessa forma violado a única condição imposta pelo Criador, para que desfrutassem da vida eterna. (GRECO, 2007).

Diversas foram as espécies de execuções das penas ao longo do tempo, inclusive, predominava nas antigas civilizações o método do encarceramento, o qual é adotado atualmente. As punições eram aplicadas em condições mínimas de segurança, em ambientes subterrâneos e totalmente insalubres, destacando-se ainda, as penas de mutilação, torturas, castigos corporais, pena de morte, dentre outras. (BITTENCOURT, 2011).

Ao conceituar pena, Greco assevera que “[...] é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal” (GRECO, 2007, p. 483), e esta

pode ser aplicada em diferentes modalidades, seja como privação de liberdade, restrição de direito ou imposição de multa.

Em um estudo da evolução histórica da pena, é necessário destacar quatro fases mais importantes: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário. (BIGOLI; BEZERRO, 2015).

Na fase denominada vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima ou de seu grupo de convívio, que muitas vezes agiam de forma desproporcional à ofensa, de modo a atingir além o ofensor, o seu grupo, sendo certo que este modelo rompe com os princípios atuais da proporcionalidade e da individualização da pena. (MIRABETE, 2014).

Acerca do assunto, Edilson Bonfim e Fernando Capez (2004, p. 43) esclarecem que “[...] a pena ultrapassava a dimensão da pessoa do infrator para se dimensionar em sua família ou até em sua tribo, com sua total dizimação, não se importando com a figura da culpa”.

Com a evolução social, surge a lei de Talião e a Composição, sistemas punitivos que deram um indício de proporcionalidade entre a pena e o delito. Nesse sentido, Mirabete (2014, p. 16) afirma que “[...] o talião limitava a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado”.

A Composição por sua vez, surgiu em momento posterior, como forma de aplicação de uma punição mais branda ao infrator utilizando-se a composição e a inimizade este e sua família, que deveriam sofrer a vingança do sangue. (ZAFFARONI, 2002).

Ainda na fase da Composição havia a substituição do cumprimento da pena pelo pagamento (moeda, gado, vestes etc.) e conseqüente reparação do dano causado. (MIRABETE, 2014).

No período da vingança divina, “[...] a repressão ao delinquente, fundamentava-se na ira da divindade ofendida pelo crime. A administração da sanção penal

ficava a cargo da vingança dos sacerdotes que agiam como mandatários dos deuses.” (CANTO, 2000, *apud* SILVA, 2003, p. 10-11). Esta fase foi marcada pela crença em uma divindade superior que determinava a conduta dos povos através de mediação dos sacerdotes.

Já na época da vingança pública, surge no seio das comunidades a ideia de líderes ou argumentação através de assembleias. Assim, a pena passou a ser uma sanção facultada a partir da vontade de alguma autoridade pública emanada na vontade geral da comunidade. (OLIVEIRA, 2016).

Alexandre Mariano Costa (1999, p. 15), dispôs sobre esta fase que :

A pena, portanto, perde sua índole sacra para transformar-se em uma sanção imposta em nome de uma autoridade pública, representativa dos interesses da comunidade. Não era mais o ofendido ou mesmo os sacerdotes os agentes responsáveis pela punição, e sim o soberano (Rei, Príncipe e/ou Regente). Este exercia sua autoridade em nome de Deus e cometia inúmeras arbitrariedades.

A autora Odete Maria de Oliveira (2003, p. 36), acrescenta sobre as espécies de pena aplicada que “Neste período surgiram os suplícios corporais. Pessoas eram esquartejadas, marcadas a ferro quente, dentre outros castigos cruéis. A pena era aplicada em praça pública, para que todos pudessem ver o que acontecia a quem praticava um crime”.

Por fim, no século XVIII nascia o período que os estudiosos chamaram de humanitário. Antônio Roberto Xavier (2004) em sua tese de mestrado sobre Planejamento e Políticas Públicas, asseverou que:

Com o advento das ideias humanitárias do iluminismo no Estado Moderno e, posteriormente, no Estado-Nação Liberal, a razão prevalecia e, portanto, os governantes deveriam agir à base do racionalismo humano, do manto da lei. Influenciado pela proposta lockeana de um poder legislativo, Montesquieu definirá a arte de legislar como instrumento capaz de evitar as contradições dos códigos e adequar as leis à natureza e aos princípios dos governos.

Por sua vez, Eduardo Lins e Silva (2001, p. 14), destacou que:

Os pensadores iluministas, em seus escritos, fundamentam uma nova ideologia, o pensamento moderno, que repercutiria até mesmo na aplicação da justiça: à arbitrariedade se contrapôs a razão, à determinação caprichosa dos delitos e das penas se pôs a fixação legal das condutas delitivas e das penas. Os povos clamavam pelo fim de tanto barbarismo disfarçado.

2.1 Teorias da pena

Como forma de solucionar os problemas referentes a criminalidade se faz inadmissível a postura do Estado conforme o adotado durante a história, e para isso este faz uso do Direito Penal para alcançar a efetiva garantia do direito à segurança. (GRECO, 2011).

Nesse diapasão, Greco (2011, p. 473) afirma “Assim, de acordo com nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”.

Desta forma, a pena passou a ser utilizada pelo Estado como um meio de intermediar o convívio social, sendo utilizada para proteção de bens jurídicos que quando afetados reiteradamente podem causar exacerbado desequilíbrio social. (BITTENCOURT, 2011).

Entretanto, para se identificar cada teoria adotada, é necessário relacionar o fato ocorrido à sua consequência. Nesse sentido, no que tange a função social da pena, foram criadas as seguintes teorias: teoria absoluta ou retributiva, teoria relativa ou da prevenção, teoria mista ou unificadora da pena. (GRECO, 2011).

A primeira delas, intitulada de teoria absoluta ou retributiva, como o próprio nome indica, reside no caráter retributivo da pena. Segundo César Roberto Bittencourt (2015, p. 133):

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria *justificada*, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado [...].

Acerca da teoria absoluta, elucida o autor Claus Roxin (2003, p.81-82):

[...] a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu feito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos

profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com gravidade do delito, que o compense.

Destaca-se que o objetivo do Direito Penal é romper com medidas de extrema violência, tendo em vista as garantias previstas na Carta Magna, que visam impedir qualquer tipo de agressão, intransigência ou outro aspecto humilhante que faça com que o cidadão se sinta excluído da proteção dos princípios consagrados na legislação pátria. (GRECO, 2011).

A teoria relativa ou da prevenção se difere da teoria absoluta, principalmente, porque se baseia no critério da prevenção e não da retribuição pelo mal causado, ela busca conferir a pena, a missão de afastar o cometimento de novos delitos no futuro, objetivando prevenir a ação criminosa, servindo como garantia social. Para isso se biparte em prevenção geral, negativa e positiva e prevenção especial, negativa e positiva. (BITTENCOURT, 2015).

A teoria da prevenção geral está relacionada à generalidade dos indivíduos, de forma que a pena seja entendida como meio de imposição e execução de uma medida que iniba todos os demais infratores, para não praticarem mais nenhum ato criminoso, servindo como complemento das normas de proteção dos bens jurídicos vigentes. Aqui, a pena tem o caráter ameaçador, pois, segundo Cezar Roberto Bittencourt (2015, p. 144), “[...] com a ameaça de pena, avisando os membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.”

Sob este contexto, é possível visualizar que a pena impõe restrições ao sofrimento, e o enclausuramento é uma forma de intimidação para que na hipótese do criminoso praticar outros delitos, fique claro que o Estado

conceberá uma reprimenda penal adequada, melhor dizendo, lhe será imposta uma pena. (BITTENCOURT, 2011).

De forma breve, relata Bittencourt (2011, p. 108) “A teoria geral fundamenta-se em duas ideias básicas: a ideia da intimidação, ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem.”

A prevenção negativa, também conhecida como prevenção por intimidação produz efeitos de intimidação sobre todas as pessoas, assegurando que por meio do medo, as pessoas irão se abster do cometimento de delitos. Neste sentido, afirma Greco (2011, p. 475):

[...] por meio da prevenção geral negativa ou prevenção por intimidação, o Estado se vale da pena por ele, aplicada a fim de demonstrar a população, que ainda não delinuiu, que, se não forem observadas as formas editadas, esse também será o seu fim. Dessa forma, o exemplo dado pela condenação daquele que praticou a infração penal é dirigido aos demais membros da sociedade.

Lado outro, em seu artigo “Das Funções da Pena”, publicado no site âmbito jurídico, Henrique Moraes (2013, *online*) assevera que:

Nesta vertente doutrinária, a pena se impõe pelo medo, ou seja, ela deve ter a capacidade de atemorizar as pessoas da sociedade, independente do sofrimento da pessoa que a suporta, para que aquele delito não seja praticado novamente. Portanto, as penas teriam de ser proporcionais aos fatos pelos quais são impostos, devendo ser mais rígidas a medida que os crimes prescritos por elas fossem praticados.

Assim, a dosagem da intimidação é calculada conforme a gravidade do delito praticado e do bem jurídico tutelado. Sob esta ótica, a condenação criminal com observância à intensidade da conduta na aplicação da pena fundamenta a teoria da prevenção geral negativa, uma vez que o constituinte majora ou impõe sanções mais rígidas, conforme a gravidade da conduta, visando uma diminuição da criminalidade, para que os sujeitos reflitam antes de cometerem qualquer tipo de infração, ou se aventurem quando da tomada de medidas nocivas à sociedade, e, logicamente, tipificadas em lei. (GRECO, 2011).

Existe, portanto, outro lado da moeda, outra vertente da prevenção geral tida como positiva, propondo uma mudança de perspectiva quanto ao alcance de fins preventivos, que já não mais estão projetados para reeducar quem delinuiu, mas sim para oferecer um equilíbrio ao ordenamento jurídico. (BITTENCOURT, 2015).

Esta teoria norteia os indivíduos de maneira geral, a fim de impedir a prática de novos crimes por qualquer sujeito da sociedade como um todo, visando que a pena funcione como um instrumento destinado à consolidação normativa. (GRECO, 2011).

No seu lugar a teoria da prevenção especial tenta inibir a conduta criminosa, voltado essencialmente para o delinquente, de modo com que este não volte a praticar novas infrações. (BITTENCOURT, 2015).

Em seu escólio Bittencourt (2011, p. 111) faz o seguinte apontamento “A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, mas sim visando apenas aquele indivíduo que já praticou algum delito para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.”

A dita teoria da prevenção especial se biparte ainda, em prevenção negativa e prevenção positiva. A

primeira está intimamente relacionada a intimidação do agente que praticou a conduta ilícita, de modo que esse através da aplicação de uma sanção penal, não mais volte a praticar crimes. Nessa esteira, a teoria da prevenção especial negativa procura impedir a reincidência através de ações eficazes. Exemplificando, muito embora exista o isolamento do indivíduo e em que pese ser este um mecanismo de potencial, tal modalidade de pena é bastante discutível diante de sua real eficácia. (BITTENCOURT, 2011).

De modo diverso aborda a teoria da prevenção especial positiva, uma vez que essa não tem como objetivo corrigir, reparar o ato cometido pelo delinquente, mas tão somente de paralisar as implicações de sua inferioridade. Essa corrente versa principalmente sobre a função social da pena, qual seja a de ressocialização do delinquente, a partir da adoção de medidas capazes de corrigir a conduta criminosa, com o objetivo de inibir a reincidência penal. Defende-se uma forma de cumprimento de pena mais voltada para a abordagem da personalidade do agente, para assim torná-lo uma pessoa melhor e não um indivíduo contumaz na prática dos delitos. De maneira sistematizada, essa teoria defende que as sanções penais têm por objetivo a ressocialização, a reinserção do apenado em sociedade, evitando que depois de cumprida sua pena de forma integral, esse volte a praticar delitos, fato este que fomenta o credo na humanidade, e em sua capacidade de oferecer uma segunda oportunidade para aqueles que violam as normas penais. (GRECO, 2011).

Nesse sentido o autor Roxin (*apud* GRECO, 2011, p. 474) faz a seguinte menção: “[...] a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”. Denota-se aqui o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, soprando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros.

Diante desse entendimento percebe-se o valor que possui a reinserção do infrator ao convívio social. É notório o fato de que a sanção penal deve ser interpretada como um mal necessário quando da reclusão do infrator. Contudo, no momento em que este retoma os rumos de sua vida após o cárcere, se este não possui um plano de ação e possibilidades para uma nova oportunidade, em dado momento voltará a delinquir, surgindo então a necessidade de discussão quanto a real função social da pena e sua efetividade, qual seja, a ressocialização do delinquente. A ressocialização tem por objetivo, fazer com que o ex-apenado, agora um sujeito livre, adquiria a confiança da sociedade novamente, e assim conviva em harmonia com a coletividade. (GRECO, 2011).

Na contemporaneidade a aplicação da pena está intimamente relacionada a uma execução efetiva, de modo que impeça e iniba a prática de novos delitos, além de ser interpretada como uma maneira de reprovação pela prática de ação perniciososa por parte do indivíduo infrator. Assim, vê-se que a pena tem com o condão de reprimir o delinquente, prevenir contra novas ocorrências do delito, além da proteção aos bens jurídicos e reinserção do ex-detento. Portanto, é de grande valia uma análise pormenorizada sobre a inclusão do indivíduo de forma harmônica na sociedade como um todo, após a quitação integral de sua dívida com a sociedade, que se perfaz com a extinção da pena pelo cumprimento. (GRECO, 2011). Conforme o autor Greco (2011, p. 475) assevera:

Independentemente das críticas que se faz á primeira das vertentes do Direito Penal voltada para as consequências, qual seja a proteção de bens jurídicos, nesta oportunidade abordaremos somente aquelas que se dirigem as duas formas de prevenção geral e especial.

Desse modo, cabe mensurar a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo ostentado de forma expressa no artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940) uma mitigação entre os deveres de prevenção e retribuição como competência da pena.

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. (BRASIL, 1940, *online*).

Em posicionamento convergente, Mir Pírg (*apud* BITENCOURT, 2011, p. 112) expressa “[...] que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena”. Portanto percebe-se que o posicionamento do autor é voltado para uma reflexão eclética.

Nesta linha de raciocínio, nos dizeres de Fernando Capez entende-se que “[...] a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*)” (CAPEZ, 2011, p. 385).

Assim, se faz claro o caráter punitivo e reeducativo da pena, ressaltando que sua aplicação deverá ser justa e adequada, bem como, em atenção ao princípio basilar da proporcionalidade e equivalência da pena, esta deverá ser equilibrada, tendo como parâmetro absoluto a gravidade do delito praticado. (CAPEZ, 2011).

Para o autor Prado (2005, p. 563):

De acordo com esse direcionamento, assevera-se que a pena

justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de conciliação com a sociedade. Dessa forma, a retribuição jurídica torna-se um instrumento de prevenção, e a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua denegação.

No que tange a pena, Prado (2005, p. 522) elucida que:

A pena- espécie de gênero sanção penal- encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja justa, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social.

Assim, denota-se que a pena, como regra geral, tem por objetivo a manutenção da ordem social.

2.2 Classificação das penas

A Carta Magna vigente em seu art. 5º, XLVI apresenta como rol de penas a serem aplicadas àqueles que praticam infrações penais: a privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos. São excluídas como punição a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento ou cruéis. (NUCCI, 2009).

Assim, seguindo os moldes da legislação constitucional, o art. 32 Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) especifica as espécies de pena aplicáveis, sendo certo que todo aquele que praticar uma ação contrária à norma, receberá uma sanção penal proporcional à gravidade de cada delito. (NUCCI, 2009).

Para que a punição fosse exercida de forma efetiva, foi necessário estabelecer uma divisão das penas. O Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), classificou as penas em três espécies, de acordo com o bem jurídico do condenado que se pretende atingir: as penas privativas de liberdade que restringem a liberdade ou o direito de locomoção do apenado por tempo determinado, as penas restritivas de direito, que é considerada pena alternativa à privativa de liberdade e retira por determinado tempo alguns direitos do condenado, e por fim, a pena de multa, que recai sobre o patrimônio do acusado. (NUCCI, 2009).

A pena privativa de liberdade está previstas nos art. 33 e seguintes do Código Penal (BRASIL, 1940), e se subdivide em três espécies: detenção, reclusão e prisão simples. Estas são determinadas como pena em cada tipo penal de forma expressa, com escopo de retirar o indivíduo do convívio social por tempo determinado, privando-o da liberdade que é um bem jurídico comum a todos os cidadãos.

Na esteira doutrina de Nucci (2009, p. 371):

[...] O método atual de punição, eleito pelo Direito Penal, que privilegia o encarceramento de delinquentes, não estaria dando resultado e os índices de reincidência estariam extremamente elevados. Por isso, seria preciso buscar e testar novos experimentos no campo penal, pois é sabido que a pena privativa de liberdade não tem resolvido o problema da criminalidade. No mesmo diapasão, preleciona o autor Mirabete (2003, p. 251-

252): O sistema de penas de privativa de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daquele a que, em liberdade, deverá obedecer. Isso sem falas nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento, como a superlotação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados.

As espécies de reclusão e detenção são instituídas como consequência da prática de delito, de forma proporcional à sua gravidade. As penas de reclusão são estabelecidas inicialmente nos regimes fechados, semiabertos ou abertos. Por outro lado, a pena de detenção é aplicada nas aos delitos de menor gravidade, nos regimes abertos ou semiabertos. (BITENCOURT, 2015).

Nesse norte Prado (2005, p. 576) assevera:

A diferenciação entre reclusão e detenção hoje se restringe quase que exclusivamente ao regime de cumprimento da pena, que na primeira hipótese deve ser feito em regime fechado, semiaberto, enquanto na segunda alternativa – detenção admite-se a execução somente em regime semiaberto ou aberto, segundo dispõe o artigo 33, caput, do código Penal. Contudo, é possível a transferência do condenado a pena de detenção para regime fechado, demonstrada a necessidade da medida. Em sua obra Nucci (2010, p. 316) menciona: São as penas de reclusão, detenção e prisão simples. As duas primeiras constituem decorrência da prática de crimes e a terceira é aplicada a contravenções penais. As penas de prisão

simples devem ser cumpridas, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto.

No mesmo sentido ressalta Bittencourt (2011, p. 517) sobre as diferenças entre reclusão e detenção:

[...] A começar pelo fato de que somente os chamados crimes mais graves, são puníveis com a pena de reclusão, reservando-se a detenção para os delitos de menor gravidade. Como consequência natural do anteriormente afirmado, a pena de reclusão pode iniciar o seu cumprimento em regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, algo que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Somente o cumprimento insatisfatório da pena de detenção poderá levá-la o regime fechado, através da regressão.

As citadas penas são predominantes no ordenamento jurídico contemporâneo, mesmo diante da situação precária do sistema prisional que pode ser considerado um sistema degradante e destruidor da personalidade humana, e vem se tornando um estímulo para a criminalidade. (PRADO, 2005).

Contudo, cabe mensurar que o só fato de o crime ser exemplo de alta gravidade não justifica a aplicação do regime fechado. Os requisitos que traçam a proporcionalidade da pena com a gravidade do delito são estabelecidos inicialmente pelo art. 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), bem como à Súmula 718 (BRASIL, 2003) do STF, que repercute a respeito do juízo de valor feito pelo julgador quanto da importância do delito em relação a motivação idônea para a imposição de penas

mais rígidas, conforme aquela permitidas pela legislação. (PRADO, 2005).

Entretanto, as pessoas de um modo geral devem se conscientizar das consequências negativas proporcionadas pela aplicação das penas de reclusão ou da detenção de um indivíduo, tanto durante a execução da pena quanto após ser ele voltado ao convívio social. (PRADO, 2005).

Como se não bastasse os critérios elencados acima, para se restringir a liberdade de um indivíduo se faz importante conjecturar diversas garantias fundamentais, dentre elas, a anterioridade da lei penal, princípio disposto no artigo 5^a, inciso XXXIX da Carta Magna, lê-se “[...] não há crime sem anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 1988, *online*).

Quanto à pena restritiva de direitos, esta tem por finalidade garantir total eficácia das penas privativa de liberdade em curto prazo aplicada à conduta delitiva de baixa repercussão, vez que são substituídas por excelência. De acordo com o prelecionado no art. 43 e subsequente de Código Penal o caráter substitutivo, tem por escopo enfatizar o real significado de se privar alguém de sua liberdade, por isso, estas são aplicadas em um segundo momento se presentes os requisitos legais para tanto. (MIRABETE, 2003).

Complementando, Mirabete (2003, p. 267) expõe que:

Diante da já comentada falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios da ressocialização, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para essa sanção, ao menos nos que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável.

Todavia, Pimentel (*apud* MIRABETE, 2003, p. 268) ressalta a grande dificuldade enfrentada na aplicação das sanções penais “[...] o grande problema referente à aplicação das penas alternativas reside no fato de que elas somente podem ser atribuídas a réus que não ofereçam periculosidade, e que possam permanecer em liberdade.”

No Brasil as penas restritivas de direitos são tidas como penas alternativas ou substitutivas de caráter geral. Assim sendo, no momento em que autoridade judicial aplica uma das penas privativa de liberdade, pode substituí-la por uma restritiva de direito, de modo que contribua com a redução dos dados críticos do sistema penitenciário. (PRADO, 2005).

Quanto a pena restritiva de direitos, sustenta Prado: (2005, p. 607)

[...] as penas restritivas de direitos previstas no estatuto atual é autônoma e não acessórias sendo, que conseguinte, inadmissível sua cumulação com a pena privativa de liberdade. São de fato substitutivas desta última, de modo que sua aplicação exige, em uma etapa preliminar, a fixação pelo juiz do quantum correspondente a privação da liberdade, para ao depois proceder-se a sua conversão em pena restritiva de direito, quando for possível.

O STJ manifestou seu posicionamento no sentido de que as penas restritivas de direitos se qualificam pela opção de se escolher entre a privação de liberdade ou outra medida, visando diminuir o encarceramento de sentenciados por infrações penais de menor potencial ofensivo, promovendo a reabilitação do indivíduo por meio da restrição de determinados direitos. (PRADO, 2005).

São espécies de pena restritiva de direitos: prestação pecuniária, prestação de serviço a comunidade ou a entidades públicas, perda de bens e valores, limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos. (NUCCI, 2009).

A primeira espécie de pena restritiva de direito, consiste na prestação pecuniária que corresponde a uma obrigação de pagar quantia certa em dinheiro a vítima, seus dependentes ou a uma instituição particular ou pública com propósito social, entretanto, em respeito a individualização da pena, esta deve atingir somente ao infrator, cabendo ao Estado, sua execução. O valor da prestação deve ser estabelecido pelo juiz no momento da condenação, respeitando os limites mínimos de um salário mínimo vigente a época e máximo de trezentos e sessenta vezes esse valor. (NUCCI, 2009).

Esta espécie de pena não pode ser confundida com a multa reparatória, uma vez que a primeira trata-se de uma hipótese aplicada quando da ocorrência de dano material ao ofendido em razão do ilícito praticado, ao passo que a segunda só é concebível na falta de prejuízos individuais. (NUCCI, 2009).

Outra espécie de pena restritiva de direitos, diz respeito a pena de perda de bens e valores pertencentes ao condenado, relacionando-se aos rendimentos adquiridos por ele em razão da prática do delito, sendo os mesmos destinados ao Fundo Penitenciária Nacional. (MIRABETE, 2015).

Segundo ensinamentos de Nucci (2009, p. 423):

É a transferência ao fundo penitenciária nacional de bens e valores lícitos do condenado, como forma de puni-lo, evitando-se o cárcere, tendo por limite o prejuízo gerado pelo crime ou lucro auferido. (...) A Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é pertinente aos trabalhos

gratuitos ao apenado retornado os institutos assistenciais em geral, como forma de reeducá-lo e gerando empenhos de maneira angustiante, consistente na modificação da pena privativa de liberdade na redução de uma hora de trabalho por dia de condenação.

Conforme elucida Bittencourt (2011, p. 572) “[...] a doutrina tem conceituado como o dever de prestar determinada quantidade de horas de trabalho não remunerado e útil para a comunidade durante o tempo livre, em benefício de pessoas necessitadas ou para fins comunitários.”

Considera-se a pena de interdição temporária de direitos como sendo a autêntica pena restritiva de direito, pois esta tem o condão de impedir a execução de um determinado direito relacionado a prática delituosa até então permitido, por um período determinado, como meio de reprimir o autor do delito. (NUCCI, 2009).

No escólio de Nucci (2009, p. 423) “[...] é a proibição de exercício de atividade pública ou privada, durante determinado tempo, bem como a suspensão de autorização para dirigir certos veículos ou a proibição de frequentar determinados lugares.”

Esse tipo de pena, de acordo com art. 47 do Código Penal (BRASIL, 1940, *online*) é dividido em:

[...] proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, proibição de frequentar determinados lugares.

Cada um com seus contornos próprios, bem discriminados ao longo dos ensinamentos doutrinários, jurisprudenciais consolidados.

A pena de limitação de fim de semana “[...] consiste na obrigação de permanecer na casa do albergado, ou estabelecimento similar, durante cinco horas aos sábados e domingos, participando de cursos e palestras educativas.” (NUCCI, 2010, p. 423).

Quanto a terceira e última espécie de pena, mas nem por isso menos importante, prevista no art. 49 Código Penal (BRASIL, 1940) consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, denominada de pena de multa. Esta deve ser calculada de no mínimo de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (NUCCI, 2009).

De acordo com o artigo 49 e §§ 1º e 2º do CP (BRASIL, 1940) o juiz deve considerar a situação financeira atual do condenado ao fixar a pena de multa, podendo aplicá-la no valor máximo de três vezes mais que o mínimo, se caso verificar que será insuficiente o mínimo para punir o delinquente. Tal valor deverá ser atualizado e corrigido monetariamente.

A pena de multa de acordo com os ensinamentos de Prado (2005, p. 637) se fundamenta como:

A pena de multa opera diminuição do patrimônio do indivíduo, consistindo na privação de uma parte do patrimônio do delinquente, imposta como pena. A perda de determina importância representa sua consistência material e a imposição retributiva à razão de ser da perda. Ela incide diretamente sobre bens, e nem mesmo de modo indireto poderá atingir a liberdade pessoal.

Sobre a pena de multa o autor Bittencourt (2011, p. 660) dispõe:

A pena multa, através do louvável sistema dias-multa, atende de forma mais adequada aos objetivos da pena, sem as nefastas consequências da falida pena privativa de liberdade. É um dos institutos que inegavelmente, melhor responde aos postulados de política criminal com grande potencial em termos de resultado em relação à pequena criminalidade e alguma perspectiva em relação à criminalidade média.

Em resumo, a norma penal regulamenta os limites máximos e mínimos da multa, facultando ao juiz individualizá-la, de modo que ao determinar o total da pena a ser cumprido, tenha observado as circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como o grau de culpa e principalmente a situação econômica do condenado. (BITTENCOURT, 2011).

2.3 Função social do Direito Penal

A disciplina que engloba o Direito Penal tem como função primordial assegurar a todos as condições necessárias para o convívio social, como meio de corroborar para a tutela dos direitos, da segurança, e da liberdade dos cidadãos. É observada somente em *ultima ratio*, ou melhor, apenas quando for imprescindível para a defesa dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. (BITTENCOURT, 2015).

Qualquer bem jurídico só pode ser penalizado quando este for imperioso para o bem da coletividade, como forma de garantir o bom convívio social, uma vez que no Estado Democrático de Direito é atribuição das normas do Direito Penal proteger os cidadãos. Talvez de maneira subsidiária, é também considerado competência do Direito Penal combater a agressão, a intolerância, os

maus tratos, uma vez que para se ter o cumprimento integral dessa obrigação não deve relacionar a aplicação de violência, mas sim a aplicação dos princípios constitucionais consagrados. (BITTENCOURT, 2011).

Entrementes, compete ao Direito Penal conter a atuação do Estado, de forma que seja razoável e proporcional suas atitudes com seus poderes. O Direito Penal, no Estado Democrático de Direito não pode sobrepor aos princípios consagrados na Constituição, não devendo desse modo, agir com qualquer atitude que tenha como proposta diminuir as garantias instituídas. (CAPEZ, 2011).

Na precisa lição de Capez (2011, p. 19):

A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc... denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas, sobretudo pela celebração de compromisso éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.

O Direito Penal, nesse Estado Democrático de Direito tem o poder e dever de servir como limite e como um parâmetro para diminuição da violência, de modo que prevaleça à liberdade e não a prisão. Eis que surge os direitos daqueles que estão aprisionados, vez que mesmo diante dessa situação o sujeito não pode ser submetido a condições subumanas de sobrevivência. (CAPEZ, 2011).

Em suma, a função do Direito Penal tende a permear pela humanização da pena estabelecendo que o

indivíduo não pode ser considerado como meio, mas sim como pessoa digna de respeito, que não pode ser submetida a sanções ilimitadas seja na quantidade ou na qualidade. Nessa razão, os infratores devem ter seu direito à vida respeitado, bem como não devem ser submetidos a penas cruéis ou degradantes. Assim, em respeito a função social e ao ordenamento jurídico como um todo deve ser aplicada uma pena privativa de liberdade proporcional as condições para garantir uma existência digna, zelando por sua vida, saúde e integridade física e moral. (CAPEZ, 2011).

3 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) em seu artigo 1º estabelece que o objetivo da lei supracitada é efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, proporcionando condições harmônicas para integração do condenado.

A Declaração Universal de Direitos Humanos (PARIS, 1948, *online*), proposta pela ONU (Organização das Nações Unidas) estabelece que “[...] ninguém poderá ser submetido a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

Contudo, o Brasil atualmente convive com um abandono do sistema prisional, e este que deveria ser um efetivo instrumento de ressocialização dos apenados, acaba se tornando um verdadeiro cenário de violações dos direitos garantidos, bem como uma escola de práticas criminosas, tendo em vista a forma como é tratado pelo Estado e pela sociedade. (ASSIS,2007).

O Estado não tem cumprindo o seu papel, que está disposto em vários dispositivos legais, como a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), a Constituição Federal (BRASIL, 1988), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (PARIS,1948), dentre outros, que preveem

regras mínimas para tratamento dos detentos (ASSIS,2007).

De início, evidencia-se a decadência do sistema penitenciário na medida em que a Lei de Execução Penal (BRASIL,1984) em seu artigo 88 estabelece que:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados)

Entretanto, o que visualiza-se atualmente é que as celas encontram-se superlotadas, com condições precárias e insalubres, tornando a prisão um ambiente favorável para proliferação de doenças, de modo que o preso é duplamente penalizado: pela prisão propriamente dita e pelas condições que convive ao longo do cumprimento da pena. (ASSIS,2007).

Rafael Damasceno de Assis (2007, p. 2) relata ainda um grave problema existente no sistema prisional, que são as rebeliões, que ocorrem frequentemente nos presídios superlotados. Vejamos:

A conjugação de todos esses fatores negativos acima mencionados, aliados ainda à falta de segurança das prisões e ao ócio dos detentos, leva à deflagração de outro grave problema do sistema carcerário brasileiro: as rebeliões e as fugas de presos. As rebeliões, embora se constituam em levantes organizados pelos presos de forma violenta, nada mais são do que um grito de reivindicação de

seus direitos e de uma forma de chamar a atenção das autoridades quanto à situação subumana na qual eles são submetidos dentro das prisões. Com relação às fugas, sua ocorrência basicamente pode ser associada à falta de segurança dos estabelecimentos prisionais aliada à atuação das organizações criminosas, e infelizmente, também pela corrupção praticada por parte de policiais e de agentes da administração prisional.

De acordo com números do último censo penitenciário, cerca de 40% dos presos, sejam eles provisórios ou já sentenciados definitivamente, estão sob a guarda da polícia civil, ou seja, cumprindo pena nos distritos policiais. Ocorre que estes não são locais adequados para o cumprimento da pena de reclusão. No entanto, isso tem ocorrido em virtude da ausência ou da insuficiência de cadeias públicas e de presídios em nosso sistema carcerário. O problema maior é que, nesses estabelecimentos, não há possibilidade de trabalho ou de estudo por parte do preso e, a superlotação das celas é ainda mais acentuada, chegando a ser em média de 5 presos para cada vaga, quando nas penitenciárias a média é de 3,3 presos/vaga. As instalações nesses estabelecimentos são precárias, inseguras, e os agentes responsáveis pela sua administração não tem muito preparo para a função, e muitas vezes o que se tem visto é a facilitação por parte desses funcionários para a fuga de detentos ou para que estes possam ser arrebatados por membros de sua organização criminosa. Todos esses fatores fazem com que não se passe um dia em nosso país sem termos notícia da ocorrência de uma rebelião de presos, mesmo que seja ela de pequenas proporções. No que se refere às fugas, em

análise à todos as falhas existentes dentro de nosso sistema carcerário e ainda levando-se em conta o martírio pelo qual os presos são submetidos dentro das prisões, não há que se exigir uma conduta diversa por parte dos reclusos, se não a de diuturnamente planejar numa forma de fugir desse inferno.

Na visão de Rogério Greco (2013, p. 132):

[...] A pena é um mal necessário. No entanto, o Estado, quando faz valer o seu *ius puniend*, deve preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana. O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais grave, de tratá-lo como um animal. Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá.

Veremos adiante que, conforme já explanado por Greco, o sistema penitenciário brasileiro necessita urgentemente de uma solução, pois atualmente o mesmo representa um barril de pólvora que está prestes a explodir. (GRECO, 2011).

3.1 Realidade do Sistema Prisional

Segundo o Levantamento Nacional de Informações penitenciárias- Infopen- (2016, *online*) atualizado em junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, número este que representa um aumento de 707% em relação aos registros das décadas de 1990.

Em termos internacionais, segundo o relatório supracitado, o Brasil é o terceiro país no mundo com maior

número de pessoas presas. Tem menos presos que os Estados Unidos (2.145.100 presos) e a China (1.649.804 presos). O quarto país com maior número de presos é a Rússia com 646.085 presos. (INFOPEN,2016).

O gráfico abaixo retirado do relatório supramencionado demonstra a distribuição de pessoas privadas de liberdade de acordo com o tipo de regime e natureza da prisão.

Em uma análise do gráfico, verifica-se que apesar do número alarmante de custodiados nas penitenciárias brasileiras, cerca de 40% da população carcerária é constituída de pessoas que ainda não foram julgadas ou condenadas, o que representa um número aproximado de 290 mil vagas.

Segundo notícia extraída do site da Organização das Nações Unidas (ONU, 2017), no dia 25 de novembro de 2016 especialistas das Nações Unidas entregaram ao governo federal um relatório com alertas sobre os problemas dos presídios brasileiros após visitas a 22 unidades de detenção nos estados de Rio de Janeiro, Manaus, Recife e Brasília. Segundo os relatores, frequentemente há ocorrência de maus-tratos e tortura nas prisões que se encontram superlotadas, além da permissão tácita do Estado para que as facções criminosas controlem as unidades penitenciárias.

Durante processo conhecido por Revisão Periódica Universal que ocorreu na sede da ONU em Genebra no dia 05/05/2017, após ser questionado acerca das violações aos direitos humanos, o Brasil assumiu o compromisso de reduzir a população carcerária do país em 10% até o ano de 2019. (ONU, 2017).

Contudo o país vem contrariando o compromisso assumido, uma vez que o número de detentos nas penitenciárias vem crescendo anualmente, e segundo o Ministro da Segurança Pública Raul Jungmann (*apud* G1, 2018) durante discurso realizado em fórum de segurança

no Mato Grosso do Sul em 19/07/2018 afirmou que o país caminha para se tornar refém do sistema carcerário, uma vez que a cada ano há um aumento de 8,3% na população carcerária do Brasil, de modo que tende-se a chegar no ano de 2025 com um número aproximado de 1,4 Milhões de presos.

Em outra ocasião, durante evento realizado em 30/08/2018 juntamente com promotores e procuradores responsáveis por investigações de organizações criminosas por todo o país, o Ministro Jungmann (*apud* Notícias Uol, 2018) afirmou que o Estado deixou de garantir a segurança dos presidiários, e as organizações criminosas assumiram tal função.

Para controlar a situação das penitenciárias brasileiras que contam com 70 facções de base prisional, Jungmann (*apud*, Jovem Pan Uol, 2018) apresentou 04 pontos em entrevista concedida ao Jornal da Manhã da Jovem Pan em 09/08/2018, que incluem : a criação do Sistema Único de Segurança para integrar as operações no plano Federal e Estadual; a implantação de parlatório para realização de visitas, levando à extinção de visita íntima e social; a transferência de chefes de facções criminosas para presídios federais durante o prazo de 01 ano, e por último, a ampliação de atividades laborais dentro e fora dos presídios, de modo que o detento tenha outra opção que não seja se associar à facções criminosas.

3.2 Crises no Sistema Penitenciário

Na tentativa de se ter um cumprimento integral da pena de forma plena e de acordo com as regulamentações constitucionais, a legislação infraconstitucional conta com a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), que por sua vez, reforça a aplicação das garantias indispensáveis para a manutenção dos indivíduos encarcerados, tendo dentre elas critérios próprios com objetivo de evitar atos violentos

dentro das celas. Contudo, diferentemente do que a legislação almejava com a instituição dos presídios, estes podem ser considerados depósitos de seres humanos, perdidos, sem direitos, enxotados pela sociedade. (BITTENCOURT, 2011).

Na visão de César Roberto Bittencourt: (2015, p. 598)

A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do tratamento do recluso. É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não liberdade. Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são, sob todos os aspectos, desalentadores.

Como se não bastasse a agressão física sofrida pelos detentos no cumprimento da pena, estes ainda sofrem aquelas de ordem psicológica, a marginalização social, que acabam atingindo a família do apenado, tendo em vista que por diversas vezes passam a suportar os comentários advindos da discriminação gerada pela coletividade para com aqueles que fazem parte do sistema penitenciário. (BITTENCOURT, 2011).

As várias falhas da vida no cárcere a que os detentos são sujeitos, estão intimamente relacionadas com a violência ocorrida nos presídios, uma vez que durante o período em que estão enclausurados estes voltam a sua origem animal, passando a lutar por espaço, ficando na maioria das vezes subordinados a ordem de outros que impõem atos de revezamento para dormir, em decorrência do déficit de vagas, que fazem com que dezenas de presos convivam juntos em uma pequena cela, anulando os valores morais e éticos do ser humano. (BITTENCOURT, 2011).

A convivência com outros sujeitos aprisionados repercute muitas vezes, com a obrigação de se relacionar

com pessoas movidas por vingança e revolta, uma vez que a perda, da liberdade é suficiente para ensejar em um ato de difícil aceitação. Essas propostas de cumprimentos de pena promovidas em razão da negligência do Estado, não são capazes de ressocializar ou educar nenhum indivíduo, pelo contrário somente influenciam a marginalização, de modo que as penitenciárias funcionam como uma escola do crime, tendo em vista que os detentos possuem tempo disponível para aprimorarem seus conhecimentos com a vasta experiência criminosa dos outros. (BITTENCOURT, 2011).

Os detentos são obrigados a conviver nesses presídios mesmo com condições precárias, não somente pela falta de vagas ou pela insuficiência de celas, mas também por outros fatores, como a baixa aplicação de penas alternativas. Cabe ressaltar que este certamente é o maior problema enfrentando pelo atual sistema penitenciário, uma vez o número de delinquentes aumenta diariamente e a quantidade de estabelecimentos para recebê-los permanece a mesma, sem expectativa de novas instalações. Destaca-se que a solução do sistema prisional não se resume na construção de novos estabelecimentos, com o escopo de solucionar a superlotação, mas também com a conscientização da sociedade, posto que os problemas que levam os detentos às penitenciárias são também de caráter social, institucional, moral. (BITTENCOURT, 2011).

Vislumbra-se que o sistema não consegue cumprir a função social da pena, qual seja, ressocializar o infrator que entrou no mundo do crime. Assim, prevalece a sensação de insegurança entre as pessoas de um modo geral, tendo em vista ameaça representada pelos criminosos que retornarão ao convívio social após ficarem submetidos às condições precárias oferecidas pelo poder público. Ressalta-se que a maioria dos encarcerados não tiveram a mínima oportunidade de se ingressarem em uma

instituição de ensino, outros com baixíssimo nível escolar, além de serem representantes da classe de baixa de renda. Destaca-se ainda que um grande fator para uma pessoa evoluir em seus pensamentos e atitudes de vida é a educação, a qual a pode dar ao detento a chance de enriquecer sua cultura. (BITTENCOURT, 2011).

É necessário que a pena seja completamente revista para que cumpra a sua função de ressocializar o indivíduo, tendo em vista que atualmente não está atendendo as condições mínimas para reinserir o ex-detento no convívio social, e pouco se fala sobre a adoção de medidas para tornar efetiva a função ressocializadora da pena. Registra-se que a pena tem cumprido papel exatamente inverso àquele pretendido, ou melhor, a pena privativa de liberdade, por exemplo, ao invés de incluir o criminoso na sociedade, contribui para afastá-lo ou excluí-lo, servindo na maioria das vezes como forma de aprimoramento das práticas criminosas. (BITTENCOURT, 2011).

César Roberto Bittencourt (2011, p. 118) expõe em sua obra sobre a ressocialização do indivíduo na reinserção social, *in verbis*:

A ressocialização do delinquente implica um processo comunicacional e interativo entre o indivíduo e sociedade. Não se pode ressocializar o delinquente sem colocar em dúvida, ao mesmo tempo, o conjunto social normativo ao qual se pretende integrá-lo. Caso contrário, estaríamos admitindo, equivocadamente, que a ordem social é perfeita, ao que, no mínimo, é discutível.

Com as condições oferecidas atualmente, pode-se atestar que a prisão não pode ser considerada como um meio de prevenção ou de repressão contra a prática de

novos delitos, mas sim como um mecanismo eficiente para produzir mais marginalização. (BITTENCOURT, 2011).

É notório o conhecimento de que há outros artefatos para se solucionar os conflitos referentes ao sistema penitenciário nesse país, e dos tantos, pode-se conjecturar a efetiva aplicação das penas alternativas, a melhora na estrutura das penitenciárias, criação de mais Varas de Execuções Penais, que poderiam se não exterminar a situação caótica vivenciada com a superlotação, ao menos diminuir. (BITTENCOURT, 2011).

Para evolução da atual situação das penitenciárias, várias medidas podem ser adotadas, como a separação dos presos de acordo com a gravidade do delito. Salienta-se a falta de profissionais destinados para desempenhar a função de agente penitenciário, o quais devem ser contratados com o principal objetivo de resguardar a ordem e a segurança das penitenciárias, impedindo a entrada de entorpecentes e/ou armas, bem como a fuga dos apenados. Além disso, não deveriam permanecer as formas desumanas, insalubres e os maus tratos existentes, que contrariam os direitos e as garantias fundamentais dos presos. (BITTENCOURT, 2011).

Assim, ressoa a necessidade de aplicação de novos métodos no tratamento penitenciário, com maior destaque na principal função da pena, qual seja de ressocialização do indivíduo criminoso, de modo que o faça não mais voltar a delinquir e assim retorne ao convívio da sociedade com respeito e dignidade, colaborando assim para a redução da reincidência criminal, gerada pelo preconceito, pela falta de preparo educacional e profissional, pela exclusão social, e pela ausência de oportunidade de trabalho. (BITTENCOURT, 2011).

Dentro da realidade brasileira verifica-se a existência de diferentes realidades carcerárias, que se modificam de estado para estado, apesar de todas as

unidades federativas serem regulamentadas pela mesma legislação federal, qual seja, a Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, (BRASIL, 1984) Lei de Execução Penal (LEP). Mas não podia ser diferente, vez que as realidades somente transfiguram a realidade vivenciada por cada preso dentro de seu estado, e assim destaque-se que em cada unidade federativa as pessoas têm um estilo de vida a seguir, como à situação econômica do estado, situação econômica e cultural da população, foco político, etc. (BARATTA, 2002).

Contudo, é possível observar que nos demais estados, até mesmo naqueles mais desenvolvidos, o maior problema enfrentado é a superlotação. Não basta investir na edificação de novos estabelecimentos prisionais, uma vez que a criação das unidades não está conseguindo acompanhar o aumento do número de pessoas reclusas, que cresce a cada ano, ao passo que as políticas adotadas não estão conseguindo frear esse aumento. (BARATTA, 2002).

De acordo com dados do InfoPen (2016, *online*) atinentes a junho de 2016, verifica-se que o sistema penitenciário tinha capacidade, naquela época, para 368.049 vagas destinadas ao encarceramento de 726.712 detentos, ou seja, quase 50% das vagas necessárias.

A justificativa para a ocorrência da superlotação não pode ser relacionada somente com a falta de vagas, mas também à falta de uma melhor e maior implementação das penas alternativas ou outras formas menos degradantes e persuasivas de punição. Denota-se, que a carência de vagas está intimamente ligada há reincidência, que tem aumentado em quantidade significativa no recente sistema penal (SÁ, 2010).

A superlotação possui grande poder de influência na aplicação do tratamento destinado ao apenado. Inicialmente, pelo fato da maioria dos encarcerados adimplirem sua sanção em delegacias, ou, em alguns

estados como São Paulo, nos Centros de Detenção Provisória (CDP), lugares que não disponibilizam estrutura suficiente para cumprimento de pena, de forma que os detentos são excluídos de qualquer assistência jurídica, social e médica devida. (SÁ, 2010).

Em decorrência do acúmulo de detentos e ausência de vagas para comportá-los o sistema carcerário do país acaba por sofrer de outros males, a começar pela violação do princípio constitucional da individualização da pena, submetendo a maioria dos apenados a condições sub-humanas, de sobrevivência. (NUCCI, 2008).

Além dos problemas ressaltados, a superlotação inibe a adoção de ações que promovam melhoras no cumprimento da pena sob vários aspectos, tendo em vista que na ocasião em que um estabelecimento prisional se encontra acima da capacidade populacional, automaticamente põe em risco a segurança, ensejando de pronto uma maior atenção a este quesito. (BITTENCOURT, 2011).

Existe também um grande aliado para a escola do crime, uma vez que convivem juntos dentro de uma mesma penitenciária presos de periculosidade alta, média e baixa, assim não é dispensada a segurança máxima em muitas instituições que abrigam aqueles que necessitam de atenção redobrada. Dessa forma, aqueles que poderia conviver bem em estabelecimento em níveis menores de segurança, acabam por ter que suportar o relacionamento com aqueles mais perigosos e assim aprendem mais sobre a prática criminosa. (BITTENCOURT, 2011).

Como mencionado acima, independe da superlotação ou da periculosidade dos presos, existe a má formação dos agentes penitenciários, que não conseguem exercer sua função de maneira correta não desenvolvendo as ações necessárias para a ressocialização do detento. (BITTENCOURT, 2011).

Dessa forma, é possível concluir que o detento só cumpre a pena sob a ótica da punição, vez que o princípio da individualização da pena não é respeitado, sem receber o tratamento mais específico de ressocialização, de modo que os detentos saem dos estabelecimentos prisionais com grande conhecimento acerca de práticas criminosas, possibilitando assim a reincidência penal. (BITTENCOURT, 2011).

E como se não bastasse toda essa situação, quando estão no convívio social novamente, são discriminados pela própria sociedade, uma vez que não conseguem se inserir no mercado de trabalho, além da falta de experiência, pesa contra os mesmos a ficha de antecedentes criminais. (BARATTA, 2002).

4 LEI DE EXECUÇÃO PENAL E SUA APLICAÇÃO

O sistema carcerário é regulamentado pela Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (BRASIL, 1984), legislação infraconstitucional que ampara e dispõe sobre as diretrizes a serem adotadas. Em seu bojo, elenca os direitos e deveres dos apenados, dentre eles presentes os vários princípios constitucionais, inclusive, o da individualização da pena, elencado no artigo 5º, XLVI, da CF/88 (BRASIL, 1988). Ocorre que existe bastante dificuldade em colocá-la em prática, o que por si só, seria suficiente para gerir de maneira positiva o cumprimento de pena no Brasil (NUCCI, 2008).

Nas palavras de Mirabete (2014, p. 240) “[...] Individualizar, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a reinserção social, iniciando-se o processo com a observação do condenado para sua classificação”.

Dispõe no artigo 8º da supramencionada lei a realização do exame criminológico na entrada do detento por equipe técnica especializada atuante nos Centros de

Observação. De posse do diagnóstico emitido é possível ter conhecimento do nível de desvio do sentenciado, bem como o que o levou a praticar o delito. Dessa forma é possível determinar qual a instituição mais apropriada para recebê-lo, e até mesmo estabelecer um norte na atuação das Comissões Técnicas de Classificação (CTC), uma vez que com base nesse exame são estabelecidas diretrizes específicas e individuais do cumprimento de pena e a classificação dos detentos (SÁ, 2010).

A exposição de motivos da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) a gravidade do fato e as condições pessoais do agente, determinantes da execução em regime fechado recomendam o exame criminológico, que buscará conhecer a vida afetiva, a inteligência e os princípios morais do preso, para determinar com qual grupo conviverá. (MIRABETE, 2014).

Esta importante Comissão é composta pelo diretor da unidade, por no mínimo dois chefes de serviço, além de um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, pessoas competentes para formular metas de tratamento mais eficazes, direcionada para o cumprimento do princípio constitucional da individualização da pena, além de proporcionar um acompanhamento da evolução do apenado durante o cumprimento da mesma. (SÁ, 2010).

Mas o sistema não se resume só a isso, ele é bem mais abrangente, vez que na tentativa de apartar os presos de acordo com a individualização para execução da pena, denota-se outros meios para garantir uma adequada e efetiva separação. Se fosse viável unir os detentos pelo perfil, qual seja, idade, sexo e identidade de crime cometido, seria possível verificar os graus de periculosidade que cada um apresenta. (SÁ, 2010).

Além desses critérios objetivos, se faz imperioso a observância de outros de caráter subjetivo, qual seja a reincidência, o grau de envolvimento com a criminalidade, o convívio familiar, entre outros. Todas essas informações

poderiam ser obtidas pela realização do exame da personalidade a partir da entrevista de pessoas relacionadas ao detento, ou requisitando informação de repartições ou estabelecimentos privados, ou ainda realizando outras diligências e/ou outros exames que a Comissão Técnica de Classificação, julgar necessário, para emitir seu parecer técnico conclusivo. (SÁ, 2010).

Ante do exposto e considerando que a prática criminosa pode advir de vários fatores, é nítida a necessidade da realização do exame criminológico inicial para uma melhor abordagem do processo de ressocialização, bem como para proporcionar ao preso uma maior segurança. Ressalta-se, desse modo, a importância fundamental da realização de tal exame, juntamente com os pareceres da CTC. (SÁ, 2010).

É cediço que o princípio constitucional da individualização da pena assegura ao detento um tratamento específico e individual voltado a sua recuperação, devendo ser observados fatores subjetivos, dentre eles, principalmente, o grau de periculosidade. (BARATTA, 2002).

Deste modo, é possível concentrar em um mesmo estabelecimento prisional, detentos com grau semelhante de periculosidade, e assim obter uma população carcerária homogênea, facilitando os trabalhos de segurança e de reabilitação. (NUCCI, 2008).

No âmbito Federal, o sistema penitenciário é voltado para abrigar detentos de alta periculosidade, possibilitando um tratamento singular em todos os aspectos e mesmo diante do alto nível de segurança, os agentes desempenham uma administração direcionada para dar cumprimento efetivo a todos os direitos legais pertinentes. (NUCCI, 2008).

Desse modo, não há que se dizer que o alto nível de segurança impede a boa qualidade do tratamento

destinado aos apenados, justamente porque nesse sistema, a segurança diferenciada o favorece. (NUCCI, 2008).

No entanto, apesar da segurança favorecer as diretrizes de tratamento do detento, acaba dificultando a realização das atividades laborativas, e assim acarreta um prejuízo na reabilitação, ao passo que, nos estabelecimentos de menor nível de segurança, maiores são as oportunidades para o desenvolvimento das funções de reabilitação. (SÁ, 2010).

A ausência de separação dos apenados de baixa, média e alta criminalidade propicia um insucesso das tentativas de reabilitação, uma vez que aqueles que possuem maior envolvimento com a prática criminosa dominam e manipulam o restante dos presos daquela unidade, fazendo com que a maioria ofereça resistência as ações de recuperação fornecidas pela administração da unidade, como a escola ou qualquer outro projeto desempenhado (BARATTA, 2002).

Assim, ressalta-se que a separação dos detentos pelo grau de periculosidade possibilitaria ao sistema garantir maior segurança aos que dela dependam, com assistência devida, uma vez que a administração terá condições de, com segurança e disciplina adequadas, oferecer uma reabilitação favorável a todos eles. (SÁ, 2010).

No art. 10 da LEP (BRASIL, 1984) é previsto como dever do estado a assistência ao preso, no que tange o cumprimento de pena em estabelecimento adequado com o mínimo de higiene e saúde. (SÁ, 2010)

Além do acesso à educação, oportunidade de trabalho, as assistências jurídica, social, religiosa e médica, previstos no art. 11 da lei em comento, o cumprimento dessas prerrogativas já auxiliaria por si só o tratamento do apenado (NUCCI, 2008).

Atualmente no sistema penitenciário brasileiro vislumbra-se que o estado não consegue adimplir em

grande parte com seus deveres, o que proporciona o descumprimento da LEP (BRASIL, 1984). Enfatiza-se que se a citada lei fosse cumprida no mínimo possível, já seria suficiente para melhorar o sistema carcerário no Brasil, sem necessidade de criar novas leis. Assim sendo, para melhor possibilitar o cumprimento da pena, seria necessário garantir o cumprimento integral da lei vigente. (SÁ, 2010).

Para se obter um eficiente cumprimento da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), além da realização dos próprios mecanismos dispostos por ele, se faz extremamente necessário a reserva e a aplicação de verbas em quantidade significativa para estes fins, principalmente na disponibilização de investimentos destinados a contratação de mais servidores para atuar em conjunto para melhor servir o sistema penitenciário brasileiro. (NUCCI, 2008).

São figuras de grande relevância no sistema carcerário nacional, o diretor do estabelecimento prisional, que apesar de ser nomeado em cargo de comissão possui competência para administrar a unidade, bem como implementar novas políticas e diretrizes no âmbito nacional e estadual para melhor servir o apenado durante a execução de sua pena, além de presidir a CTC. (NUCCI, 2008).

Ainda existe uma gama de profissionais, cada um com sua atribuição, para melhor desenvolver o sistema penitenciário, qual seja, os técnicos da saúde, como psiquiatras, psicólogos, além de assistentes sociais. (SÁ, 2010).

Adicionando a esses profissionais, pode-se destacar ainda os médicos e dentistas, pessoas com grande responsabilidade pela saúde dos presos. (SÁ, 2010).

Dentro da ala de servidores de uma unidade prisional existem ainda os terapeutas ocupacionais, restritos a algumas unidades, desempenhando a função de

elaborar atividades laborativas de reabilitação, bem como compor o quadro integrante de funcionários das CTC's. (SÁ, 2010).

Além dos responsáveis pela saúde, ou da boa administração de uma unidade prisional, há que se mencionar a grande relevância de um advogado, quer seja o defensor público ou outro, vez que tem o dever de acompanhar e assegurar as garantias dos detentos durante a sua permanência naquela instituição. Destaca-se também, no âmbito jurídico a presença do juiz da execução, que possui competência para deferir ou indeferir os apenados. (SÁ, 2010).

Não menos importante, mas por último tem-se os agentes penitenciários, que estão trabalhando diretamente com os detentos, sendo os mesmos responsáveis pela segurança da unidade, além de auxiliar no tratamento adequado ao preso. (SÁ, 2010).

Dessa forma, diante da extensão do sistema penitenciário vislumbra-se a necessidade de se investir em profissionais que ao desempenharem suas funções, contribuam para melhoria desse sistema. Ressalta-se porém, que os investimentos não devem ser diretamente em valorização salarial, mas sim em melhor capacitação dos servidores seja por meio de cursos de formação, de aperfeiçoamento, de reciclagem, cursos de dinâmica de trabalho em grupo, entre outros. O funcionário deve ser capaz de trabalhar em equipe, desenvolvendo muitas habilidades. (SÁ, 2010).

Assim, diante das várias políticas e diretrizes desenvolvidas de forma interdisciplinar uma unidade prisional, os profissionais devem se entrosar para dar melhor andamento ao trabalho diário, fazendo com que tenham em mente que apesar de possuírem funções diferentes, devem trabalhar pelo mesmo objetivo, uma vez que estão lidando com o sistema penal como um todo, abrangendo o antes da prática do crime, durante o

cumprimento da pena e o depois de cumprida a pena. (SÁ, 2010).

Portanto, não restam dúvidas da necessidade de se destinar recursos financeiros para capacitação, melhoria de condições de trabalho, bem como disponibilização de equipamentos, além é claro de proporcionar valorização de pessoal. O funcionário da unidade prisional deve ser sabedor de todas as funções que lhe cabem, e até mesmo das funções dos outros profissionais envolvidos no sistema, logo podem atuar conjuntamente para alcançar de forma efetiva a ressocialização do criminoso, podendo inclusive trabalhar na educação dos detentos, uma vez que essa educação abrange tanto familiar ou escolar. (ZAFFARONI, 2001).

5 POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Diante dos diversos empecilhos vivenciados no atual sistema penitenciário brasileiro, como superlotação, ausência de profissionais capacitados, falta de instalações adequadas, falta de acompanhamento do detento durante e após o cumprimento da pena, entre outros, é reflexível a existência de soluções para esse problema. Contudo, cabe pontuar algumas possíveis alternativas capazes de melhorar o abrangente sistema carcerário nacional. (SÁ, 2010).

Ab initio, acredita-se que deve ser criado um sistema unificado entre as unidades prisionais em toda a federação, para se obter melhor controle e desempenho em âmbito nacional do sistema penal. (SÁ, 2010).

Para que se obtenham bons resultados se faz imperioso a efetiva realização do exame criminológico, bem como a emissão do parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC), como bem determina a LEP (BRASIL, 1984), com escopo de manter unidades

prisionais homogêneas e assim desempenhar um bom trabalho de ressocialização. (SÁ, 2010).

Outra finalidade a ser alcançada é a disponibilização de cursos profissionalizantes, ajustando as diferenças sociais existentes e que são responsáveis pela atitude dos delinquentes. Dessa maneira, acredita-se que melhores trabalhos ressocializadores serão desenvolvidos e assim minimizados os fatores causadores da criminalidade. (BARATTA, 2002).

De forma conjunta aos cursos profissionalizantes deve se proporcionar oportunidades de estudos aos apenados, nos variados níveis de educação, uma vez que predomina hoje de acordo com dados de dezembro de 2015, publicados em junho/2016 pelo InfoPen (2016, *online*), cerca de 621.166 pessoas presas aproximadamente que cumprem pena no sistema penitenciário nacional, somente 12% (doze por cento) deste número estão tendo acesso a algum tipo de ensino, prevalecendo a média dos demais anos, em que somente um número de 10% do montante dos apenados participam de algum tipo de programa educacional.

Diante da realidade caótica vivenciada pela população carcerária, que vem se arrastando por alguns anos, foi editada a Lei 12.433 de 29 de junho de 2011 (BRASIL, 2011) que modificou a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), no sentido de que a remição de pena, deve ser na proporção que a cada 12 horas de estudo deve ser computado menos um dia de pena. E como meio de complementação a essa regulamentação, a quem concluir o ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena será acrescido de 1/3 a mais sob a remição do apenado. (NUCCI, 2008).

Deve se atentar também para o fortalecimento dos setores responsáveis pelo acompanhamento do detento ao convívio social, como os serviços desempenhados por uma assistente social, de maneira que possa auxiliá-lo na busca

de trabalho e estudo, para assim ser reinserido de maneira menos traumática e mais produtiva na sociedade. (SÁ, 2010).

Por outra vertente há que se considerar da necessidade de suporte aos órgãos da execução penal responsáveis por nortear e vigiar o cumprimento de penas alternativas, como o livramento condicional, por exemplo, além de fornecer assistência aos albergados e presidiários, possibilitando a estes setores apoio técnico e financeiro para que eles possam realmente ter condições de oferecer auxílio ao apenado, como forma de estabelecer um elo entre o fim do cumprimento de pena e a reinserção na sociedade. (SÁ, 2010).

Para finalizar almeja-se uma melhor e maior envolvimento da população em programas de ressocialização do preso, seja dentro do sistema ou fora dele, com a oferta de vagas de trabalho e além de acesso à educação adequada ao convívio social sem discriminação ou preconceito. Dessa maneira, os ex-detentos, poderão ultrapassar as dificuldades sociais que lhes afligiam muitas vezes deste o nascimento. (ZAFFARONI, 2001).

Como meio de corroborar essas ideias de recuperação do sistema penitenciário nacional, existe hoje o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, exercido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), que possuem dentre outras metas, a criação de políticas de integração social dos detentos do sistema prisional, em suas várias facetas envolvendo ações de cunho social, familiar, educacional, familiar e laborativa, além de fortalecer o controle social, que prioriza justamente pela maior participação da sociedade civil no sistema penitenciário, quer fiscalizando, quer participando dos programas voltados a reintegração social. (ZAFFARONI, 2001).

6 PROJETOS DE SOLUÇÃO PARA A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO

Na tentativa de solucionar a crise no sistema penitenciário, o Governo Brasileiro tem criado projetos e fechado parcerias, conforme veremos abaixo:

6.1 PROJETO CIDADANIA NOS PRESÍDIOS

É um projeto de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que visa o reconhecimento e valorização de direitos em sentido amplo. Conforme trecho extraído do site do CNJ: (2016, *online*).

Discutir-se nova dinâmica e metodologia para o sistema de execução e fiscalização das penas, revendo o funcionamento das varas de execução penal e a superocupação dos presídios, com o reforço da interlocução e interação de todos aqueles que intervêm no processo e nas rotinas da execução penal, têm aptidão para tornar o sistema de justiça “mais humano, aproximando o juiz e a sociedade do jurisdicionado.

6.2 PARCERIA PÚBLICO PRIVADA

O Ministro da Segurança Pública Raul Jungmann (*apud* O Globo, 2018) anunciou recentemente que juntamente como BNDES, será criado um programa para auxiliar os Estados na formação de Parceria Público Privada, com a iniciativa privada para a construção de novas unidades prisionais no país, em um menor espaço de tempo e com maior eficiência. (Globo, 2018).

Com a criação deste projeto, o BNDES irá auxiliar os Estados para que novos presídios sejam construídos em conjunto com o setor privado. Assim,

empresas poderão disputar a construção das unidades bem como a prestação dos serviços, contudo, a gestão da segurança continuará com os governos. (Globo, 2018).

Jungmann disse acreditar que novas instalações prisionais com melhores condições e uma melhor gestão ajudarão na redução da força das facções criminosas no país. Em sua declaração, o ministro afirmou que: (2018, *online*).

Hoje, num sistema superlotado, que põe todos os criminosos juntos, independentemente de sua periculosidade, quem dá a segurança da vida no sistema prisional são as facções", disse, "Com esse programa vamos avançar na ressocialização e na importância das facções, que tornaram praticamente os presos em escravos do crime.

6.3 Sistema Único de Segurança

Em 11 de junho de 2018 foi sancionada a lei 13.675/2018 (BRASIL, 2018), que além de disciplinar e gerir os órgãos responsáveis pela segurança pública do país, instituiu o Sistema Único de Segurança e a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, sendo certo que aquele possui dentre seus objetivos, racionalizar e humanizar o sistema penitenciário e outros ambientes de encarceramento.

Tal sistema prevê a criação de um sistema integrado das forças de segurança em todos os níveis da federação, visando padronizar informações, estatísticas e procedimentos; entre diversas outras medidas, além de disponibilizar recursos para o combate à violência e ao crime organizado.

6.4 Política Nacional de Alternativas Penais

A Política Nacional de Alternativas Penais foi instituída pela portaria nº 495 de 02/04/2016, visando orientar ações, projetos e estratégias voltadas para a implementação de alternativas penais no país, com o objetivo de reduzir o número de encarceramentos. (DEPEN, 2016).

As ações deste programa devem ser voltadas para as alternativas penais, e as ações deverão ser voltadas para a redução do número de pessoas presas no Brasil, especialmente os presos provisórios. (DEPEN, 2016)

A meta prevista na portaria consistia em reduzir em 10 % o número de pessoas presas até o ano de 2019. (DEPEN, 2016). Contudo, conforme visto em capítulos anteriores, tal meta não vem sendo cumprida.

A política se mostra eficiente em longo prazo para minorar o caos instalado nas penitenciárias, e as iniciativas devem se pautar dentro dos seguintes eixos:

- Ampliação e qualificação da rede de serviços de acompanhamento das alternativas penais, com promoção do enfoque restaurativo das medidas;
- Fomento ao controle e à participação social nos processos de formulação, implementação, monitoramento e avaliação da política de alternativas penais;
- Promoção do desencarceramento e da intervenção penal mínima;
- Enfrentamento à cultura do encarceramento e desenvolvimento de ações de sensibilização da sociedade e do sistema de justiça criminal sobre a agenda de alternativas penais e o custo social do aprisionamento em massa;
- Qualificação da gestão da informação.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por fim analisar as questões que envolvem o sistema prisional brasileiro, que atualmente se traduz em situação de extrema precariedade, tendo em vista a superlotação, o pouco acesso à educação, com práticas delituosas dentro dos próprios presídios os altos índices de reincidência dos apenados.

Na teoria, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), traduzem aspectos humanitários, voltados para a garantia da dignidade do preso bem como de sua ressocialização. Contudo, conforme visto no terceiro capítulo, diferentemente do que a legislação almejava com a instituição dos presídios, pode se considerar lá como depósitos de seres humanos, perdidos, sem direitos, enxotados pela sociedade. Existem outros problemas existentes, conforme visto neste estudo, como: saúde dos presos, reincidência, fugas, rebeliões, etc. (BITTENCOURT, 2011).

O número de detentos agrupados em poucas prisões aumenta a cada dia, e o espaço nos estabelecimentos prisionais a cada vez diminui, motivo pelo qual o Brasil vem se tornando um dos maiores sistemas penais do mundo. (INFOPEN, 2016).

Na atual realidade do sistema penitenciário, é possível vislumbrar que privar o indivíduo de um bem que é indispensável para sua sobrevivência é simplesmente uma forma de reforçar com o intuito delitivo de cada sujeito, uma vez que corrobora com que estes presos de maior potencial ofensivo se unam com outros que cometeram infrações menos grave. (BITTENCOURT, 2011).

Destarte, no parâmetro que existe atualmente, faz-se criação de um sistema unificado entre as unidades prisionais em toda a federação, para se obter melhor

controle e desempenho em âmbito nacional do sistema penal para o controle dos índices de reincidência criminal, como o Sistema Único de Segurança Pública instituído pela Lei nº 13.675 de 11 de Junho de 2018 (BRASIL, 2018), que possui dentre seus objetivos, racionalizar e humanizar o sistema penitenciário e outros ambientes de encarceramento.

Ademais, conforme visto no quarto capítulo, é imprescindível a realização do exame criminológico inicial previsto no artigo 8º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), com fins a concentrar em um mesmo estabelecimento prisional, detentos com mesmo grau de periculosidade, e assim obter uma população carcerária homogênea, facilitaria os trabalhos de segurança e de reabilitação. (NUCCI, 2008).

Ademais, tal exame associado à efetiva individualização dos apenados de acordo com o perfil, poderiam contribuir para uma melhor abordagem do processo de ressocialização, bem como para proporcionar ao preso uma maior segurança. (SÁ, 2010).

Por fim, é importante salientar que o governo vem criado medidas alternativas para a solução da precariedade do sistema penitenciário, conforme visto no último capítulo, e tais medidas não são complexas nem difíceis de serem efetivamente aplicadas.

O ministro da Segurança Pública Raul Jungmann (*apud*, Jovem Pan Uol, 2018) apresentou quatro pontos importantes para controlar a situação das penitenciárias brasileiras que contam com 70 facções de base prisional, que incluem : a criação do Sistema Único de Segurança para integrar as operações no plano Federal e Estadual; a implantação de parlatório para realização de visitas, levando à extinção de visita íntima e social; a transferência de chefes de facções criminosas para presídios federais durante o prazo de 01 ano, e por último, a ampliação de atividades laborais dentro e fora dos presídios, de modo

que o detento tenha outra opção que não seja se associar à facções criminosas.

Contudo, caso o poder público se mantenha inerte, o país tende a se tornar refém do sistema penitenciário, de modo que haverá constantemente o aumento da criminalidade, levando à falha da função ressocializadora da pena.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17 ed. São Paulo: Método, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. De Flório de Angelis. Bauru, Edipro, 1997.

BIGOLI, Paula dos Santos e BEZERRO, Eduardo Buzetti Eustachio. **Finalidade e Fases de aplicação da Pena Privativa de Liberdade**. . In: Ambito Jurídico, Agos. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41815/finalidade-e-fases-de-aplicacao-da-pena-privativa-de-liberdade> > Acesso em 27 out 2018

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 mar 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro. In: **Palácio do Planalto**, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 23 mar 2018.

BRASIL. Lei Complementar. Lei 13.675/2011. In: Palácio do Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm> Acesso em: 05 nov. 2018

BRASIL. **Lei de Execução Penal** - Lei 7.210/1984. In: **Palácio do Planalto**, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar 2018.

BRASIL. **Lei de Execução Penal** - Lei 12.550/2011. In: **Palácio do Planalto**, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12550.htm>. Acesso em: 24 mar 2018.

BRASIL. **Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal**. In: STF, 2003. Disponível em :

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>> Acesso em 27 out 2018

CAPEZ, Fernando; BONFIM, Edilson Mougenout. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça: **Cidadania dos Presídios**. In: CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>> Acesso em 02 Nov 2018

COSTA, Alexandre Mariano. **O trabalho prisional e a reintegração do detento**. Florianópolis: Insular, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Podivm, 2011.

DEPEN. Diretrizes. Política Nacional de Alternativas Penais. In: Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/diretrizes/diretrizes>> Acesso em 05 Nov 2018

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GLOBO. Jungmann diz que atual sistema prisional aumenta insegurança e anuncia PPP para a construção de novas unidades. In: O Globo Economia. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/jungmann-diz-que>

[atual-sistema-prisional-aumenta-inseguranca-anuncia-ppp-para-novas-unidades-22974233](https://oglobo.globo.com/economia/jungmann-diz-que-atual-sistema-prisional-aumenta-inseguranca-anuncia-ppp-para-novas-unidades-22974233)> Acesso em 29 Out 2018

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. v.1. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói: Impetus, 2007.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói: Impetus. 2013

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

G1. “Brasil caminha para se tornar refém do Sistema Prisional”, diz Jungmann. In **G1.globo.com**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/07/20/brasil-caminha-para-se-tornar-refem-do-sistema-prisional-diz-jungmann.ghtml>> Acesso em: 29 out. 2018

INFOPEN. Ministério da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. junho/2016. In: **DEPEN**, 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 27 out 2018

JOVEMPAN. Jovempan.uol. Jornal da Manhã. Controle de presídios por facções criminosas é resultado da ausência do Estado, admite Jungmann. In **Jovempan.uol**, 2018. Disponível em : < <https://jovempan.uol.com.br/programas/jornal-da-manha/controle-de-presidios-por-faccoes-e-resultado-da-ausencia-do-estado-admite-jungmann.html> > Acesso em 29 Out 2018

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LINS e SILVA, Eduardo. A história da pena é a história de sua abolição. **Revista Consulex**- ANO V nº 104- 2.001. Brasília-DF.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral. vol. 1. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Das funções da pena. In: **Ambito Jurídico**, Jan. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620> Acesso em: 04 Out 2018.

NEXOJORNAL. “Brasil promete à ONU reduzir em 10 % o número de presos até 2019. É possível ?” In: **Nexojornal**, 2017. Disponível em : <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/05/05/Brasil-promete-%C3%A0-ONU-reduzir-em-10-o-n%C3%BAmero-de-presos-at%C3%A9-2019.-%C3%89-poss%C3%ADvel>> Acesso em 29 Out 2018

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Alice. Evolução Histórica das Penas. In: **Alice Oliveira**, 2016. Disponível em : <<https://aliceoliveira1.jusbrasil.com.br/artigos/347455966/evolucao-historica-das-penas>> Acesso em: 26. Set. 2018.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão**: um paradoxo social. 3ª ed. Florianópolis: UFSC, 2003.

ONUBR Nações Unidas no Brasil. Relatório da ONU alertou Governo Federal em novembro sobre problemas em presídios no país. In **Nações Unidas**, 2017. Disponível em : <<https://nacoesunidas.org/relatorio-da-onu-alertou-governo-federal-em-novembro-sobre-problemas-nos-presidios-do-pais/>> Acesso em 29 Out. 2018

PARIS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 Dez 1948. In: Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 02 Nov 2018

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General – Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tomo I. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. São Paulo: Veja, 1986.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Ribamar da. **Prisão: ressocializar para não reincidir**. Curitiba: UFPR, 2003.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

UOL. País perdeu controle dos presídios e facções garantem vida de presos, diz ministro da segurança. *In Notícias Uol*, 2018. Disponível em: <[https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/09/06/pais-perdeu-controle-dos-presidios-e-](https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/09/06/pais-perdeu-controle-dos-presidios-e-faccoes-garantem-vida-de-presos-hoje-diz-jungmann.htm)

[faccoes-garantem-vida-de-presos-hoje-diz-jungmann.htm](https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/09/06/pais-perdeu-controle-dos-presidios-e-faccoes-garantem-vida-de-presos-hoje-diz-jungmann.htm)> Acesso em 29 Out 2018.

XAVIER, Antonio Roberto. **Do crime comum ao crime organizado: criminalidade e as políticas públicas de segurança**. Fortaleza, 2007. 234 pp. (Dissertação de Mestrado em Planejamento e Políticas Públicas apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade Estadual do Ceará UECE).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. *Apud* SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TRÁFICO PRIVILEGIADO E O CRIME HEDIONDO: a (in)constitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao réu primário

Renata Pereira Dias⁵

RESUMO

A Constituição Federal elegeu algumas normas como sendo cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser modificadas ou excluídas da norma jurídica. Estas normas estão enumeradas nos incisos de I a IV do § 4º da Constituição Federal, e, dentre elas, encontra-se os direitos e garantias individuais. Com efeito, dentre os direitos e garantias individuais, o constituinte determinou que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins esteja entre os crimes de especial gravidade, levando a ser equiparado como crime hediondo, a teor do que descreve o inciso XLIII, artigo 5º. Significa que, como a Constituição Federal determinou como sendo o tráfico de drogas um crime de ampla gravidade, fez com que a legislação infraconstitucional passasse a regular de forma mais severa esse tipo de crime, conforme previsto no artigo 2º da Lei nº. 8.072/90. Entretanto, em julgamento do Habeas Corpus nº. 118.533, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu que o tráfico privilegiado previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06, não pode ser considerado como crime de natureza hedionda, e, por isso, o réu primário tem direito à progressão de pena da mesma forma dos crimes que não possuem a hediondez. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a norma, atribuiu um novo preceito constitucional ao caso

⁵ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

concreto, qual seja: para determinados tipos de tráfico de drogas não será considerado crime hediondo, mas para outros tipos de tráfico é considerado crime hediondo. Assim, o que se pretende demonstrar e analisar é a suposta (in)constitucionalidade da própria decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar no sentido do tráfico privilegiado não possuir natureza hedionda, mesmo existindo norma constitucional expressa no sentido de ser um tipo de crime grave, possuindo equiparação ao crime hediondo.

Palavras-chave: Tráfico privilegiado. *Habeas Corpus* nº. 118.533. Crime hediondo.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº. 11.343/06 – Lei de Drogas (BRASIL, 2006), além do artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), prevê que o crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins é equiparado a hediondo – Lei nº. 8.072/90 (BRASIL, 199), sendo inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Por sua vez, segundo julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, após análise do *Habeas Corpus* nº. 118.533, onde duas pessoas não tinham antecedentes criminais, e, por isso, eram primárias, fez como que o crime praticado não fosse considerado como equiparado ao hediondo.

O crime de tráfico de drogas atualmente é um dos maiores problemas do país, porém, a partir do momento em que houve um entendimento mais benéfico referente ao tráfico privilegiado, muitos dos agressores poderão usufruir dos benefícios da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), dentre eles progressão de pena e até mesmo liberdade condicional de forma mais rápida.

Por outro lado, os crimes hediondos são

considerados os mais cruéis e terríveis aos olhos da sociedade, porém, a lei em si, abrange aos mesmos uma forma de penalizar os que cometem crimes de acordo com a gravidade.

Em relação à Lei de Drogas (BRASIL, 2006), existe essa natureza hedionda quando praticado o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, motivo de ser aplicado penas mais rígidas, entretanto, para os casos definidos como tráfico privilegiado, o Supremo Tribunal Federal deu outro entendimento.

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal contradiz os ditames da lei e da própria Constituição Federal, uma vez que, a partir desse novo entendimento, uma suposta inconstitucionalidade encontra-se ventilada.

São fatos que o presente trabalho irá analisar, de forma a identificar e demonstrar os pros e contras da decisão do Supremo Tribunal Federal, informando práticas anteriores aos fatos e possíveis modificações (entendimentos, conflitos etc.) desta decisão.

O trabalho se passa por etapas de desenvolvimentos de formas qualitativas e quantitativas, através de doutrinas, jurisprudências e profissionais da área do Direito.

No primeiro capítulo, será discorrido sobre o Direito Penal e seus princípios norteadores.

Já no segundo capítulo, será apresentado sobre o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, detalhando sobre a legislação, aspecto doutrinário e jurisprudencial.

Por fim, no terceiro capítulo, será trazido a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tráfico privilegiado, onde passa a desenvolver estudo de caso, ou seja, como foi a decisão que fez com que os indivíduos presos com grande quantidade de drogas não foram considerados traficantes a ponto de receberem punições de crimes hediondos.

O estudo passa também por pesquisas explicativas, nas quais explica sobre tal decisão, e como isso

influenciará na sociedade e na criminalidade, inclusive, sobre a inconstitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em relação à metodologia, o presente trabalho irá analisar pontos da sociedade ao viver ao lado da criminalidade, de autoridades policiais judiciárias, que tentam coibir tais fatores e de indivíduos que praticam tais condutas delitivas, de que forma, ou o que eles pensam sobre a decisão tomada do Supremo Tribunal Federal a favor da descaracterização do crime de tráfico de drogas privilegiado não ser mais considerado como crime hediondo.

2 O DIREITO PENAL E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Antes de adentrar nos aspectos gerais do tráfico de drogas e sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação a não hediondez para este tipo de crime quando o réu é primário, importante fazer um enquadramento entre o Direito Penal e princípios constitucionais.

Quando se fala em Direito Penal, considerando também que existe o aspecto ressocializador, quer dizer que o Estado-juiz, utilizando dos pressupostos legais, fará com que o agressor da lei seja punido, com penas que poderão variar de privativas de liberdade ou até mesmo multa, penas restritivas, alternativas etc. (GRECO, 2016).

Porém, para que o Estado aplique a pena deve-se pautar pelas garantias e princípios constitucionais vigentes, como por exemplo, não utilizar de penas expressamente proibidas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), como as descritas no inciso XLVII do artigo 5º:

5º [...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Destarte, desde que respeitados os parâmetros constitucionais da pena, o Direito Penal poderá punir o indivíduo, desde que garanta o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, e não aplique as penas expressamente proibidas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Com efeito, estas garantias constitucionais fazem parte de um Estado Democrático de Direito, sendo que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) as elevou como cláusula pétrea, estando previstas no artigo 5º - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. (GRECO, 2016).

Salienta-se que as garantias mínimas descritas no artigo 5º possuem aplicação imediata, ou seja, não dependem de nenhuma outra norma para serem aplicadas. Devem, portanto, serem aplicadas no processo criminal, sob pena de tornar o ato nulo, e, por consequência, caracterizar um dano a própria dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2016).

Aliás, a dignidade da pessoa humana é outra garantia essencial do Estado, estando previsto como fundamento da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), conforme previsto no artigo 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana

Ademais, quando se fala em Direito Penal, deve-se agregá-lo ao princípio da legalidade, ou seja, deve haver uma lei que defina determinado tipo de crime, e ainda, as garantias reais do indivíduo devem sobrepor, para fins de obter uma condenação justa e de acordo com os ditames constitucionais. (GRECO, 2016).

Sublinhe-se, neste passo, que embora o Direito Penal seja um sistema punitivo, estará sempre vinculado às garantias e princípios constitucionais, inclusive, aos princípios previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988). (GRECO, 2016).

Portanto, o Direito Penal, desde que observadas as garantias mínimas ao acusado, possui entre seus objetivos reprimir os delitos, logo, se um indivíduo cometer uma conduta tipificada na legislação criminal, será aberto procedimento criminal onde poderá ser punido. (BONAVIDES, 2004).

Conforme alude Paulo Bonavides (2004, p. 16):

[...] as garantias constitucionais podem ser tanto da Constituição (acepção lata), como serem ‘garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Carta Magna, portanto, remédios jurisdicionais eficazes para a salvaguarda desses direitos (acepção estrita)’.

Assim, com a finalidade de preservar a pacificação social, o Estado criou regras e normas, no sentido de proteção da sociedade e privilegiando a prevenção de crimes.

Por outro lado, poderá haver um equilíbrio entre os princípios, mas nunca deixar de aplicá-los por razões inteiramente interpretativas.

Ademais, se tratando da liberdade da pessoa, entende-se que a prisão será considerada exceção, conforme destaca o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e conforme artigo 5º, inciso LXVI (BRASIL, 1988, *online*): “[...] ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Todavia, a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) apresenta alguns casos em que poderá haver privação da liberdade: “LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Existem também outros casos em que a norma constitucional define determinados tipos de crimes como mais graves, devendo ser punido de forma mais rigorosa pelo Estado. É o que dispõe, por exemplo, o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 5º [...] XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Observe-se que o constituinte elegeu o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins como de especial

gravidade, motivo que possui tratamento mais rigoroso pela legislação infraconstitucional.

É, pois, considerado equiparado ao crime hediondo, tanto que a Lei nº. 8.072/90 (BRASIL, 1990), que dispõe sobre os crimes hediondos, determina em seu artigo 2º um maior rigor para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, prevendo que a pena será cumprida inicialmente em regime fechado (§ 1º) e a progressão de regime apenas ocorrerá quando cumprido dois quintos da pena, se for réu primário, ou três quintos se reincidente (§ 2º).

Rogério Greco (2016, p. 92) citando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apresenta justificativa sobre esse maior rigor do cumprimento da pena para os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins:

O tráfico de entorpecentes, por seus efeitos maléficos sobre a saúde pública, comprovados à exaustão, foi tratado com maior rigor pelo legislador constituinte, que, no art. 5º, XLIII, da Carta Magna, estabeleceu que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Sem cogitar de sua aplicação retroativa, mas apenas como reforço argumentativo, pode-se dizer que a novel legislação (Lei nº. 11.343/2006), ao proibir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, para as condutas consideradas graves (arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37), apenas positivou aquilo que já era a mens legis anterior, pois tal tipo de sanção não atende à prevenção do delito ou à reprovação da conduta de maneira adequada e suficiente. A referida substituição para o crime de tráfico de entorpecentes, fere, inclusive, o

princípio da proporcionalidade, por colocar sob o efeito de norma mais benéfica delito hediondo, equiparando-o a outros, muito menos graves, para os quais a norma efetivamente fora direcionada. Não há necessidade de norma jurídica que explicita a inadequação da privação de direitos ao propósito visado pelo Direito Penal, pois tal resulta de maneira clara e inescandível da própria função repressora que a Lei Penal contém, não se podendo dizer que o Juiz Criminal esteja de tal modo preso à letra da lei, que não possa a sua interpretação contribuir para dar à norma penal a possibilidade de alcançar o seu propósito. Observar somente a quantidade da pena, inferior a quatro anos, e desprezar o tipo de crime é o mesmo que nivelar coisas desiguais, tratar do mesmo modo ilícitos essencialmente diferentes e minimizar a gravidade daqueles crimes que, difundem perigos gravíssimos, promovem a insegurança e a intranquilidade sociais (STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 22/09/2008)

Deste modo, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) elevou alguns tipos de crimes ao status de especial gravidade, fazendo com que o legislador aplique punições mais rígidas e com maior rigor, fazendo com que o indivíduo que praticou tenha uma pena proporcional ao tipo de crime cometido.

Mas mesmo que exista este maior rigor do Estado em determinados tipos de crime, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ainda assim devem ser respeitados os princípios e garantias previstas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Isto porque, os princípios constitucionais fundamentais embasam o Estado Democrático de Direito,

em razão de ser uma garantia imediata, e ainda, por estar relacionada aos direitos humanos, estando, inclusive, presentes em tratados internacionais.

Sendo assim, os princípios constitucionais fundamentais é um importante pilar do Direito Penal. Neste sentido, transcrevem-se as palavras de Anabela Miranda Rodrigues (2000, p. 109), dizendo sobre as consequências ao Estado caso não cumprir com as normas e princípios constitucionais:

[...] aquele que seria o maior responsável pela sua observância, acaba se transformando em seu maior violador. Isso se reflete em todas as áreas sociais, e com grande ênfase no âmbito do Direito Penal, pois o poder estatal passou a utilizar da pena e das prisões como principal forma de controle e manutenção da ordem, esquecendo-se que seu objeto e limite de atuação estão estabelecidos e vinculados aos direitos fundamentais.

Rogério Greco (2011, p. 103), por sua vez, exemplifica alguns casos em que o Estado não cumpre com as garantias e princípios constitucionais:

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetos, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais para a sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já

foi condenado por ter praticado uma infração penal.

Ainda nesse contexto, Rogério Greco (2011, p. 73) salienta através do seguinte exemplo:

Assim, tomemos como exemplo o fato de alguém ter praticado um delito de extorsão mediante sequestro, qualificado pela morte da vítima. O sequestrador, como é de conhecimento de todos, tem direito à liberdade, diretamente ligado à sua dignidade, deverá ceder frente ao direito de proteção dos bens jurídicos pertencentes às demais pessoas, que com ele se encontram numa sociedade. Percebe-se, assim, que a dignidade, como um valor individual de cada ser humano, deverá ser avaliada e ponderada em cada caso concreto. Não devemos nos esquecer, contudo, daquilo que se denomina como sendo um núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser abalado. Assim, uma coisa é permitir que alguém, que praticou uma infração penal de natureza grave, se veja privado de sua liberdade pelo próprio Estado, encarregado de proteger, em última instância, os bens jurídicos; outra coisa é permitir que esse mesmo condenado a uma privação de liberdade cumpra sua pena em local degradante de sua personalidade; que seja torturado por agentes do governo com a finalidade de arrancar-lhe alguma confissão; que seus parentes sejam impedidos de visitar-lhe; que não tenha uma ocupação ressocializante no cárcere, etc. A sua dignidade deverá ser preservada, pois que ao Estado foi permitido somente privar-lhe a liberdade, ficando resguardados, entretanto, os demais direitos que dizem respeito diretamente à sua dignidade como

pessoa.

Destarte, mesmo que o Estado tenha a prerrogativa de punir alguém quando infringe determinada norma do Direito Penal, devem ser respeitadas as regras e normas constitucionais. (GRECO, 2011).

E tendo como pressuposto tornar mais nítida a noção do que representa os direitos fundamentais como base de um Estado de Direito, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 42) esclarece:

[...] os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Ademais, conforme o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “[...] os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Decorre que o Estado que se omitir na sua interpretação constitucional poderá ser condenado à obrigação de fazer, por meio do que se conhece como judicialização das políticas públicas. (MORAES, 2005).

Para Cezarino Júnior (1970, p. 341), este Direito Social incide na arguição de que: “[...] todo o direito é naturalmente social, por isso que não pode haver direito senão em sociedade: *Ubi societas, ibi jus*”.

Deste modo, todo processo penal deve estar pautado pelos princípios constitucionais, não podendo o Estado adotar outros meios para não cumpri-los, caso contrário, estará infringindo normas constitucionais.

Portanto, destacado esta parte inicial sobre o Direito Penal e os princípios constitucionais, passa-se ao estudo do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e

mesmo sendo um crime grave e que atormenta a sociedade, o processo criminal deve se reverter em garantias constitucionais e com abrangência de todos os princípios, sob pena de atentar contra a dignidade da pessoa e contra o próprio Estado Democrático de Direito.

3 TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS

O tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é um tipo de crime grave e que se encontra previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 5º, inciso XLIII. Trata-se de caso de saúde pública, considerando que o tráfico ilícito, além de causar violência, causa um enorme dano à vida das pessoas, em consequência da droga consumida pelo usuário se tornar um vício.

Por isso, a própria norma constitucional elencou o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins como um tipo de crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

De tão grave que a Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) também permitiu a extradição de pessoas naturalizadas em decorrência de comprovado envolvimento em tráfico de entorpecentes e drogas afins, conforme previsto no inciso LI do artigo 5º: “[...] nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

No que tange ao conceito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, primeiramente, deve-se transcrever o que dispõe a legislação infraconstitucional. Conforme artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006, *online*), considera-se crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O § 1º do mesmo artigo 33 complementa sobre outras condutas que, se praticadas, também caracterizam o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, conforme a seguir transcrito:

Art. 33. [...]

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de

drogas. (BRASIL, 2006, *online*).

Significa que quando determinada pessoa pratica alguns dos verbos elencados no *caput* do artigo 33 ou incisos do § 1º, estará diante do tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, cuja pena será de reclusão, podendo ser de cinco a quinze anos e pagamento de dias-multa. (BRASIL, 2006).

Por sua vez, o artigo 33 ainda dispõe sobre outras condutas, porém elas não são consideradas como tráfico ilícito, mas sim como crime autônomo, inclusive, possuindo penas menores, conforme transcrevem respectivos §§ 2º e 3º:

Art. 33 [...]

2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. (BRASIL, 2006, *online*).

Sobre os §§ 2º e 3º do artigo 33, explica Oswaldo Féfin Vanin Júnior (2015, *online*):

§ 2º - induzimento, auxílio ou instigação: é crime autônomo. Na antiga lei, esta conduta configurava crime de tráfico ilícito de drogas. Na nova lei, a pena passa a ser bem menos severa, privilegiando o

legislador essa conduta, que não mais pode ser considerada crime de tráfico de entorpecente. O auxílio não pode ser genérico, isto é, visar a todos indistintamente. Deve sempre visar à pessoa ou pessoas determinadas. As condutas induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga constitui crime autônomo, não caracteriza tráfico. Todavia, essa conduta pressupõe o dolo de não traficar, do contrário responderá pelo mesmo.

§ 3º - uso compartilhado: Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem (crime autônomo). A doutrina majoritária entende que, a pessoa de seu relacionamento, sendo estas parentes consanguíneas em qualquer grau, colateral, inclusive amigos. Para juntos consumir: essa conduta, não admite que o agente tenha a intenção de arrecadação de clientes para o tráfico. Só se admite, por exemplo, a roda de fumo. Consoante a doutrina moderna, as condutas do art. 28 *caput*, os §§ 2º e 3º do art. 33, não são equiparados a delitos hediondos, porquanto é considerado crime de tráfico de drogas, somente aquele, cuja tipificação se encontra no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei 11.343/2006, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, XLIII), considerado figura equiparada aos crimes hediondos assim definidos em lei (Lei 8.072/90).

Também sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 329) defende:

O tipo penal inédito teve por finalidade abrandar a punição daquele que fornece substância entorpecente a um amigo, em qualquer lugar onde pretendam utilizar a

droga em conjunto. Fazendo-o em caráter eventual e sem fim de lucro aplica-se a figura privilegiada.

Destarte, no que tange aos §§ 2º e 3º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006), não se tratam de crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, não vindo por consequência serem equiparados a crime hediondo.

Por isso, somente aquelas práticas descritas no artigo 33, *caput* e § 1º da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006) são considerados tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, constatando, portanto, se deparar com uma situação de adquirir, vender, produzir, exportar, importar etc., estará diante do tráfico.

Questão importante é que mesmo se a pessoa importar, remeter, exportar, fabricar, etc., produtos destinados a fabricação da droga ou realizar cultivo de plantas que constitui matéria prima para a preparação da droga, também estará diante de um tráfico ilícito.

Mas não é somente o artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006) que contempla hipóteses para configurar o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, sendo que os artigos 34 e 35 também possuem essa natureza:

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa. (BRASIL, 2006, *online*)

Art. 35. Associarem-se duas ou mais

pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei. (BRASIL, 2006, *online*).

O que se destaca entre a diferenciação do artigo 34 para o artigo 35 é que, nesse último, trata-se de associação para o tráfico de drogas, e para a maioria das jurisprudências não se configura como crime equiparado a hediondo. É o que se extrai do entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. OPERAÇÃO ARARAQUARA. PACIENTE CONDENADO PELOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006, EM CONCURSO MATERIAL. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DOS DELITOS.

[...]

4. Assente nesta Corte de Justiça o entendimento de que "O crime de associação para o tráfico não constitui crime equiparado a hediondo, tendo em vista que não se encontra previsto na Lei 8.072/90" (HC 205.820/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016), o que revela o desacerto do Tribunal a quo

ao se fundamentar na Lei de Crimes Hediondos em relação ao delito de associação para o tráfico, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena. [...] (STJ. HC 356853 / RS. *Habeas Corpus* 2016/0130729-7. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Data de julgamento: 01 set. 2016. Data de publicação: 12 set. 2016). (BRASIL, 2016, *online*).

No que tange ao previsto no artigo 34, é considerado crime equiparado a hediondo, considerando a gravidade do tráfico ilícito praticado.

Por sua vez, também existem as tipificações contidas nos artigos 36 a 39 também da Lei nº. 11.343/06. Assim dispõem (BRASIL, 2006, *online*) referidos artigos:

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

As condutas acima previstas nos respectivos artigos 36 a 39 tratam de crime autônomo e não é considerado tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins. No caso do artigo 36, explica Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 772):

Em fiel observância a uma das recomendações da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de Viena (art. 3º, § 1º, V), incorporada ao ordenamento jurídico pelo Decreto executivo nº 154/1991, o legislador da nova Lei de Drogas resolveu tipificar como crime autônomo a conduta daquele que financia ou custeia a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/06. Portanto, aquele agente que antes era punido como mero partícipe do crime de tráfico de drogas passa a responder pelo tipo penal autônomo do art. 36 da Lei nº 11.346/06. Cria-se, portanto, mais uma exceção pluralista à teoria monista do concurso de agentes.

E de acordo com Ednaldo Moscoso Borges (2016, *online*), em decorrência da gravidade do crime previsto no artigo 36, é considerado como equiparado a hediondo:

No que se refere ao art. 36, a lei tipifica a conduta de financiar o tráfico de drogas e comina a maior pena desta Lei, reclusão de 08 a 20 anos. Devido à maior reprovabilidade daquele que financia ou custeia o tráfico, a maior parte da doutrina considera que o tipo é equiparado a hediondo. Ora, se não houvesse um tipo diferenciado para aquele que custeia o tráfico, quem assim agisse, iria incidir na conduta do art. 33 da Lei 11.343/06 como participe ou coautor, conforme previsão do art. 29 do Código Penal. Tendo em vista a maior culpabilidade daquele que financia a atividade criminosa, o Legislador resolveu adequá-lo a um tipo único cominando-lhe sanção mais gravosa. Resta óbvio, pois, que o supracitado tipo penal é equiparado a hediondo uma vez que não haveria sentido individualizar uma conduta mais reprovável, cominando-lhe sanção mais grave, e ao mesmo tempo conferir-lhe mais benefícios do que o tipo menos grave.

Em relação ao artigo 37, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro demonstra que não se aplica a equiparação do crime hediondo por não ser considerado tráfico ilícito de entorpecente:

PENAL ART. 37 DA LEI 11343/06 REGIME ABERTO NÃO APLICAÇÃO DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS SUBSTITUIÇÃO DA PENA VEDAÇÃO LEGAL. O artigo 2º § 1º da Lei 8072/90 estabelece que nos crimes de tráfico ilícito

de entorpecentes e drogas afins a pena deve ser cumprida em regime inicialmente fechado. Essa é a regra. No entanto, a questão destes autos é que o delito do artigo 37 da Lei 11343/06 não caracteriza tráfico ilícito de entorpecente, eis que apenas o tipo do artigo 33 da referida legislação pode ser assim denominado. Nessa linha, não é cabível no caso concreto a aplicação do artigo 2º § 1º da lei dos crimes hediondos para estabelecer o regime fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade. De outro giro, incabível a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos por expressa vedação legal, certo que a corte especial do STJ reconheceu a validade da norma do artigo 44 da Lei 11343/06, apesar da posição em contrário do STF. Não vejo aquela vedação legal como inconstitucional, sendo que a própria Constituição delegou ao legislador ordinário o processo de individualização da pena, podendo ditar regras proibitivas específicas, tanto assim que ninguém contesta a validade do artigo 44 do Código Penal que proíbe a substituição respectiva nos crimes praticados com violência ou grave ameaça. O que é fato é que no caso concreto, as circunstâncias da infração não autorizam a substituição reclamada. (TJRJ. Apelação Criminal nº. 0005071-02.2010.8.19.0204. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Relator Desembargador Marcus Henrique Pinto Basilio. Data de julgamento: 09 dez. 2010). (RIO DE JANEIRO, 2010, *online*).

Já os artigos 38 e 39, explica Ednaldo Moscoso Borges (2016, *online*):

O art. 38 se refere aquele que ministra ou prescreve, culposamente, drogas sem que

delas necessite o paciente. É único tipo culposo previsto na Lei de Drogas. Não é considerado equiparado a hediondo.

Por fim, o art. 39 dispõe sobre a conduta do sujeito que conduz embarcação ou aeronave após o consumo de drogas. Também não é considerado crime equiparado a hediondo.

Assim, com exceção do §§ 2º e 3º do artigo 33, bem como dos artigos 37 a 39, as demais condutas, caso praticadas, poderão caracterizar o tráfico ilícito, e por consequência, serem crimes equiparados a hediondo.

Desta forma, pode-se dizer que o conceito legal de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, de acordo com Carmen Ferreira Saraiva (2006, *online*) é:

[...] importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, semear, cultivar, colher, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, induzir, instigar, auxiliar, guardar, utilizar local privado de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, contribuir de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Frisa-se que cada verbo previsto no artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006) possui um sentido, devendo ser interpretado de forma correta para que possa caracterizar o tráfico ilícito. Em relação ao verbo importar,

de acordo com Gilberto Thums e Vilmar Pacheco (2008, p. 70), significa: “[...] fazer que a droga chegue ao país, através de transposição do espaço físico-territorial, por qualquer via, seja ela marítima, aérea ou terrestre e por qualquer meio. A consumação ocorreria com o ingresso da droga em território nacional”.

Já o verbo exportar, conforme Fernando Capez (2007, p. 70), consiste em: “[...] fazer com que a mercadoria ilícita saia do território nacional”.

Sobre o objetivo de impedir a importação ou exportação da droga, se refere a:

[...] impedir a difusão de drogas em outros países, visando os tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional Brasileiro, como a Convenção Única sobre entorpecentes, de 1961. A exportação, assim como a importação, pode ocorrer por qualquer via, sendo ela marítima, aérea ou terrestre. (THUMS; PACHECO, 2008, p. 70).

Salienta-se que o tráfico internacional é um tipo de crime gravíssimo, motivo que importar e exportar drogas para outros países faz com que a pena aumente de um sexto a dois terços, conforme previsto no artigo 40 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006, *online*):

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;

Verifica-se que o inciso I do artigo 40 diz sobre transnacionalidade, que quer dizer entre nações ou sem fronteiras. Neste caso, é de ilícito transnacional, sujeitando

a competência para processamento e julgamento a Justiça Federal, de acordo com o disposto no artigo 70 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006, *online*):

Art. 70. O processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, se caracterizado ilícito transnacional, são da competência da Justiça Federal. Parágrafo único. Os crimes praticados nos Municípios que não sejam sede de vara federal serão processados e julgados na vara federal da circunscrição respectiva.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça demonstra exemplo sobre a caracterização da transnacionalidade do tráfico ilícito, apontando ao final sobre a competência da Justiça Federal, *in verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. EXISTÊNCIA DE INDICATIVOS CONCRETOS DA TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES.

1. Na fase em que se encontra a persecução criminal não houve ainda sequer o recebimento da denúncia existem fortes elementos que apontam para a transnacionalidade do tráfico tais como a existência de mensagens, no celular de um dos acusados, em língua espanhola, dois dias antes da apreensão da droga; a quantidade da substância apreendida (quase duas toneladas de "maconha"); bem como a inscrição "Industria Paraguaya" em embalagem utilizada no transporte da droga razão por que o feito deve ser processado perante a Justiça Federal.

2. Se, exaurida a fase instrutória, o Juízo Federal constatar a ausência de provas da internacionalidade do crime, deve reconhecer-se incompetente, remetendo os autos para a Justiça Comum Estadual.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 1.ª Vara de Divinópolis SJ/MG. (STJ. Conflito de Competência nº. 115.595 - MG (2011/0016490/0). Órgão Julgador: Teceira Seção. Relatora Ministra Laurita Vaz. Data de julgamento: 28 set. 2011. Data de publicação: 10 out. 2011). (BRASIL, 2011, *online*).

Em relação ao verbo remeter, conforme explica Fernando Capez (2007, p. 699): “[...] tem como significado mandar, entregar, enviar, encaminhar ou expedir substância entorpecente, desde que dentro do País, caso contrário seria importação ou exportação”.

No que tange ao verbo preparar, consiste: “[...] na combinação de substâncias com o intuito de formar a droga, pois algumas substâncias entorpecentes são compostas de outras, em si mesmas inócuas, consumando-se o delito com a junção dos elementos”. (CAPEZ, 2007, p. 699).

Produzir, segundo Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2008, p. 87) é:

[...] fabricar, criar, seja em pequena, seja em grande escala. A distinção entre produzir e preparar é que esse verbo pressupõe a existência de componentes que são postos em circunstâncias a servir de entorpecentes, ao passo que aquele verbo envolve maior atividade criativa, como a indústria extrativa.

Já o verbo fabricar, trata-se de: “[...] uma variante das condutas preparar e produzir. Pois se pode dizer que

fabricar é produzir mediante meio mecânico e industrial”. (GRECO FILHO; RASSI, 2008, p. 87).

Adquirir, na lição de Gilberto Thums e Vilmar Pacheco (2008, p. 72) é: “[...] comprar a droga, seja a título oneroso ou gratuito, ou seja, é uma forma de obter a propriedade da substância ilícita”.

O vocábulo vender significa: “[...] a alienação ou transferência de uma determinada substância ilícita a terceiros, mediante pagamento em dinheiro ou outro bem. A troca ou permuta também pode ser caracterizada como venda”. (THUMS; PACHECO, 2008, p. 73).

Expor à venda consiste em:

[...] exibir a substância ilícita a possíveis compradores, com o objetivo de venda. Trata-se, por isso, de conduta permanente, pois enquanto a droga estiver exposta a venda, o agente pode ser preso em flagrante, não se exigindo habitualidade. (CAPEZ, 2007, p. 700).

A conduta oferecer, de acordo com Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2008, p. 88), significa: “[...] ofertar, apresentar para ser aceito como dádiva ou empréstimo, ou mesmo para um eventual interesse de compra”.

Em complemento, Fernando Capez (2007, p. 700) discorre sobre a diferença entre exposição e oferecimento: “Na exposição à venda, a droga fica exposta ao aguardo de eventual comprador, diferentemente do oferecimento, quando o traficante vai em direção ao potencial usuário ou adquirente da substância ilícita e lhe apresenta a proposta”.

A conduta ter em depósito é caracterizado quando:

[...] se tem um estoque de uma determinada droga, com o intuito de retenção. Não se faz necessário que o depositário seja o proprietário da droga,

pois a conduta pode ser realizada por pessoa que apenas tem o espaço físico, mas também pode ser do próprio traficante. A presente conduta é caracterizada como crime permanente, não sendo necessário que o agente esteja junto ao tóxico, nem é exigível a comprovação da destinação da droga, se tem o objetivo de venda ou de uso. (THUMS; PACHECO, 2008, p. 73).

Já o verbo transportar indica, segundo Damásio de Jesus (2009, p. 104): “[...] remover a substância ilícita de um determinado local para outro por algum meio de locomoção que não seja pessoal, caso contrário configuraria a conduta de trazer consigo”.

Neste contexto, complementa Gilberto Thums e Vilmar Pacheco (2008, p. 74): “A conduta de transportar não deve ser confundida com remeter, pois nessa, a conduta é realizada por outro agente, que não faz o transporte, mas destina à droga a terceiro utilizando-se de qualquer meio”.

Trazer consigo trata-se de um tipo de conduta das mais praticadas, sendo que a pessoa guarda a droga em vestes ou partes do corpo na intenção de transportar, repassar ou vender a droga. (THUMS; PACHECO, 2008).

Aliás, importante destacar que trazer consigo a droga é tráfico ilícito e não tentativa, considerando que respectivo verbo encontra-se previsto no artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006). Corroborando com esse entendimento, cita-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, "CAPUT", DA LEI N.º 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONDENAÇÃO PELA CONDUTA DE TRANSPORTE DA DROGA NA MODALIDADE

TENTADA (ART. 14, INCISO II, CP).
INSURGÊNCIA MINISTERIAL.
PLEITO DE CONDENAÇÃO PELO
DELITO CONSUMADO.
MODALIDADE DE "TRAZER
CONSIGO" QUE ANTECEDE O
EFETIVO TRANSPORTE DA DROGA.
ACOLHIMENTO. PEDIDO DE
CONDENAÇÃO PELO CRIME DE
ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.
TESE NÃO ACOLHIDA. AUSÊNCIA
DE PROVAS SOBRE A INTENÇÃO DE
CRIAR UMA SOCIEDADE COM FINS
DELITIVOS, DE FORMA ESTÁVEL E
PERMANENTE. APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO "IN DUBIO PRO REO".
RECURSO PARCIALMENTE
PROCEDENTE. Não se pode falar em
tentativa de crime de tráfico de
entorpecentes, visto que a mera posse do
entorpecente já caracteriza a figura típica
do artigo 33 da lei de tóxicos, na
modalidade de "trazer consigo". Trata-se
de crime de ação múltipla, bastando para
sua consumação que a conduta do agente
se enquadre numa das condutas descritas
naquele dispositivo legal. (TJPR.
Processo: 651079-6. Acórdão: 11882.
Órgão Julgador: 3ª Câmara Criminal.
Relator Desembargador Jefferson Alberto
Johnsson. Data de julgamento: 20 mai.
2010. Data de publicação: 08 jun. 2010).
(PARANÁ, 2010, *online*)

Quanto ao verbo guardar, conforme diz Damásio de Jesus (2009, p. 105): “[...] tem o mesmo significado de manter, conservar ou reter sob o seu cuidado, porém, tem que ser em nome de outrem. Pois, caso contrário seria depósito, onde o sujeito retém o entorpecente para si mesmo”.

O verbo prescrever é no sentido de que a pessoa deve ter uma qualificação própria, ou seja, não é qualquer

pessoa que pode prescrever algum tipo de medicamento, mas tão somente aquela que possui uma habilitação profissional. Nesse caso, se um médico, por exemplo, utilizar de sua habilitação profissão para prescrever algum medicamento considerado entorpecente para determinada pessoa manter seu vício, será considerado tráfico ilícito. (THUMS; PACHECO, 2008).

Já o verbo ministrar, segundo Damásio de Jesus (2009, p. 106), quer dizer: “[...] introduzir no organismo do usuário de droga alguma substância ilícita mediante injeção ou aplicação”.

Por fim, entregar ou fornecer, de acordo com Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2008, p. 88) significa: “[...] prover, proporcionar, dar, seja a qualquer título o fornecimento, podendo ser ele oneroso ou gratuito. As duas formas caracterizam o delito”.

Assim, estes são os verbos previstos no artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006) e que se praticados irá caracterizar o tráfico ilícito de entorpecente e drogas fins.

Como objetividade jurídica ou bem jurídico tutelado, a proteção se dará pela: “[...] saúde pública ou a incolumidade pública e a vida e a saúde do indivíduo”. (SARAIVA, 2006, *online*).

Por outro lado, nada adianta conceituar sobre os verbos previstos na legislação e sobre o bem jurídico tutelado se não souber o que vem a ser a droga, ou seja, o que é proibido vender, comercializar, importar, fabricar, etc.

De tal maneira, a própria Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006, *online*) apresenta em seu parágrafo único do artigo 1º o que vem ser a droga, conforme transcrito a seguir:

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e

reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Observe-se que drogas são substâncias que causam dependência, motivo de se tratar como dano à saúde pública. Entretanto, pode-se dizer que trata de uma norma penal em branco, pois a lei delega ao Poder Executivo da União a atribuição de expedir lista atualizada do que vem a ser substância considerada como drogas afins. (BRASIL, 2006).

Cediço que, é necessário essa complementação da lei através de outras normas para que haja uma completa definição do que vem a ser drogas afins. Esta norma complementadora se encontra prevista na Portaria nº. 344 (BRASIL, 1998), de 12 de maio de 1998, expedida pelo Ministério da Saúde através da Secretaria de Vigilância em Saúde.

Deste modo, todas as substâncias que se encontram relacionadas na Portaria nº. 344 (BRASIL, 1998), são proibidas de comercializar, exportar, importar, vender etc., caso contrário, estará diante do tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins. A título de exemplo, a substância *cannabis sativum* encontra-se na Portaria nº. 344 (BRASIL, 1998), como planta que pode originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas, tratando-se da maconha.

Por isso, conforme discorre Renato Marcão (2009, p. 03): “[...] para verificação das modalidades típicas que a

Lei estabelece, é preciso buscar a complementação de cada dispositivo que faz referência a droga”.

Em relação à legislação ser considerada uma norma penal em branco, explica Fernando Capez (2007, p. 758):

A questão é como saber quais as substâncias ou produtos capazes de causar dependência. Pois bem. A Lei 11.343/06 adotou o sistema das normas penais em branco, somente considerando droga a substância que estiver elencada em portaria própria Ministério da Saúde. Atualmente, as substâncias ou produtos que causam dependência estão elencadas na Portaria n. 344/98, republicada em 1º de fevereiro de 1999, do serviço de Vigilância Sanitária. Assim, o que consta dessa enumeração é considerado droga ilícita; o que não estiver não autoriza a existência do crime de tóxicos. Com efeito, o não-relacionamento de uma substância que cause dependência física ou psíquica, na aludida Portaria, torna atípica a conduta. Os tipos penais da Lei n. 11.343/2006 são, portanto, normas penais em branco heterogêneas, ou seja, dispositivos em que a descrição da conduta é completada por norma infralegal.

Portanto, dentro do sistema jurídico brasileiro, somente pode ser considerado droga caso estiver elencado na Portaria nº. 344 (BRASIL, 1998) do Ministério da Saúde através da Secretaria de Vigilância em Saúde, caso contrário, a conduta se torna atípica, não vindo a ser considerado crime de tráfico ilícito.

3.1 Tráfico ilícito equiparado ao crime hediondo

O crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas

afins previsto no artigo 33, *caput*, § 1º e artigo 34 são crimes equiparados a hediondo. Diz-se equiparado porque o tráfico ilícito não se encontra previsto no rol do artigo 1º da Lei nº. 8.072/90 (BRASIL, 1990).

Para uma noção completa de quais crimes são considerados hediondos pela Lei nº. 8.079/90 (BRASIL, 1990, *online*), transcreve-se o artigo 1º:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994) (Vide Lei nº 7.210, de 1984)

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2o, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); (Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015)

I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2o) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ lo,

2º e 3º); (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). (Inciso incluído pela Lei nº 8.930, de 1994)

VII-A – (VETADO) (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998). (Inciso incluído pela Lei nº 9.695, de 1998)

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, e §§ 1º e 2º). (Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados.

Verifica-se, como já dito, não consta no rol do artigo 1º o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, porém a equiparação como crime hediondo ocorre em decorrência do artigo 2º, que assim dispõe:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são

insuscetíveis de:
I - anistia, graça e indulto;
II - fiança e liberdade provisória.
(BRASIL, 1990, *online*).

Embora o artigo 2º apenas reitera o que consta no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), trata-se de uma forma de agravar a pena, tanto que seus parágrafos assim preveem:

Art. 2º [...] § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)
§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)
§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)
§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (BRASIL, 1990, *online*).

Observe-se, portanto, quando uma pessoa praticar o crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins será processado e julgado de acordo com os ditames da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006), e quando o juiz aplicar a pena, irá considerar respectivo crime como equiparado a hediondo, fazendo com que o condenado cumpra a pena inicialmente em regime fechado (§ 1º) e com progressão

de regime após o cumprimento de 2/5 da pena se primário ou 3/5 se reincidente (§ 2º), sendo que a prisão temporária poderá ser decretada em prazo maior, ou seja, por trinta dias prorrogável por igual período.

Assim, o artigo 2º da Lei nº. 8.072/90 (BRASIL, 1990) é o motivo de se equiparar o crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins como hediondo, acarretando em um critério de aplicação da pena mais rigoroso.

Sobre esta questão, ilustra Fernando Capez (2007, p. 171):

[...] o fato do tráfico ilícito de entorpecentes ser caracterizado como um crime equiparado a hediondo não quer dizer que ele seja considerado crime dessa espécie, pois somente é equiparado a ele, possibilitando assim a lei que o tráfico de drogas receba o mesmo tratamento severo e repressivo dado aos crimes hediondos.

Por outro lado, o fato do tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins ser considerado como crime equiparado a hediondo gera crítica, tanto que existe fundamento sobre a desproporcionalidade da pena do tráfico ilícito se comparado a outros tipos de crimes, conforme ilustra Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (2006, *online*):

É de se notar a total desproporcionalidade de uma pena mínima de cinco anos, superior até ao patamar mínimo do crime de roubo, que requer violência ou grave ameaça, além de ter sido mantida, pelo art. 44 da nova lei, a infiançabilidade do delíto, proibida a concessão de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, bem como a conversão da pena em restritiva de direitos, o que fará com que os presos por tráfico fiquem

encarcerados um tempo ainda maior.

Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues (2006, *online*) ainda complementa sobre o crescimento da população carcerária em virtude das altas penas e maior severidade das penas do tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins:

De fato, o crescimento acelerado da população carcerária em todo o País nos últimos anos deu-se em decorrência do endurecimento das penas, e envolveu especialmente os delitos equiparados a hediondos, dentre eles o tráfico de entorpecentes, antes sujeito a regime integralmente fechado. Considera-se, então, a política criminal de drogas no Brasil como um dos fatores que mais contribuiu para o agravamento da população carcerária na última década, situação que só tende a piorar com a nova lei.

Porém, mesmo existindo críticas pontuais, a jurisprudência majoritária entende ser o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins como crime equiparado a hediondo, tanto que utiliza como forma de aplicação da pena o tratamento mais severo previsto nos parágrafos do artigo 2º da Lei nº. 8.072/90 (BRASIL, 1990), como nos casos dos exemplos a seguir:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - INCONFORMISMO MINISTERIAL - ADMISSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO DO QUE O FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA - CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO - RECURSO CONHECIDO E

PARCIALMENTE PROVIDO. V.V. APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - REGIME PRISIONAL FECHADO - POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. - Para o crime de tráfico de entorpecentes o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o fechado, em observância à disposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90, modificada pela Lei nº. 11.464/07. (TJMG. Apelação Criminal 1.0027.17.003822-1/001 0038221-41.2017.8.13.0027 (1). Órgão Julgador: 6ª Câmara Criminal. Relatora Desembargadora Márcia Milanez. Data de julgamento: 03 abr. 2018. Data de publicação: 13 abr. 2018). (MINAS GERAIS, 2018, *online*). AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. FRAÇÃO DE TEMPO DA PENA A SER CONSIDERADA PARA FINS DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. AGENTE REINCIDENTE. FRAÇÃO DE 3/5. NECESSIDADE. CUSTAS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA. DADO PROVIMENTO AO RECURSO. OFÍCIO. 1. Tratando-se de agente condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado (tráfico ilícito de drogas) e reincidente, deve ser fixada a fração de 3/5 do tempo da pena relativa ao delito hediondo ou equiparado para fins de progressão de regime prisional, conforme disposição do artigo 2º, §2º, da Lei 8.072/90, independentemente da natureza do delito anterior causador da reincidência. 2. Suspende-se a exigibilidade do pagamento de custas

processuais devidas por ré hipossuficiente, nos termos e pelo prazo do art. 98, §3º, do CPC. 3. Dado provimento ao recurso. Ofício. (TJMG. Agravo em Execução Penal 1.0338.15.009252-0/001 1036240-41.2017.8.13.0000 (1). Órgão Julgador: 7ª Câmara Criminal. Relator Desembargador Marclio Eustáquio Santos. Data de julgamento: 14 mar. 2018. Data de publicação: 23 mar. 2018). (MINAS GERAIS, 2018, *online*)

Em que pese não existir dúvida sobre a equiparação do tráfico ilícito como hediondo, o que ocorre, na verdade, é uma interpretação sobre o regime inicial da pena. Isto porque, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, já declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/90 (BRASIL, 1990), sob fundamento de que tal dispositivo ofende o princípio da individualização da pena, de forma que a fixação de regime inicial para cumprimento de pena corporal, ainda que em casos de crimes hediondos ou equiparados, deve ser orientada pelos requisitos do artigo 33 do Código Penal (BRASIL, 1940), conforme a seguir:

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 análise, 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 111840. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Relator Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 27 jun. 2012. Data de publicação: 17 dez. 2013). (BRASIL, 2013, *online*).

Sobre o assunto, Alberto Silva Franco (1987, p. 242) já lecionava que:

Na questão da determinação inicial do regime prisional vale a pena ainda deixar consignado que a gravidade abstrata do fato criminoso ou a eventual periculosidade do agente referida a essa gravidade não poderão servir de fundamento para a aplicação de regime prisional mais gravoso. A gravidade do crime encontra tradução na escala penal cominada ao tipo e dela não se pode extrair a periculosidade do condenado. É exato que o único dado de subjetividade que pode influir na determinação do regime prisional está relacionado à avaliação do juiz na dosagem da pena em função dos critérios atinentes ao art. 59 do CP. [...] Vale ressaltar ainda que a escolha do regime inicial dependerá de clara motivação quando, em função da pena aplicada, guardaria cabimento um regime prisional menos rigoroso. [...] Nestes termos, aliás, a Súmula 719 do STF: 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir, exige motivação idônea'.

O próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem abarcando este entendimento, *in verbis*:

TRÁFICO DE DROGAS - PENA - REDUÇÃO - ADMISSIBILIDADE - EQUÍVOCO NA APRECIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - § 4º, ART. 33 LEI 11.343/06 - INCIDÊNCIA -

PERCENTUAL DE REDUÇÃO - AMPLIAÇÃO PARA O PATAMAR MÁXIMO PREVISTO - ADMISSIBILIDADE - ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO - POSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - POSSIBILIDADE - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. - Sendo negativamente valoradas circunstâncias judiciais que, na realidade, são neutras, impõe-se a redução da sua pena-base para o mínimo legal previsto. - Apreendida pequena quantidade de drogas e sendo as circunstâncias judiciais favoráveis ao apelante, deve o quantum da redução da pena, em razão da incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06, ser ampliado para 2/3 (dois terços). - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o 'habeas corpus' de nº 111.840/ES, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, declarou 'incidenter tantum' a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90, por violação à garantia fundamental da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB). Assim, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem harmonizar-se com as garantias constitucionais, sendo necessário, sempre, fundamentar o regime imposto, com espeque nas diretrizes do Código Penal, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado a hediondo.

- Na fixação do regime prisional, devem ser considerados o 'quantum' de pena aplicado, a condição de primário ou reincidente do sentenciado, bem como os critérios previstos no art. 59 do CP.

Assim, sendo a pena fixada inferior a quatro anos, as circunstâncias do art. 59 do CP inteiramente favoráveis e tratando-se de réu primário, é cabível a imposição de regime aberto. - Preenchendo o réu os requisitos legais e sendo a medida socialmente recomendável, deve a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta ser substituída por restritivas de direitos. - Sendo o réu patrocinado por Defensor Público desde os primórdios da ação penal, tem ele direito à isenção do pagamento das custas. (TJMG. Apelação Criminal nº. 1.0471.12.012045-9/001. Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal. Relatora Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires. Data de julgamento: 03 out. 2013. Data de publicação: 14 out. 2013). (MINAS GERAIS, 2013, *online*)

Assim, o que se traduz pelos entendimentos jurisprudências é que o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins é um crime equiparado a hediondo, no que perfaz na aplicação da pena de forma mais rigorosa, salvo quando se tratar do regime inicial da pena, considerando que o Supremo Tribunal Federal entende pela não aplicação do § 1º do artigo 2º da Lei nº. 8.072/90 (BRASIL, 1990).

Outra importante questão e que não foi mencionado pela Lei nº. 8.072/90 (BRASIL, 1990) é se todos os tipos de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins são considerados crimes equiparados a hediondos.

Melhor explicando, são as palavras de Gilberto Thums e Vilmar Pacheco (2008, p. 135):

Repisa-se a afirmação de que a Lei nº 8.072, ao referir-se ao tráfico de drogas como crime assemelhado a hediondo e sujeitando-se aos rigores nela estabelecidos, atinge apenas e tão somente

os crimes do art. 33 'caput', e § 1º, e art. 34, porque as demais condutas de financiamento não são considerados crimes de tráfico de drogas, a matéria já foi objeto de inúmeras decisões no STF, bem como consta da Lei nº. 7.960, inc. III, letra n), que tráfico de drogas era o antigo art. 12. Mais tarde, a jurisprudência estendeu o conceito ao antigo art. 13. Portanto, a referência ao tráfico de drogas atinge somente os art. 33, 'caput', § 1º, e 34 da Lei nº. 11.343/06.

Ou seja, o que o autor acima diz é que para configurar o tráfico ilícito como crime equiparado a hediondo, a conduta criminosa deve se adequar ao artigo 33, *caput*, § 1º, e artigo 34 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006), sendo que as demais condutas não se sujeitam a hediondez ou equiparado, e por isso, não existe a aplicação mais severa da Lei nº. 8.079/90 (BRASIL, 1990). (THUMS; PACHECO, 2008).

Sendo assim, sobre o artigo 33, *caput*, § 1º e artigo 34 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006) serem equiparados ao crime hediondo, não se discute, mas se discute o fato referente ao artigo § 4º do artigo 33, que trata do tráfico privilegiado. E por ser de crucial importância a definição de tráfico privilegiado, passa-se a explicá-lo no tópico seguinte.

3.2 O tráfico privilegiado

Como dito acima, o tráfico privilegiado encontra-se previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006, *online*), que assim dispõe:

Art. 33. [...]

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

Observe-se que a denominação tráfico privilegiado vem justamente no sentido da lei reduzir a pena em caso do agente ser primário, ter bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Neste caso, a pena poderá ser reduzida de um sexto a dois terços.

Nesta esteira, o conceito de tráfico privilegiado não poderia ser outro senão aquele que recebe:

[...] tratamento diferenciado daquele previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, haja vista a menor reprovabilidade da conduta do agente, culminando no abrandamento considerável da sanção imposta e no afastamento da hediondez do delito, sob pena de tratarmos igualmente os desiguais. (RANGEL; BACILA, *apud* GANEM, 2017, *online*)

Todavia, surgem discussões importantes sobre o tráfico privilegiado, e a primeira delas é se a redução de pena prevista no § 4º alcança todas as espécies de tráfico ilícito. A resposta está presente no próprio § 4º, pois diz claramente que somente aplica a minorante se o agente praticar a conduta prevista no *caput* do artigo 33 e § 1º, não vindo a ser aplicado para outros tipos de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins.

Outra discussão é se todos os requisitos previstos

no § 4º devem ser preenchidos ou basta um ou alguns deles para que o agente possa ter sua pena minorada.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais demonstra que todos os requisitos devem ser cumulativos, ou seja, deve haver a configuração de todas as exigências da lei para que seja aplicada a minorante do artigo 33, § 4º da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006):

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - MINORANTE DO ART. 33, §4º DA LEI 11.343/06 - COMPROVADA A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA - BENESSE NEGADA. - Os requisitos previstos para o reconhecimento da minorante do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06 são cumulativos, sendo que a ausência de qualquer um deles impede a concessão do benefício. - Comprovado que o acusado se dedica à prática de atividades criminosas, não sendo, pois, neófito no submundo do crime, é vedado o reconhecimento da causa de diminuição de pena do art. 33, §4º, da Lei de Drogas. (TJMG. Apelação Criminal 1.0194.11.007116-5/001 0071165-90.2011.8.13.0194 (1). Órgão Julgador: 7ª Câmara Criminal. Relator Desembargador Marcílio Eustáquio Santos. Data de julgamento: 04 jul. 2013. Data de publicação: 12 jul. 2013). (MINAS GERAIS, 2013, *online*)

A terceira discussão é se a quantidade de drogas pode afastar o tráfico privilegiado. Isso porque, há quem entenda que a quantidade de drogas é ou não suficiente para demonstrar a dedicação à atividade criminosa ou integração à organização criminosa. Neste sentido, Renato Marcão (2015, p. 149) explica:

[...] a apreensão de expressiva quantidade de droga configura indicativo de que o agente é integrante de organização criminosa. A grande quantidade e variedade de droga, a propósito, atenta com maior intensidade contra o bem jurídico tutelado, porquanto inegável a relevância de seu acentuado potencial lesivo, e faz desaconselhar o reconhecimento do “tráfico privilegiado”.

Também neste sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE TRÁFICO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA QUE PRETENDE, PRECIUAMENTE, A ABSOLVIÇÃO FULCRADA NA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. PLEITO SECUNDÁRIO QUE VISA À FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL, AO RECONHECIMENTO E INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS E, COMO CONSEQUÊNCIA, A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO.

[...]

2 – Expressiva quantidade de drogas que afasta a causa de diminuição de pena. Consoante laudos definitivos acostados aos autos, o acusado mantinha em depósito 341g (trezentos e quarenta e um gramas) de maconha e 188g (cento e oitenta e oito gramas) de cocaína, devidamente acondicionadas para venda, além de uma pistola .380, um carregador e

um cartucho de munição de mesmo calibre. Apesar de primário e com bons antecedentes, o expressivo volume de entorpecentes apreendidos evidencia a ligação do réu com a organização criminosa local, dado que não é crível ter um mototaxista poder aquisitivo para acumular cerca de meio quilo do material ilícito. [...] (TJRS. Apelação Criminal nº. 0054311-82.2014.8.19.0021. Órgão Julgador: Sétima Câmara Criminal. Relatora Desembargadora Maria Angélica G. Guerra Guedes. Data de julgamento: 15 out. 2015). (RIO GRANDE DO SUL, 2015, *online*).

Inclusive, existe precedente do Supremo Tribunal Federal onde também interpreta dessa forma, qual seja, que a quantidade de droga é elemento que configura indicativo se o agente é integrante ou não de organização criminosa, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 102, II, a. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. FRAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

[...]

3. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. A quantidade e a

variedade da droga apreendida, como indicativos do maior ou menor envolvimento do agente no mundo das drogas, constituem elementos que podem ser validamente valorados no dimensionamento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. (STF. HC 112821 / RS. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 25 set. 2012. Data de publicação: 11 out. 2012). (BRASIL, 2012, *online*).

Por outro lado, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 327) entende que:

A quantidade de drogas não constitui requisito legal para avaliar a concessão, ou não, do benefício de redução da pena. Na verdade, conforme exposto no item 91-B *infra*, trata-se de critério para dosar a diminuição. Excepcionalmente, a grande quantidade de entorpecentes pode afastar a redução da pena, porque se conclui estar o acusado ligado ao crime organizado, embora não se deva presumir nada, mas calcar a decisão na prova dos autos. Fora disso, a quantidade serve de parâmetro para o grau da diminuição.

A quarta discussão é sobre os critérios para diminuição de pena, considerando que a lei nada mencionou sobre como será feita essa diminuição. Para Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 330), o magistrado deve:

[...] pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59

do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. É lógico que há de existir o cuidado de evitar o *bis in idem*, ou seja, levar em conta duas vezes a mesma circunstância. Como temos defendido em outros trabalhos, as causas de diminuição de pena são mais relevantes que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de caráter nitidamente residual. Portanto, se o juiz notar um fator de destaque no crime cometido pelo traficante primário, de bons antecedentes, sem ligações criminosas, como a pequena quantidade da droga, deve utilizar esse critério para operar maior diminuição da pena (ex.: dois terços), deixando de considerá-la para a fixação da pena-base (a primeira etapa da aplicação da pena, conforme art. 68 do Código Penal). O contrário também se dá. Percebendo enorme quantidade de drogas, ainda que em poder de traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações com o crime organizado, pode reservar tal circunstância para utilização na diminuição da pena (ex.: um sexto). Se assim o fizer, não se valerá da mesma circunstância por ocasião da eleição da pena-base, com fundamento no art. 59 do CP.

E por fim, no que tange a última discussão a respeito do tráfico privilegiado é referente à suposta (in)constitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal ao entender sobre a não hediondez quando o réu é primário. É o que será analisado a partir do capítulo a seguir.

4 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TRÁFICO PRIVILEGIADO

Antes de verificar sobre a (in)constitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal, primeiramente deve-se frisar que respectiva decisão pairou-se sobre o tráfico privilegiado, no sentido de que não é considerado crime equiparado a hediondo.

Ou seja, quando o agente possui os requisitos cumulativos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006), considera-se que sua natureza é de não hediondez, vindo, por consequência, a não aplicar a Lei nº. 8.072/90 (BRASIL, 1990).

Este entendimento vai ao encontro de que, se a legislação adotou uma forma de minorar a pena para aqueles que são réus primários, tenham bons antecedentes, não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa, não deve ser considerado crime de natureza hedionda.

Desta feita, somente é considerado crime equiparado a hediondo quando o agente praticar o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e não se beneficiar com a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006).

Mas antes de se chegar a este atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, outros Tribunais não afastavam a hediondez do delito, conforme exemplo extraído do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO E ADVOGADO CONSTITUÍDO. INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA

COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. HEDIONDEZ CARACTERIZADA.

1. Vige no ordenamento jurídico processual pátrio o princípio da unirrecorribilidade, razão pela qual não há como se conhecer do segundo recurso interposto por um dos réus contra a mesma decisão, haja vista ter ocorrido a preclusão consumativa da via recursal.

2. Não viola o princípio da colegialidade a apreciação unipessoal, pelo relator, do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, bem como observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a reapreciação da matéria pelo órgão colegiado, no julgamento de agravo regimental, supera eventual violação ao princípio da colegialidade.

3. A aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não desnatura o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes.

4. Agravo regimental conhecido em parte, apenas no tocante ao agravante Ricardo Evangelista Vieira de Souza, e, na parte conhecida, negado provimento. (STJ. AgRg no REsp 1297936 / MS. Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0300624-3. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de julgamento: 18 abr. 2013. Data de publicação: 25 abr. 2013). (BRASIL, 2013, *online*).

O Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do acórdão acima, expõe que:

[...] a incidência de causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do delito, não sendo apta a afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. (STJ. AgRg no REsp 1297936 / MS. Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0300624-3. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Marco Aurelio Bellizze. Data de julgamento: 18 abr. 2013. Data de publicação: 25 abr. 2013). (BRASIL, 2013, *online*).

Outros precedentes existiam no mesmo Superior Tribunal de Justiça, conforme a seguir transcritos:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 ("TRÁFICO PRIVILEGIADO"). AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPROCEDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NOVO TIPO PENAL. INADMISSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRAZOS PREVISTOS PARA OS CRIMES COMUNS. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não é suficiente para provocar o afastamento da equiparação existente entre o delito de tráfico ilícito de drogas e os crimes hediondos, dado que não há a constituição de novo tipo penal, distinto da figura descrita no caput do mesmo

artigo, não sendo, portanto, o "tráfico privilegiado" tipo autônomo. Assim, em casos tais, não podem ser considerados - como requisito objetivo para a obtenção de benefícios da execução penal - os prazos estabelecidos para os crimes comuns.

2. Se o tráfico de drogas (ilícito penal assemelhado a hediondo) foi praticado na vigência da Lei nº 11.464/2007, devem incidir os lapsos temporais de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, para a progressão de regime, bem como o prazo disposto no art. 44, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/2006 para o livramento condicional.

3. Ordem denegada. (STJ. HC 219960 / MS. *Habeas Corpus* 2011/0231775-9 Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Data de julgamento: 22 nov. 2011. Data de publicação: 05 dez. 2011). (BRASIL, 2011, *online*)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA A HEDIONDEZ. RECURSO PROVIDO.

I. O tráfico de drogas, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), é considerado figura típica equiparada aos crimes hediondos definidos em lei, sujeitando-se, por consequência, ao tratamento dispensado a tais delitos, sendo que a Lei n.º 8.072/90 não fez qualquer ressalva em sentido contrário.

II. A incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 não descaracteriza o caráter hediondo do crime. Precedentes.

III. Recurso que deve ser provido para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença monocrática, a qual indeferiu a progressão de regime prisional por não preenchimento do requisito temporal.

IV. Recurso provido, nos termos do voto do relator. (STJ. REsp 1248855 / MS. Recurso Especial 2011/0091382-9. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. Data de julgamento: 28 jun. 2011. Data de publicação: 01 ago. 2011). (BRASIL, 2011, *online*).

Este entendimento passou a ser, inclusive, objeto de súmula do Superior Tribunal de Justiça, conforme dispunha a Súmula nº. 512 (BRASIL, 2014, *online*): “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”.

Entretanto, considerando o julgamento do Supremo Tribunal Federal, a Súmula nº. 512 (BRASIL, 2014) do Superior Tribunal de Justiça foi cancelada, sendo que a partir do ano de 2016, mais precisamente em 19 de setembro de 2016, quando ocorreu a publicação do acórdão, o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.313/06 (BRASIL, 2006)) passou a não se harmonizar com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006), conforme se analisará no tópico a seguir.

4.1 *Habeas Corpus* nº. 118.533

Na data de 23 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* nº. 118.533 (BRASIL, 2016), onde, por oito votos a três, ficou decidido que o tráfico privilegiado previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006), não poderia ser considerado crime de natureza hedionda.

Assim restou decidido:

HABEAS CORPUS.
CONSTITUCIONAL, PENAL E
PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA
LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE
ENTORPECENTES PRIVILEGIADO:
INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO
CARACTERIZADA. ORDEM
CONCEDIDA. 1. O tráfico de
entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º,
da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza
com a hediondez do tráfico de
entorpecentes definido no *caput* e § 1º do
art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento
penal dirigido ao delito cometido sob o
manto do privilégio apresenta contornos
mais benignos, menos gravosos,
notadamente porque são relevados o
envolvimento ocasional do agente com o
delito, a não reincidência, a ausência de
maus antecedentes e a inexistência de
vínculo com organização criminoso. 3. Há
evidente constrangimento ilegal ao se
estipular ao tráfico de entorpecentes
privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.
4. Ordem concedida. (STF. HC 118533 /
MS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.
Relatora Ministra Cármen Lúcia. Data de
julgamento: 23 jun. 2016. Data de
publicação: 19 set. 2016). (BRASIL,
2016, *online*).

Diante desta sistemática do Supremo Tribunal Federal, outros julgamentos passaram a obter o mesmo entendimento, conforme exemplos a seguir:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. LAPSOS PARA A PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUPERAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

V - Este Tribunal, ao julgar o HC 118.553/MS, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, firmou orientação no sentido de afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas. VI – Impetração não conhecida, mas ordem concedida de ofício, para determinar ao Juízo de Direito da Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal-DEECRIM 10ª RAJ/Sorocaba, que promova a alteração do cálculo da pena do paciente, permitindo, se for o caso, que o condenado seja promovido ao regime mais benéfico e possa ser beneficiado pelo livramento condicional após o cumprimento, respectivamente, de 1/6 e 1/3 da pena. (STF. HC 136886 / SP. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 18 abr. 2017. Data de publicação: 04 ago. 2017). (BRASIL, 2017, *online*)

Habeas Corpus substitutivo de recurso extraordinário. Tráfico privilegiado. Natureza hedionda do delito. Contrariedade à orientação do Plenário do STF. 1. Não cabe habeas corpus em substituição ao recurso extraordinário, tendo em vista que “Uma vez julgado pelo Superior Tribunal de Justiça o recurso ordinário formalizado em processo revelador de impetração, o acesso ao Supremo faz-se em via das mais afuniladas – mediante recurso extraordinário e não nova impetração” (HC 110.055, Rel. Min. Marco Aurélio). 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 118.533, Rel. Min. Cármen Lúcia, firmou orientação no sentido de que o tráfico privilegiado (art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006), não deve ser considerado crime de natureza hedionda. 3. Habeas Corpus extinto, sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício para que o Juízo da Execução aplique a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 118.533, Rel. Min. Cármen Lúcia). (STF. HC 111117 / DF. Órgão Julgador: Primeira Turma: Relator Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 07 fev. 2017. Data de publicação: 26 abr. 2017). (BRASIL, 2017, *online*).

Em que pese este entendimento embasado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, houve discussões sobre a proporcionalidade do crime de tráfico de drogas com os demais tipos de crimes, e ainda, sobre a suposta inconstitucionalidade da respectiva decisão originada pelo *Habeas Corpus* nº. 118.533 (BRASIL, 2016).

4.2 A proporcionalidade do crime de tráfico de drogas com os demais tipos de crimes

No que tange à proporcionalidade do crime de tráfico de drogas com os demais tipos de crimes, é um fundamento que se utilizou para que o Supremo Tribunal Federal adotasse o entendimento da não hediondez do tráfico privilegiado.

Para tanto, cita-se o voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam. Ante o exposto, concedo a ordem para afastar os efeitos da hediondez em relação ao tráfico de drogas na modalidade privilegiada. É como voto. (STF. HC 118533 / MS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Data de julgamento: 23 jun. 2016. Data de publicação: 19 set. 2016). (BRASIL, 2016, *online*).

Ainda sobre essa proporcionalidade do crime de tráfico se comparado com os demais tipos de crimes, Luís Fabiano C. Pansani (2016, *online*) apresenta o seguinte

discurso:

[...] a hediondez do “tráfico privilegiado” cria situação jurídica sem sentido de se tratar alguém que seja condenado a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses (por ser primário, ter bons antecedentes, não integrar organização criminosa, etc) de maneira mais severa do que a outro que tenha sofrido uma condenação, em crimes não hediondos, de 4 (quatro) ou 7 (sete) anos de reclusão. Ou seja, situação totalmente incompatível com os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. O princípio da proporcionalidade é um princípio geral do direito que proíbe que o indivíduo sofra ônus desnecessários quando se comporte de forma inadequada em face da norma jurídica. Devem ser considerados dois pressupostos: o da necessidade (de natureza técnico instrumental) e o da adequação (normativo). É um princípio que se destaca por “proibir o excesso” da intervenção do Estado sobre o cidadão sendo, portanto, guardião da liberdade. O princípio da individualização da pena, em linhas gerais, determina que as sanções impostas aos infratores devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator. Assim, as penas devem ser justas e proporcionais, vedado qualquer tipo de padronização. Na Lei de Crimes Hediondos, o legislador não deixou brechas para interpretações extensivas, mesmo porque essas não são admitidas em direito processual penal. A título de exemplo, o delito de homicídio simples não está entre as condutas previstas como hediondas, mas suas formas qualificadas sim. Todavia, isso não

ocorre com os crimes equiparados a hediondo. Sendo assim, da mesma forma que o homicídio privilegiado, o homicídio simples e até o homicídio qualificado privilegiado não figuram no rol de crimes hediondos, o tráfico privilegiado também não deve ser tratado dessa forma, apenas por ser crime equiparado.

Luís Fabiano C. Pansani (2016, *online*) cita ainda a posição doutrinária de Sérgio Salomão Shecaira e Pedro Luiz Bueno de Andrade:

Pondere-se, por fim, que a própria legislação vigente recomenda, em algumas hipóteses e circunstâncias, a adoção de penas mitigadas (art. 33, § 4º, c/c art. 42), por entender desnecessária a pena do caput do art. 33 nas hipóteses em que não se reconheça no agente do delito a condição de traficante contumaz, mas de mero "passador" eventual. Se assim é, por que persistir a condição de hediondez também nessas hipóteses?

O entendimento do tráfico privilegiado não ser considerado de natureza hedionda não fica somente na proporcionalidade se comparado a outros crimes, mas também, em decorrência da degradação do sistema penitenciário brasileiro, sendo que a aplicação da Lei de Drogas – Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006) agravou esse problema, em decorrência de muitas mulheres, pelo simples fato de serem ‘correios’ ou ‘mulas’, foram condenadas por tráfico ilícito com aplicação da Lei do Crime Hediondo (BRASIL, 1990). É o que demonstra o voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Dados do último INFOPEN, do Ministério da Justiça, os quais colacionam informações que datam de dezembro de

2014, dão conta de que, entre as já 622.202 pessoas em situação de privação de liberdade, homens e mulheres, 28% (ou, mais precisamente, 174.216 presos) ali estão por força de condenações decorrentes da aplicação da Lei de Drogas. Esse porcentual, se analisado sob a perspectiva do recorte de gênero, revela uma realidade ainda mais brutal: 68% das mulheres que estão em situação de privação de liberdade (e hoje já, lamentavelmente, somos a quinta maior população do planeta levado em conta o número de mulheres presas) estão envolvidas com os tipos penais de tráfico de entorpecentes ou associação para o tráfico. Rosa Del Olmo chama-nos a atenção para os tipos “esdrúxulos” de participação nesses delitos. É muito comum, explica a referida criminóloga, a prisão de mulheres em razão de colaborarem com um ou mais homens – quase sempre por razões afetivas ou familiares – no transporte de drogas ou simplesmente por estarem em lugares onde se produziam ou armazenavam tais produtos ilícitos, o que as tornam cúmplices, digamos assim, involuntárias, não obstante vinculadas à ação criminosa. Luciana Chernicharo, por sua vez, adverte que, embora o tráfico de drogas não configure uma opção primária do delinquente, aquela atividade ilícita acaba por absorver boa parte da mão de obra que é expelida do mercado de trabalho formal pela crise econômica. Por isso, forçoso é reconhecer que o desemprego estrutural e a precarização das relações de trabalho constituem fator fundamental que leva à inserção de jovens e de mulheres nessa prática delituosa, a qual é assumida como uma alternativa laboral e, até mesmo, para prover a própria subsistência. Deixando de

lado eventuais julgamentos morais, que não podem ser legitimamente exercidos longe do dia a dia dessas pessoas, a compreensão de tal realidade sociológica configura fator decisivo para melhor entender os motivos da participação de um enorme contingente de pessoas, sobretudo do gênero feminino, nessa modalidade de crime. Permito-me insistir: a grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico de drogas e, o que é mais grave, quase todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita. Muitas participam como simples “correios” ou “mulas”, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica. Enfim, são mulheres que foram consideradas culpadas, do ponto de vista penal, simplesmente porque guardavam alguma relação de causalidade com a ação criminosa, embora menor, mas, apesar disso, ficaram impedidas de ser contempladas, entre outros benefícios prisionais, com o indulto e a comutação de penas, porque pesa sobre essa capitulação (mesmo na sua forma privilegiada) uma condição impeditiva, que inviabiliza a utilização desses institutos. Estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente (ou algo em torno de 80.000 pessoas, em sua grande maioria, repito, mulheres) tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio. Quer dizer, são pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico,

tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante. São, enfim, os “descartáveis”, dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade. (STF. HC 118533 / MS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Data de julgamento: 23 jun. 2016. Data de publicação: 19 set. 2016). (BRASIL, 2016, *online*).

Assim, estes foram os fundamentos que levaram o tráfico privilegiado não ser de natureza hedionda, haja vista que, aqueles que podem se beneficiar pela minorante previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006), não podem ser comparados a condutas graves que invocam a aplicação da Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990).

Seria, pois, uma desproporcionalidade entre a aplicação da pena se comparado a outros crimes, que talvez, possam ser até mais graves, e mesmo assim, não sofrem incidência do crime hediondo.

4.3 A suposta inconstitucionalidade da decisão do STF

Existe, por sua vez, discussão que envolve uma suposta inconstitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal, pelo fato de que não é a lei infraconstitucional que impõe sobre a hediondez do crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, mas sim a Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 5º, inciso XLIII.

Neste raciocínio, Marco Antônio Ferreira Lima (2016, *online*) declina:

Não pode o STF, diante de eventual omissão legislativa, tomar as vezes do

Congresso Nacional e vice-versa. [...] o STF, com a sua decisão, por maioria de votos, cujo ministro Roberto Barroso chegou mesmo a sugerir tornar vinculante, chega a atingir a esfera legislativa primária, qual seja, dar inconstitucionalidade a própria Magna Carta, que é quem dá inequívoca hediondez ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e que, como acima citamos, não advém meramente de lei infraconstitucional, mas sim a própria constituição em seu artigo 5º, XLIII. Quem dá a hediondez ao tráfico ilícitos de entorpecentes é a própria Constituição, e não a Lei 8.072/90. O afastamento da hediondez do tráfico de drogas ainda que por equiparação, somente poderia ser feito por intermédio de poder constituinte originário, porque se trata de cláusula pétreia, não passível sequer de emenda constitucional, conforme inteligência do artigo 60, §4º, IV, que veda proposta de emenda tendente a abolir qualquer que sejam os direitos e garantias individuais estabelecidos no rol do artigo 5º.

Com efeito, somente pelo fato do réu ser primário e possuir os demais requisitos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006) não poderia criar parâmetro para o julgador determinar que não fosse um crime de natureza hedionda.

Inclusive, essa é a posição de Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 361), no sentido de que a causa especial de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 (BRASIL, 2006) não tem o condão de descaracterizar a hediondez do delito de tráfico de entorpecentes:

Figuras de tráfico ilícito de drogas equiparadas a hediondos: são as previstas

nas arts. 33, caput, e § 1º, e 34 a 37, a teor do dispositivo 44, que proíbe liberdade provisória com ou sem fiança, suspensão condicional da pena, graça, indulto, anistia [...], bem como reitera que o livramento condicional somente dar-se-á após o cumprimento de dois terços da pena, vedada a sua concessão ao reincidente específico. Lembremos de alertar que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apenas abranda a punição do traficante, mas o delito pelo agente cometido continua a ser equiparado a hediondo, pois a conduta é tipificada no art. 33, caput, e no § 1º, que são assim considerados. Os que escapam à denominação de equiparados a hediondos são as figuras do art. 33, §§ 2º e 3º.

Destarte, se a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) adota como critério ser de natureza hedionda, entendimento contrário estaria inobservância a cláusula pétreia que absorve o artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Nesta esteira, o Ministro Luiz Fux, de forma a não concordar com o entendimento sobre o tráfico privilegiado não possuir natureza hedionda, frisou:

Quando nós votamos, nós observamos que ambas as Turmas do Supremo tinham o entendimento de que efetivamente não se poderia excluir essa categorização jurídica do tráfico privilegiado, porque o tráfico privilegiado não é uma figura legal, ele é uma figura doutrinária. Então, o que está se operando, na verdade - e até Vossa Excelência traz esses dados impressionantes -, é uma certa mutação constitucional, porque o artigo é claro: a Lei considera inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o

tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Está previsto na Constituição. Então, há de surgir uma explicação que altere esse núcleo da Constituição Federal, que, por uma opção do constituinte originário, fez incidir, sobre o tráfico de drogas, uma grande preocupação, a ponto de categorizá-lo como um crime hediondo. É verdade que a Constituição não pode viver insulada da realidade social. E hoje nós verificamos que esse tráfico privilegiado, conforme os dados que Vossa Excelência trouxe, ele se refere a mulheres. E eu acho que só assim é que se explica realmente que se possa, digamos assim, alterar o espírito da Constituição, porque, em 1988, era um flagelo o tráfico de drogas, daí a preocupação do constituinte, nesse rol do art. 5º, considerar esse delito tão importante. Por outro lado, a redação da Lei de Drogas considera privilegiado o tráfico que é realizado por um freelancer. Não existe mais isso; não existe traficante autônomo de drogas. Ele está sempre vinculado a uma organização criminoso. (STF. HC 118533 / MS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Data de julgamento: 23 jun. 2016. Data de publicação: 19 set. 2016). (BRASIL, 2016, *online*).

Ademais, fazendo uma comparação com outras interpretações advindas do próprio Supremo Tribunal Federal, como no caso do início do cumprimento de pena depois de julgamento realizado em segunda instância confirmando a condenação do réu, mesmo sem o trânsito em julgado, faz constatar que a Suprema Corte tem pairado suas decisões de forma contrária ao que alude a Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O que tem acontecido é uma nova sistemática

interpretativa onde a mutação constitucional vem se tornando regra, de forma que o Poder Judiciário, a cada dia, vem fazendo o papel que caberia ao Poder Legislativo.

De toda forma, esta nova interpretação do tráfico privilegiado poderá beneficiar 45% dos condenados, como diz o próprio Ministro Ricardo Lewandowski, na qual reitera a transcrição de seu voto:

Estima-se que, entre a população de condenados por crimes de tráfico ou associação ao tráfico, aproximadamente 45% desse contingente (ou algo em torno de 80.000 pessoas, em sua grande maioria, repito, mulheres) tenham experimentado uma sentença com o reconhecimento explícito do privilégio. (STF. HC 118533 / MS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Data de julgamento: 23 jun. 2016. Data de publicação: 19 set. 2016). (BRASIL, 2016, *online*).

Assim, mesmo que não tenha sido atingido o fator ressocialização para estes condenados por tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, muitos dos condenados passarão a obter progressão de suas penas, até mesmo a liberdade condicional, vindo, por consequência, a não cumprirem a pena de forma condizente com a sistemática constitucional, que traduz ser um tipo de crime grave, tanto que é equiparado a hediondo.

5 CONCLUSÃO

Depois de analisado o presente estudo sobre o tráfico privilegiado e a suposta inconstitucionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal em não reconhecer esse tipo de crime como natureza hedionda, chega-se a

conclusão de que o próprio Órgão de Cúpula possui entendimentos contrários do que dispõe a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Exemplo maior disso é tratar um crime de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins em sua espécie de tráfico privilegiado (§ 4º, art. 33 da Lei nº. 11.343/06) diferente de outros tipos de tráfico, levando em consideração de que no tráfico privilegiado não possui a natureza hedionda.

Como fundamento, atribui o fato de que, como o legislador permitiu uma pena mais branda para aqueles que são primários, tenham bons antecedentes, não se dediquem às atividades criminosas nem integrem organização criminosa, a aplicação da pena de forma mais rigorosa através da Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, 1990) não se fazia proporcional.

Aliás, se comparado a outros tipos de crimes, a aplicação do tráfico privilegiado equiparado a hediondo também não se fazia justa, em decorrência de que outros crimes supostamente mais graves não tinham essa natureza.

Entretanto, ao fundamentar nesse sentido, houve uma completa mutação constitucional, considerando que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) não fez nenhuma diferenciação entre os tipos de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, inciso XLIII, apenas equiparou o tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins como crime hediondo, não podendo, assim, o julgador fazer outra diferenciação.

O que poderia ocorrer era o Poder Legislativo atribuir essa natureza de não hediondez, mas, mesmo assim, poderia ocorrer vício de constitucionalidade, pela razão do artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) ser considerado com cláusula pétreia, e, portanto, não passível sequer de emenda constitucional,

conforme inteligência do artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que veda proposta de emenda tendente a abolir qualquer que sejam os direitos e garantias individuais estabelecidos no rol do artigo 5º.

Assim, em que pese para muitos o tráfico privilegiado não possua natureza hedionda, na verdade, a teor do que prescreve a norma constitucional, houve uma ofensa e violação da Constituição Federal (BRASIL, 1988), de modo a interpretar de forma diferente o que o constituinte determinou.

Na prática, este entendimento do Supremo Tribunal Federal ocasionará menos rigor na punição dos crimes que envolvem o tráfico privilegiado, e, mesmo ser considerado um tipo de crime grave, onde muitos países, de tão grave que é, utiliza a da pena de morte (como no caso da China, Malásia, Arábia Saudita, dentre outros), no Brasil a prática deste crime se torna mais benéfico ao agressor, que depois de pouco tempo poderá ter novamente sua liberdade.

Frisa-se que não está aqui fazendo orquestra para uma pena exista pena mais dura ou aplicação da pena de morte para o tráfico privilegiado, mas sim, tem-se como fundamento apresentar a suposta inconstitucionalidade atribuída à decisão do Supremo Tribunal Federal, que em várias matérias, vem alterando de forma substancial as normas constitucionais vigentes.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Ednaldo Moscoso. Tráfico privilegiado não é crime hediondo. In: **Conteúdo Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,trafico->

privilegiado-nao-e-crime-hediondo,57121.html>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº. 2.848/40, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. In: **Palácio do Planalto**, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 11.343/06, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.072/90, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Portaria nº. 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos

sujeitos a controle especial. In: **Ministério da Saúde**, 1998. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>. Acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. STF. HC 111117 / DF. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Marco Aurelio. In: **STF**, 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28118533%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/glnh5pw>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1297936 / MS. Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0300624-3. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Marco Aurelio Bellizze. In: **STJ**, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1297936&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº. 115.595 - MG (2011/0016490/0). Órgão Julgador: Teceira Seção. Relatora Ministra Laurita Vaz. In: **Jus Brasil**, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21071177/conflito-de-competencia-cc-115595-mg-2011-0016490-0-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 219960 / MS. Habeas Corpus 2011/0231775-9 Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator Ministro Vasco Della Giustina. In: **STJ**, 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=219960&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 356853 / RS. Habeas Corpus 2016/0130729-7. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. In: **STJ**, 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2016%2F0130729-7+ou+201601307297&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1248855 / MS. Recurso Especial 2011/0091382-9. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp. In: **STJ**, 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=+1248855&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº. 512. In: **STJ**, 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?processo=1297936&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111840. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. In: **STF**, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111840%2ENUME%2E+OU+111840%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zucnr7m>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 112821 / RS. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora Ministra Rosa Weber. In: **STF**, 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>.

[asp?s1=%28112821%2ENUME%2E+OU+112821%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9z4exj3](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28112821%2ENUME%2E+OU+112821%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9z4exj3)>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 118533 / MS. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia. In: **STF**, 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28118533%2ENUME%2E+OU+118533%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jgf8alz>>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 136886 / SP. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. In: **STF**, 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28118533%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/glnh5pw>>. Acesso em: 10 out. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. IV.

CEZARINO JÚNIOR, A. F. **Direito Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1970.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação**. 8. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1987.

GANEM, Pedro Magalhães. Entenda o que é tráfico privilegiado. In: **Canal Ciências Criminais**, 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/trafico-privilegiado/>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**: Lei n. 11.343/2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. **Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Leis penais especiais comentadas: crimes hediondos e torturas**. Niterói: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio de. **Lei antidrogas anotada**: comentários a lei n. 11.343/2006. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Marco Antônio Ferreira. Supremo Tribunal Federal errou ao afastar hediondez do tráfico privilegiado. In: **Conjur**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-10/marco-antonio-stf-erra-afastar-hediondez-trafico-privilegiado>>. Acesso em: 10 out. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARCÃO, Renato. **Nova lei de drogas: anotada e interpretada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11343, de 23 de setembro de 2006: Lei de Drogas: anotada e comentada. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal 1.0338.15.009252-0/001 1036240-41.2017.8.13.0000 (1). Órgão Julgador: 7ª Câmara Criminal. Relator Desembargador Marcílio

Eustáquio Santos. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <[MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0194.11.007116-5/001 0071165-90.2011.8.13.0194 \(1\). Órgão Julgador: 7ª Câmara Criminal. Relator Desembargador Marcílio Eustáquio Santos. In: **TJMG**, 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0194.11.007116-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 12 ago. 2018.](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=1656&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=tr%E1fico%20il%EDcito%20equiparado%20a%20crime%20hediondo&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 13 ago. 2018.</p></div><div data-bbox=)

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal 1.0027.17.003822-1/001 0038221-41.2017.8.13.0027 (1). Órgão Julgador: 6ª Câmara Criminal. Relatora Desembargadora Márcia Milanez. In: **TJMG**, 2018. Disponível em: <[MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº. 1.0471.12.012045-9/001. Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal. Relatora Desembargadora](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=1656&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=tr%E1fico%20il%EDcito%20equiparado%20a%20crime%20hediondo&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 12 ago. 2018.</p></div><div data-bbox=)

Beatriz Pinheiro Caires. In: **TJMG**, 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0471.12.012045-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos**

Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PANSANI, Luís Fabiano C. “Tráfico privilegiado” (art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006) não é mais considerado crime hediondo no Brasil. In: **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <<https://luispansani.jusbrasil.com.br/artigos/364869864/trafico-privilegiado-art-33-4-da-lei-11343-2006-nao-e-mais-considerado-crime-hediondo-no-brasil>>. Acesso em: 10 out. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo: 651079-6. Acórdão: 11882. Órgão Julgador: 3ª Câmara Criminal. Relator Desembargador Jefferson Alberto Johnsson. In: **TJPR**, 2010. Disponível em:

<<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº. 0005071-02.2010.8.19.0204. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Relator Desembargador Marcus Henrique Pinto Basilio. In: **TJRJ**, 2010. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº. 0054311-82.2014.8.19.0021. Órgão Julgador: Sétima Câmara Criminal. Relatora Desembargadora Maria Angélica G. Guerra Guedes. In: **TJRS**, 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000452FC461A19E89C82D17792FF0D347B1C5042E146352>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues. A nova lei antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas (IBCCrim)**, 2006. Disponível em: <<http://www.comunidadessegura.org.br/files/anovaleidedrograslucianaboiteux.doc>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

SARAIVA, Carmen Ferreira. Noções sobre Crimes de tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes e que causem dependência física ou psíquica. In: **Boletim Jurídico**, 2006. Disponível em:

<<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1118/nocoes-crimes-traffic-ilicito-uso-indevido-substancias-entorpecentes-causem-dependencia-fisica-ou-psiquica>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

ISBN: 978-85-434-1596-3

