

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
CENTRO DE ESTUDOS DE CRIMINALIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA
Curso de Especialização em Estudos de Criminalidade e Segurança Pública

Rogério Lopes de Lisboa

**CRIME, PUNIÇÃO E RECRUDESCIMENTO PENAL: UMA ANÁLISE
DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

Belo Horizonte
2015

Rogério Lopes de Lisboa

**CRIME, PUNIÇÃO E RECRUDESCIMENTO PENAL: UMA ANÁLISE
DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Estudos de Criminalidade e Segurança Pública do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública Crisp-UFMG, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Criminalidade e Segurança Pública.

Orientador: Prof. Victor Neiva e Oliveira

Belo Horizonte
2015

Rogério Lopes de Lisboa

**CRIME, PUNIÇÃO E RECRUDESCIMENTO PENAL: UMA ANÁLISE
DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Estudos de Criminalidade e Segurança Pública do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública Crisp-UFMG, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Criminalidade e Segurança Pública.

Prof. Victor Neiva e Oliveira (Orientador)

Prof^a. Valéria Cristina de Oliveira

Belo Horizonte, 10 de julho de 2015.

*Ao meu Pai e minha Mãe,
Por me guiarem e servirem de exemplo de vida*

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos ao meu orientador, Victor Neiva e Oliveira, que incentivou e orientou-me nesta jornada de pesquisas, compartilhando suas idéias e reflexões e possibilitando assim o aperfeiçoamento científico.

Agradeço aos professores do Crisp-UFMG, que contribuíram com aportes intelectuais e discussões teóricas científicas, de grande valia para a elaboração do trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a produção legislativa brasileira no campo penal no transcorrer das últimas três décadas, bem como suas modificações face ao aumento das taxas de criminalidade no país. Foram escolhidas as leis penais mais significativas em termos de severidade penal (a lei de crimes hediondos e do regime disciplinar diferenciado) e de criminalização de novas condutas sociais (a nova lei de drogas, o estatuto do desarmamento e a lei Maria da Penha). Ao trazer à baila as principais leis extravagantes buscou-se captar os pontos de recrudescimento presentes nas legislações, as mudanças e revisões efetuadas pelos legisladores.

Palavras chaves: Criminalidade urbana. Legislação penal. Recrudescimento penal. Estado penal.

ABSTRACT

This study aims to analyze the Brazilian legislative process in the criminal field in the course of the past three decades, and its modifications over the increase in crime rates in the country. The most significant criminal laws in terms of penal severity were chosen (the law of heinous crimes and differentiated disciplinary regime) and criminalization of new social behaviors (the new drug law, the status of disarmament and the Maria da Penha Law). To bring up the main extravagant laws sought to capture the points of worsening present in laws, changes and revisions made by legislators.

Key words: Urban crime. Criminal law. Criminal upsurge. Penal state.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

CP - Código Penal.

CEDAW - The Committee on the Elimination of Discrimination against Women.

DEPEN/MJ - Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça

ECA - Estatuto da Criança e Adolescente

JECRIM - Juizado Especial Criminal

LICP - Lei de Introdução ao Código Penal

HC – Habeas Corpus

Min - Ministro

ONU - Organização das Nações Unidas

USA - Estados Unidos das Américas.

RDD - Regime Disciplinar Diferenciado.

SAP - Secretária de Administração Penitenciária.

SENASP – Secretária Nacional de Segurança Pública.

STF – Supremo Tribunal Federal

SISNAD: Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas

SINESP – Sistema Nacional de Informações sobre Segurança Pública.

SUSP - Sistema Único de Segurança Pública

RE - Recurso Extraordinário

REL - Relator

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. AS TENDÊNCIAS DE CONTROLE DA CRIMINALIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	12
1.1 A experiência estadunidense.....	12
1.2 A experiência brasileira.....	20
2. LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	25
3. Crimes Hediondos.....	29
3.1 Conceito.....	29
3.2 Previsão Constitucional.....	30
3.3 Previsão legal e comentários pertinentes.....	31
4. Lei de Execução Penal e o RDD.....	35
5. Lei de Drogas.....	39
6. Estatuto do Desarmamento.....	50
7. Lei Maria da Penha.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS	65
ANEXO	68

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a produção legislativa brasileira no campo penal no transcorrer das últimas três décadas, bem como suas modificações face ao aumento das taxas de criminalidade no país. Foram escolhidas as leis penais mais significativas em termos de severidade penal (a lei de crimes hediondos e do regime disciplinar diferenciado) e de criminalização de novas condutas sociais (a nova lei de drogas, o estatuto do desarmamento e a lei Maria da Penha). Ao trazer à baila as principais leis extravagantes buscou-se captar os pontos de recrudescimento presentes nas legislações, as mudanças e revisões efetuadas pelos legisladores.

O problema em comento justifica-se na medida em que, apesar de existirem vários estudos em prol da compreensão do aumento da criminalidade, este não é um fenômeno estático, e não é menos verdade que a criminalidade cresce, modifica e aprimora-se com o passar dos anos, perturbando cada vez mais a paz social, havendo sempre um clamor social por ações e leis que combatam a criminalidade, necessitando o tema de constantes atualizações, proporcionando ao legislador ferramentas que auxiliem numa produção legislativa que responda rapidamente ao clamor punitivo da população, a exemplo da lei de crimes hediondos aprovada nos anos de 1990. Os questionamentos norteadores desta investigação sobre a experiência brasileira são os seguintes: quais as principais mudanças realizadas na legislação penal brasileira face ao aumento das taxas de criminalidade desde os anos de 1990? O Brasil tem seguido a tônica da política criminal contemporânea que consiste na aplicação de legislações mais severas como medida de controle da criminalidade?

Nesse desiderato, ao analisar as principais leis penais brasileiras busca-se também refletir sobre a produção social de um Estado de controle social penal no país. Wacquant (2004) descreve o processo de transição de um Estado de bem-estar social para um Estado Penal nos Estados Unidos e a disseminação desta tendência pelos países europeus, em especial, França e Inglaterra no transcorrer das décadas de 1980 e 1990. Este processo se caracteriza pela desaceleração dos investimentos por parte do poder estatal em políticas de proteção social e ampliação dos investimentos numa rede policial e penal de malha cada vez mais cerrada e

resistente. Uma das tendências desse processo é a promulgação de legislações penais mais duras e severas em países como EUA, França e Inglaterra:

Com raras exceções, o legislador multiplicou por toda a parte as incriminações e agravou as penas de prisão referentes aos crimes violentos, infrações aos costumes ou uso de drogas. A polícia reforçou os meios e as operações correspondentes a esses delitos; e as autoridades judiciárias reduziram posteriormente as possibilidades de liberdade condicional para uma gama de infrações (WACQUANT, 2004, p.119)

Abordaremos no primeiro capítulo deste trabalho, as tendências do controle da criminalidade na sociedade contemporânea, e aqui nos orientaremos inicialmente pelos estudos de Loïc Wacquant, com o objetivo compreender como esse fenômeno pode impactar a máquina administrativa estatal, principalmente quanto aos investimentos financeiros de encarceramentos, pois, leis mais severas nem sempre significam diminuição da violência, mas refletem nas taxas de encarceramento, como ocorreu nos Estados Unidos na década de 90¹. Buscamos também, antes de adentrar especificamente nas legislações penais brasileiras, traçarmos uma visão do panorama do controle da criminalidade na América Latina² e no Brasil, guardando as devidas proporções de uma realidade diversa de países como EUA, França e Inglaterra.

No segundo capítulo, analisaremos as principais produções legislativas que surgiram no cenário brasileiro para dar respostas às constantes ondas de violência que assolaram o país a partir dos anos 90, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos, que surge logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Na época instalou-se no Brasil um clima de insegurança com o aumento da criminalidade, e com o clamor público pedindo providências contra a criminalidade, surge então a mencionada legislação que deu nova roupagem aos crimes já tipificados no Código Penal, impondo restrições ainda mais severas, tais como regime prisional integralmente fechado e os crimes por ela elencados, inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Da mesma forma, o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) foi incorporado a Lei de Execuções Penais para punir mais severamente os condenados a pena restritiva de liberdade que ainda ousam infringir a ordem dentro dos presídios. Em

¹ Nos Estados Unidos, em 1975, o número de detentos caiu para 380.000. 10 anos mais tarde, os efetivos encarcerados haviam saltado para 740.000 antes de superar 1,5 milhões em 1995 para roçar os dois milhões no final de 1998, ao preço de um crescimento de quase 8% durante a década de 90 (WACQUANT, 2004).

² Em especial na cidade de Bogotá-Colômbia.

2003, o RDD foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em decorrência de uma crise do sistema penitenciário brasileiro. As facções criminosas dominavam o sistema carcerário, impondo suas vontades, ameaçando a ordem e a segurança nos presídios, comandavam ações criminosas dentro e fora dos presídios. Trata-se de regime disciplinar extremamente rígido, e tão logo entrou em vigor, surgiram várias correntes criticando à sua aplicação e validade, algumas questionando a sua constitucionalidade, outras a legalidade e até mesmo os fins de cumprimento da pena. Não é à toa que possui a denominação de “sistema do cárcere duro”. Votadas em contextos de clamor público por punição a lei de crimes hediondos e do RDD sofreram severas críticas de juristas e operadores técnicos do direito penal, conforme mostraremos ao longo da exposição sobre as mudanças na legislação.

Prosseguindo em nosso estudo, não havia como deixar de fora dos nossos apontamentos, o Estatuto do Desarmamento, que é um caso emblemático na medida em que a posse e porte de arma de fogo surgem no mundo jurídico inicialmente apenas como simples contravenção penal, que têm penas mais leves e por política criminal é transformado em crime, tendo o tipo penal merecido a edição de duas leis agravando ainda mais as condutas ali tipificadas. No mesmo sentido, a Nova Lei de Drogas que agrava algumas condutas ligadas ao tráfico. E, por fim, a Lei Maria da Penha, que veio para combater a violência de gênero, que avançou na proteção das mulheres vítimas principalmente dos próprios companheiros no convívio do lar.

1. TENDÊNCIAS DE CONTROLE DA CRIMINALIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A criminalidade urbana violenta tem se constituído como um dos problemas públicos contemporâneos de maior preocupação por parte dos governos e da população em geral. Esse fenômeno tem gerado várias pesquisas e acalorados debates sobre as diferentes modalidades criminosas e as formas de combatê-las. Como resposta ao crescimento da criminalidade no transcorrer dos anos de 1980 países como Estados Unidos, França e Inglaterra vêm implantando progressivamente políticas na área de segurança pública e alocando recursos nesta seara (LADIPO, 2000; LEMGRUBER, 2002; WACQUANT, 2004).

Relatos das políticas de enfrentamento da criminalidade nesses países descrevem um modelo que vem paulatinamente reduzindo investimentos em políticas de inclusão social, direcionando investimentos em mecanismos de repressão social, criando e aplicando leis mais duras, resultando inexoravelmente no aumento da população carcerária e construção de novos estabelecimentos prisionais. Nossa análise tem como ponto de partida a experiência estadunidense em relação ao controle da criminalidade a partir dos anos de 1960, período marcado por movimentos sociais ligados ao levante negros e ainda de protestos estudantis contrários a guerra do Vietnã, mulheres, ecologistas e beneficiários da ajuda social. Um período de transição caracterizado pelo desmantelamento do Estado de bem-estar social e ascensão de um Estado Penal.

1.1 A experiência estadunidense

Sobre o tema, os estudos de Wacquant (2004) apontam cinco tendências da política penal de enfrentamento ao aumento da criminalidade nos Estados Unidos. O autor elenca como primeira dessas tendências, “*a expansão vertical do sistema ou a hiperinflação carcerária*”, como segunda aponta “*a extensão horizontal da rede penal*”, sendo a terceira tendência “*o crescimento excessivo do setor penitenciário no seio das administrações públicas*”, a quarta “*o ressurgimento e prosperidade da indústria privada carcerária*” e como quinta e última tendência “*a política de ação afirmativa carcerária*”.

Entendendo a primeira tendência, nos remetemos aos anos 60 quando houve um declínio da população carcerária. O discurso principal era sobre o desencarceramento através de penas alternativas, deixando a reclusão prisional apenas para os “predadores mais perigosos” (o que representava 10 a 15% dos criminosos). Naquela época chegou-se a anunciar de forma audaciosa o fim das instituições carcerárias. Entretanto, logo percebeu-se que houve um otimismo precipitado, pois, a situação carcerária iria se inverter bruscamente nos anos seguintes em razão do crescimento da criminalidade urbana e da política de “guerra às drogas” iniciada pelo Presidente Richard Nixon em 1971. Houve uma triplicação da população nas penitenciárias, colocando os Estados Unidos como o campeão do encarceramento, como pode se observado na tabela abaixo.

Tabela 01 - O encarceramento nos Estados Unidos e na União Européia em 1997

País	Quantidade de prisioneiros	Índice para cada 100.000 habitantes
Estados Unidos	1.785.079	648
Portugal	14.634	145
Espanha	42.827	113
Inglaterra/Gales	68.124	120
França	54.442	90
Holanda	13.618	87
Itália	49.477	86
Áustria	6.946	86
Bélgica	8.342	82
Dinamarca	3.299	62
Suécia	5.221	59
Grécia	5.557	

Fonte: Bureau of Justice Statistic, Prison and fail inmate at Mis-Year 1998, Washington, Government Printing office, mar 199, para os Estados Unidos: Pierre Tournier, Statistique pénale annuelle du Consei de l'Europe, Enquête 1997, Estrasburgo, Conselho da Europa, no prelo, para a União européia.

No quadro comparativo, é notória a superioridade numérica dos Estados Unidos em relação aos países da união Européia. Um dado que não foi deixado de lado nos apontamentos de Wacquant, é que o vertiginoso crescimento do número de detentos em todo país se deu por conta do encarceramento dos pequenos delinqüentes e, particularmente, dos usuários de drogas. Na verdade, contrário ao discurso político da época, a superlotação não foi resultado do encarceramento de

criminosos perigosos, mas de condenados pela justiça comum envolvidos com drogas, furto, roubo e simples atentados à ordem pública. Outro dado que não passou despercebido pelo autor é que em cada 10 presos encarcerados, seis eram negros ou latinos e menos da metade tinha emprego em tempo integral quando foram presos.

Prosseguindo na análise apontada pelo autor, percebe-se claramente como segunda tendência, que houve uma extensão horizontal da rede penal nos Estados Unidos. Nos anos de 1980, sob o impulso da *Law Enforcement Administration Agency*, organismo federal encarregado de ativar a luta contra a criminalidade, surgem bancos de dados criminais centralizados e informatizados, que se proliferaram em todas as direções. Nos Estados de Illinois, Florida e Texas, por exemplo, esses bancos de dados são disponibilizados em sites da internet e qualquer cidadão pode ter acesso ao prontuário judicial de um condenado.

Nesse desiderato, os órgãos governamentais americanos começam a utilizar cada vez mais a tecnologia como, por exemplo, arquivos digitais, fotografias e fichamento genético, o que permite um controle penal ainda maior e sofisticado. No âmbito da justiça penal tem início o cancelamento das liberdades antecipadas e a transformação da liberdade condicional em dispositivo policial adotado não mais adotado com o propósito de ajudar os antigos detentos a se reinserir, mas para recapturar o maior número possível deles submetendo-os a uma vigilância intensiva e uma disciplina rígida nas prisões. O que se percebe com toda essa política de controle é o abandono progressivo do “ideal de ressocialização” que visava tratar o delinqüente para um eventual retorno ao convívio social e a emergência de uma “nova penologia”, como se refere Wacquant, cuja tônica é o isolamento e neutralização dos condenados pela justiça penal.

Como terceira tendência, temos indubitavelmente o crescimento excessivo do setor penitenciário no seio da administração pública. Essa terceira tendência se afirma num período em que o setor público passava por restrições financeiras e o aumento dos orçamentos e do pessoal destinados ao setor penitenciário só foi possível devido aos cortes nos setores de saúde e educação. Vários estados americanos nos anos 90 gastaram 50% mais com suas prisões e os orçamentos eram os mesmos de 10 anos atrás. Logo, houve uma expansão do setor penal, novos estabelecimentos foram criados e aumento do número de empregados do

setor passava 600.000 em 1993. O sistema penitenciário já representava o terceiro setor empregador do país, ficando atrás apenas da General Motors e Wal-Mart.

Com investimentos no setor carcerário, houve um ressurgimento e prosperidade da indústria privada carcerária, o que foi identificado como a quarta tendência da evolução penal nos Estados Unidos. Com o aumento das atividades carcerárias houve incontestavelmente um extraordinário crescimento da indústria carcerária. Algumas vão gerir penitenciárias, outras vão fornecer pessoal de vigilância e serviços e outras oferecer uma gama completa de bens e atividades necessárias à detenção: concepção arquitetônica, financiamento, construção, recrutamento e transporte dos prisioneiros oriundos de outras jurisdições que alugam vagas para seus excedentes.

Por fim, a quinta tendência talvez seja a mais contundente violação de direitos humanos que essa política penal implantou. Essa tendência o autor chamou de a política de ação afirmativa carcerária. Os alvos da vigilância policial se tornaram as famílias e os bairros deserdados, particularmente os enclaves negros das metrópoles. É notório o caráter de segregação racial que impera nos bastidores das prisões norte americanas.

Como prova da quinta tendência-chave da evolução penitenciária norte-americana, temos o “escurecimento” contínuo da população detida, que faz com que, desde 1989 e pela primeira vez na história os afro-americanos sejam majoritários entre os novos admitidos nas prisões estaduais, embora representem apenas 12% da população do país (WACQUANT, 2004, p. 93).

Trilhando um caminho semelhante, com a intenção de eliminar a crescente onda da criminalidade e insegurança social, os países europeus apoiaram as instituições judiciais e penitenciárias, caminhando progressivamente em direção para a implantação de um Estado penal. A década de 1970, na França, foi marcada pela mutação do modelo de produção e emprego, aumento do desemprego e a intensificação da precariedade do trabalho assalariado. Nesse período também se assistiu um forte crescimento carcerário, o tempo médio das condenações definitivas subiram de duas e meia por mês em 1984 para 6,4 por mês em 1996, a reincidência no crime ocasionava punições mais severas e ocorreu a supressão da pena de multa por sursis.

Nos anos 70, passa de 50 detentos para cada 100.000 habitantes, no momento em que Valery Giscard d'Estaing entra no Eliseu, para 71 para cada 100.000, quando Miterrand lhe sucede, atingindo 95 para cada 100.000 quando este último cede por sua vez o lugar a Jacques Chirac. Paralelamente, assistimos, por um lado, a uma extensão das penas em regime aberto, uma vez que 120.000 pessoas estão hoje colocadas sob o controle judiciário, em sursis esperando provas, em liberdade condicional ou obrigada a realizar um trabalho de interesse comunitário. No total, a população 'sob a mão da justiça' atinge 176.800 pessoas em 1º de janeiro de 1998, ou seja, metade a mais do em 1989 e duas vezes e meio o número de 1975 (WACQUANT, 2004, p 104).

A concessão de liberdade condicional se reduziu drasticamente. Contudo, diferente dos Estados Unidos, a expansão penitenciária na França não é alimentada pelo encarceramento excessivo, mas pela dualização da atividade penal e pela maior duração das penas, o que dificulta a saída do cárcere. Nos Estados Unidos, a ajuda social foi diminuindo até ser reconvertida em "trampolim" para o trabalho assalariado precário, na França assim como em outros países da união européia de forte tradição estatal, houve uma intensificação conjunta do tratamento social e penal.

Voltando ao paradigmático sistema de justiça norte americano, é possível observar em outros estudos que a legislação norte-americana é uma das mais severas do mundo, o que certamente tem contribuído efetivamente para aumentar o índice de encarceramento nos últimos anos. O fato mencionado pode ser observado nos apontamentos de Lemgruber (2002) que nos alerta para a dimensão da severidade da legislação penal nos Estados Unidos.

Aduz a autora que a pena de morte, há muito extinta em toda Europa Ocidental, ainda vigora em boa parte dos estados norte americanos. Também a pena de prisão perpétua é adotada em vários estados e a lei dos "*three strikes*" oriunda da Califórnia aduz que o infrator depois de cometer três crimes recebera uma pena privativa de liberdade perpétua, ainda que o crime perpetrado seja sem violência. Citam também outras legislações penais que endureceram o ordenamento jurídico penal norte americano além do *three strikes*, o "*mandatory minimus*" com imposição obrigatória de penas elevadas voltadas aos crimes de tráfico e uso de drogas e outros crimes mais graves e o chamado "*truth in sentencing*", que exige o cumprimento de pelo menos 85% pelo condenado da pena imposta.

Observando a política norte americana, Lemgruber, alerta que o Governo teve que fazer escolhas que acabaram por desprestigiar os programas sociais e culturais. Entre 1987 a 1998 os orçamentos dos estados americanos tiveram um aumento de

30% para os sistemas prisionais, ocasionando uma redução de aproximadamente de 1,2% a 18,2% na área educacional. Elliott Currie, citado por Lumgruber, menciona que talvez os resultados de um estudo da Universidade de *Harvard*, chamado *Luxemburg Study*, ajudem a entender essas diferenças. O referido estudo que debruçou sobre temas da pobreza, das desigualdades e dos gastos governamentais em países industrializados, constatou principalmente o seguinte:

A taxa de pobreza infantil nos Estados Unidos é, em média, cinco vezes maior do que o da Europa Ocidental. O trabalhadores norte-americanos na base da escala de salários ganha apenas 38% da média nacional para todos os trabalhadores na Alemanha, por exemplo, o mesmo trabalhador ganha 68% da média. Os Estados Unidos gastaram 4% do seu produto Interno Bruto com os chamados "programas de bem-estar-social". A Inglaterra gasta o dobro. Nos países escandinavos, gasta-se entre 12% e 14% do PIB com investimentos sociais. Em 1973, 11% das famílias norte-americanas com crianças menores de 18 anos eram pobres. Em 1995 essa proporção havia crescido 16% (LEMGRUBER, 2002, p.168)

O aumento da criminalidade nos Estados Unidos devido às proporções em que as taxas de encarceramento subiram nos anos noventa despertou interesse de estudos de vários autores, entre eles Samuel Walker, citado por Saporì (2007). O crescimento das prisões norte-americanas nas décadas de 80 e 90 não teve um impacto muito significativo no que se refere à redução das taxas de criminalidade, e sobre o tema é possível observar inúmeras consequências, ente elas a percepção que o recrudescimento da política penal, gera indubitavelmente o aumento da população carcerária e movimentando toda uma estrutura financeira para suportar todo esse aparato repressivo.

É notório nos vários estudos sobre a política de enfrentamento da criminalidade que prioriza as medidas repressivas, que o resultado é o aumento da população carcerária, refletindo insignificamente na redução das taxas de criminalidade e baixo investimentos em políticas públicas sociais compensatórias.

Em meados da década de 1990, a título de exemplo, na cidade de New York foi implantada uma política que ficou conhecida com "tolerância zero", levando aquela cidade a reduzir os índices de criminalidade superior a 50% no período compreendido entre 1994 a 1998, passando a ser considerada essa política um modelo bem-sucedido. Adotou-se também um conjunto de ações complexas para reduzir o nível de impunidade principalmente em relação aos crimes de menor potencial ofensivo. Implantou-se uma gestão inovadora no New York Police

Departament (NYPD), conhecida como *Compastat*, que teve como principal característica a de fomentar uma polícia proativa capaz de antever e antecipar as ações criminosas e não somente reagir pós fato consumado. Um exemplo da viabilidade dessa experiência em New York propalado por alguns *decision-markers*, foi o controle do crime tendo como base a teoria das janelas quebradas³ (SAPORI, 2007).

Contudo, alerta Sapori, existem estudos questionando a suposta relação entre a redução dos índices da criminalidade e as estratégias implementadas através da aplicação da teoria das janelas quebradas, tendo como principal argumento o fato de que a queda da criminalidade caiu o mesmo período em outras grandes cidades americanas. A política de tolerância zero vem sendo alvo de duras críticas em relação aos seus fundamentos ideológicos e sobre o desrespeito aos direitos humanos no que se refere à discriminação racial.

Nesse sentido Ladipo (2000) salienta que os políticos americanos continuam a propor políticas que implicam no encarceramento prisional. O autor alerta que a principal causa do aumento no número de prisões americanas deve-se às mudanças nas políticas introduzidas pelos seus legisladores que se orientam por máximas como “*three strikes*”, “*truth in-sentencing*” e “*zero tolerance*”.

Mais da metade das prisões efetuadas foram por crimes não-violentos contra a propriedade, abuso de drogas ou ofensas contra a ordem pública. O autor destaca que, apesar da ausência de qualquer correlação entre alterações na sua população prisional e nas mudanças no tipo de crime, os políticos americanos insistem na proposição de leis que aumentam os índices de criminalização, tendo razões para o fortalecimento desta atitude o apelo populista das leis de combate ao crime; a pressão da imprensa americana pelo perfil das suas narrativas criminais e punitivas, utilizando recursos técnicos que provocam a espetacularização dos fatos criminais (reportagens por helicóptero; câmaras manuais de vídeo; julgamentos televisionados); e o desenvolvimento, na década de 90, de um complexo industrial de prisões. A construção de prisões fora dos grandes centros urbanos teve como

³ A teoria das janelas quebradas ou “broken windows theory” é um modelo norte-americano de política de segurança pública no enfrentamento e combate ao crime, tendo como visão fundamental a desordem como fator de elevação dos índices da criminalidade. Nesse sentido, apregoa tal teoria que, se não forem reprimidos, os pequenos delitos ou contravenções conduzem, inevitavelmente, a condutas criminosas mais graves, em vista do descaso estatal em punir os responsáveis pelos crimes menos graves. Torna-se necessária, então, a efetiva atuação estatal no combate à criminalidade, seja ela a microcriminalidade ou a macrocriminalidade. (PELLEGRINI, 2013).

resultado o incremento de emprego associado ao surgimento de uma indústria prisional através da privatização do sistema penitenciário em pequenas cidades estadunidenses.

Segundo Ladipo (2000), o controle incisivo sobre o comportamento dos indivíduos pode ser sentido sobre vários aspectos, não só os indivíduos que estão aprisionados sofrem restrições das suas liberdades civis, mas também os cidadãos que são abordados em "blitz de trânsito", submetidos ao teste com bafômetros e outras formas de restrição das liberdades, tais como busca pessoal, vigilância por câmeras e identificação eletrônica. Outra forma corriqueira é o desrespeito racial e a violação de direitos humanos. A comprovação do desrespeito racial pode ser sentida na ampliação do abismo entre a população negra e a branca nos EUA, sendo a explosão da população prisional negra americana desproporcional com relação à população branca. Entre 1984 e 1997, a proporção de homens brancos nas prisões subiu de 0.5 % para 0.9%. Durante o mesmo período, a percentagem de homens negros encarcerados subiu de 3,3% para 7,2 %.

Ao final de 1997, somavam-se mais 758.000 homens negros nas prisões dos EUA, além de 274.000 *colocados* em liberdade condicional e ainda cerca de 902.000 *condenados* à prisão com *sursis*. Um total de mais de 18% de todos os homens adultos negros estavam sob alguma forma de supervisão correcional em 1997. O Bureau of Justice americano previa que, se a taxa de encarceramento permanecesse inalterada, 30% da população masculina negra seria encarcerada em algum período de suas vidas (LADIPO 2000).

Esses dados corroboram para constatar a percepção que à política norte-americana optou por um Estado-penitência para dar resposta à criminalidade, abandonando paulatinamente o Estado do bem-estar social, como exposto por Wacquant (2004, p.151) "os Estados Unidos optaram claramente pela criminalização da miséria como complemento da generalização da insegurança salarial e social".

Prosseguindo os estudos sobre as tendências de controle da criminalidade na sociedade contemporânea, direcionaremos nosso olhar doravante para a realidade latino-americana, principalmente, a realidade brasileira. Deslocaremos nossa análise para a América latina, pois, da mesma forma que os Estados Unidos e a Europa são afetados pelo fenômeno da criminalidade, sendo obrigados a optarem por políticas voltadas para altos investimentos em segurança, os países latinos

americanos se vêem também forçados a priorizarem medidas de combate a criminalidade.

1.2 A experiência brasileira

A criminalidade urbana violenta cresceu ao longo das décadas de 1980 e 1990, e sem dúvida tem sido um dos maiores desafios apresentados para o desenvolvimento da América Latina. As taxas de homicídio colocam a região como uma das mais violentas do mundo, com taxas duas vezes maiores do que a média mundial: 22,9 por cem mil habitantes contra 10,7, segundo Beato (2002). Ainda segundo o citado autor, a violência tem gerado crescente preocupação seja no estoque de capital físico, humano e social, o que vem gerando problemas macroeconômicos, afetando de forma negativa incentivos aos investimentos nas economias dos países da América latina.

Diante deste quadro, existe um consenso em grandes parcelas da sociedade brasileira de que nossos elevados déficits sociais e econômicos seriam responsáveis pelas altas taxas de criminalidade nos grandes centros urbanos. Desemprego, desigualdade e ausência de políticas sociais compensatórias seriam os ingredientes que comporiam o quadro para a emergência da criminalidade e violência nas últimas décadas. Por outro lado, outros setores tendem a conceder à impunidade de nosso sistema de justiça penal a primazia na composição deste quadro, encontrando na literatura econômica a respeito do crime o suporte teórico para esta perspectiva (BEATO, 2002, p 10)

Aduz o autor, que “a violência vem se tornando cada vez mais um problema macroeconômico que tem minado o clima para investimentos de muitas economias latinas americanas. (BEATO, 2002, p 10). Diante dos dados apresentados pelo autor, grande parcela da sociedade brasileira, acredita que os elevados déficits sociais e econômicos são responsáveis pelo alto índice de criminalidade nas grandes metrópoles. Fatores como: o desemprego, desigualdades e ausência de políticas de inclusão social, seriam as variáveis que comporiam o quadro para o surgimento da criminalidade e violências nas últimas décadas. Outros segmentos da sociedade, parcela considerável, reputam ao sistema de justiça penal a primazia na composição deste quadro (BEATO, 2002).

No Brasil, assim como em vários países da América latina, a criminalidade e a violência causam um impacto na economia, na medida em que há um obstáculo no desenvolvimento da região. Há uma inevitável erosão do capital social. Esse

capital social representa um conjunto de normas e valores, obrigações e laços de confiança dentro de uma sociedade. A violência desgasta a capacidade das comunidades de se auto-regularem e se organizarem para combater o crime, bem como a capacidade de resolução dos conflitos (BEATO, 2002, p. 13).

A questão da criminalidade não tardou a merecer atenção nos bastidores da política brasileira. A criminalidade que já era uma questão preocupante, ganhou expressividade no final do governo Fernando Henrique Cardoso em 2001. Um episódio que causou comoção da população, sendo fato inspirado até o cinema brasileiro, foi o caso do ônibus 174, no Rio de Janeiro, que teve repercussão nacional, culminando com a formulação do primeiro plano nacional de segurança pública. Através de projetos específicos e submetidos á apreciação da Secretaria Nacional de Segurança Pública, os governos estaduais recebiam recursos para aplicarem em segurança pública conforme as diretrizes previamente estabelecidas no referido plano nacional. Em 2003, segundo Saporì (2007), o governo Lula, dando continuidade ao combate a criminalidade, apresentou um documento mais elaborado e consistente, denominado “Projeto de segurança pública para o Brasil”, o qual norteou as ações o governo nos anos seguintes . Conforme observa Saporì em seu livro sobre segurança pública no Brasil, sobre um aspecto importante do plano:

A forma abrangente com que aborda a questão da segurança, com a apresentação de uma gama variada de propostas contemplando os seguintes campos de ação: reforma do sistema policial, controle externo das polícias, prevenção da violência, controle do uso de arma de fogo, reforma do sistema prisional, reformas legais violência conta a mulher e outras minorias sociais, entre outros. (SAPORÌ, 2007, p. 111)

Na percepção do citado autor, o plano nacional de segurança pública ao ser tratado com tal amplitude, reconhece não existir uma formula milagrosa que solucione de imediato a crise na segurança pública e o maior problema não está nas legislações do ordenamento jurídico brasileiro, mas sim no arranjo das instituições existente. O Sistema Único de Segurança Pública, sugere uma noção que o assunto da segurança pública no Brasil será tratado nos moldes como ocorreu na saúde quando foi implantado o Sistema Único de Saúde. O SUS prevê repasses de recurso através de mecanismos de financiamento aos gastos com saúde e fomenta uma gestão municipalizada. Já a proposta do Susp, limita-se a uma integração das forças estaduais e destas com as instituições federais, além do Ministério Público e do

Judiciário e cada esfera com suas diretrizes e comandos próprios, além de que cada estado possui autonomia para implantar políticas próprias de enfrentamento da criminalidade. (SAPORI, 2007).

Outro dado que não pode escapar a percepção, é o processo da redemocratização após mais de duas décadas de governo militar, sendo um processo gradual de avanços com erros e acertos, mas com indicadores de uma lenta e gradual melhora social, contudo, o índice da criminalidade tem se destacado, o que tem gerado respostas rápidas de controle repressivo, para atender o constante clamor público por segurança enquanto sonha-se com uma sociedade mais justa e igualitária livre das mazelas do submundo do crime. Apesar da preocupação com a segurança ter permeado os governos Lula e Dilma, segundo Azevedo & Cifali (2015), as políticas de segurança pública têm sido utilizadas como paliativos a situações de crise e emergência.

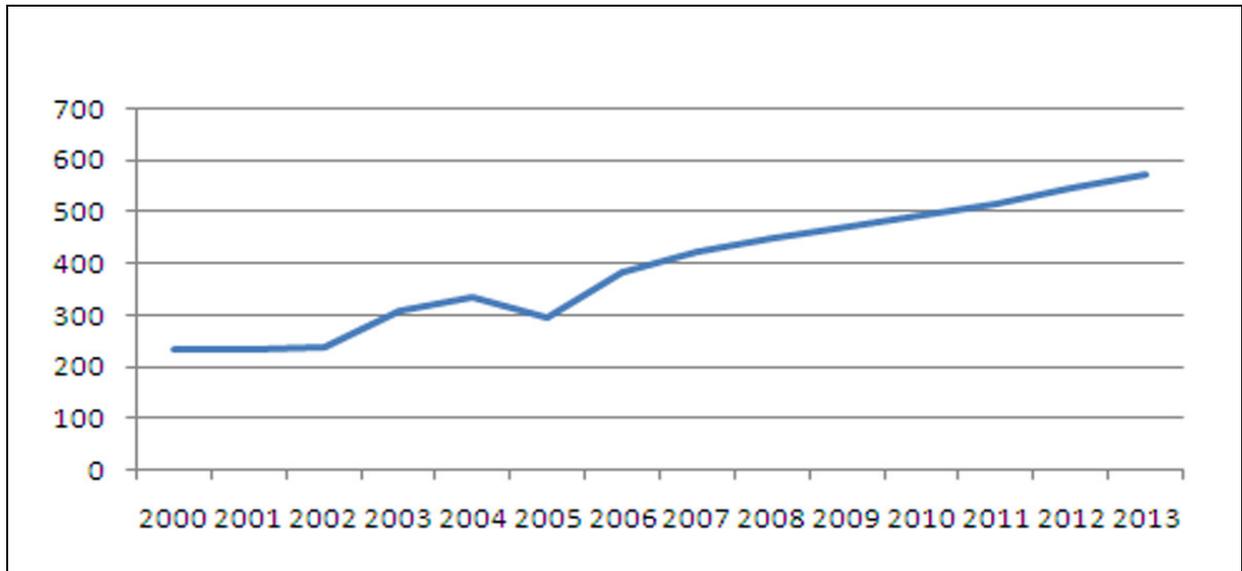
A cada episódio de comoção nacional em relação a criminalidade violenta nas ruas das grandes cidades muitas leis de caráter mais punitivo são propostas e aprovadas rapidamente como, por exemplo, a Lei de Crimes Hediondos na década de 1990 e a aprovação do Regime Disciplinar Diferenciado – RDD em 2003, cujo resultado é a permanência dos condenados por um maior período nas prisões brasileiras.

Em que pese a implementação de políticas distributivas, a elevação dos índices de desenvolvimento humano em todo o país e a redução das desigualdades sociais, bem como a reorientação, ao menos no plano do discurso oficial do governo federal, das políticas de segurança para o foco da prevenção ao delito, chama a atenção o fato de que a população carcerária brasileira cresce de forma ininterrupta durante todo o período analisado. Levando em conta o período anterior, desde o ano de 1990, temos que a taxa de presos por 100 mil habitantes, que em 1990 era de 61,22, chega a 274 no ano de 2012 (AZEVEDO & CEFALI, 2015, p.113).

Azevedo & Cifali (2015) fazem um balanço sobre as taxas de encarceramento em números absolutos no período compreendido entre os anos 2000 a 2012. No início de 2000, havia uma população carcerária que girava em torno de 230 mil presos, ocorrendo um crescimento significativo de 8% em 2013, totalizando um total de 574 mil presos no sistema carcerário, tendo o Brasil a quarta maior população carcerária do mundo, atrás de Estados Unidos, China e Rússia. A taxa de encarceramento, índice que calcula o número de presos em cada grupo de 100 mil habitantes, saltou de 287,31 para 300,96 em apenas seis meses. A presente análise

corroborar com as percepções apresentadas por autores sobre o constante crescimento da população carcerária reflexo do constante endurecimento do controle penal, é o que se pode verificar no gráfico seguinte:

Gráfico 01- Evolução da População Prisional Brasileira – 2000 a jun. 2013



Fonte: DEPEN/MJ

Já se passaram uma década que foi instituído o Plano Nacional de Segurança Pública, poucas mudanças ocorreram nas instituições responsáveis pelo controle do crime (polícia, justiça e prisão) e o discurso em prol de criação de leis e o combate à criminalidade não sai da pauta do congresso, a exemplo da PEC 171/93 sobre a diminuição da maioria penal, que recentemente voltou a ser alvo de acaloradas discussões com empurrões e agressões verbais envolvendo parlamentares, policiais da Câmara e manifestantes da União Nacional dos Estudantes e da União Brasileira de Estudantes Secundaristas, que protestaram contra a redução da maioria penal, ao argumento central que se tal proposta passar pelo congresso, será mais um mecanismo para aumentar as taxas de encarceramento.

Em se tratando do continente Latino Americano, não pode passar despercebido a experiência da política de segurança pública ocorrido na Colômbia entre os anos 1995 a 2003 em Bogotá. Saporì (2007, p 89) menciona que na cidade de Bogotá é um caso ilustrativo e uma política de segurança pública que utilizou a estratégia de um binômio de prevenção social e repressão. Naquela cidade houve

um fortalecimento das forças policiais e ampliação do sistema prisional, programas que propunham respeito e dignidade a vida através de uma auto-regulação das condutas dos cidadãos e recuperação dos espaços urbanos deteriorados além de outras medidas básicas como controle de consumos de bebidas e armas de fogo. A transformação que ocorreram em Bogotá prossegue Saporì (2007) em seu estudo, afirma que a decisão política de priorizar a segurança na agenda municipal só foi possível viabilizar no plano nacional a partir de 1990. Optou-se por uma gestão local para cuidar dos problemas com a segurança pública com a participação comunitária.

Pelo exposto no decorrer deste capítulo, é possível perceber que o aumento da criminalidade precisa de respostas rápidas para seu controle, não restando dúvida que está se tornando cada vez mais a mola principal de uma engrenagem que faz movimentar parcela considerável da economia mundial. Da mesma forma que esse setor de encarceramento produz e gera dividendos para economia, movimentando toda uma indústria carcerária que lucra com os diversos segmentos do setor, até mesmo gerando empregos, não é menos verdade, que ao longo do tempo, a depender de quais demandas e escolhas são priorizadas pelos poderes legislativos e executivos, combater a criminalidade investindo apenas e cada vez mais em política de segurança repressiva e recrudescimento da legislação penal, pode resultar no aumento progressivo da população prisional. Nesse sentido, o próximo capítulo tratará da legislação penal brasileira e suas mudanças em face do aumento da criminalidade no país no transcorrer das décadas de 1990 e 2000.

2. A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

No Brasil, o aumento da criminalidade não é diferente do que vem acontecendo na maioria dos países do mundo. Apesar de a realidade socioeconômica brasileira ser diferente dos países do primeiro mundo, assistiu-se nos últimos anos os nossos governantes aumentarem cada vez mais as forças de segurança, criando leis draconianas, a exemplo da Lei de Crimes Hediondos com o intuito de intimidação e contenção da criminalidade, entretanto, não há como mensurar se tal política de controle legislativo obteve os resultados pretendidos, pois, continua aumentando vertiginosamente o índice de criminalidade violenta, e tudo indubitavelmente têm reflexo nos cofres públicos, que a cada dia são onerados com gastos com o combate a criminalidade, seja em investimentos nas forças de segurança pública ou no sistema carcerário.

Hodiernamente assistimos reiterados apelos sensacionalistas nos variados meios de comunicação de massa, principalmente nos televisivos que possuem uma enorme capacidade de atingir grande parcela da população. Os discursos são baseados unicamente num senso comum, pregando que as melhores estratégias seriam criar leis e punições mais severas, aprimorar os meios de controle e prevenção ao crime como sendo a forma mais eficaz para o controle da criminalidade. Não são poucos os apelos sobre a redução da maioria penal e até mesmo sobre o retorno da pena de morte, como assevera Valter Fernandes (2012), que a pena de morte vem sendo defendida no Brasil, como a única forma de conter a criminalidade violenta, alertando, contudo, que a questão é bastante controversa, havendo argumentos favoráveis e contrários. Os apologistas apregoam que a pena de morte deveria ser adotada para crimes mais graves que geram grande comoção social, refutam os argumentos dos defensores que preconizam argumentos teológicos e naturalísticos consistente em que a via é um dom divino (FERNANDES 2012).

A experiência mundial, dos países que ainda adotam a pena capital, indica que a criminalidade não deixou de existir ou aumentar por existir a reprimenda considerada a mais drástica de todos os tempos (FERNANDES 2012). Segundo as lições de Cezar Roberto Bitencourt (2003, p.12), “falar de Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência. No entanto, modernamente sustenta-se que a criminalidade é um fenômeno social normal.” Assim, como demonstra o preclaro

autor, não há como estudar a criminalidade com uma visão dicotômica, pois, para sua melhor compreensão, não seria aconselhável em um estudo desse fenômeno, dissociar regras de direito penal repressivo das mazelas sociais.

Durkheim, citado por Bitencourt (2003), “afirma que o *delito* não é só um fenômeno social normal, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa”. Prosseguindo, Bitencourt afirma que, sob um outro prisma, pode-se concordar, pelo menos em parte com Durkheim: “as relações humanas são contaminadas pela violência, necessitando de normas que a regulem”.

As normas capazes de regular a criminalidade violenta estão previstas no Código Penal e nas leis penais extravagantes. Quando estudamos o Direito Penal estamos de alguma maneira analisando as formas de violência que é um fato social que contraria as regras do ordenamento jurídico. A criminalidade violenta estudada sob a ótica precipuamente do direito penal repressivo, nos revela que se alguém praticar um fato violando regras do ordenamento jurídico acarreta uma resposta a essa violação, ou seja, uma sanção. O Estado que possui o *jus puniend*, e só podendo fazê-lo mediante o devido processo legal, através do legislador infraconstitucional, que vem cada vez mais endurecendo as sanções penais no afã de contribuir efetivamente para o controle da criminalidade.

Devido a toda essa ebulição de fatos que envolvem a evolução do mundo contemporâneo, é que procuramos identificar no nosso sistema jurídico as leis penais que são utilizadas para limitar ou derrogar garantias penais e processuais penais em busca de conter à alta criminalidade, a exemplo da lei n. 8072/90 Lei de crimes hediondos (BRASIL, 2014). A necessidade de criar leis mais rigorosas, por sua vez, não parou por aí, editou-se a lei do Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, a Nova Lei de Drogas, o Estatuto do Desarmamento e a Lei Maria da Penha, que entraram em vigor nas duas últimas décadas, que serão apresentadas de maneira mais detalhada nas seções a seguir.

Nesse sentido, vale apenas mencionar o que preleciona Rogério Sanches Cunha em seu manual de Direito Penal (Cunha 2014, p. 39) o legislador com o intuito de dar respostas rápidas ao controle da criminalidade, é possível identificar um Direito Penal Simbólico e Direito Penal Promocional. No primeiro, quando o legislador, pensando na opinião pública, atua esquecendo-se da real missão do Direito Penal, querendo, com novos tipos penais ou aumentando as penas e

restringindo garantias, proporcionar a sociedade uma falsa sensação de tranquilidade. São respostas rápidas aos anseios sociais, criminalizando condutas sem amparo de fundamentação criminológica e de política criminal, resultando em uma mera função simbólica. Já o segundo, é utilizado para a consecução das políticas criminais do Estado, é quando o Estado utiliza o Direito Penal para a consecução de suas políticas e, assim, acaba por ignorar o princípio da intervenção mínima, que é um dos princípios relacionados à missão fundamental do Direito Penal.

Seria muita ingenuidade de qualquer gestor público querer combater a criminalidade apenas impondo regras e sanções, encarcerando unicamente com o objetivo da retribuição com um mal pelo mal causado. O combate da criminalidade só faz sentido, se aliado há outras medidas de caráter social no campo da saúde, educação, lazer e esportes, refletindo em políticas de inclusão social. Entretanto, cada vez mais se investe em políticas de controle repressivo. Nas esclarecedoras palavras de Túlio Kahn, no prefácio, ele alerta sobre a repressão da criminalidade feita apenas pelo direito:

A crise atual da gestão penal-repressiva da segurança suscita reflexão sobre novas estratégias capazes de responder à demanda social por segurança, sem o recurso exclusivo ao sistema de justiça criminal. A visão penal-repressiva é limitada tanto como método de compreensão da realidade - por fazer uma leitura descontextualizada e individualizadora dos conflitos sociais - quanto como instrumento de produção de segurança, por intervir somente no nível sintomatológico dos conflitos, respondendo reativamente a ações puníveis de indivíduos (KAHN, 2002, p.05)

Entretanto, o cenário da criminalidade continua crescendo resultando insegurança e medo generalizado seja nas ruas e no trabalho. As empresas estão investindo cada vez mais em segurança privada e em meios eletrônicos, as residências estão sendo construídas entre muros cada vez mais altos e reforçados com os conhecidos ofendículos, que são os aparatos de segurança feito por cacos de vidro, arames farpados e cercas eletrificadas.⁴

Restou claro que a criminalidade urbana há muito tempo está sendo alvo de variados esforços por parte dos órgãos governamentais para controlar o aumento os

⁴ Conforme preleciona Rogério Greco (2011, p. 359): “Ofendículos, na definição de Mirabete,” são aparelhos para defesa da propriedade (arame farpado, cacos de vidro em muros etc.) visíveis e a que estão equiparados os meios mecânicos ocultos (eletrificação de fios, de maçanetas de portas, a instalação de armas prontas para disparos à entrada de intrusos etc.). “Apesar da definição do renomado autor, entendemos que os ofendículos não se prestam somente à defesa do patrimônio, mas também à vida, à integridade física etc., daqueles que os utilizam como artefato de defesa”.

constantes índices da criminalidade. A segurança pública passou a fazer parte obrigatória das pautas de políticas públicas. Os governos federais e estaduais estão constantemente procurando respostas para conter o vertiginoso aumento da criminalidade e criando leis cada vez mais severas com o intuito de conter os avanços da criminalidade.

3. A LEI DE CRIMES HEDIONDOS

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLIII, dita os fundamentos para o legislador criar leis mais severas de controle a criminalidade, quando dispõe que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos”..., especificando também no texto quem poderão ser responsabilizados conforme a conduta: ...”por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitiram”.

Pois bem, a norma de Direito Penal Repressivo que ganhou mais notoriedade, sem dúvida foi a Lei de Crimes Hediondos que na década de 1990 diante da alarmante criminalidade violenta nas principais metrópoles do Brasil, surge como resposta para conter o avanço da criminalidade. Nessa toada, através de Emenda a Constituição, também os crimes de terrorismo, tortura e narcotráfico foram considerados crimes equiparados a crime hediondo.

3.1 Conceito

O delito hediondo é aquele considerado repugnante, bárbaro ou asqueroso. Crimes hediondos são os crimes entendidos pelo Poder Legislativo como os que merecem maior reprovação por parte do Estado. No Brasil, encontram-se expressamente previstos na Lei Nº 8.072 de 1990. Os crimes hediondos, do ponto de vista da criminologia, são os crimes que estão no topo da pirâmide de desvalorização axiológica criminal, devendo, portanto, ser entendidos como crimes mais graves, mais revoltantes, que causam maior aversão à sociedade. São considerados hediondos os crimes cuja lesividade é acentuadamente expressiva, ou seja, crime de extremo potencial ofensivo, ao qual denominamos crime “de gravidade acentuada”.

Os crimes hediondos são os crimes cometidos contra os bens que são protegidos pela Constituição Federal/88. Um dos bens que a CF deve proteger, guardar é a vida. Logo, os crimes que atentam contra a vida são hediondos, assim como os que atentam contra a honra, e os demais direitos fundamentais inclusos

nas cláusulas pétreas⁵ - pontos fundamentais dela.

A busca de mecanismos que combatam a criminalidade violenta, também lançou sua mira nos crimes de corrupção, os ditos crimes do colarinho branco que atinge uma gama maior da sociedade quando lesa os cofres públicos. Recentemente foi uma nova discussão sobre os crimes hediondos proposta pelo conjunto de prefeitos, governadores, líderes sindicais e de movimentos sociais, juntamente com a presidente Dilma Rousseff, inclui no rol dos crimes hediondos a corrupção, tendo tal inclusão que a ser aprovada em plebiscito ainda sem data certa para ocorrer.⁶ (MOTTA, 2005).

Do ponto de vista semântico, o termo "hediondo" significa ato profundamente repugnante, imundo, horrendo, sórdido, ou seja, um ato indiscutivelmente nojento, segundo os padrões da moral vigente. O crime hediondo é o crime que causa profunda e consensual repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais de indiscutível legitimidade, como o sentimento comum de piedade, de fraternidade, de solidariedade e de respeito à dignidade da pessoa humana.

Ontologicamente, o conceito de crime hediondo repousa na idéia de que existem condutas que se revelam como a antítese extrema dos padrões éticos de comportamento social, de que seus autores são portadores de extremo grau de perversidade, de perniciosidade ou de periculosidade e que, por isso, merecem sempre o grau máximo de reprovação ética por parte do grupo social e, em consequência, do próprio sistema de controle.

3.2 Previsão Constitucional

Dispõe o art. 5º, XLIII da Carta Magna:

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 (BRASIL, 2014, p.8).

⁵ são limitações materiais ao poder de reforma da constituição de um Estado. Em outras palavras, são dispositivos que não podem ter alteração, nem mesmo por meio de emenda, tendentes a abolir as normas constitucionais relativas às matérias por elas definidas.

⁶ A Procuradoria Geral da República também apresentou dez propostas para melhorar o combate à corrupção. Uma das medidas enviadas ao Congresso trata a corrupção de valores altos como crime hediondo. São medidas para acelerar processos e aumentar penas.

Ao dispor sobre os crimes hediondos e equiparados na Constituição de 1988, o legislador originário determinou que tais delitos tivessem um tratamento mais rigoroso que os demais. Além do comando a ser seguido, a nossa Carta Magna também determinou que os crimes de tráfico de drogas, terrorismo e tortura recebessem o mesmo tratamento rigoroso dado aos crimes hediondos. Assim, tais delitos foram considerados como equiparados ou assemelhados aos hediondos.

3.3 Previsão legal e comentários pertinentes

Para regulamentar o dispositivo constitucional já mencionado, o legislador ordinário editou a lei 8072/90. Na ocasião, a Lei dos Crimes Hediondos, além de rotular algumas condutas já tipificadas no CP, como hediondas por serem mais graves, teve a pretensão de impor regime prisional mais severo. A novel lei, em seu parágrafo 1º do artigo 2º prescrevia literalmente que, os condenados por crime hediondo cumpriram a pena no regime integralmente fechado. O referido dispositivo vedava a progressão de regime, violando claramente princípios constitucionais e afrontando literalmente dispositivos da Lei de Execução Penal (LEP).

Em relação a princípios constitucionais, viola claramente o princípio da individualização da pena e princípio da humanização da pena. Aquele preconiza que a pena imposta ao condenado deve ser proporcional a gravidade do delito. Este aduz que a pena deve respeitar a integridade física e psíquica do condenado. Manter um condenado em regime fechado por todo o período da condenação em nada contribui para sua reinserção ao meio social. Por sua vez a LEP prevê que a pena deve ser cumprida em progressão no regime observando os requisitos objetivos e subjetivos que serão esclarecidos em capítulo próprio.

Dessa forma, não resta dúvida que lei em comento, foi claramente criada sob a égide de uma política de respostas emergenciais de combates a criminalidade, entretanto, deixou de observar as garantias de direitos humanos conquistadas ao longo da história da humanidade.

Logo que entrou em vigor, a comunidade jurídica se debruçou em críticas e diversas ações e remédios constitucionais foram impetrados para combater essa imperfeição legislativa. Em 2006, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 82959 reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo que teve

efeito “*erga omnes*”⁷, que posteriormente teve alteração dada pela Lei 11.464/07 que dispõe que a pena por crime hediondo, prática de tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado⁸.

O aludido diploma penal possui ainda outras imperfeições constitucionais que mereceram reparos pelo STF. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o habeas corpus nº. 97.256 acertadamente declarou a inconstitucionalidade da expressão “vedada à conversão em restritiva de direitos” constante do § 4º do art. 33 e da expressão “vedada à conversão de sua penas em restritivas de direitos”, constante do art. 44, ambos da Lei nº. 11.343/06.

Em ato contínuo, o Senado Federal editou a Resolução nº. 5/2012, suspendendo a execução das expressões declaradas inconstitucionais pelo STF. Assim, sempre que presente os requisitos autorizadores da substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, as penas dos crimes elencados como hediondos e equiparados poderão ser convertidas da mesma forma com que se procede em relação aos demais crimes da legislação penal.

O rol dessas imperfeições da lei de crimes hediondos ainda mereceu outro corretivo, que foi tratado no julgamento do habeas corpus nº. 111.840 do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2012 (ANEXO 2). O Ministro Dias Tofolli, removeu 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 prevê: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Assim, declarou-se, de forma incidental, a inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*⁹, do referido dispositivo. Dessa forma a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente de sentença condenatória transitado em julgado por crime hediondo ou equiparado não mais persiste em nosso ordenamento jurídico. Afirmou o Ministro que: “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

⁷É um termo jurídico em latim que significa que uma norma ou decisão terá efeito vinculante, ou seja, valerá para todos. Em outras palavras, é a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada.

⁸ Notícias do STF, 23 de fev. 2006: Por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. O assunto foi analisado no Habeas Corpus (HC) 82959 impetrado por Oséas de Campos, condenado a 12 anos e três meses de reclusão por molestar três crianças entre 6 e 8 anos de idade (atentado violento ao pudor).

⁹ *Ex nunc* é uma expressão em latim que significa “a partir deste momento”, “de agora em diante”, “deste momento em diante” etc.

necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado”.

As críticas a Lei de Crimes hediondos não para por aí, inúmeros são os pontos controvertidos, a exemplo, o que pensa Luiz Flavio Gomes, que é favorável a uma revisão da lei para distinguir o que é efetivamente crime hediondo do que não é (FERNANDES, 2012, p. 705.).

É notório que a segurança pública, quando começa a entrar em colapso, principalmente quanto ao aumento da criminalidade, a história mostra que as providências imediatas do governo sempre foram na direção de implantar uma política de controle repressiva penal, principalmente editando leis draconianas sem muito das vezes um respaldo da ordem legal e suprimindo garantias constitucionais.

Ao nosso sentir, o principal problema dessa política imediatista, que visa um recrudescimento das leis no afã de conter o avanço do aumento da criminalidade e solapar garantias e direitos humanos constitucionalmente consagrados, não só no plano nacional, bem como, no plano internacional. O Estado Brasileiro é uma nação que mantém relações diplomáticas de cunho democrático com a comunidade internacional, aderindo a vários tratados internacionais de direitos humanos, entre eles um de fundamental importância que é a Declaração Internacional de Direitos Humanos, que prevê em seu texto a proibição do retrocesso, sendo um dos princípios fundamentais a serem observados.

Dessa forma, qualquer norma legal que vise criar tipos penais e instituir pena, tem que estar em conformidade com a ordem constitucional do Estado e ainda respeitar os tratados internacionais que seja parte, é o que se pode defluir do que está elencado no § 2º do Art. 5º da CF, *in verbis*:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 2014, p. 9).

Resta claro, que qualquer norma que solape garantias e direitos do homem, estará fadada ao fracasso, não só por estar eivada de vícios que inviabilizam sua eficácia, bem como a sociedade apesar de sedenta por segurança, não está disposta a abrir mão dos direitos conquistados ao logo da história e a experiência de determinados países como, por exemplo, os EUA, tem mostrado que nem mesmo as

penas mais severas, a exemplo da prisão perpetua e da pena capital não são suficientes para conter a criminalidade.

Importa dizer sobre o assunto, lembrando o pensamento de Cesare Bonesana, “o que previne o crime é a certeza de que haverá uma punição para aquele que os cometer e não o rigor com que a pena é aplicada ao criminoso”.

4. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O RDD

Em um Estado Democrático de Direito impõe, segundo doutrina majoritária, reconhecer que a finalidade da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica. Lado outro, busca também a reinserção do condenado, por meio de seus princípios constitucionais, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, humanização das penas e proporcionalidade.

Ao término de um processo criminal, a relação jurídica forçadamente criada entre o Estado e o acusado continua na fase da execução da pena. Tendo o Estado o direito *jus puniendi*¹⁰, ele vai concretizar o comando trazido pela sentença penal condenatória. O cumprimento da reprimenda penal é assegurado através da Lei de Execução Penal nº. 7.210/84 que tem a finalidade de garantir a efetiva eficácia de decisão judicial condenatória. Para tanto, o Ministério Público é incumbido da fiscalização da progressão, da regressão nos regimes e dos benefícios.

Rogério Sanches Cunha, Promotor de justiça, autor de várias obras jurídicas, preleciona que durante a fase do cumprimento da pena, existem direitos e deveres mútuos (Estado e acusado). Sendo assim, importa lembrar que o *jus executionis*¹¹ não é absoluto, incondicionado ou ilimitado. Há limites traçados quando é prolatada a sentença condenatória (privar de liberdade o condenado pelo tempo nela expressamente determinado) e na Lei de Execução Penal (LEP), que estabelece para o prisioneiro alguns direitos (invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis) não atingidos pelo encarceramento prisional. Busca-se, assim, evitar a hipertrofia da punição, que violaria não só o princípio constitucional da proporcionalidade, bem como, transformar-se-ia em poderoso fator de reincidência (CUNHA, 2015)

É precisamente no capítulo IV da LEP, arts. 38 a 43, que o legislador traçou verdadeiro estatuto jurídico do preso (definitivo ou provisório), elencando, de maneira minuciosa, os seus deveres (rol exaustivo) e direitos (rol exemplificativo), tudo visando à boa convivência entre as partes processuais, bem como entre os habitantes do sistema prisional. Aliás, sabendo que as prisões são verdadeiros agrupamentos humanos, e que todos os grupos humanos necessitam de ordem e

¹⁰ O *jus puniendi* é uma expressão latina que pode ser traduzida literalmente como direito de punir do Estado. Refere-se ao poder ou prerrogativa sancionadora.

¹¹ *jus executionis* é uma expressão latina que pode ser traduzida literalmente como a pretensão executória do Estado.

disciplina para que seja possível a convivência harmônica entre seus componentes, nos arts. 44 a 60 estão previstas normas atinentes à disciplina do preso (definitivo e provisório), fundamentando-se em um jogo equilibrado entre um sistema de recompensas que estimula a boa conduta dos internos e uma série de sanções para aqueles que realizam ações que ponham em perigo a convivência ordenada que se requer em um centro penitenciário. A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho (MIRABETE, 2004 p. 130)

Neste estudo acadêmico interessa, mais precisamente, os dispositivos atinentes à disciplina do preso, sem contudo, deixarmos de observar os seus deveres e direitos, questões umbilicalmente ligadas. O condenado a pena restritiva de liberdade, no início da execução da pena, será cientificado das normas disciplinares do art. 46 da LEP, oportunidade em que ficará, desde logo, advertido das conseqüências que a prática de alguma falta disciplinar pode causar. A obediência às normas dentro do presídio pressupõe, invariavelmente, que o seu destinatário as conheça, as cumpra para que possa além de usufruir dos seus direitos e benefícios insculpidos na Lei de Execução Penal, bem como, evitando sofrer a sanções cabíveis durante o cumprimento da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, são as lições de Rogério Sanches Cunha, que “as faltas disciplinares (demérito do preso) se classificam em leve, média ou grave. A LEP define somente as de natureza grave (arts. 50. 51 e 52), deixando à legislação local a missão de etiquetar as demais. Essa verdadeira divisão de tarefas, bem explicada na exposição de motivos da LEP, respeita as peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, mutante quanto aos meios e modos de execução, a natureza do bem jurídico ofendido e outros aspectos que sugerem tratamentos disciplinares que se harmonizem com as características do ambiente (CUNHA, 2015).

As sanções cabíveis em caso de falta disciplinar (graves) estão enumeradas, taxativamente, no artigo 53 da LEP:

- I – advertência verbal;
- II - repreensão;
- III - suspensão ou restrição de direitos;
- IV- isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuem alojamento coletivo;
- V – inclusão no regime disciplinar.(BRASIL, 2014, p.1414)

O tema do nosso estudo reside, precisamente, nos artigos 52 e 53, V, recentemente alterados pela Lei nº 10.792/03, a seguir comentada. O RDD foi instituído para coibir as mazelas que ocorrem no interior das principais prisões brasileiras. Além de crimes, uso de drogas e celulares, de dentro os detentos comandam ações externas de bandos e quadrilhas, além de ameaçarem testemunhas e autoridades chegando a ordenar execuções.

O Governo Federal estudava, em março de 2003, uma medida visando criar um sistema de “cárcere duro” no país, o que seria logo conhecido como Regime Disciplinar Diferenciado - RDD. A medida seria imposta aos condenados por delitos ligados ao crime organizado. Esta era a sua idéia original, tendo como objetivo principal dar amparo legal ao Regulamento Disciplinar Diferenciado, existente como norma administrativa em prisões de segurança máxima do Rio de Janeiro e São Paulo.

As raízes do surgimento do RDD não restam dúvida que estão por detrás das grades das prisões brasileiras, e sobre o tema Fernanda Silva traça sua trajetória que retrata as raízes que levaram o legislador a editar a lei para coibir as constantes indisciplinas no interior dos presídios. As primeiras medidas para atacarem o problema surgiram após diversas rebeliões no Estado de São Paulo, dentre elas a maior rebelião prisional registrada, ocorrida no Município de Taubaté, em que foram envolvidas quatro cadeiras públicas sob a responsabilidade da Secretaria da Segurança Pública do Estado e vinte e cinco unidades prisionais, diversas medidas administrativas foram tomadas.

Dentre essas medidas, estava a edição de resoluções, que visavam a assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional. Entre elas, surgiu a Resolução SAP-26, de 04/05/2001, a qual instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado. Após a criação dessa medida, cinco unidades prisionais adotaram o regime, no entanto, três delas deixaram de aplicá-la em razão de ter sido inaugurado Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes com a finalidade de abrigar aqueles presos que necessitavam de tratamento mais rigoroso.

É importante salientar que o RDD, em um primeiro momento, foi iniciado por um ato normativo de Secretário de Estado, membro do Poder Executivo. Discutiu-se na ocasião, de forma acalorada, sobre a possibilidade de uma Resolução legislativa sobre matéria penal, já que, segundo a Constituição Federal, em seus artigos 22, I e 24, I, está disposto que cabe à União legislar sobre tal matéria. Em agosto de 2002,

a Resolução SAP-59 instituiu o RDD no complexo Penitenciário de Campinas/Hortolândia e, em março de 2003, o Governo Federal, ao procurar uma medida para "endurecer" o sistema já criado e para amparar legalmente o RDD, edita a Lei nº 10.792 com a criação do RDD.

Dentro desse espírito, criando o Regime Disciplinar Diferenciado (arts. 52 e 53, V, ambos da LEP), forma mais drástica de punir e prevenir o aparecimento de comportamentos indesejados dentro dos estabelecimentos penais e sanções disciplinares mais rigorosas (SILVA, 2009).

Como o próprio nome já anuncia, a disciplina imposta com a nova medida é diferenciada, restringindo, como nenhuma outra, a já limitada liberdade de locomoção do preso e alguns dos seus direitos. O respectivo regime penal foi bastante criticado por diversos autores e juristas, contudo, a sua aplicação está em pleno vigor. Entre os argumentos podemos citar a ausência de precisão terminológica para designar as condutas passíveis de penalização, ou seja, a utilização de termos vagos e genéricos na definição de faltas graves, penalização do autor e não do fato concreto.

Camila Caldeira Nunes Dias, mestre e doutoranda em Sociologia pela Universidade de São Paulo, em seu artigo sobre os efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional, lembrando os estudos de David Garland, a autora menciona:

O Estado, ao mesmo tempo em que reconhece sua fragilidade e sua fraqueza revendo os objetivos de suas instituições e tornando-os mais factíveis – no caso da prisão, não mais reabilitar, mas simplesmente manter o criminoso imóvel –, tenta esconder seu fracasso como garantidor da segurança pública, empregando uma força punitiva excessiva, como demonstração de sua capacidade de punir (DIAS, 2009, p.134).

O RDD consiste uma medida emergencial para lidar com as mazelas que surgem no sistema prisional que é um dos principais problemas de segurança pública na medida em que vai suportar toda a carga das ações empregadas no combate ao crime. Dessa forma o Estado vai protelando na solução das suas fragilidades e sua inépcia. A resposta punitiva anunciada pelo RDD funciona para proporcionar a ilusão de que está sendo tomadas medidas efetivas, independentemente dos resultados positivos ou não.

5. A NOVA LEI DE DROGA

Com o advento da nova Lei de Drogas, Lei Nº 11.343/06, as antigas Leis 6368/76 e 10.409/02 que disciplinavam as condutas ilícitas de tráfico e uso de entorpecentes foram ab-rogadas. A nova lei de drogas passou a tratar de diversos assuntos relacionados à prevenção, reinserção, tratamento e repressão de drogas em território nacional.

A nova lei surge como fruto de política criminal que busca uma fórmula de combate ao crime de maneira mais rígida. O tráfico de drogas se tornou um dos crimes mais comuns e preocupantes na sociedade brasileira. Atrás do tráfico está uma rede organizada de crimes, tais como homicídios, corrupção e lavagem de dinheiro.

Para se ter uma idéia da proporção do aumento dos crimes envolvendo o tráfico ilícito de entorpecentes, em 2006, quando a Lei 11.343 começou a valer, eram 31.520 presos por tráfico nos presídios brasileiros. Em junho de 2013, esse número passou para 138.366, um aumento de 339%. Nesse mesmo período, só outro crime aumentou mais dentro das cadeias: tráfico internacional de entorpecentes (446,3%). O Ministério da Justiça divulgou dados de 2014 sobre o sistema carcerário brasileiro, mas nem todos os estados informaram a estatística sobre os crimes cometidos. O levantamento mostra, no entanto, que proporção dos presos por tráfico se manteve também no ano passado. Eram 25% do total entre os homens e 63% entre as mulheres.

Estima-se que, em São Paulo, posse e tráfico de drogas motivaram 25,27% das prisões de incluídos no sistema prisional entre 15 de abril e 14 de maio deste ano. Foram 837 novos presos de um total de 3.311 no período de um mês, segundo a Secretaria de Administração Penitenciária (SAP). Outros 10,72% (355 presos) entraram por outros crimes praticados em função do vício em substância tóxica.

A nova lei que veio para substituir as já existentes, em se tratando de ab-rogação (revogação total) era de se esperar que a nova lei viesse trazer normas de natureza penal ainda mais severas e que tivessem por conteúdo a incriminação de condutas ligadas ao uso, tráfico, venda e toda sorte de ações que pudessem ter a droga como fundamento de atuação. Pois bem, houve sim um aumento na prescrição punitiva das condutas ligadas ao tráfico e também quanto ao período de prova para progressão de regime e da concessão do livramento condicional.

Entretanto, a maioria dos doutrinadores surpreendeu-se quando da leitura do art. 28, que pretendeu substituir o antigo art. 16 da Lei 6368/76, sobre o usuário de entorpecentes. Veja o que prescreve o citado artigo *in verbis*:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I – advertência sobre os efeitos das drogas;
- II – prestação de serviços à comunidade;
- III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educacional. (BRASIL, 2014, p. 1388)

Tão logo entrou em vigor a nova lei, surgem às discussões na interpretação doutrinária acerca da natureza jurídica do artigo 28 da Lei de Drogas. A polêmica surgiu devido à prescrição punitiva “inusitada” trazida pelo legislador ao mundo jurídico, ensejando uma verdadeira perplexidade e gerando acalorados debates doutrinários para afirmar qual a natureza jurídica do artigo 28, no afã de responder quanto à definição do ilícito ali previsto se houve descriminalização, despenalização da posse para consumo próprio, ou a conduta continua sendo crime.

Assim como é sabido, o advento da Lei 11.343/06 com o novo tratamento dispensado ao usuário ou ao dependente de drogas, artigo 28 desta lei, ainda tem travado empedernidas discussões acerca da natureza jurídica do dispositivo em destaque, sendo previsto tão somente penas alternativas para o usuário de drogas. A questão debatida é a seguinte: teria o legislador contemplado um crime, uma infração penal *sui generis*¹² ou uma infração administrativa ou mesmo “*abolitio criminis*”¹³

Os argumentos no sentido de que o art. 28 contempla ou não um crime será abordado por algumas correntes doutrinárias, mas inicialmente nos permitimos comentar a posição de Luiz Flávio Gomes, por ser a corrente que lançou o germe da celeuma e bastante polêmica a sua tese. Com a vigência da nova lei de drogas no ordenamento jurídico, alguns doutrinadores de peso manifestaram sua posição, mas como já dito, sem dúvida alguma a corrente mais polêmica foi a defendida por Luiz Flávio Gomes em seu livro *Nova Lei de Drogas Comentada* publicado em 2008.

¹² *Sui generis*, é uma expressão latina e quer dizer “de seu próprio gênero”, ou seja, significa que algo (fato, situação, caso) é único no gênero, é original, peculiar, singular, excepcional, sem semelhança com outro.

¹³ *Abolitio criminis*, é uma forma de tornar atípica penalmente uma conduta até então proibida pela lei penal, gera como consequência a cassação imediata da execução e dos efeitos penais da sentença condenatória

Para o doutrinador, defendendo a tese de que a Lei 11.343/06 teria promovido verdadeira "*Abolitio Criminis*", para ele houve uma descriminalização da posse de drogas para consumo próprio. Em seu entender o que justificaria tal conclusão seria o fato de que, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal (artigo 1º.), não se poderia classificar o dispositivo nem como crime, pois não prevê pena de reclusão ou detenção, nem como contravenção, já que também não prevê multa isolada ou prisão simples. Portanto, o artigo 28 do diploma comentado não mais trataria de uma "infração penal", embora mantendo a ilicitude da conduta.

O embasamento teórico-jurídico do jurista está escudado no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Dec.-Lei 3.914/41), que considera crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; e contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

A diferença do que seja crime e contravenção penal é apenas axiológica, pois, antologicamente ambas as condutas previstas na lei prevê uma violação do dever ser, apenas a prescrição punição é diferenciada. Para Luiz Flávio Gomes (2008), conforme está insculpido no artigo 1º da lei de introdução ao Código Penal, o crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não resta dúvida que a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser 'crime' conforme as sanções previstas na nova lei de drogas: advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos. Tais sanções não trazem nenhuma consequência, ou seja, à prisão. Afirmando ainda que, tampouco essa conduta passou a ser considerada contravenção penal.

É que pese os argumentos, sustentamos o equívoco da conclusão no exato ponto acima comentado, porque parte de premissas insuficientes que desconsiderou o ordenamento jurídico como um todo. O direito penal deve ser entendido como um sistema em absoluta comunhão com a Constituição da República e com todo o resto do ordenamento jurídico. Possíveis conflitos são resolvidos pelos princípios constitucionais e que o intérprete pode e deve lançar mão para aclarar a verdadeira natureza jurídica de uma determinada categoria jurídico-penal criada pelo legislador.

Instalada assim, a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/2006 sobre o usuário de entorpecentes cujo texto prevê as já conhecidas

penas alternativas. A controvérsia então é a seguinte: o legislador infraconstitucional teria contemplado um crime, uma infração penal *sui generis* ou uma infração administrativa ou mesmo “*abolitio criminis*”? Resposta que a simples interpretação literária ainda não logrou resolver.

Outra corrente doutrinária é aquela defendida pela Professora Alice Bianchini que afirma ter ocorrido uma descriminalização substancial e a adotada pela 1ª turma do STF, que diz haver apenas uma despenalização, mas não descriminalização, na medida em que ocorreu a supressão da pena privativa de liberdade (RE 430.105 QO/RJ, Rel. Sepúlveda Pertence, STF).

Analisando separadamente cada corrente, sem, entretanto, defender uma ou outra posição, apenas vamos tentar aclarar o verdadeiro espírito da natureza do artigo 28 da nova Lei de Drogas. Para tanto, abordaremos vários institutos jurídicos penais levando a uma reflexão quanto às possibilidades técnicas da criação de uma norma penal para que possa ser considerada validamente constitucional e seja realmente uma ferramenta para o combate a criminalidade, castigando quem de fato comete um fato contrario ao ordenamento e de quem na verdade precisa de tratamento da saúde ao invés e ser jogado ao cárcere.

Apenas para cunho didático, adotaremos como primeira corrente a defendida pelo Min. Sepúlveda Pertence e adotada pela 1ª turma do STF, cujo texto diz que houve apenas uma despenalização, mas não descriminalização, na medida em que apenas ocorreu a supressão da pena privativa de liberdade, não se podendo falar em *abolitio criminis*. O argumento principal utilizado pelo Ministro Pertence para concluir que se um usuário de drogas comete “crime” e está vinculado ao ECA, ou seja, ao menor que tenha posse de drogas para consumo pessoal. De acordo com a decisão da Primeira Turma do STF (RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.07) só se pode impor medidas sócio-educativas ao menor quando ele comete uma infração penal, isto é, crime ou contravenção. Se o art. 28 não retrata nenhum crime nem tampouco uma contravenção, os menores ficariam impunes.

Para essa primeira corrente não teria havido descriminalização, sim, somente uma despenalização moderada. A defendida por Luiz Flávio Gomes, diz que o preceito secundário do art. 28 não se enquadra no conceito de crime previsto no art. 1 LISP, tendo em vista que, aquele prevê a aplicação de advertência, prestação de serviços e medida educativa de comparecimento a programas educativos e como pode ser observado no critério legal definido na LISP, apenas menciona como

caracterizadores do crime e da contravenção às penas de reclusão, detenção (crime) e prisão simples ou multa (contravenção). Segundo o citado Professor, o art. 28 pertence ao Direito penal, mas não constitui “crime”, como a conduta continua a ser proibida, embora não seja crime, entende tratar-se de infração penal *sui generis*, houve descriminalização formal e ao mesmo tempo despenalização, mas não *abolitio criminis*.

Em outras palavras, continua o autor a aduzir que a conduta do usuário continua sendo penalmente punível. Tem implicações penais e não revogou o art. 16 da antiga lei de tóxicos. Mas tratar o usuário, depois do novo contexto legislativo advindo com a Lei 11.343/2006, como “criminoso”, como “tóxico-delinquente”, não nos parece o melhor caminho, destaca Gomes (2008). A pecha de “criminoso” ao usuário de drogas significa um grave retrocesso, enorme distanciamento da política europeia de redução de danos e não coopera, em absolutamente nada, para seu processo de recuperação ou de reinserção social.

Se o fato punido com reclusão ou detenção é “crime” e se esse mesmo fato quando punido com prisão simples ou multa é uma “contravenção penal”, como admitir que o menos, ou seja, como admitir que o fato punido com sanções mais brandas do que prisão simples (esse é o caso do art. 28) seja “crime”. O fato punido com pena menor que a da contravenção é reputado como crime. Isso nos parece muito paradoxal!

De nada adianta, de outra parte, conceber o usuário como “criminoso” ou “tóxicodelinquente” se todos sabem que as conseqüências que lhe podem alcançar (por força na nova lei) destoam completamente disso. O juiz sabe que nada pode fazer contra ele em termos coativos (imperativos). A dureza nominal (“criminoso”) não se corresponde com a realidade. Denominar o art. 28 de “crime”, portanto, pode significar a banalização deste conceito no Direito penal. Passamos a ter um “crime” com conseqüências pífias (inexpressivas) caso o infrator não cumpra as sanções impostas pelo juiz. “A nova lei banalizou a função do juiz (deveria ter adotado em relação ao usuário a desjudicialização); o STF, com a devida vênia, acaba de banalizar o conceito de crime”.

A terceira corrente defendida por Alice Bianchini, o art. 28 não pertence ao Direito penal, sim, é uma infração do Direito judicial Sancionador (seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final (no procedimento sumaríssimo da lei dos juizados), tendo ocorrido

descriminalização substancial (ou seja: *abolitio criminis*). Para dar sustentabilidade a essa tese podem ser invocados os seguintes argumentos de Bianchini (2008):

(a) A Lei 11.343/2006 fala em “medidas” ou “medidas educativas”; não obstante o art. 28 se encontrar inserido no capítulo denominado “Dos crimes e das penas”, em alguns dos dispositivos legais, quando se faz referência às consequências a serem impostas ao usuário (art. 28, III, art. 28, § 1º; art. 28, § 6º e art. 29);

(b) Duas consequências previstas no art. 28 não possuem nenhuma carga aflitiva, ao contrário, têm natureza puramente educativa. (advertência e encaminhamento a programas educativos). Apenas no inciso II (prestação de serviço à sociedade) possui caráter e repressivo, porém de infima severidade;

(c) Quando impostas a transação penal não geram nenhuma consequência relacionada com o Direito penal, conforme art. 48, § 5º, não gera reincidência ou antecedentes. E normalmente a concretização de uma transação penal impede que outra seja feita no lapso de cinco anos. Mas essa regra não vale para o caso do usuário, que conta com disciplina própria do artigo 20 § 4º, aduzindo que mesmo dentro daquele período de cinco anos poderá ser beneficiado com nova transação penal;

(e) Havendo descumprimento da transação ou da sentença condenatória as únicas medidas cabíveis são: admoestação verbal ou multa (art. 28, § 6º). Isso evidencia, de modo patente, que todas as medidas impostas ao usuário de drogas refogem da estrutura e da sistematização do Direito penal. Por fim, a qualquer tempo elas podem ser substituídas, ouvidos o MP e o defensor (art. 27). Isso reforça o caráter educativo ou ressocializador dessas medidas.

A autora continua ainda em seus ensinamentos aduzindo que no caso do usuário de drogas, seu comportamento causa uma afetação a um bem jurídico pessoal (saúde individual). Nessas situações, o Direito penal não se encontra legitimado a atuar, sob pena de desrespeito a direitos fundamentais da pessoa humana, no caso, autonomia e liberdade. São as chamadas zonas livres do Direito penal (Arthur Kaufmann), que se constituem em áreas de contenção jurídico-penal, nas quais as decisões são deixadas ao alvedrio das consciências dos envolvidos, impondo-lhes consequências distintas das penais, quando violada a norma; tudo o que acaba de ser exposto evidencia que em relação ao usuário de drogas algumas consequências são pertinentes, de qualquer maneira elas não de se distanciar do

direito repressivo, por lhes faltar requisitos legitimadores; é razoável, assim, que o uso de drogas fique circunscrito ao âmbito do Direito judicial sancionador.

A criação de qualquer lei, tipo penal ou prescrição punitiva deve estar condicionado aos preceitos normativos constitucionais. Se a técnica legislativa não estiver de acordo com as normas de elaboração das leis, caberá uma ação objetiva, para retirar do cenário jurídico brasileiro aquilo que conflita verticalmente com o nosso diploma maior através do controle de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 88 apresenta em seu o artigo 5º. XLVI, alíneas "a" a "e", um rol muito mais amplo do que as penas de reclusão, detenção, prisão simples e multa previstas na Lei 2848 de 7 de setembro de 1940 que foi alterada pela Lei n. 7.209 de 1984 e Lei n. 9.714 de 1998 das penas restritivas de direitos.

Importa dizer que, apesar da Constituição elencar um rol de pena bem amplo, esse rol nem sequer é taxativo, mas meramente exemplificativo, pois que o dispositivo arrola as penas ali elencadas com a ressalva de que o legislador infraconstitucional poderá adotar "entre outras". Ou seja, permite o legislador criar novas prescrições punitivas, desde que não conflite com as cláusulas pétreas que aqui neste contexto podemos citar no mesmo artigo 5º o inciso XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;
- b) de caráter perpetuo;
- c) de trabalhos forçados
- d) de banimento;
- e) cruéis. (BRASIL, 2014. p.8)

Analisando as possibilidades de cominação de pena que o legislador contemplou no artigo 28 da Lei 11.343/06, não há dúvida que foram respeitados os parâmetros constitucionais a ensejar eventual controle de constitucionalidade, entretanto, ao nosso sentir, ao analisar o núcleo do tipo em comento, o legislador foi muito além do que respeitar os preceitos constitucionais para a criação de penas, ao prescrever a simples advertência, sem dúvida inovou, logrou despenalizar o tipo penal, pois não há nenhuma conotação punitiva em advertir alguém que seu comportamento é prejudicial à saúde, de uma forma tímida e discreta quis abolir o crime de uso de drogas, só não o fez por mera política criminal.

O legislador ao criar uma figura típica, deve observar os costumes e comportamentos sociais, bem como respeitar princípios consagrados na

constituição. Entre esses princípios normogenéticos destacamos os retro-mencionados, por ser insitamente pertinente ao processo de criação de uma norma incriminadora que vai atingir um dos bens mais valioso da pessoa humana, qual seja: a liberdade.

Iniciamos nossos comentários com o Princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade, *nullun crimem sine iniuria*, enuncia que não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente protegido. Decorre desse princípio à inadmissibilidade dos crimes de perigo abstrato, não gerador de lesão ou perigo concreto de lesão a bens jurídicos, havendo, tão somente, presunção de perigo. Outro é Princípio da taxatividade, *nullum crimem, nulla poena sine lege certa*, é preciso que o legislador descreva da forma mais certa possível o tipo penal e fixe os marcos ou margens penais, para que os destinatários reconheçam de forma clara as características da conduta punível bem como sua sanção. Se caso não houver uma determinação certa, a punibilidade estará ilegalmente determinada antes do fato. Esse princípio prescreve não só que o fato deve ser previamente definido pelo legislador, mas também a pena, senão seria o juiz que deveria fixar esta última de maneira intolerável. A observância desse princípio serve para uma autolimitação do poder punitivo-judiciário para assim constituir uma segurança de igualdade de tratamento e, principalmente, para prescrever uma pena adequada à conduta descrita como crime.

Da mesma forma o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, princípio orientador e limitador do poder incriminador do Estado, que preconiza em sua essência a possibilidade de legitimar a criminalização de uma conduta quando esta constitui meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Quando outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, não é recomendável e adequado criminalizar certas condutas.

No caso do artigo 28 da nova lei de drogas, o bem jurídico atingido é diretamente ligado à pessoa que faz uso de drogas. Se esse usuário é ou não um dependente químico, melhor seria um tratamento especializado para a recuperação e reintegração ao meio social, é o que deve ser almejado devido à dignidade da pessoa humana.

Outros Princípios Constitucionais de igual envergadura devemos citar, a exemplo o da Dignidade da pessoa humana e o Princípio da Culpabilidade, Aquele,

preconiza que a dignidade da pessoa humana, em si, não é um direito fundamental, mas sim um atributo inerente a todo ser humano. Este, por sua vez aduz *nulla poena sine culpa*, por esse dogma, impede a responsabilidade penal objetiva, impondo a responsabilidade penal subjetiva pela qual a aplicação de pena pressupõe em todo caso a existência de culpabilidade, pelo que quem atua sem ela não pode ser punido. Este é um aspecto da culpabilidade, ou seja, excluir a responsabilidade pelo simples fato da ocorrência do resultado.

Sem a pretensão de analisar a natureza jurídica do artigo 28 com base nestes institutos jurídicos penais que são como um alicerce para a compreensão axiológica das ciências criminais, vamos sintetizar a essência de cada um, para que possamos ter uma visão mais apurada da relação e pertinência que há entre o artigo 28 e os respectivos institutos.

O direito penal é o ramo do direito público que se ocupa de incriminar as condutas mais graves e assim somente devendo ser usado como última ratio, daí o seu carácter subsidiário, ou seja, somente devendo ser utilizado quando outros ramos do direito não forem suficientes para resolver o conflito.

É salutar conceituar o Direito Penal e o fazemos lembrando o que nos ensina o Professor Guilherme de Souza Nicci: é o conjunto de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como as regras atinentes à sua aplicação (NUCCI, 2006, p. 53).

Já a política criminal podemos entender que se trata de uma postura crítica permanente do sistema penal, sendo um mecanismo importante que o Estado possui para o combate à criminalidade e como forma de idealizar a criação de normas em abstrato, tanto quanto na aplicação das leis aos casos concretos. Posto esse breve resumo do que sejam esses institutos jurídicos penais, ousamos afirmar que o artigo 28 da lei de tóxicos está inserido neste universo, de forma impar e inusitado por assim dizer. Queremos dizer com isso que o artigo em comento tem em sua essência um pouco de cada instituto quando se fala em forma de criação de tipos penais e punição, como base material e ética orientadora da legislação e como fenômeno social. Faltou apenas ao legislador definir com maior segurança a natureza jurídica deste artigo, pois ele deixou a desejar quanto à prescrição punitiva como veremos à frente.

Importa dizer que, a criação de leis penais está condicionada a certa limitação ao poder punitivo estatal, tendo como eixo principal em um estado democrático humano de direito, que o indivíduo deve ser protegido não somente mediante o Direito Penal, mas também do próprio Direito Penal. Assim o artigo 28, foi inserido no ordenamento jurídico pátrio visando um combate ao uso discriminado de drogas, sendo com toda certeza fruto de uma política criminal de resposta rápida em face do fenômeno social em constantes mudanças de paradigmas.

Acertou o legislador quanto à necessidade de responder ao apelo da sociedade no que se refere à ação de combate ao submundo das drogas. Contudo, não logrou criar uma forma eficaz contra aquele que vai sofrer diretamente os efeitos das drogas e da legislação. A Lei de drogas põe à disposição do magistrado três formas de sanção ao usuário, medidas que visam muito mais a ressocialização do que uma pena propriamente dita, não sendo outra a impressão que se pode ter quando se observa o prescrito no artigo 28 dessa lei especial.

O artigo em comento difere do crime previsto artigo 33 em face da finalidade que visa prevenir, naquele tem a finalidade específica de prevenção ao consumo pessoal, neste coibir o tráfico de drogas. A matéria tratada no artigo 28, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, “não se trata de infração de menor potencial ofensivo, mas de ínfimo potencial ofensivo. Além da possibilidade de transação (art.48, § 5º), não se imporá prisão em flagrante (art.48, §2º) e, ao final, poderá ser aplicada simples advertência”.

Cabe ressaltar que, por ser de ínfimo potencial ofensivo, jamais será imposta a pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, mesmo quando não é possível a transação devido à reincidência. Resta no máximo a aplicação das medidas educativas principais.¹⁴ Ainda o segundo Guilherme de Souza Nucci, menciona que:

O legislador, ao usuário de drogas, possivelmente sem ousar a ponto de descriminalizar ou despenalizar o delito, preferiu estabelecer medidas de caráter puramente educativo ou recuperador, como se observa nos incisos I a III do art. 28. Entretanto, se o condenado não cumprir a prestação de serviços à comunidade ou deixar de comparecer a programa ou curso educativo, o máximo que o juiz poderá fazer é admoestá-lo (censura com brandura) verbalmente e, sucessivamente (na seqüência) fixar uma multa de 40 a 100 dias-multa (NUCCI, 2006, p. 762)

¹⁴ Neste tópico fazemos questão de utilizar o termo medida educativa por concordarmos ser mais adequado do que a terminologia pena, por não ter nenhuma conotação aflitiva de uma condenação na seara criminal.

Importa dizer que a solução não é buscar medidas severas, mas medidas eficazes no intuito de servir de exemplo e de ressarcir a vítima, produzindo o sentimento de justiça. Noutra giro, ter em pauta a preocupação na reeducação e reintegração do criminoso de maneira que ele perca a vontade delitiva e passe a contribuir para a realização da paz social.

É sabido que o sistema jurídico brasileiro sempre trabalhou na repressão. Parte majoritária da doutrina atual sustenta que o sistema prisional está falido, ou seja, deixou de atingir às suas finalidades reeducativa, preventiva, ressocializadora.

Todavia, essa falha estrutural pode e deve ser resolvida com o estabelecimento de medidas efetivas na realização dos fins penais, ou seja, por meio de penas que permitam a reestruturação social após a prática criminosa e, conseqüentemente, garantam a manutenção da ordem pública e da paz social, é o que singelamente o legislador nos contemplou com discutido artigo 28 da nova lei de tóxicos.

Com o advento da nova lei de tóxicos, além dos meios alternativos à pena privativa de liberdade já contemplada no Código Penal, a mesma trouxe algumas novidades já mencionadas. O caput do artigo 1º da Lei de Drogas instituiu o SISNAD que é um sistema voltado às políticas públicas sobre drogas com o objetivo de prescrever medidas para a prevenção de seu uso indevido e para a atenção e reinserção sociais de usuários e dependentes.

Podemos dizer que os substitutos penais e as penas alternativas são medidas já adotadas pelo Brasil. Elas objetivam a realização efetiva das finalidades e dos princípios norteadores do Direito Penal, mas não logram uma verdadeira recuperação daquele dependente químico e também consumidor que por fim mantém o tráfico lucrativo. Como se pode notar na simples leitura da Lei de Drogas vários artigos foram destinados à prevenção e reinserção e tratamento terapêutico, mas todos esses comandos legais acabam resultando na prática no mesmo efeito das normas de eficácia limitada e de conteúdo programático, pois nada se tem feito de concreto até o momento, ficando o usuário à mercê do entendimento do magistrado do processo.

Se for possível cumprir harmonicamente a legislação com medidas sociais e tratamento do dependente químico para afastar o indivíduo do submundo das drogas no sentido amplo, será um grande passo para a recuperação do drogado e contribuir para o combate à criminalidade.

6. O ESTATUTO DO DESARMAMENTO

O Estatuto do Desarmamento, Lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003, é o diploma legislativo que atualmente tipifica os crimes relacionados ao porte e posse de arma de fogo.

O Estatuto do Desarmamento como já dito em nossos apontamentos iniciais, é um caso emblemático na medida em que as primeiras manifestações legislativas para disciplinar a posse e porte e arma de fogo, surgem no mundo jurídico inicialmente apenas como simples contravenção penal, e apresentava penas mais leves e por política criminal foi transformado em crime, tendo o tipo penal merecido a edição de duas leis consecutivas agravando ainda mais as condutas típicas elencadas inicialmente como contravenção penal.

As infrações relacionadas à matéria anteriormente eram tratadas como simples contravenção penal, sendo as ações relacionadas ao uso de arma de fogo tipificadas pela lei de contravenção penal instituída pelo DECRETO-LEI Nº 3.688, de 3 de Outubro 1941, sendo que as penas cabíveis para os condenados nos tipos penais elencados na referida lei, eram somente prisão simples, de três meses a um ano, podendo ser aumentada de um terço a metade cumuladas com multa.

Dessa forma, eram considerados infrações de menor potencial ofensivo e submetidos aos procedimentos da lei 9,099/95, Lei dos Juizados Especiais.

O Brasil tornou-se nos últimos anos, um dos países mais violentos, com altas taxas de homicídios envolvendo arma de fogo em todo território nacional. As causas desse fenômeno podem ser apontadas por múltiplos fatores, entre eles o crescimento acelerado das cidades com destruição das tradições na sociedade. A constante onda de crimes envolvendo o uso de arma de fogo motivou o nosso legislador a rever a normatização sobre o uso de arma de fogo.

O porte e posse de arma de fogo no Brasil desde os anos 40 eram tratados meramente como contravenção penal, e por política criminal, passou a ser disciplinado pela lei n. 9.437/97 como crime. A referida lei revogadora transforma as condutas tipificadas da lei de contravenção penal em crime, pois o alto índice de crimes envolvendo arma de fogo estava tomando proporções que colocou o Brasil entre os países em que mais ocorrem crimes envolvendo arma de fogo.

A nova lei veio com uma roupagem mais severa. A lei 9.437, promulgada em

20 (vinte) de fevereiro de 1997, esta lei trouxe inúmeras inovações no que concerne ao comércio e uso ilegal de armas de fogo. Para melhor compreensão, alguns comentários são de suma importância no que diz respeito às condutas que eram tipificadas como contravenção penal e posteriormente revogadas pela Lei nº. 9.437/97. O decreto-lei 3.688, de 3 de outubro de 1941, conforme já mencionado, ficou conhecido como Lei das Contravenções Penais, e dispunha em seu artigo 19 sobre o porte ilegal de arma de fogo nos seguintes termos:

Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade:
Pena – prisão simples de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas cumulativamente. (BRASIL, 2010, p.518).
§1º. A pena é aumentada de um terço até metade, se o agente já foi condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra a pessoa.
§2º. Incorre na pena de prisão simples, de 15 (quinze) dias a 03 (três) meses, ou multa, quem possuindo arma ou munição:
A) deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei o determina;
b) permite que alienado, menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa inexperiente no manejo de arma a tenha consigo;
c) omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa inexperiente em manejá-la". (BRASIL, 2010, p.518)

Pela lei 3.688, o porte ilegal de arma foi tratado como simples contravenção penal (crime anão) e era rotineiramente nos bastidores do judiciário, punido tão-somente com pena de multa, e com o advento da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, por força do disposto em seu artigo 61, que passou a ser considerado delito de menor potencial ofensivo.

Em 1997 o legislador houve por bem dar nova regulamentação ao porte ilegal de arma de fogo, e veio à tona a Lei 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, e a partir de então portar ilegalmente arma de fogo passou a ser crime, punido, no mínimo, com detenção de 1(um) a 2(dois) anos e multa, conforme decorre do disposto no art. 10 da referida lei, in verbis:

Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.
Pena - detenção de 01(um) a 02(dois) anos e multa. (BRASIL, 2010, p.698).

O artigo em questão diz respeito, de uma forma genérica, ao simples Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido, é um tipo penal de conduta variada, sendo 18 condutas que compõem o referido tipo. Não é necessária a realização de mais de uma destas condutas para a caracterização do crime e, inclusive, por tratar-se de um tipo misto alternativo, a realização de mais de um comportamento pelo agente implicará sempre em um único crime por aplicação do princípio da alternatividade.

O agente em pleno cometimento deste tipo penal, que for flagrado pela Autoridade Policial, devido à quantidade máxima da pena cominada *in abstracto* – 02 (dois) anos – exceder aos limites impostos pela Lei nº. 9.099/95 – 01 (um) ano, não poderá adotar outra medida senão a lavratura do *Auto de Prisão em Flagrante Delito*, contudo, ao término do APF deverá o Delegado de Polícia, obrigatoriamente, providenciar despacho de concessão ou não de fiança, uma vez que o crime é apenado com *detenção* e de acordo com a norma expressa ao art. 322 do CPP. (SANTOS, 1999).

Assim ocorreu também a revogação dos demais tipos penais disciplinados na Lei de Contravenção Penal e, em particular aos artigos. 18, que sintetizava a seguinte fórmula, *in verbis*:

Art. 18. Fabricar, importar, exportar, ter em depósito, ou vender, sem permissão da autoridade, arma ou munição:
Pena - prisão simples, de 03 (três) meses a 01 (um) ano, ou multa, ou ambas cumulativamente, se o fato não constitui crime contra a ordem política ou social". (BRASIL, 2010, p.518).

O artigo em comento prevê a contravenção penal de fabrico, comércio ou detenção de arma ou munição. O fabrico, a venda e a manutenção em depósito se encontram também, conforme exposição acima foi alcançada pelo artigo 10 da Lei nº. 9.437/97, porém a importação e exportação, não. No entanto, quem importa está adquirindo e, que exporta, vendendo, fornecendo ou remetendo, está por analogia, praticando as condutas previstas na referida Lei. (SANTOS, 1999).

Dessa forma, o art. 18 e 19 da Lei das Contravenções Penais estão revogados pelo art. 10 da Lei nº. 9.437/97, ao menos no que se trata de arma de fogo de uso permitido. Isso porque o excerto contravencional está em plena vigência quando se trata das condutas supracitadas aliadas às munições, armas de

arremesso (dardos, flechas) ou arma branca (faca, canivete, estilete, peixeira, punhal, adaga, machado, espada). Trata-se de simples *derrogação* (revogação parcial). Portanto, se a Autoridade Policial deparar-se com uma destas situações supra expostas, por exemplo: um cidadão que sem motivo aparente fora apreendido em uma rua escura portando uma faca peixeira; ou é apreendido e, pela convicção do Delegado, evidencia-se estar portando para fins de cometer um ilícito, deve proceder de acordo com o máximo cominado da pena *in abstracto* (01 (um) ano) à confecção de Termo Circunstanciado de Ocorrência.

A lei nº. 9.437/97 que revogou a matéria atinente ao porte e posse de arma de fogo antes disciplinada como contravenção penal, foi posteriormente revogada pela lei 10.806/03, diploma legislativo que foi batizado como Estatuto do Desarmamento. A legislação vigente trouxe importantes modificações na tipificação dos crimes relacionados com armas de fogo, fazendo a justa diferenciação entre o porte e a posse de armas, punindo o primeiro com reclusão e o segundo com detenção. Para a caracterização da posse de arma, infração penal prevista no artigo 12, a lei passa a exigir um elemento espacial do tipo, ou seja, que este ocorra no interior da residência ou nas dependências desta (quintal, garagem, etc.) ou no local de trabalho, desde que o agente seja o titular ou responsável legal pela empresa. Entre as novas figuras penais somente a omissão de cautela, prevista no artigo 13 da nova lei, pode ser considerada infração de menor potencial ofensivo.

Os crimes de arma de fogo, encontram-se elencados na Lei 10.826/03, Estatuto do Desarmamento que revogou a Lei 9.437/97. Os tipos penais estão previstos nos artigos 12 a 21 do referido diploma legislativo. Os crimes de posse e porte de arma de uso permitido, previstos nos artigos 12 e 14, posse irregular e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, se comparados as sanções previstas nos dois diplomas legais, é notório que houve um recrudescimento penal.

Vejamos o que prescreve as novas sanções da Lei 10.806/03, *in verbis*:

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou

regulamentar:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (BRASIL, 2014, p. 1116)

Questão interessante sobre o uso de arma de fogo foi sobre o referendo sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições, ocorrido no Brasil a 23 de outubro de 2005, não permitiu que o artigo 35 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10826 de 22 de dezembro de 2003) entrasse em vigor. Tal artigo apresentava a seguinte redação: "art. 35 - É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei".

O referendo estava previsto e tinha, inclusive, data marcada no próprio Estatuto do Desarmamento. Pela gravidade do assunto, a necessidade de submeter o artigo 35 a um referendo já havia sido constatada durante o projeto e desenvolvimento da lei. A sua realização foi promulgada pelo Senado Federal a 7 de julho de 2005 pelo decreto legislativo nº 780. No artigo 2º deste decreto ficava estipulado que a consulta popular seria feita com a seguinte questão: O comércio de armas de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?

A matéria foi veiculada nos principais meios de comunicação sobre o desejo da sociedade de proibir ou não o comércio de arma de fogo no país. Os eleitores puderam optar pela resposta "sim" ou "não", pelo voto em branco ou pelo voto nulo. O resultado final foi de 59.109.265 votos rejeitando a proposta (63,94%), enquanto 33.333.045 votaram pelo "sim" (36,06%). (SCOLESE, 2005).

Dessa forma, apesar do Estatuto do Desarmamento ter agravado as sanções relacionadas ao uso e comércio ilegal de armas de fogo, restou claro pela consulta popular que expressiva parcela da sociedade repudiou a proibição da venda de arma de fogo, desde que legal. O cidadão por meio do referendo demonstrou ainda que de forma indireta¹⁵, que não se sente completamente seguro com as forças de segurança, pois não foram poucas os comentários populares nas pesquisas de boca de urna, sobre a necessidade de possuir uma arma de fogo para auto proteção, ao

¹⁵ O secretário-geral da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), dom Odilo Scherer, afirmou ontem que a vitória do "não" no referendo sobre a proibição da venda de armas e munições no país demonstra que a população brasileira "não confia" na segurança pública e que considera o Estado "ineficiente" para prover a segurança das pessoas. (FOLHA DE S.PAULO. 26/10/2005)

argumento que a polícia não consegue estar em todos os lugares sempre e os bandidos obtém suas armas através de comércio ilegal, ou seja, somente o cidadão de bem seria impedido de comprar armas se o artigo 35 da referida lei entrasse em vigor. (SCOLESE, 2005).

7. A LEI MARIA DA PENHA

No cenário da criminalidade urbana, um dos mais corriqueiros crimes é a violência contra a mulher. São inúmeros os relatos de violência praticada no ambiente familiar, consubstanciando uma das mais cruéis e perversas. O lar é onde se espera ser um o ambiente acolhedor e de conforto, passa a ser, nesses casos, um local de perigo contínuo que resulta num estado de medo e ansiedade permanentes para as mulheres. Em todos os tempos, as mulheres sempre foram envolvidas em relações afetivas com enorme carga de emoções, e muita das vezes, essas relações afetivas acabam se transformando em violência doméstica contra a mulher se mantém, até hoje, como uma sombra em nossa sociedade.

A violência praticada contra mulheres é conhecida como violência de gênero porque se relaciona à condição de subordinação da mulher na sociedade, sobretudo nas relações domésticas. Esse tipo de violência é notório em nossa sociedade e tem razões implícitas do número estarrecedor de casos de agressões físicas, sexuais, psicológicas, morais e econômicas (patrimoniais), perpetrados em desfavor de mulheres, revelando a incontestável desigualdade de poder entre homens e mulheres, seja poder financeiro, força física e até mesmo a velha e ultrapassada concepção machista há tempos incrustada no universo distorcido dos homens, “o pátrio poder”.

No Brasil muito tem se debatido sobre essa violência de gênero, que até bem pouco tempo atrás, não havia legislação especial que protegesse a mulher no âmbito familiar. A violência doméstica e familiar contra a mulher, decorrentes de maus tratos, humilhações, agressões físicas, sexuais, morais, patrimoniais e psicológicas, somente veio a ser tutelado no ano de 2006 por meio da Lei 11.340 que entrou em vigor no dia 22 de setembro deste ano.

Engana-se aquele que pensam que o referido diploma legislativo surgiu por simples vontade política, somente surgindo depois de um caso concreto ficar em evidência. O nome pelo qual a lei ficou conhecida não foi por acaso ou uma simples homenagem a alguma personalidade de destaque na sociedade brasileira. A Lei Maria Da Penha, como ficou conhecida no mundo jurídico, foi em homenagem a brasileira Maria da Penha por sua luta na justiça, na busca pela condenação de seu ex-marido por sucessivas agressões e duas tentativas de homicídio, que precisou ir às instâncias internacionais.

Maria da Penha, que protagonizou toda a luta contra a violência doméstica, formou-se em Farmácia e Bioquímica em 1966 e 30 anos depois de ter ficado paraplégica devido a um tiro de espingarda disparado pelo economista e professor universitário Marco Antônio Heredia Viveros, seu marido à época, os relatos de agressão e maus-tratos repetidos à exaustão por Maria da Penha ainda são atuais e fazem parte, infelizmente, do cotidiano de milhares de mulheres no Brasil.

Em vigor desde o dia 22 de setembro de 2006, a Lei Maria da Penha dá cumprimento, finalmente, à convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, "Convenção de Belém do Pará". Até 2003, a Convenção de Belém do Pará já havia sido ratificada por 31 países. A expressiva adesão dos países-membros mostra a preocupação em eliminar a violência contra a mulher, ficando a cargo dos Estados respeitarem e cumprir as obrigações assumidas. O Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher em 27 de Novembro de 1995, lembrando que, de acordo com o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em nosso país essa Convenção tem força de lei interna.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Não há inconstitucionalidade da proteção específica às mulheres vítimas de violência conferida pela "Lei Maria da Penha", pois o Poder Público, em todas as suas esferas, estará pondo em prática o princípio constitucional da igualdade substancial que impõe sejam tratados desigualmente os desiguais, buscando-se não apenas a igualdade perante a lei, mas a igualdade real e efetiva entre grupos de indivíduos que sofrem discriminação e violência de maneira desigual.

Também contribuiu para a nobre causa, a como à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)¹⁶, da ONU, que é o órgão de especialistas independentes que monitora a implementação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

No Brasil, com a edição da lei, o Estado busca alcançar o previsto no artigo 226, § 8º, da Constituição da República, *veja in verbis*:

¹⁶ The Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW).

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 2014, p.71)

E dessa forma, cumpre seus compromissos assumidos no cenário internacional de proteção dos direitos humanos, notadamente com a ratificação da Convenção para a Erradicação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

A violência de gênero é sem dúvida, devastadora para sua auto-estima feminina, sem falar no medo vivenciado no dia a dia do lar, temor aterrorizante causando de insegurança e instabilidade e ainda são agravados pelo fato das vítimas terem vergonha de que seus familiares, vizinhos, amigos, tome conhecimento das agressões e maus tratos que são submetidas no seio familiar.

Essa situação constrangedora e humilhante provoca ansiedade, depressão, dores crônicas, dentre outras moléstias. Estando tal quadro instalado, necessária se faz a intervenção do Governo, por meio de efetivação de políticas públicas adequadas, com mecanismos de discriminação positiva ou de ações afirmativas, capazes de proteger a mulher e reduzir a tragédia da violência de gênero, sendo o fim a que se destina a Lei Maria da Penha.

Essa proteção legal, tão sido aguardado há muito tempo pelas instituições e organizações que militam na tutela dos direitos de gênero e de enfrentamento da violência doméstica, evidência, a preocupação de detalhamento e pormenorização de direitos e garantias da mulher.

A referida lei traz inicialmente em seu texto as medidas integradas de prevenção e combate a violência doméstica, consubstanciadas em um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, veja as diretrizes em destaque apontadas por Barbara Soares:

I - O Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública passaram a ter integração operacional do com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - Sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente através de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à freqüência da violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo submetidos a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - Os meios de comunicação social terão que respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido nos artigos 1º, 3º e 221 da Constituição federal.

IV - A criação de Delegacias de Atendimento à Mulher e implementação de atendimento policial especializado para as mulheres;

V - A promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher e a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

VI - Tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, promover a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais;

VII - A capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - O destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher. (SOARES, 2005).

É uma lei inovadora, porque nela o legislador incluiu a instituição de medidas protetivas de urgência, com possibilidade inclusive de afastamento do lar e concessão de alimentos provisórios ou provisionais, em favor da mulher, bem como aumento da pena do crime de lesão corporal praticado com violência doméstica,

dando elasticidade considerável ao conceito para nele imbuir toda e qualquer forma de violência, seja ela física, psicológica, moral ou sexual, elevando-a, inclusive, ao patamar de violação de direitos humanos.

Dentre as inovações da Lei Maria da Penha, a Professora Bárbara Soares¹⁷ em sua profunda reflexão acadêmica sobre a temática da violência baseada em relações de gênero, destaca inicialmente que ela tipifica e define a violência doméstica e familiar contra a mulher; estabelece as formas da violência doméstica contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial, moral e determina que a violência doméstica contra a mulher independe de sua orientação sexual.

A lei proíbe às penas pecuniárias que são o pagamento de multas ou cestas básicas, o que resultou em um grande avanço em prol de proteção da mulher. O dispositivo que foi muito bem retratado nas elucubrações de Maria Berenice Dias, em obra publicada sobre a lei Maria da Penha:

A ênfase em afastar a incidência da Lei dos Juizados Especiais nada mais significa do que reação à maneira absolutamente inadequada com que a Justiça cuidava da violência doméstica. A partir do momento em que a lesão corporal leve foi considerada de pequeno potencial ofensivo, surgindo a possibilidade de os conflitos serem solucionados de forma consensual, praticamente deixou de ser punida a violência intrafamiliar. O excesso de serviço levava o juiz a forçar desistências impondo acordos. O seu interesse, como forma de reduzir o volume de demandas, era não deixar que o processo se instalasse. A título de pena restritiva de direito popularizou-se de tal modo a imposição de pagamento de cestas básicas, que o seu efeito punitivo foi inócuo. A vítima sentiu-se ultrajada por sua integridade física ter tão pouca valia, enquanto o agressor adquiriu a consciência de que era “barato bater na mulher” (DIAS, 2007, p. 8).

Ainda em prol de proteger a integridade da mulher é vedada a entrega da intimação pela mulher ao agressor e as medidas que visam proteger a mulher não para por aí. A mulher será notificada dos atos processuais, em especial quando do ingresso e saída da prisão do agressor

Determinam a criação de juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência cível e criminal para abranger questões as questões de família decorrentes da violência e altera a Lei de Execuções Penais para permitir que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

¹⁷ A professora Bárbara Soares é antropóloga, pesquisadora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania – CESEC – da Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro.

Altera o Código de Processo Penal para possibilitar ao juiz a decretação da prisão preventiva quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher, indo ainda mais além, em caso da violência doméstica seja cometido contra mulher com deficiência, a pena será aumentada em 1/3 (SOARES, 2005).

A novel legislação trouxe ferramentas importantes para a proteção imediata da mulher, podendo o Juiz, no prazo de 48 horas, conceder medidas protetivas de urgência, a saber:

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;

III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis. (BRASIL, 2014, p.1791)

São inúmeros os relatos de agressão contra a mulher, perpetrado pelo próprio marido ou companheiro. Por muito tempo as mulheres brasileiras, vítimas dessa agressão, se sentiam reféns em seu próprio lar, e, amedrontadas não tinham onde recorrer. Assim, o legislador procurou criar medidas que neutralizem o agressor, para minimizem e diminuam os riscos iminentes que estão submetidos à mulher:

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. (BRASIL, 2014, p.1792)

Para que o autor da violência seja processado, permanece a necessidade de representação da vítima às autoridades nos casos em que o Código Penal ou leis especiais assim estabeleçam. Por exemplo, no crime de ameaça, em relação ao

qual o artigo 147, parágrafo único, do Código Penal estabelece que “somente se procede mediante representação”.

Caso queira desistir da ação penal contra o agressor, quando o caso de ação penal pública condicionada à representação, “só será admitida renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvida o Ministério Público” (Art. 16). Portanto, a ofendida deverá solicitar ao juiz a designação dessa audiência.

No entanto, em relação aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa não mais se exige a representação da mulher ofendida. Isto porque a representação, nestes crimes, vem prevista no artigo 88 da Lei 9.099/1995 e o artigo 41 da “Lei Maria da Penha” expressamente determina que não seja aplicada a Lei 9.099/1995 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Entende-se, por não ter a lei feito qualquer exceção, que é proscria a aplicação da integralidade da Lei 9.099/1995.

Restou claro que o diploma legal buscou dar maior proteção a mulher, pois depois de feita a representação nos caso dos crimes que é exigida, a renúncia da vítima, somente será homologada, após submetido aos auspícios do judiciário que verificará se a renúncia não está viciada, por exemplo ameaças de um mau maior se a mulher prosseguir no seu intento de processar o marido ou companheiro.

Para acabar com a violência não basta proteger as vítimas e preciso punir com rigor os agressores, entretanto, para superar o problema é necessário também transformar o comportamento dos autores, pois a mera punição os tornará ainda mais violentos. Se acreditarmos que os autores de violência são todos seres humanos e passíveis de recuperação, as autoridades públicas deveriam investir em programas de reeducação, para que haja uma transformação de comportamento, apostando numa capacidade de mudança para que pacifique o conflito familiar, ainda que não exista mais uma relação matrimonial, mas para que ambos os envolvidos prossigam e reconstruam suas vidas sem qualquer tipo de violência em jogo.

Se a nossa sociedade, por intermédios de seus representantes legais nas esferas governamentais, não encararem o desafio de transformar os comportamentos violentos e, com isso, buscar a realização da paz, estaremos aprisionando nossos discursos e nossas práticas na órbita da violência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalidade urbana violenta é um fenômeno que assola quase a totalidade dos países no mundo contemporâneo. Cada país dentro da sua realidade social busca políticas para combater e reduzir o aumento dos índices de criminalidade. Nas últimas décadas, assistimos a diferentes experiências de fortalecimento dos mecanismos de controle, tais como, recrudescimento da legislação penal e vultosos investimentos no sistema penitenciário.

A política criminal norte americana implantada no transcorrer das últimas três décadas reflete essa preocupação contemporânea de controle da criminalidade e ampliação da rede policial e penal. Optou-se por investir em segurança pública, instituindo um sistema legislativo penal bastante severo, que redundou em um crescimento vertiginoso do sistema carcerário, tudo no afã de dar resposta ao aumento da criminalidade. Essa onda punitiva iniciada nos EUA tem se espreado por diferentes países que convivem com altas taxas de criminalidade e adquirido diferentes feições como demonstramos a partir da análise das mudanças na legislação penal brasileira na década de 1990 com a promulgação da lei de crimes hediondos.

No cenário brasileiro, sempre que a criminalidade desperta a comoção social, o Estado por intermédio de seus legisladores, criaram leis em resposta aos anseios dos cidadãos e executaram programas de controle penal. Essas medidas emergenciais seriam louváveis se não ferissem princípios constitucionais no caso das leis e a falta de um planejamento previamente elaborado para os programas. Exemplo notório é a lei de crimes hediondos que foi alvo de corretivo na sua validade constitucional na ocasião da apreciação pelo STF no julgamento do HC 82959 em 2006, que reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo que teve efeito “erga omnes”, que posteriormente teve alteração dada pela Lei 11.464/07. Essa por sua vez em julgado recente da Suprema Corte, o dispositivo que prescreve que o regime deve ser inicialmente fechado, o Ministro Dias Tofolli, removeu o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº. 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº. 11.464/07.

Sempre que o Estado brasileiro define metas de combate a criminalidade, criando programas e leis, é preciso respeitar parâmetros mínimos para que a sua legitimidade e constitucionalidade não venham inviabilizar a política de

enfrentamento a criminalidade. Dessa forma, quando se faz opções por qualquer política de combate a criminalidade, requer planejamento e investimentos suficientes para implementar ações que reduzam índices de crimes violentos e tragam a paz social. Entretanto, nem sempre os recursos disponíveis são suficientes para concretizar um plano de forma eficaz e duradouro. Notadamente, as políticas de enfrentamento necessariamente movimentam as forças de segurança, o judiciário e sistema prisional que possuem uma carga financeira bastante expressiva para o Estado.

As leis que são editadas com propósito de coibir a criminalidade, quando editadas de vícios e violações aos princípios de direito humanos, tais como a dignidade da pessoa humana, são de plano rechaçado pela comunidade jurídica que recorrem a Corte Suprema do Brasil, que tem de forma magistral aplicado os corretivos conforme os ditames constitucionais como aconteceram com as revisões ocorridas na lei de crimes hediondos.

Pelo exposto, pode-se perceber no decorrer das últimas três décadas um movimento de produção da legislação penal brasileira caracterizado pelo recrudescimento das leis penais (a lei de crimes hediondos e o RDD) e uma crescente criminalização de novos comportamentos como, por exemplo, o porte de armas, o uso de drogas e violência doméstica. Alterações legislativas muitas vezes produzidas em razão do aumento das taxas de criminalidade ou como forma dar uma resposta rápida ao clamor público por punição devido à ocorrência de algum caso de violência com repercussão nacional. O resultado de uma política criminal rigorosa e punitiva foi à expansão exponencial da malha prisional brasileira, dando início a produção social de um Estado com caráter cada vez mais penal.

REFERÊNCIAS

- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICAS 2014. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//8anuariofbsp.pdf>>Acessado em 15, Nov, 2014.
- AZEVEDO. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. Ana Cláudia Cifali. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma. Civitas, Porto Alegre, V.15, n 1. p. 105-127, jan.-mar. 2015.
- BEATO, Cláudio et al. Gabinete de Segurança Institucional. Das políticas de Segurança Públicas às Políticas Públicas de Segurança. ILUNAD, 2002. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/livro-prevdocrime%20ILANUD.pdf> >Acessado em 13, Nov. 2014.
- BIANCHINI, Alice. ET al. Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006. 3ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal . parte geral 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23. ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Código Processo Penal 1941. Vade Mecum Saraiva. 18. ed. atual e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Lei dos Crimes Hediondos. n.º 8072, de 25 de julho de 1990. Vade Mecum Saraiva. 18 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Lei das Contravenções Penais 1941. In: ACQUAQVIVA, Marcus Cláudio. Vade Mecum Criminal. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Rideel, 2010.
- CUNHA, Rogério Sanches. Execução Penal para Concursos (LEP) - 4a edição:Rev., ampl.e atual. Salvador: JusPodivm, 2015
- CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal. Parte geral. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- D'AGOSTINO. Rosanne. Prisões nos Brasil. São Paulo. G1. O Portal de Noticias Globo. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html>.>Aces-sado em 24. jun. 2015.
- DIAS. Camila Caldeira Nunes. BRASIL. Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional, Revista Brasileira de Segurança Pública | Ano 3 Edição 5 Ago/Set 2009.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Valter; Newton Fernandes. Criminologia integrada. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Parte geral. 13.ed.rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GOMES, Luiz Flavio et al. Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006. 3ª ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

LADIPO, David. O retrocesso da liberdade. Contabilizando o custo da tradição prisional americana. Cadernos de Ciências Sociais, n. 25. Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política/UFSC, Florianópolis, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal . 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA. Severino. Pacote do MPF que aumentar pena e tornar corrupção em crime hediondo. Folha de S. Paulo. Brasília 2015 Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1605688-pacote-do-mpf-quer-aumentar-pena-e-tornar-corrupcao-crimehediondo.shtml> >Acessado em 04 de Jun. 2015

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional Para Concurso. Rio de Janeiro: forense, 2007.

NUCCI. Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 1ª ed, 2 tir.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI. Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Parte Geral: parte especial. 3ª ed, 2 tir.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LEMGRUBER, Julita et al. Insegurança Pública: Reflexões Sobre a Criminalidade e a Violência Urbana. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

PELLEGRINI, Luiz. Janelas quebradas: uma teoria que merece reflexão. Revista Brasil 247. 2013. Disponível em: < http://www.brasil247.com/pt/247/revista_oasis/116409/Janelas-Quebradas-Uma-teoria-do-crime-que-merecerreflex%C3%A3o.htm > Acessado em 05 de jun. 2015

SANTOS, Vitor Condorelli dos. A Lei 9437/97: arma de fogo. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 35, 1 out. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1026>>Acesso em: 28 jun. 2015.

SAPORI. Luís Flávio. Segurança Pública do Brasil: desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SCOLESE. Eduardo País não crê na segurança pública, diz CNBB. São Paulo. Folha de S. Paulo 26/10/2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u114541.shtml>. >Acessado em 12, jun. 2015.

SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. Análise da In(Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br.21dejunhode> 2009. >Acessado em 24, jun. 2015.

SOARES. Barbara M. Enfrentando a Violência contra a Mulher – Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.

WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria. Tradução de André Teles. Data da digitalização: 2004. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books=8571105960>. >Acessado em 17, maio. 2015.

ANEXO 1**Tabela 1: Taxas de homicídio por diferentes países da América Latina**

País	Ano	Porcentagem
Argentina	1997	9,9
Brasil	1997	28,1
Rio de Janeiro	1998	52,8
São Paulo	1998	55,8
Belo Horizonte	2000	26,3
Canadá	1992	2,2
Chile	1989	2,9
Santiago de Chile	1995	2,2
Colômbia	1990	74,4
Bogotá	1997	49,2
Cali	1995	112,0
Medellín	1995	248
Costa Rica	1990	4,4
Ecuador	1990	10,1
El Salvador	1995	95,4
San Salvador	1995	95,4

Espanha	1993	0,5
Estados Unidos	1993	9,9
Guatemala		
Departament of Guatemala	1996	101,0
México	1995	40,0
México City	1995	19,6
Nicarágua	1990	4,9
Panamá	1989	5,2
Peru		
Lima	1995	28,2
Uruguai	1990	4,4
Venezuela	1989	12,1
Caracas	1995	76,0

Fonte: Adaptado de BID, 2000. Technical Note 2. Dados atualizados de Piquet, 1999. Lederman, 1999. MHF, 1999. Apoyo, 1999. Beato, 2001.

ANEXO 2

Supremo Tribunal Federal

27/06/2012 PLENÁRIO

HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO

RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) :EDMAR LOPES FELICIANO

IMPTE.(S) :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITOSANTO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DOESPÍRITO SANTO

COATOR(A/S)(ES) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

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.

HC 111.840 / ES

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir a ordem e declarar, ***incidenter tantum***, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, nos termos do voto do Relator.¹⁸

Brasília, 27 de junho de 2012.
MINISTRO DIAS TOFFOLI
Relator

¹⁸ Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 2496066. > acessado em 10, jun de 2015.