

O ARTIGO 75 DO CÓDIGO PENAL COM O ADVENTO DO “PACOTE ANTICRIME”

Lucas Corrêa Colodetti

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI
lucas-cc2000@hotmail.com

Izaias Corrêa Barboza Junior

Professor Orientador, Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal; Ciências
Penais e Segurança Pública
izaiasadv@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo apresenta as modificações realizadas no artigo 75 do Código Penal com o advento da Lei nº 13.964/2019 conhecida como “Pacote Anticrime”. Diversas questões surgiram quanto à legitimidade da aludida alteração, bem como quanto a questões de fundo, tal qual o seu âmbito de incidência. A pesquisa, com embasamento teórico e análise documental, discute os principais aspectos da alteração legislativa, expondo os enfoques argumentativos que permeiam o tema. Os resultados, após breve comparação doutrinária, trazem à baila importantes parâmetros hermenêuticos com o fito de proporcionar uma melhor compreensão do assunto.

Palavras-Chave: Pena privativa de liberdade. Pacote anticrime. Art. 75 do Código Penal.

1 INTRODUÇÃO

Em 2019, mais precisamente no dia 31 de janeiro, foi publicada a Lei nº 13.964/19. Aludido diploma normativo surgiu com a junção de três projetos de lei: Projeto Moro - PL 882/2019; Projeto Moraes - PL 10.372/18 na Câmara dos Deputados e do Projeto de Lei n. 8.045/2010 - Projeto de Lei do Senado n. 156/09 (BRASILEIRO, 2020, p. 20). Foi nesse contexto, de entrelaçamentos legislativos, que culminou a redação final do supramencionado “Pacote Anticrime”.

A novidade legislativa introduziu diversas alterações no âmbito Penal e Processual Penal, dentre as quais se destaca a prevista no art. 75 do Código Penal. Este dispositivo passou a prever que o limite de tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade não poderia ser superior a 40 anos, ou seja, houve um aumento de 10 anos no referido limite máximo (antes de 30 anos). De ver-se que, embora a referida alteração seja de certa forma “simples”, há diversas nuances argumentativas que a permeiam, seja no âmbito jurídico, seja no âmbito social e político.

Nesse contexto, o presente trabalho desenvolver-se-á com enfoque nas controvérsias doutrinárias - inclusive anteriores à alteração promovida - que circundam o tema, notadamente as referentes à legitimidade da medida, possibilitando uma visão mais ampla da questão, auxiliando, conseqüentemente, na (possível) solução; ademais, delinear-se-á o âmbito de aplicação do dispositivo, confrontando-o com o princípio da especialidade; por fim, objetiva-se expor os principais argumentos doutrinários.

rios a respeito da situação jurídica da sanção penal ante a conversão da pena aplicada em medida de segurança por ocasião do advento da imputabilidade ou semi-imputabilidade.

Para tanto, pretende-se, por primeiro, realizar uma breve exposição acerca dos temas atinentes à teoria geral da pena, a fim de esboçar o campo dogmático do dispositivo objeto do presente trabalho. Além disso, buscar-se-á analisar a legitimidade da inovação legislativa, verificando a compatibilidade deste com o ordenamento jurídico, à luz dos principais argumentos doutrinários sobre a matéria, destacando os respectivos enfoques argumentativos. Por fim, investigar-se-á o âmbito de incidência do art. 75 do Código Penal, bem como a situação jurídica da sanção penal com o advento da inimizabilidade do sujeito sobre o qual recaiu a repressão estatal.

2 CONCEITO, FUNDAMENTO E FINALIDADE DA PENA

2.1 Conceito

A concepção de pena variou muito ao longo do tempo possuindo origens um tanto quanto remotas, sendo o delineamento exato de suas etapas evolutivas suscetíveis à erros e contradições. Nesse sentido, a doutrina, apartada de um critério exato, costuma definir como marcos da evolução da pena os períodos históricos evolutivos da própria humanidade, ou seja, indo desde a Antiguidade até a era pós-moderna (BITENCOURT, 2020).

Contemporaneamente, pena é a uma espécie de sanção penal, de caráter aflitivo, imposta pelo Estado com fundamento uma sentença judicial transitada em julgado em razão do cometimento de um fato definido pela legislação penal como crime. Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro é possível classificar a pena em três tipos, quais sejam, a privativa de liberdade, a restritiva de direitos e a de multa (CAPEZ, 2019, p. 480-482).

Nesse sentido, no que diz respeito à prisão-pena, a doutrina destaca a importante “filtragem constitucional” que deve ser feita para que se legitime a sua aplicação. Acerca do tema, Greco (2017, p. 533) afirma que

[...] em um Estado Constitucional de Direito, para usarmos a expressão de Luigi Ferrajoli, embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção àquele que, violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios expressos, ou mesmo implícitos, previstos em nossa Constituição Federal.

Diante disso, mister se faz realizar uma interpretação à luz da Constituição na aplicação, não só da pena, mas do direito como um todo, sendo esta uma característica marcante do neoconstitucionalismo (acepção teórica), modelo constitucional surgido no segundo pós-guerra (NOVELINO, 2020, p. 64).

1.2 Fundamento

Os fundamentos da pena dizem respeito à motivação de sua existência, ou seja, às causas que a respaldam. Não se confundem com as finalidades, sendo estas a aplicação teleológica (objetivos) da pena (MASSON, 2021, p. 467).

Um primeiro fundamento que é possível ser vislumbrado é a retribuição, que consiste basicamente na ideia de que o crime deve ter uma punição proporcional à sua reprovabilidade, ou seja, o mal provocado pela pena deve ser equivalente ao mal gerado pela infração penal (MASSON, 2021, p. 467).

Ademais, uma segunda razão consiste na reparação do mal causado à vítima, seja através da reparação do dano, seja pela prestação de assistencial (MASSON, 2021, p. 467). A toda evidência, tal fundamento está intimamente entrelaçado com a vitimologia, ciência cuja origem se deu com os trabalhos de Benjamin Mendelsohn (PUREZA, 2021, p. 140).

Outra causa que respalda a existência da pena é a denúncia, que consiste, consoante lições de Masson (2021, p. 467) na “reprovação social à prática do crime ou da contravenção. A necessidade de aplicação da pena justifica-se para exercer a prevenção geral por meio da intimidação coletiva [...]”, tendo tal fundamento relação íntima com a finalidade preventiva geral negativa da pena.

A reprimenda penal tem por base, ainda, a ideia de incapacitação, que consiste na necessidade de excluir da sociedade os indivíduos inassimiláveis, para que assim seja possível a proteção das demais pessoas integrantes do corpo social (MASSON, 2021, p. 467).

O penúltimo fundamento da sanção penal é a reabilitação, que encerra modelo educativo, ressocializador da pena, buscando a recuperação do condenado, tornando-o útil ao sistema social (MASSON, 2021, p. 468). A reabilitação consiste em causa que tem por consequência a prevenção especial positiva, sendo esta finalidade consistente “na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada”; (NUCCI, 2020, p. 311).

Finalmente, é possível vislumbrar a dissuasão como última base justificadora da pena. Busca-se aqui proporcionar um desestímulo a práticas criminosas, que afeta tanto as pessoas em geral (corpo social) quanto o próprio criminoso a quem a pena está sendo imposta (MASSON, 2021, p. 468). Este último âmago da pena constitui antecedente das finalidades negativas da sanção penal, ou seja, tanto à preventiva geral negativa (quando dirigidas à sociedade) e da preventiva especial negativava (quando dirigida ao infrator). (NUCCI, 2020, p. 311)

Com o propósito de obter-se uma visão mais esquemática, apresenta-se no quadro 1, a seguir, uma síntese dos fundamentos da pena.

Quadro1- Fundamentos da Pena

Retribuição	Crime deve ter uma punição proporcional à sua reprovabilidade
Reparação	Reparação do dano causado e prestação de assistência à vítima
Denúncia	Reprovação social à prática do crime ou da contravenção
Incapacitação	Exclusão dos indivíduos inassimiláveis da sociedade, possibilitando a proteção das demais pessoas
Reabilitação	Busca-se a recuperação do condenado
Dissuasão	Desestímulo às práticas criminosas

Fonte: Elaboração própria, adaptado de Masson (2021)

1.3 Finalidade

A pena possui diversos fins, sendo esses, com base nas lições de Pacelli e Callegari (2019), guiados por uma construção funcionalista da dogmática penal, vale dizer, funcionaliza-se suas categorias com a aplicação da política criminal. No mesmo sentido, são as lições de Basileu Garcia (1959, p. 424), aduzindo que a pena não se encerra somente na imposição de um castigo, nem funciona exclusivamente como meio de correção e readaptação, visto que possui variados objetivos em que esses se incluem.

Nesse contexto, a doutrina brasileira costuma apontar a existência de três teorias acerca da finalidade da pena, sendo elas as teorias absoluta, relativa e mista (MASSON, 2021, p. 462).

Para a teoria absoluta, a pena tem a finalidade de retribuir o mal injusto causado pelo infrator com sua conduta delitiva, independentemente do caráter pragmático da reprimenda. Consoante essa perspectiva a pena funciona como uma espécie de vingança contra o criminoso (MASSON, 2021, p. 463), justificando-se como exigência de justiça “seja como compensação da culpabilidade, punição pela transgressão do direito (teoria da retribuição), seja como expiação do agente (teoria da expiação)” (PRADO, 2019, p. 275).

A teoria relativa, por sua vez, afirma que os fins da pena devem ser direcionados à prevenção, seja geral (dirigida à coletividade), seja especial (dirigida à pessoa do condenado), sendo ambas subdivididas em positiva e negativa, cada uma direcionada a uma finalidade específica, sendo estas, respectivamente, a de produzir um desestímulo geral à prática delituosa, de realçar a vigência da norma, de produzir um desestímulo especial ao delito e por fim, com a teoria preventiva especial positiva, a ressocialização (MASSON, 2021, p. 463-464).

Finalmente, destaca-se a teoria mista ou unificadora da pena, que resulta da conjugação das duas teorias anteriores. Afirma, destarte, que a finalidade da pena é tanto a retribuição quanto a prevenção geral e especial. Trata-se de teoria consagrada no art. 59, *caput*, do Código Penal Brasileiro, além de possuir respaldo em outros dispositivos do próprio Código (arts. 121, §5º e 129, §8º), da Lei 7.210/84 (arts. 10, *caput* e 28) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5º, item “6”) (MASSON, 465, p. 465). E “coaduna-se, de modo incontestado, com as exigências de um Estado Democrático e Social de Direito, na medida em que fornece sólido amparo à necessidade de proporcionalidade dos delitos e das penas” (PRADO, 2019, p. 276).

Além disso, apenas a título de registro, Eugênio Raul Zaffaroni contribui com a proposta de mais uma teoria acerca da finalidade da pena, qual seja, a teoria negativa ou agnóstica da pena. Essa concepção parte da premissa de que a pena, na maioria das vezes, é incapaz de qualquer finalidade mencionada nas teorias supracitadas (AVELAR, p. 554, 2022). Nesse sentido, Masson (p. 466, 2021) aduz que a “única função efetivamente desempenhada pela pena seria a neutralização do condenado, especificamente quando a prisão acarreta seu afastamento da sociedade”.

3 ESPÉCIE DE PENA: PRIVATIVA DE LIBERDADE

Nos termos do art. 5º, XV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. O referido dispositivo alude ao direito à liberdade de locomoção, tratando-se de um direito fundamental individual e, como tal, integra o núcleo imutável de normas previstas na CRFB, ou seja, trata-se de cláusula pétrea (limitação material ao Poder Constituinte derivado) (FERNANDES, 2020, p. 144).

Por outro lado, em que pese a liberdade de locomoção ser um direito fundamental individual, ela não é absoluta, sendo exemplo de restrição ao seu âmbito de proteção a condenação criminal transitada em julgado. Nesse contexto, pode-se definir a pena privativa de liberdade como espécie de pena que consiste no cerceamento da liberdade de locomoção do indivíduo, tolhendo o seu direito de ir e vir, tendo como espécies a reclusão, a detenção e a prisão simples, esta última destinada às contravenções penais (NUCCI, 2020).

Com propriedade, o art. 5º, XLVII da CRFB, bem como o art. 5º, item “2” do Pacto São José da Costa Rica positivam a garantia fundamental de que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados e de banimento. Tais dispositivos encerram a consagração, em âmbito constitucional e supralegal, do princípio da humanidade, que afirma que o direito penal deve ser benevolente e assegurar um tratamento digno a todos os integrantes da sociedade, inclusive um condenado (NUCCI, 2020, p. 21).

No mesmo sentido, Greco (2017, p. 533) arremata, afirmando que

[...] depois de uma longa e lenta evolução, a Constituição Federal, visando a proteger os direitos de todos aqueles que, temporariamente ou não, estão em território nacional, proibiu a cominação de uma série de penas, por entender que todas elas, em sentido amplo, ofendiam a dignidade da pessoa humana, além de fugir, em algumas hipóteses, à sua função preventiva [...]

Dadas as considerações, nota-se a opção política, não só criminal mas também constitucional, de prestígio à dignidade humana, o que conduz inexoravelmente ao fomento às finalidades ressocializadoras da pena. Isso porque, a pena não deve se destinar apenas à repressão ou à intimidação, devendo-se adotar uma perspectiva mais humanitária, tal como é a readaptação do indivíduo ao convívio social.

4 ADVENTO DO PACOTE ANTICRIME E ALTERAÇÃO NO LIMITE MÁXIMO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Conforme já destacado, a Lei 13.964/19, conhecida por “pacote anticrime”, promoveu inúmeras alterações em diversos diplomas normativos penais e em alguns extrapenais. Dentre as modificações realizadas no Código Penal, destaca-se a promovida no art. 75 do aludido diploma normativo, que trata do aumento do limite máximo de tempo do cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil.

Confrontando o texto originário com a alteração promovida pelo “pacote anticrime” infere-se que houve um aumento de 10 (dez) anos no limite máximo do tempo de sujeição ao cárcere. A alteração causou polêmica, surgindo tanto argumentos contra, quanto a favor da medida.

4.1 (In) constitucionalidade do aumento do tempo máximo de cumprimento da pena

Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVI, consagra a garantia de que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e penas cruéis. Aludida previsão se alinha com o princípio da humanidade das sanções criminais, que decorre da conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana e da proibição de tratamentos desumanos e degradantes, conforme se infere dos arts. 1º, III e 5º, III da Constituição, respectivamente (NOVELINO, 2020).

Ainda no que tange ao princípio da humanidade, é possível suscitar a questão de que uma pena embora não seja cruel em abstrato, pode, no caso concreto, deter tal adjetivação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015 p. 165,). Nesse sentido, com o fito de tutelar a eficácia do princípio da humanidade Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 165) entendem que

[...] o princípio de humanidade das penas tem vigência absoluta e que não deve ser violado nos casos concretos, isto é, que deve reger tanto a ação legislativa – o geral – como a ação judicial – particular –, o que indicaria que o juiz deve ter o cuidado de não violá-lo. Comprovados os extremos fáticos que conduziriam a uma violação de tal princípio no caso concreto, entendemos que a sentença, como ato que “diz o direito” (“jurisdicional”, de *juris dicere*), não pode dizer o antijurídico, ou seja, não pode violar o princípio de humanidade.

Especificamente no que diz respeito à vedação de penas de caráter perpétuo, conforme destacado acima, com a alteração promovida pela Lei nº 13.964/19 surgiram controvérsias acerca da legitimidade do mencionado aumento, variações estas que surgiram pelos diferentes enfoques dados à questão.

Uma primeira perspectiva aponta no sentido da legitimidade da medida, haja vista que o aumento do limite máximo de cumprimento da reprimenda penal se baseou no aumento da expectativa de vida do brasileiro, que em 1940 era em média 45,5 anos de idade, passando para uma média de 76,3 anos em 2018. Desta forma, não haveria que se falar em afronta ao art. 5º, XLVII, "b" da Constituição Federal (BRASILEIRO, 2020, p. 30). Registre-se, também, que em 2019, a expectativa de vida aumentou para 76,6 anos (média) consoante Crelier (2021), o que reforça a tendência de elevação de tais índices.

Na mesma linha de pensamento, é a posição de Nucci (2020, p.14):

Em tempo, o parlamento corrigiu uma injustiça vigente há décadas: o limite máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade. O prazo anterior de 30 anos, fixado em 1940 (idade do nosso Código Penal), no art. 55, estava obsoleto. [...] Já em 1984 [ano da reforma da Parte Geral do Código Penal], quando a expectativa de vida subira para 63 anos, o limite do art. 75 deveria ter sido remodelado. Atualmente, a Lei 13.964/2019 incubiu-se disso, aumentando para 40 anos, de maneira moderada, o referido teto.

Conforme se infere da análise da posição dos citados autores, a linha de argumento pauta-se por um critério essencialmente estatístico, ou seja, não se leva em consideração razões de cunho teleológico.

Por outro lado, e com enfoque argumentativo diametralmente oposto, uma segunda corrente se posiciona no sentido de ilegitimidade da alteração legislativa promovida no art. 75 do Código Penal, argumentando que, a par do aumento da expectativa de vida do brasileiro ao longo dos tempos, “a expectativa de vida do preso, por inúmeros fatores, é bem menor do que daqueles que se encontram em liberdade” (YAROCHEWSKY; MAGALHÃES, 2019).

Portanto, é importante destacar que a alteração legislativa dissocia-se da finalidade da prevenção especial positiva da pena, ou seja, da finalidade de ressocialização do indivíduo. Isso porque, embora tenha havido o endurecimento da lei, não houve a promoção de mudanças estruturais no âmbito da Execução Penal, e, em especial, no sistema carcerário (YAROCHEWSKY; MAGALHÃES, 2019). Por conseguinte, vislumbra-se não só uma ausência de estímulo às medidas de prevenção especial positiva, mas verdadeiro desestímulo.

Na mesma linha de raciocínio, mister se faz trazer ao debate as considerações de Bitencourt (2019, p. 624) o qual afirma que “o encarceramento, a não ser para os denominados *presos residuais*, é uma injustiça flagrante, principalmente porque entre eles não se incluem os agentes da *criminalidade não convencional* (os criminosos de colarinho branco)” (grifo no original).

Não é outra a visão de Zaffaroni e Pierangeli (2015), que, além de irem de encontro ao tempo máximo de cumprimento da pena de prisão, tecem fortes críticas acerca do sistema carcerário vigente, afirmando que admitir que uma pena possa durar 40 anos em regime fechado, é o mesmo que, em termos práticos, admitir uma pena de caráter perpétuo, haja vista a lesão acarretada ao plano físico e psicológico da pessoa submetida ao cárcere. Nesse sentido, a reprimenda penal, definitivamente, não cumpre com os objetivos da pena, notadamente aos objetivos ressocializadores (prevenção especial positiva). Pelo contrário, a citada medida tem caráter de deterioração e de neutralização do indivíduo. Os autores finalizam sua linha de raciocínio afirmando que “[...] uma pena que traga como resultado a deterioração da pessoa como meio de neutralizá-la é similar a uma pena mutilante, todavia executada com bastante paciência [...]” (ZAFFARONI; PIERANGELI, P. 708, 2015)

Em acréscimo, acerca das condições precárias do sistema carcerário, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal em medida cautelar proferida no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 (BRASIL, 2015), reconhecendo, inclusive o estado de coisas inconstitucional:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

No aludido julgamento, o Ministro Marco Aurélio (relator) traz em seu voto informações e dados importantes acerca da ineficácia do cárcere como medida de prevenção especial positiva, *in verbis*:

Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas. (ADPF 347, BRASIL, 2015)

Nesse contexto, importante trazer à baila a questão da responsabilidade civil do Estado decorrente das condições desumanas e degradantes nos estabelecimentos prisionais. Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS (BRASIL, 2017), com Repercussão Geral reconhecida (tema 365), fixou a seguinte tese:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento

Além disso, em acréscimo à linha argumentativa da segunda corrente ora tratada, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a Corte Interamericana adotou, entre os anos de 2002 e 2017, trinta e sete medidas provisórias (art. 63,2 da Convenção Americana de Direitos Humanos) solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em oito situações de emergência, quais sejam: 1) Caso da Penitenciária de Urso Branco (Porto Velho/RO); 2) Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM (São Paulo - Capital); 3) Caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira” (Araraquara/SP); 4) Caso do Centro Penitenciário de Curado Prof. Aníbal Bruno (Recife/PE); 5) Caso do Complexo de Pedrinhas (São Luís/MA); 6) Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia); 7) Caso da Unidade de Internação Socioeducativa (Cariacica/ES); e 8) Caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Gericinó/RJ) (RAMOS, 2018, p. 345). Dentre as situações mencionadas, à exceção do Caso Gomes Lund e outros, todas são atinentes ao sistema carcerário brasileiro, mais especificamente às péssimas condições estruturais, o que demonstra um reconhecimento transnacional de violação de direitos humanos no âmbito penitenciário.

Considerando os argumentos expostos de cada linha de pensamento, é de clareza meridiana a diferença de enfoque dado pelas duas correntes doutrinárias acerca da mudança operada pela novel legislação. A primeira, com uma ótica meramente estatística e pautada por uma lógica matemática; a segunda com um viés mais críti-

co, confrontando a medida proposta na alteração com fatores aptos a promover as finalidades precípua da pena, vale dizer, com argumentos de cunho mais teleológico e social.

Conforme já afirmado anteriormente, no Brasil adotou-se a teoria mista no que diz respeito à finalidade da pena, tendo essa o fim de retribuição, de prevenção geral e especial, tendo estas últimas, cada qual, enfoque positivo e negativo (MASSON, 2021). Em atenção a tais finalidades, é possível perceber que o foco argumentativo da segunda corrente recai, precipuamente, na finalidade da prevenção especial positiva, conforme destacam Yarochevsky e Magalhães (2019), que, criticando o argumento estatístico da primeira posição, afirmam que a justificativa desta vai de encontro a pretensões aptas a fomentar o caráter ressocializador da pena.

Porém, à par das condições degradantes notoriamente conhecidas do sistema carcerário, Mirabete e Fabbrini (2010) afirmam que, embora realmente haja um problema estrutural nas condições do cárcere, a prisão é o único recurso cabível de repressão aos reclusos de elevada periculosidade.

No mesmo sentido, Nucci (2020, p. 22) bem destaca um outro ponto de vista a dar novos ares ao debate, afirmando que “a questão autenticamente relevante não é a alegada falência da pena de prisão [...], mas, sim, a derrocada da administração penitenciária, conduzida pelo Poder Executivo, que não cumpre a lei penal”. Ou seja, o Poder Legislativo, que promoveu o aumento do limite máximo da pena privativa de liberdade, não deve ser responsabilizado pela falha na implementação de condições salubres ao âmbito carcerário, de incumbência do Poder Executivo. Em arremate, é possível afirmar que “não é possível argumentar com a falência de algo que nem mesmo foi implementado” (NUCCI, 2020, p. 22).

Com propriedade, Greco (2017, p. 540) conclui que

[...] mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado. Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel. De que adianta, por exemplo, fazer com que o detento aprenda uma profissão ou um ofício dentro da penitenciária se, ao sair, ao tentar se reintegrar na sociedade, não conseguirá trabalhar? E se tiver de voltar ao mesmo ambiente promíscuo do qual fora retirado para fazer com que cumprisse sua pena? Enfim, são problemas sociais que devem ser enfrentados paralelamente, ou mesmo antecipadamente, à preocupação ressocializante do preso.

Em síntese, os argumentos apresentados pela primeira corrente são os seguintes: 1) aumento da expectativa de vida do brasileiro; 2) a prisão é o único recurso cabível de repressão aos reclusos de elevada periculosidade; 3) a falha não está no aumento do limite máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade, mas na implementação de condições salubres ao cárcere. Por outro lado, os argumentos da segunda corrente são: 1) expectativa de vida do preso é bem menor do que daqueles que se encontram em liberdade; 2) alteração legislativa dissocia-se da finalidade da prevenção especial positiva da pena; 3) o encarceramento, por si só, é uma injustiça pois engloba somente os “criminosos residuais”, não abrangendo a criminalidade não convencional (crimes de colarinho branco); 4) admitir que uma pena possa durar 40 anos em regime fechado, é praticamente o mesmo que admitir uma pena de caráter perpétuo, tendo em vista os danos físicos e psicológicos gerados.

Com o intuito de sistematizar os argumentos supramencionados traz-se à baila

o seguinte quadro esquemático:

1ª CORRENTE	2ª CORRENTE
Aumento da expectativa de vida do brasileiro (BRASILEIRO, 2020)	Expectativa de vida do preso é bem menor do que daqueles que se encontram em liberdade (YAROCHEWSKY;MAGALHÃES, 2019)
Prisão é o único recurso cabível de repressão aos reclusos de elevada periculosidade (MIRABETE; FABRINI, 2010)	Alteração legislativa dissocia-se da finalidade da prevenção especial positiva da pena (YAROCHEWSKY;MAGALHÃES, 2019)
A falha está na implementação de condições salubres ao cárcere (NUCCI, 2020)	Encarceramento, por si só, é uma injustiça pois engloba somente os “criminosos residuais” (BITENCOURT, 2019)
-	Admitir que uma pena possa durar 40 anos em regime fechado, é praticamente o mesmo que admitir uma pena de caráter perpétuo, tendo em vista os danos físicos e psicológicos gerados (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2015)

Fonte: Elaboração própria

4.2 Princípio da especialidade: limite do cumprimento de pena privativa de liberdade no âmbito do código penal militar

Consoante Avelar (2022, p. 174) o conflito aparente entre normas é a suposta incidência de mais de uma norma a um mesmo fato. Tal conflito é apenas aparente, haja vista que após a utilização de certos critérios somente uma norma deverá incidir no caso concreto.

Dentre os critérios de solução de conflitos aparentes de normas, destaca-se o princípio da especialidade. Tal princípio parte da premissa de que a lei especial prevalece sobre a lei geral, sendo aquela a que detém todos os elementos “básicos” de uma lei geral acrescidos de outros elementos específicos, havendo uma típica relação de gênero e espécie (MASSON, 2021, p. 122-123).

Nesse contexto, é possível vislumbrar uma relação de gênero e espécie entre o art. 75 do Código Penal e o art. 81 do Código Penal Militar, respectivamente. O último dispositivo consagra a regra de que a pena unificada não poderá ultrapassar 30 anos, caso o delito seja apenado com reclusão; e 15 anos, se se tratar de detenção.

Com efeito, surge a indagação acerca da incidência ou não da alteração promovida no art. 75 do Código Penal pela Lei nº 13.964/2019 no art. 81 do Código Penal Militar, haja vista que este último não sofreu mudança em seu texto.

Uma solução para a questão é apontada pela doutrina especializada, que afirma não ser possível aceitar a tese da aplicação analógica da mudança operada no art. 75 do CP ao art. 81 do CPM. Isso porque a analogia é mecanismo de autointe-

gração do direito, reservada apenas aos casos nos quais há lacuna normativa, o que não é o caso do Código Penal Militar que possui regramento próprio a respeito do limite máximo do cumprimento da pena privativa de liberdade, devendo o conflito aparente de normas ser solucionado pela aplicação do princípio da especialidade (BRASIL, 2020, p.31)

4.3 O limite máximo de tempo no cumprimento de medida de segurança

Pena e medida de segurança são espécies de sanções penais e não se confundem. Segundo ensinamentos de Bitencourt (2019, p. 931), penas apresentam caráter retributivo-preventivo, são fundamentadas na culpabilidade do agente, são determinadas e aplicam-se aos imputáveis e semi-imputáveis; já as medidas de segurança são preventivas, baseiam-se na periculosidade, são indeterminadas, ou seja, perduram enquanto durar a periculosidade e aplicam-se aos inimputáveis, e, excepcionalmente aos semi-imputáveis quando houver necessidade de tratamento curativo.

No que tange ao prazo de cumprimento da medida de segurança, conforme fora dito, possui caráter indeterminado, perdurando enquanto existir a periculosidade. Entretanto, tal indeterminação sofre duras críticas por parte da doutrina, que afirma não ter sido tal previsão recepcionada pela Constituição Federal posto que fere a garantia da vedação a penas de caráter perpétuo estampada no art. 5º, XLVII, “b” da CRFB (MASSON, 2021, p. 749).

Conforme afirma Bitencourt (2019, p. 936) dever-se-ia “limitar o cumprimento das medidas de segurança a prazo não superior a quarenta anos, que é o lapso temporal permitido de privação da liberdade do infrator”. Nesse mesmo sentido é a posição do Supremo Tribunal Federal (MASSON, 2021, 749).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que o tempo de duração da medida de segurança deveria ter como limite a quantidade máxima da pena abstratamente cominada ao delito praticado, consoante se infere do enunciado de número 527 de sua súmula.

4.3.1 Situação jurídica da pena quando esta é convertida em medida de segurança

Discute-se na doutrina se da conversão de pena aplicada em medida de segurança resulta alteração dos limites de seu cumprimento. Nucci (2020, p. 492) arrolam quatro correntes doutrinárias acerca do tema. A primeira afirma que haverá duração indefinida, seguindo os termos do art. 97, §1º do Código Penal; a segunda aduz que terá a mesma duração da pena privativa de liberdade aplicada; a terceira diz que terá duração máxima de 40 anos, nos termos do art. 75 do Código Penal; por fim, a quarta corrente afirma que a medida de segurança terá como limite o máximo de pena cominada em abstrato do delito praticado.

Em sede jurisprudencial, nota-se que terceira corrente se compactua mais com o entendimento, acima exposto, do Supremo Tribunal Federal acerca do limite temporal da medida de segurança, cujo aumento se deu com o advento da Lei 13.964/19. De outra banda, a quarta corrente vai ao encontro do enunciado nº 527 da súmula do Superior Tribunal de Justiça. Com, restou configurada controvérsia entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça no ponto.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo tratou das principais questões envolvendo o art. 75 do Código Penal com a redação dada pela lei 13.964/19, expondo as controvérsias existentes e os principais argumentos esboçados por cada uma.

Nesse sentido, quanto à primeira questão, envolvendo a constitucionalidade da modificação, destaca-se que os argumentos de ambas correntes doutrinárias contrapostas divergem basicamente no enfoque dado à questão. Por hora, não há nenhuma manifestação do Supremo Tribunal Federal contrária à legitimidade e constitucionalidade do dispositivo, estando o mesmo, por conseguinte, com plena validade e eficácia. Porém, nada impede que o pretório excelso venha a declarar a sua inconstitucionalidade, ponderando os argumentos prós e contras o aumento do limite máximo do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Ademais, acerca das questões envolvendo o âmbito de aplicação do artigo 75 do Código Penal aos crimes militares, findou-se consignado que, a par das controvérsias, a posição prevalente no sentido de que a pena privativa de liberdade no âmbito dos crimes militares deve seguir a disposição do art. 81 do Código Penal Militar, que consagra a regra de que a pena unificada não poderá ultrapassar 30 anos, caso o delito seja apenado com reclusão e 15 anos, se se tratar de detenção, incidindo, aqui, o princípio da especialidade; de outra banda, quanto ao limite máximo de cumprimento da medida de segurança, destacou-se a controvérsia doutrinária e jurisprudencial que ainda permeia o tema.

Por derradeiro, ante às controvérsias envolvendo as questões, pontue-se que a noção de Estado Democrático de Direito, modelo estatal adotado pelo Brasil consoante art. 1º da Constituição Federal, deve ser interpretado no sentido da prevalência dos direitos fundamentais, seja como modelo de política social, seja como critério de interpretação do Direito (PACELLI, 2021, p. 28), sendo este último aspecto importante parâmetro hermenêutico, apto a solução das mais diversas questões jurídicas, incluindo aquelas que rodeiam a mudança operada na redação do art. 75 do Código Penal.

Referências

AVELAR, Michael Procópio, **Manual de Direito Penal**, 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 De Dezembro De 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 De Dezembro De 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição Descumprimento de preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de novembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/pagi->

nadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1030066. Acesso em: 16 mar.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 0.252 MATO GROSSO DO SUL**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 11 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPe-ca.asp?id=312692053&ext=.pdf>>. Acesso em: 03/06/2022 às 11:23.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, v. 1, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**. vol. 1, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CRELIER, Cristina. A expectativa de vida dos brasileiros aumenta 3 meses e chega a 76,6 anos em 2019. 01 de fevereiro de 2021 às 12:23. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29505-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-3-meses-e-chega-a-76-6-anos-em-2019>>. Acesso em: 16 mar.2022

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**, 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020

GARCIA, Basileu, **Instituições de Direito Penal**, vol. 1, tomo 2, 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1959.

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal**, vol. 1, 19ª ed. Impetus: Rio de Janeiro, 2017

LIMA, Renato Brasileiro de, **Pacote Anticrime**, 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal**. vol. 1, 15.. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N., Manual de Direito Penal, 26ª ed. São Paulo: atlas, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLU, Eugênio, **Curso de Processo Penal**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal parte geral**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Fo-

rense, 2019.

PUREZA, Diego. **Manual de Criminologia**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

RAMOS, André de Carvalho, **Curso de Direitos Humanos**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac; MAGALHÃES, Luíza Luz Soares Neuenschwander. Pena máxima de 40 anos do pacote anticrime deve ser vetada pelo presidente. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-20/opinioao-pena-maxima-40-anos-pacote-anticrime-vetada>> acesso em: 16/03/2022 às 19:04.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro parte geral**. 11ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.