

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CÂMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

DILENE DEZAN

**ENCARCERAMENTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO GARANTISMO
PENAL**

ERECHIM

2021

DILENE DEZAN

**ENCARCERAMENTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO GARANTISMO
PENAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção de grau de bacharel em Direito, Departamento das Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- Câmpus de Erechim.

Orientadora: Prof^a. Esp. Alessandra Biasus

ERECHIM

2021

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço à minha família que sempre me incentivou pela busca e realizações dos meus sonhos, em especial à minha mãe, que nunca mediu esforços para me ver feliz. O apoio deles foi fundamental para a conclusão do curso.

À minha orientadora, Alessandra Biasus, pela dedicação empenhada na maestria deste trabalho, bem como por todos os ensinamentos transmitidos ao longo da vida acadêmica, ressaltando minha admiração pelo vosso trabalho.

Agradeço especialmente ao meu namorado Leonardo Dos Santos Arpini, no qual compartilhou comigo seus conhecimentos na seara penal e processual penal, que foram de grande valia para a realização desse projeto.

Agradeço ao Promotor de Justiça Diego Pessi que também compartilhou seu notável saber para a realização dessa pesquisa, sempre disposto a ajudar.

Ao corpo docente do curso de Direito, pelo compartilhamento de conhecimento e de experiências, e à Universidade, por proporcionar um ambiente de troca de saberes.

RESUMO

O Garantismo Penal surgiu na Itália por volta dos anos 70 no qual foi sistematizado por Luigi Ferrajoli em sua obra *Diritto e Ragione*. A referida corrente se dirige ao réu como sendo a parte mais frágil na relação processual penal, sustentando que a pessoa do delinquente não teve oportunidade de crescimento na vida, restando apenas a delinquência para sua subsistência. O criminoso exerce a justiça social por meio do delito. Por enxergar a figura do delinquente através de influências ideológicas, o Garantismo não acredita na efetividade e necessidade da pena. Por outro lado, há os defensores de um Garantismo Penal Integral, que prezam pela defesa dos direitos e garantias fundamentais do réu na relação processual, ao passo que também reconhecem os direitos das vítimas e da sociedade, olhando para o processo com equilíbrio e não exasperação do réu. Por sua vez, face o cometimento de crimes existe o papel da pena em nosso ordenamento jurídico, no qual evoluiu ao longo dos anos, possuindo um caráter preventivo e retributivo. Aos acusados são dadas muitas oportunidades de reparação do dano sem necessitar o seu recolhimento ao cárcere, a depender da reprimenda imposta. A progressão de regime também é outra maneira de diminuir o tempo de total reclusão do condenado. Assim, levantando as taxas de criminalidade no Brasil, baixo número de elucidação dos delitos, proceder-se-á a análise de dados, com o objetivo de se constatar se no Brasil existe um superencarceramento. Para tanto, utilizou-se da técnica de pesquisa bibliográfica e documental através da consulta em livros e legislação pelo método de abordagem indutivo e do método de procedimento analítico-descritivo.

Palavras-chave: Garantismo Penal, Encarceramento, pena, criminalidade.

ABSTRACT

The Penal Guarantism emerged in Italy in the 70s, which was systematized by Luigi Ferrajoli in his work named *Diritto e Ragione*. This current of thought addresses the defendant as the weakest part in the criminal procedural relation, supporting that the offender didn't have the opportunity of growth in life, remaining only the delinquency as a way of subsistence. The criminal practices the social justice through crime. Due to the fact that the Guarantism sees the figure of the offender through ideological influences, it doesn't believe in the effectiveness and in the need of penalty. On the other hand, there are people who defend an Integral Penal Guarantism, which appreciates the defense of the accused's rights and fundamental assurances in the procedural relation, while it also recognizes the victims and society rights, looking at the process with balance and the accused's non exasperation. In addition, due to the crimes undertaking, there is the penalty role in our legal framework, which has evolved over the years, having a preventive and retributive character. Many reparable opportunities are given to the accused without the need of prison, depending on the imposed reprimand. The regime progression is another way of reducing the condemned total time of reclusion. Thus, evaluating the crime rate in Brazil, low number of offenses elucidation, a data analysis is developed, aiming to determine if there is a massive imprisonment in Brazil. For this purpose, the technique of bibliographic and documental research through books and legislation consultation, the inductive approach method and the analytic descriptive procedure method were used.

Keywords: Penal Guarantism, Imprisonment, Penalty, Criminality

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 GARANTISMO PENAL.....	10
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	10
2.2 INFLUÊNCIA MARXISTA NO GARANTISMO.....	15
2.2.1 Raízes ideológicas do garantismo.....	15
2.3 A CONDUTA CRIMINOSA À LUZ DO GARANTISMO PENAL.....	21
2.4 GARANTISMO INTEGRAL E GARANTISMO HIPERBÓLICO MONOCULAR.....	22
2.4.1 Garantismo Integral.....	22
2.4.2 Garantismo Hiperbólico Monocular.....	24
3. NOÇÕES E PROPÓSITO DA PENA.....	25
3.1 EVOLUÇÃO DA PENA.....	25
3.2 DAS ESCOLAS PENAIS EM ESPÉCIE.....	28
3.2.1 Escola Clássica.....	29
3.2.2 Escola Positiva.....	30
3.2.3 Terceira Escola.....	32
3.2.4 Demais Escolas.....	32
3.3 APLICAÇÃO DA PENA.....	34
3.3.1 Penas permitidas no Brasil: pena privativa da liberdade e penas alternativas à prisão.....	34
3.3.2 Aplicação da pena e regime inicial de cumprimento.....	38
3.3.3 O Instituto da suspensão condicional da pena (<i>sursis</i>).....	41
3.3.4 O Instituto do livramento condicional.....	42
4 MEDIDAS DESPENALIZADORAS	44
4.1 Juizado Especial Criminal.....	44
4.1.1 Composição civil dos danos.....	44
4.1.2 Transação penal.....	45
4.1.3 Suspensão condicional do processo.....	46
4.1.4 Acordo de não persecução penal.....	48
4.2 PROGRESSÃO DE REGIME NO BRASIL.....	50
4.2.1 Progressão de regime antes da Lei nº 13.964/19.....	50

4.2.2 Progressão de regime na vigência da Lei nº 13.964/19.....	52
4.3 EXAME DA CRIMINALIDADE NO BRASIL.....	53
4.3.1 Esclarecimento dos delitos no Brasil.....	53
4.3.2 Criminalidade no Brasil.....	54
4.3.3 População carcerária no Brasil.....	56
5. CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vivencia diariamente uma grande incidência dos mais variados delitos, proporcionando ao cidadão brasileiro grande insegurança. Além da alta taxa de criminalidade e sensação de risco pela população, a baixa taxa de esclarecimento dos delitos e a rapidez com que os delinquentes são postos em liberdade também causam nos cidadãos a sensação de impunidade. É imperioso que se analisem medidas para que esse problema seja solucionado.

Observa-se a existência do Garantismo Penal (Hiperbólico Monocular), que sai em defesa exacerbada do réu. Por outro lado, há o chamado Garantismo Integral, que além de observar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos envolvidos no processo penal (réu), garante o direito das vítimas.

O primeiro capítulo trata da corrente Garantista que ficou conhecida com a obra de Luigi Ferrajoli (Direito e Razão), no qual traz conceitos e noções acerca do tema. Apresenta sua origem no mundo e no Brasil e, a influência de sua ideologia no sistema pátrio. Expõe a ligação do Garantismo Penal com o marxismo e raízes ideológicas revolucionárias, assim como a conduta do criminoso sob sua ótica.

Após, no segundo capítulo faz referência as noções e propósitos da pena, abordando sua evolução histórica e as escolas penais. Menciona quais as penas permitidas em nosso país, privativa de liberdade e alternativas à prisão. Aborda como ocorre a aplicação da pena e o regime inicial de cumprimento, fechado, semiaberto e aberto, assim como os institutos da suspensão condicional do processo e do livramento condicional e, quais os requisitos a serem preenchidos para fazer jus à benesse.

Na sequência, o terceiro capítulo referencia acerca das medidas despenalizadoras vigentes em nosso ordenamento jurídico, quais os requisitos para a sua aplicabilidade. Dentre as medidas despenalizadoras estão o Juizado Especial Criminal, a Composição Civil dos Danos, o instituto da Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo e Acordo de não Persecução Penal. Cada qual possui peculiaridades que devem ser observadas, a fim de que se verifique se o réu possui as exigências necessárias para a sua concessão.

Por fim, o quarto capítulo apresenta dados sobre o encarceramento no Brasil, abrangendo as exigências globais para o enquadramento na posição correta. Além de dados sobre o encarceramento, aponta dados sobre a criminalidade e elucidação dos delitos em nosso país. Assim, pretende-se constatar se há de fato um superencarceramento no Brasil ou apenas um discurso de que se prende muito.

A importância desse trabalho se justifica em sua própria essência, possuindo grande relevância no meio acadêmico e na comunidade em geral. Essa importância se revela na análise de perspectivas do meio social, a partir da aplicabilidade de leis e garantias para dirimir conflitos, a fim de que se constitua uma sociedade justa e também segura. Ao corpo social é a quem mais interessa a existência de um Estado que garanta a proteção de seus bens jurídicos, sejam eles individuais ou coletivos, como no presente trabalho, o enfrentamento à criminalidade.

Para tanto, fora utilizado a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, por estudos em livros, legislação e pesquisas de dados. O método de abordagem utilizado fora o indutivo, e o método de procedimento analítico-descritivo.

2 GARANTISMO PENAL

Neste capítulo, será abordado o surgimento do Garantismo Penal, analisando-se conceitos doutrinários e sua aplicação na esfera jurídica. A partir dessa análise busca-se compreender o advento dessa doutrina através da interpretação de autores, conforme se abordará a seguir.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Primeiramente, cabe referir como surgiu a corrente *garantista*. Em meados da década de 70, na Itália, por decorrência da exasperação da luta armada, consubstanciada em ações terroristas que objetivavam atingir autoridades que compunham o aparelho estatal de repressão à criminalidade, fez-se necessário a flexibilização de garantias penais e processuais penais, bem como o agravamento das sanções punitivas ao enfrentamento do terrorismo existente naquela época.

Em contrapartida, surge o grupo Magistratura Democrática que tinha por finalidade exclusiva enaltecer as garantias que supostamente haviam sido vilipendiadas. Da mesma forma, a exteriorização do Garantismo Penal ganhou força política e, passou a ser anos depois, o escopo perfeito para a sistematização da obra de Luigi Ferrajoli intitulada *Direito e Razão*.

São as lições de Pessi e Souza:

Com o recrudescimento da *lotta armata* nos anos 1970 – em que os atentados a bomba e com armas de fogo em locais públicos com inúmeros mortos e feridos, os sequestros de autoridades e próceres da política, os assassinatos de policiais, magistrados e políticos, as sabotagens e o estabelecimento da já mencionada legislação especial que, para fazer frente a esse contexto, relativizou garantias penais e processuais e estabeleceu penas rígidas para o terrorismo, - o grupo *Magistratura Democrática* passou a apregoar, proclamando uma ética “garantista”, o respeito a essas garantias. Nesse momento a expressão *garantismo penal* passou a se destacar nos debates, inclusive da política extraparlamentar, até que, anos depois, Ferrajoli sistematizou, na obra *Diritto e Ragione*, uma nova doutrina observando exatamente essa denominação. (PESSI; SOUZA, 2018, p. 208).

Importada para terras nacionais, a ideologia garantista gestada por Luigi Ferrajoli assume o seu papel no campo penal e processual penal, exercendo influência na visão da figura do acusado, inaugurando a teoria da coculpabilidade. A sustentação da ideologia garantista se reveste do discurso da violação dos direitos humanos, inculcando o pensamento de que por trás da pessoa do delinquente, existe um ser que não teve oportunidades no meio em que vive. Neste sentido, Caldas (apud STRECK, p. 44) define o garantismo como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, devendo, por isso, ser considerado o traço mais característico da democracia.

A manifestação do garantismo na década de 70, buscava através dos juízes que integravam a Magistratura Democrática a percepção da realidade mediante a implantação de uma ideologia que alegavam estar calcada na Constituição Italiana da época. Anos mais tarde, traços análogos ao da pauta sustentada pelos magistrados, foram criando suas raízes nas universidades brasileiras que se imbuíram na função de impulsionar a doutrina de Ferrajoli.

Nesse sentido ensinam Pessi e Souza:

[...] Daí a ironia de que o grande propagador do garantismo penal não seja propriamente um penalista. Luigi Ferrajoli é um filósofo do direito, que escreveu sobre direito penal e processual penal em uma obra sacralizada pelo meio universitário brasileiro. [...] Um dos magistrados integrantes do movimento, com destaque sobretudo nas primeiras fases, era exatamente Luigi Ferrajoli, mais tarde o sistematizador da doutrina/ideologia do garantismo penal. Justamente na época em que a legislação repressiva ao terrorismo passou a vigorar e obter sucesso no combate ao terror (meados dos anos 1970), membros do *Magistratura Democrática* passaram a criticá-la, tendo, nesse contexto surgido a expressão garantismo penal. (PESSI; SOUZA, 2018, p. 210-213).

Em paralelo à mercancia da ideologia garantista no seio das universidades brasileiras, o discurso de leniência criminal atingiu a classe intelectual e artística brasileira, no qual passaram a utilizar do ofício para propagar ideias nascidas no ventre da corrente garantista.

Na mesma acepção, Carvalho:

[...] eis o mandamento que uma parcela significativa dos nossos artistas tem seguido fielmente, e a que um exercite de sociólogos, psicólogos e cientistas políticos dá discretamente, na retaguarda, um simulacro de respaldo “científico” [...] Nossos intelectuais inverteram essa fórmula dissolvendo todo o senso de responsabilidade pessoal na poção mágica da “responsabilidade social”. (CARVALHO, 2018, p.115).

A corrente garantista, inspirada na obra do italiano Luigi Ferrajoli, defende um direito penal mínimo, buscando salvaguardar as garantias e direitos fundamentais do réu. O autor busca afastar a relação da moral com o direito, com o objetivo de remover a possibilidade de um magistrado decidir de acordo com a suas próprias crenças e, de acordo com a sua moralidade, ficando estritamente vinculado à lei. A sua tese busca o estrito cumprimento da lei, tendo como finalidade principal no positivismo jurídico, a vedação à relativização de princípios e garantias processuais penais. Traz-se a ideia de que o processo penal deve constituir-se na “lei do mais débil” que, quando da violação de um bem jurídico específico, há a exigência em ser cedida uma proteção ao réu.

Ferrajoli atua na ideia epistemológica, política e jurídica, sob o argumento de minimizar a violência e maximizar a liberdade. Outra atuação, é a efetivação de normas garantistas no campo prático, apontando que o julgador deve ter um espírito crítico, além da incerteza sobre a validade das leis. Acredita que o delito não deve ser definido como aquilo que é imoral, mas indicado como condição para a aplicação de uma pena. Nesse sistema garantista, a valoração só poderá ser admitida caso beneficie o réu, deixando de lado o papel do juiz de cumprir estritamente o texto legal.

Em que pese, na Itália, por volta dos anos 1970 tenha surgido a corrente garantista, este termo garantismo, surgira muito antes, tendo sido utilizado pelo socialista francês Charles Fourier.

Nesse sentido, explicam Pessi e Souza:

A expressão mesma, *garantismo*, foi utilizada pela primeira vez no século XIX pelo socialista utópico francês Charles Fourier (1772-1837), e designava uma das etapas que antecederia o socialismo cooperativista que o teórico apregoava. (PESSI; SOUZA, 2018, p. 199).

O garantismo trazido por Fourier, trazia em sua essência, um conjunto de proteção social, que visava a segurança dos mais fracos, alcançando essa proteção através de garantias, chamadas “as garantias dos direitos vitais (partindo daqueles conexos à subsistência) através de um plano de reformas que diz respeito tanto à esfera pública quanto à privada.” (IPPOLITO, 2011).

Da mesma maneira, dissertam Pessi e Souza:

O *garantismo* fourieriano seria uma espécie de *etapa de seguridade social*, em que os indivíduos das camadas menos favorecidas da sociedade seriam assistidos pelo Estado para obtenção de meios de sustento e crescimento individual. (PESSI; SOUZA, 2018, p. 199-200).

Anos mais tarde na Itália, o termo garantismo surge como sendo “O nome da teoria liberal do direito penal, ou seja, do paradigma normativo – de matriz iluminista – do “direito penal mínimo”.” (IPPOLITO, 2011).

No século XX, surge então o termo garantismo, tendo essa expressão adquirido relevância durante o chamado “*anni di piombo*” na Itália, onde houve grande conflito sócio-político.

Na mesma essência, Pessi e Souza:

No âmbito criminal, o vocábulo adquire notoriedade durante os chamados *anni di piombo*, em que grupos extremistas valiam-se do terrorismo e da guerrilha urbana para buscar a derrubada da recente democracia parlamentarista pós-fascismo que vigorava no país [...] (PESSI; SOUZA, 2018, p. 199-200).

Com o intuito de frear as ações desses grupos terroristas, que geraram milhares de vítimas, o Estado italiano editou leis de cunho mais severo, a fim de que a proteção à sociedade, frente o quadro que vinha enfrentando, fosse de fato efetivada, pois, não se tratava da atuação de qualquer “bandido” e sim, de grupos terroristas guerrilheiros.

Assim expressam, Pessi e Souza:

A legislação penal e processual, por sua vez, criava tipos penais e instrumentos à acusação e ao juiz para uma maior efetividade e punição aos criminosos. A defesa do Estado de Direito contra os seus inimigos declarados adquiria contornos mais drásticos e também mais eficientes. Não se estava a tratar delinquentes comuns, mas de ativistas organizados, fortemente armados e regimento financiados, que se valiam de crimes lesa-pátria para obter seus objetivos políticos de conquista do poder, pondo em xeque não somente a ordem pública, mas a normalidade democrática mesma (PESSI; SOUZA, 2018, p. 201).

Uma legislação de cunho mais rigoroso foi amplamente aprovada pela população civil da época, tendo estas pessoas encontrado nessas leis de repressão ao terrorismo uma segurança contra esses ataques, nutrindo o sentimento de que assim, não haveria impunidade (PESSI; SOUZA, 2018, p. 202).

Em contrapartida, intelectuais da época criticaram a legislação criada para penalizar as ações de grupos guerrilheiros, tendo, inclusive, afinidade e vínculos ideológicos com essas facções (SOUZA, 2018, p. 202).

Complementa no mesmo sentido, Souza:

Se, por um lado, a legislação relativizava direitos e garantias fundamentais, o que era motivo de críticas por diversos juristas com vínculos ideológicos com os extremistas, por outro, a população aplaudia: duas das leis mais duras criadas no período, a *Legge Reale* e a *Legge Cossiga*, submetidas a referendo, obtiveram ampla chancela pelo voto popular. Essa mesma legislação serviu, posteriormente, para combater com sucesso o crime organizado. Como era de se esperar, o avassalador apoio popular e o estrondoso sucesso no combate ao terrorismo e ao crime organizado encontravam resistência justamente na vertente intelectual organicamente identificada com os planos da esquerda. (PESSI; SOUZA, 2018, p. 202).

Foi dessa forma que se sistematizou o garantismo de Luigi Ferrajoli, que buscava a relativização dessas leis rígidas, leis estas que buscavam reprimir atentados terroristas contra a população civil e a democracia na época.

Na sistematização do garantismo para o autor italiano, o criminoso é o oprimido na relação processual, devendo os ditos direitos fundamentais fazerem frente à proteção desse agente na ação penal. Nesse contexto, a preocupação está voltada para o réu, superestimando a sua liberdade, ao tempo que diminui a acusação, e esquece dos direitos violados das vítimas.

Na mesma acepção manifestam Pessi e Souza:

Ocorre que a *razão* (no sentido finalístico do termo) que inspirou o jusfilósofo florentino a encetar sua obra máxima não é exatamente uma perspectiva da integridade do ordenamento jurídico, mas um ciclope cujo olho monstruoso somente enxerga, no âmbito da justiça criminal, o réu, o criminoso, seus direitos e garantias, como se fossem o todo ao qual cada raciocínio jurídico deve ser proporcional. (PESSI; SOUZA, 2018, p. 209).

Vale ressaltar ainda no campo da moral, que a justificativa de Ferrajoli para que a moral fosse distanciada do direito, é que o Estado não pode obrigar os cidadãos a

não delinquir, a não matar, a não roubar, não podendo, igualmente, alterar a sua personalidade e modo de ser. Cada indivíduo, segundo o autor, deve ter o direito de ser o que quiser, sem qualquer imposição do Estado em sentido contrário.

Nesse sentido, Oliveira:

O iluminismo não fez outra coisa senão armar os homens incautos com a ideia de sua própria soberania, de que não existe vínculo algum entre a justiça humana e a justiça divina. E, então, suprimidos os freios de sua consciência moral, não restou mais que a autonomia da vontade popular, uma vontade radicalmente incapaz de dominar por si mesma as paixões desatadas das forças revolucionárias, que passaram a guilhotina por todas as inocentes cabeças e vítimas do terror. (OLIVEIRA, 2019, p. 89).

Verifica-se que a corrente do garantismo penal busca tutelar de forma ampla e expressiva os direitos fundamentais do réu na relação processual, voltando um olhar exasperado de proteção à figura do criminoso.

2.2 INFLUÊNCIA MARXISTA NO GARANTISMO

A partir da contextualização histórica até então abordada, pretende-se a seguir demonstrar a influência ideológica e política para a sistematização do garantismo por Luigi Ferrajoli.

Importante mencionar que, tendo em vista a dificuldade em encontrar no meio acadêmico autores que criticam o garantismo penal, esse capítulo utilizará bastante o autor Oliveira.

2.2.1 Raízes ideológicas do garantismo

Sob o prisma do positivismo jurídico, passou-se a conceber o direito pelas vias racionalista e panteísta. A interpretação jurídica passa a depender da vontade do jurista, assim com a lei é vontade do legislador. Com essa premissa, objetiva-se a emancipação dos ensinamentos da igreja e dos grandes filósofos gregos, a absoluta autonomia do direito natural como sistema de regras lógicas e imanentes à razão humana, distanciando-se ainda mais da moral (OLIVEIRA, 2019, p. 93).

O materialismo jurídico, sendo a soberania da razão que se torna responsável por si mesma e diante de si mesma, culminará em Hegel, obtendo projeções nefastas no materialismo histórico de Karl Marx, sendo posteriormente posto na Rússia por Lênin, que, sob a práxis da luta de classes, explica toda a história da humanidade como caminho irreversível para uma repartição, cada vez mais igualitária da riqueza e para um prometido “paraíso comunista” de bem-estar econômico. (OLIVEIRA, 2019, p. 80).

Ainda nesse sentido, Oliveira:

No campo do direito, esse materialismo gestado na filosofia hegeliana da história e desenvolvimento nos esgares marxistas contra a superior hierarquia do direito natural transforma-se em *materialismo jurídico*, com vários aspectos de suas representações ideológicas. O direito passa a ser instrumento de um processo dialético, para quebrar aquela hierarquia e favorecer a luta de classes; e, quando se alcançar a síntese de todas as lutas e de todas as injustiças, o subjacente espírito de orgulho voltar-se-á a si mesmo e estabelecerá o tão sonhado paraíso de uma sociedade sem classes: um desígnio utópico e anarquista de destruir o próprio direito. (OLIVEIRA, 2019, p. 81).

A teoria do materialismo jurídico, conhecida pela estratégia gradativa de Antonio Gramsci, atribui o aspecto de garantismo jurídico sob a defesa do povo contra as arbitrariedades do Estado, porém, seu discurso é a resistência ao Estado, a fim de alcançar a luta hegemônica das classes subalternas. O direito é transformado em um meio para se conquistar a revolução. O Estado anteriormente dotado de legitimidade para efetivar a intervenção penal, cede lugar a grupos desassociados, que serão os provedores da insegurança jurídica (OLIVEIRA, 2019, p. 81-82).

O garantismo inspirado no iluminismo, é fruto ideológico do uso alternativo do direito, resultado da Revolução Cultural gramsciana. Assim, destaca-se que o garantismo penal é fruto de uma doutrina revolucionária, inserido no contexto histórico como uma verdadeira Revolução (OLIVEIRA, 2019, p. 83).

Na mesma acepção, Oliveira:

É uma explosão de orgulho e sensualidade que inspirou, não diríamos um sistema, mas toda uma cadeia de sistemas ideológicos. Da larga aceitação dada a estes no mundo inteiro, decorrem as três grandes revoluções da História do Ocidente: a pseudo-Reforma, a Revolução Francesa e o Comunismo. O orgulho leva ao ódio a toda superioridade, e, pois, à afirmação de que a desigualdade é em si mesma, em todos os planos, inclusive e principalmente nos planos metafísico e religioso, um mal. É o aspecto igualitário da Revolução. A sensualidade, de si, tende a derrubar todas as

barreiras. Ela não aceita freios e leva à revolta contra toda a autoridade e toda lei, seja divina ou humana, eclesiástica ou civil. É o aspecto liberal da Revolução (...) A pseudo-Reforma foi uma primeira revolução. Ela implantou o espírito de dúvida, o liberalismo religioso e o igualitarismo eclesiástico, em medida variável aliás nas várias seitas a que deu origem. Seguiu-se-lhe a Revolução Francesa, que foi o triunfo do igualitarismo em dois campos. No campo religioso, sob a forma do ateísmo, especiosamente rotulado de laicismo. E, na esfera política, pela falsa máxima de que toda desigualdade é uma injustiça, toda autoridade um perigo, e a liberdade um bem supremo. O comunismo é a transposição destas máximas no campo social e econômico. Estas três revoluções são episódios de uma só Revolução. (OLIVEIRA, 2017, p. 6-7).

Um dos principais partidários do alternativismo jurídico, Ferrajoli, na Itália, tentava apagar o pano de fundo materialista e marxista com renovadas tintas gramscianas. O jurista deixava claro a sua inclinação à jurisprudência interpretada mediante valoração ideológica e progressista para a liberação da classe operária (OLIVEIRA, 2019, p. 92).

Anos mais tarde, Ferrajoli apresenta sua ideia sobre garantismo com outro aspecto, alegando que incumbe ao juiz, no momento da aplicação da lei avaliar seus pressupostos de validade, se em consonância com a Lei Maior (Constituição) e, se acaso não estiver, declarar sua invalidade. Porém, o que se pretende, é maquiagem sua real intenção.

Assim disserta Oliveira:

Não perdeu ele, pela dimensão política e militante de suas ideias, o vínculo ideológico com aqueles grupos de magistrados democráticos surgidos na Itália nos anos setenta, como quis demonstrar, em 1997, na sessão solene de outorga do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Buenos Aires, os quais assumiram um novo papel na função judicante, o de “precisamente negar a legalidade quantas vezes esta, em sua concreção, (...) receber conteúdos correspondentes à classe dominante”. (OLIVEIRA, 2019, p. 93).

A partir de uma breve observância do discurso de Ferrajoli, se obtém o caráter marxista de suas ideias, através do materialismo jurídico, fomentando a luta de classes como a salvaguarda dos socialmente desfavorecidos. Através desse discurso, o autor busca atingir seus ideais revolucionários.

Discorre acerca do tema, Oliveira:

A conexão universalmente admitida entre intenção e culpa está revogada entre nós por um ativismo marxista erigido em lei: pelo critério “ético” da nossa intelectualidade, um homem é menos culpado pelos seus atos pessoais que pelos da classe a que pertence. Quando um habitante da favela comete um crime de morte, deve ser tratado com clemência, porque pertence à classe dos inocentes. Quando um diretor de empresa sonega impostos, deve ser punido com rigor, porque pertence à classe culpada. [...]. Se levada mais fundo ainda, essa “revolução cultural” acabará por perverter todo o senso moral da população, instaurando a crença de que o dever de ser bom e justo incumbe *primeira e essencialmente à sociedade, e só secundariamente aos indivíduos*. (OLIVEIRA, 2018, p. 114).

No mesmo sentido, Oliveira:

O então jovem magistrado Ferrajoli, recorrendo a Marx e às exigências práticas do materialismo dialético, declarava, em um documento *Magistratura Democrática*, que “seria em vão esperar trabalhar para o socialismo somente colocando em questão a ideologia (...), sem ao mesmo tempo eliminar a exploração Capitalista. Muitos dos intelectuais que no passado foram adeptos do chamado MDA (Movimento do Direito Alternativo) migraram depois para as concepções neomarxistas do garantismo, sustentando uma estratégia gradualista para melhor atingir os ideais revolucionários do materialismo jurídico. (OLIVEIRA, 2019, p. 94).

Em contrapartida, juristas mais conservadores discordavam da ideia de deixar ao arbítrio dos juízes a ruptura explícita da legalidade, o que colocava em jogo a segurança jurídica. A grande maioria desses juízes, a fim de conservar o império da lei, da ordem jurídica, não estavam preparados para uma atitude ousada e progressista, sendo difícil levar atrás de si algo oposto a esta mentalidade (OLIVEIRA, 2019).

Sob essa égide, o modelo *garantista* retoma o mote igualitário da luta político-ideológica do alternativismo, com os mesmos pressupostos marxistas, divulga a natureza política do direito penal e de seu instrumento processual, com o intuito de favorecer os interesses da luta de classes, particularizado por juristas sob o paradigma constitucional democrático e pelos oprimidos, que são os titulares dos direitos constitucionais insatisfeitos (OLIVEIRA, 2019, p. 95).

Nessa definição, Ferrajoli:

Parece-me claro que uma ciência jurídica compreendida a partir dessa forma, toca e se entrelaça com a política do direito. Mais ainda, com a luta pelo direito e pelos direitos assumidos em estar; e que, ao mesmo tempo, a função crítica e de projeto que atribui-lhe o paradigma constitucional e garantidor dá-lhe uma responsabilidade cívica e uma dimensão política e militante totalmente desconhecida da velha cultura jurídica. De novo, como na tradição iluminada, o ponto de vista externo dos oprimidos voltou a ser o ponto de vista da

fundação política do artifício legal. Dele, todos, e em particular nós, juristas, somos responsáveis (...) (FERRAJOLI, 2004, p. 263).

O direito alternativo modificou-se num processo de transformação contínua, em um direito *garantista* interpretado no âmbito da constituição e das leis. As reformas igualitárias do socialismo continuam sendo o papel dos juízes. Atualmente, a estratégia da revolução alternativista, é seguir o caminho até a Revolução cultural, com a finalidade de mudar a sua visibilidade de “força violenta”, para o aspecto de constitucionalismo democrático. Assim, sob esse discurso, alteram-se as condições de validade das leis penais e processuais. As normas só serão válidas se cada juiz fizer o seu juízo de validade, conforme a tutela ou garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos (OLIVEIRA, 2019, p. 95).

Afirma nessa mesma definição, Serrano:

O princípio da legalidade cede lugar aos princípios constitucionais interpretados pelos juízes. Por isso mesmo todas as leis infraconstitucionais são construídas e desconstruídas para cada caso e só adquirem existência e validade dessa construção (SERRANO, 1999, p. 103).

Luigi Ferrajoli sistematiza assim a suprema lei de proteção dos mais fracos contra os poderes estatais potencialmente ilimitados. A atenção maior volta-se à lei do mais fraco, consistente em um garantismo *ad usum debilis* – uma sobrevalorização de direitos e garantias em decorrência da instauração da jurisdição penal (OLIVEIRA, 2019, p. 99).

Como corolário de um ideal revolucionário, Ferrajoli acolhe a tese marxista-leninista criada sob o aspecto científico, a fim de explicar o evolucionismo social, fruto da mesma linha doutrinária de Darwin. Uma das figuras desse evolucionismo foi Karl Marx, onde acolhe a tese de Darwin da existência apenas de “animais superiores”. Marx, em matéria de luta de classes e evolução histórica, escreveu no diário New York Daily Tribune: “As classes e as raças fracas demais para enfrentar as novas condições de vida devem sair do caminho”. Acrescentou ainda, que “as raças mais fortes (as revolucionárias) deveriam realizar sua tarefa, enquanto a principal tarefa de todas as outras raças e povos, grandes e pequenos, é perecer no holocausto revolucionário”. Ferrajoli, a partir da tese do evolucionismo social, decorrente do marxismo, passa a considerar o aborto um “direito de gênero” (OLIVEIRA, 2019, p. 107).

Através da liberdade dos seres, busca-se uma “democrática liberdade pessoal”, denunciando o exercício arbitrário do poder punitivo, no qual “o pressuposto do garantismo é sempre uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha” (FERRAJOLI, 2002). Ainda nas palavras do autor, o direito é a lei do mais fraco em frente à lei do mais forte, própria do estado de natureza.

O movimento Magistratura Democrática, no qual Ferrajoli integrava, era um grupo expressamente politizado, que objetivava a igualdade de classes pela via judiciária, utilizando-se da “jurisprudência alternativa” sob o argumento de se alcançar a “justiça social” (SOUZA, 2018, p. 208).

Tudo aquilo que o legislador cria precisa ser aprovado pelo crivo dos julgadores, de acordo com a sua normatividade revolucionária e, não de acordo com a normatividade constitucional. Deve haver então uma ressignificação, sempre conforme os ideais revolucionários (SOUZA, 2018, p. 209). Nesse mesmo sentido, completa Souza:

Para Ferrajoli, a “ideologia normativista dominante na cultura juspositivista” traz embutida, como pressuposto metafísico, a efetividade de mecanismos que assegurem a remoção das normas consideradas inválidas, identificadas como poderes ilegítimos sob o prisma dos valores revolucionários. Mas o positivismo é eminentemente normativo e, portanto, nada afirma sobre a realidade – pois trata das normas para conhecê-la, é uma *técnica*, um método, um programa de ação, não a verdadeira ideologia do garantismo. É o marxismo que dá sentido, manipula, abrange e absorve o positivismo crítico, que serve como instrumento para restringir o campo da jurisdição criminal ao exíguo horizonte da técnica e direcionar, engessar e empobrecer o debate (SOUZA, 2018, p. 108).

Para Ferrajoli direito e poder devem se contrapor, ao passo que uma parcela (ou todo) Judiciário deve mudar para que haja um contrapoder revolucionário (SOUZA, 2018, p. 211).

Assim, por todo exposto, se verifica que houve grande influência de Karl Marx na idealização do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. O autor italiano deixou muitas evidências de um ideal revolucionário refletido no âmbito do direito penal e processual penal buscando a igualdade de classes pela via judiciária, afirmando a fragilidade de quem comete o delito, por ser o mais fraco dos indivíduos na sociedade. O autor também sugere fortemente a busca da revolução pela via judiciária, fruto das ideias marxistas.

2.3 A CONDUTA CRIMINOSA À LUZ DO GARANTISMO PENAL

Para o autor italiano Ferrajoli, o réu ocupa o espaço de uma “classe dominada”, que deve ser protegida contra as arbitrariedades estatais e contra a natureza “selvagem” dos particulares, ocupando sempre uma posição de desprivilegio, seja no curso de um processo penal, seja na vida em sociedade, como refere Ferrajoli “É evidente que tal poder ou liberdade selvagem é inevitavelmente o poder do mais forte” (FERRAJOLI, 2000, p. 275).

A visão igualitária que Ferrajoli busca demonstrar, e que a incidência do delito é resultado da diferença de classes, no qual o delinquente busca uma igualdade através do crime. Para Ferrajoli, deve haver outras soluções para resolver o problema da criminalidade. Nesse sentido, Ferrajoli:

Obviamente, isto quer dizer que, para tais objetivos, não se justificam meios violentos alternativos ao direito penal e às suas garantias, nem tampouco que o direito penal é o único meio, e nem mesmo o mais importante, para prevenir os delitos e reduzir a violência arbitrária. Ao contrário, o progresso de um sistema político se mede pela sua capacidade de simplesmente tolerar a desviação enquanto sinal e produto de tensões e disfunções sociais não resolvidas, e, por outro lado, preveni-la sem meios punitivos ou não liberais removendo-lhes as causas materiais. Em tal perspectiva é obviamente possível a abolição daquela específica pena – inultimamente aflitiva e até mesmo criminógena – que é a reclusão carcerária. E é de bom agouro, de forma mais geral, a redução quantitativa da intervenção penal, paralelamente à superação daqueles que Marx chamava “os anti-sociais lugares de nascimento do delito”, pela instauração de garantias jurídico-sociais de vida e de sobrevivência [...] (FERRAJOLI, 2000, p. 276).

As causas jurídicas e legais não são suficientes para que se aplique uma penalidade ao delito cometido, pois se encontra estritamente ligada à disciplina das leis que decorrem do Estado, no qual possui o monopólio da força, sendo necessário vigiar a estrutura dos poderes punitivos estatais, a fim de combater a divisão da sociedade em classes. Nas palavras de Oliveira “[...] concebido como aspiral ideal e subjetiva de justiça, o garantismo é uma epidérmica adaptação do comunismo para a luta política dos que são considerados mais fracos [...]” (OLIVEIRA, 2019, p. 63).

O direito penal à luz do garantismo, deve observar as causas sociais que desencadearam a ocorrência de um delito, nas palavras de Souza “[...]transformando os cânones marxistas no fio condutor das decisões administrativas, judiciais e

legislativas[...]” (SOUZA, 2018). O direito penal passa a ser visto e interpretado, ainda nas palavras do autor, “[...]como um sistema de justiça criminal burguês como uma “técnica” de controle social que serve para manter a hegemonia da classe social com a criminalização [...] dos pobres” (SOUZA, 2018, p. 210).

Assim, sob a influência ideológica e revolucionária do garantismo penal, surge a ideia de que o criminoso é vítima de um sistema, sistema esse que não lhe deu oportunidades, restando a ele apenas o mundo do crime, onde tentará se igualar aos demais economicamente e socialmente, nas palavras de Souza, com o intuito de “[...] moldar a cosmovisão desses meios e criar uma cultura de justificação do crime e irresponsabilização do bandido social” (SOUZA, 2018, p. 214).

Dessa forma, reafirma-se a posição desprivilegiada do delinquente na sociedade, onde ele se vê obrigado a praticar delitos, sob a sustentação de que para ele não houve outra saída a não ser o mundo do crime.

Ainda, existem estudiosos que dissertam e defendem um sistema prisional mínimo, demonstrando em suas opiniões que o encarceramento não resolve o problema da criminalidade, alegando que enquanto houver prisões em massa, a incidência de delitos não irá diminuir.

2.4 GARANTISMO INTEGRAL E GARANTISMO HIPERBÓLICO MONOCULAR

A partir da análise dos conceitos acima mencionados acerca do garantismo penal, bem como, sua construção teórica e doutrinária no decorrer do tempo e, sua influência revolucionária, cabe igualmente examinar o que se pretende em solo brasileiro com o garantismo integral e o garantismo hiperbólico monocular.

2.4.1 Garantismo Integral

O *Garantismo Integral* preza pelos direitos e garantias fundamentais de todos que se veem processados, cumprindo estritamente o que prevê a Constituição e as

leis, ao passo que, também reconhece e preza pelos direitos das vítimas e de toda a sociedade.

Na mesma acepção, discorre Dallagnol:

O que nós buscamos é um garantismo equilibrado, integral, que garanta os direitos dos réus, mas também os das vítimas e os da sociedade [...] O que se desenvolveu no Brasil foi aquilo que alguns chamam de hipergarantismo. É um garantismo hiperbólico, porque exacerbado, e monocular, porque só olha os direitos do réu, e não olha o direito da sociedade (DALLAGNOL, 2017).

O Garantismo Integral olha a figura do criminoso com a devida proporcionalidade, pois os direitos fundamentais não têm apenas o condão de proibir intervenções, mas sim igualmente em proibir omissões. Assim como é dever do Estado-juiz proporcionar o cumprimento de garantias constitucionais dentro de um devido processo legal, é dever seu proteger uma sociedade contra a arbitrariedade de terceiros, punindo atos ilícitos praticados contra bens jurídicos legalmente tutelados, sendo um direito fundamental a proteção da sociedade.

Partindo da premissa acima abordada, o Estado deve tutelar os direitos de toda uma sociedade, proporcionando ao cidadão segurança e evitando a impunidade. Essa abordagem vai na contramão daquilo que o *Garantismo Hiperbólico Monocular* defende. O “hipergarantismo” centra especialmente na proteção do indivíduo criminoso, desprezando a vítima e a sociedade.

Nas palavras da Magistrada Grilo e da Procuradora da República Danelon:

Nenhuma autoridade (membro do Ministério Público e magistrado) se nega a aplicar as garantias fundamentais dos réus, e o estrito cumprimento da lei, cumprindo em sua integralidade os princípios do contraditório e da ampla defesa (GRILO; DANELON, 2020).

Igualmente, a magistrada e a procuradora referem que o garantismo hiperbólico (grandioso – imenso) monocular (vê-se com apenas um olho), olha de uma forma exagerada para apenas uma parte no processo penal, o réu (GRILO; DANELON, 2020).

A partir da análise conceitual sobre o garantismo integral, no qual objetiva o cumprimento da Lei Maior, nota-se que há a preocupação em seguir a lei no que tange aos direitos do réu, mas também no cumprimento da lei no que diz respeito à sociedade como todo, na proteção dos bens juridicamente tutelados, buscando um equilíbrio em si.

2.4.2 Garantismo Hiperbólico Monocular

O Garantismo Hiperbólico Monocular defende que o Direito Penal somente se legitima para restringir a liberdade individual se houver um rigoroso controle do poder normativo do Estado com respeito aos princípios da previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade (ARAUJO JUNIOR, 1999, p. 137).

O Garantismo enxerga o Estado como um obstáculo para a efetivação de direitos e garantias. Não se pode confiar na índole dos criadores das leis, simplesmente porque a produzem e sim, sempre questioná-las, principalmente quando se trata de leis penais que restringem a liberdade dos cidadãos. A resposta penal, ou seja, a imposição de uma pena, é necessária ainda que apenas para evitar a vingança privada, mas é ilusório acreditar que o sistema criminal, por si só, possa prevenir delitos, sendo mais aptas para tal fim políticas sociais que visem assegurar os mínimos vitais (FERRAJOLI, 2019, p. 124).

Os adeptos do Garantismo Penal Integral entendem que a busca pela efetivação e proteção de direitos se dê por meio do sistema penal, sem atentar que existem outros meios mais adequados para evitar a prática de delitos (ANDRADE, 2019). O Direito Penal não pode, nas palavras de Luigi Ferrajoli “produzir magicamente o desaparecimento da delinquência (...) a verdadeira prevenção da delinquência é uma prevenção pré-penal, bem mais do que pena [...]” (FERRAJOLI, 2019, p. 125).

As teses defendidas pelos adeptos do Garantismo Integral vão na contramão daquilo que Ferrajoli defende como princípios garantistas, no qual almejam reduzir a arbitrariedade estatal. Nas palavras de Andrade “Utilizar o termo Garantismo é uma inversão do discurso, pois as medidas propostas pelo garantismo integral aumentam a arbitrariedade ao alcance do poder penal[...]” (ANDRADE, 2019).

Os adeptos do Garantismo Integral, buscam legitimar o desrespeito às regras democráticas e à Constituição Federal, como o devido processo legal e a taxatividade. Nas palavras de André Lozano Andrade “[...]inverte-se o ônus da prova, afasta-se o *in dubio pro reo* e coloca-se novamente o acusado na posição de objeto do processo, sendo este mero expediente para legitimar sua punição[...]” (ANDRADE, 2019).

O Garantismo Hiperpólico Monocular, aqui abordado, acaba por priorizar a figura e o “bem-estar” apenas e unicamente do criminoso, excluindo da sua visão a figura da vítima e da sociedade que sofreram lesão à bens juridicamente tutelados, ignorando assim valores e princípios constitucionais, no tocante a verdadeira necessidade de proteção de bens jurídicos individuais e coletivos.

Analisadas as causas e influências do garantismo penal, assim como sua origem e evolução durante o tempo, percebe-se um sistema garantidor de direitos, voltado exclusivamente para a figura do criminoso. A partir dessa premissa e estudo, será abordado como funciona a aplicação das penas no Brasil, bem como, se analisará os regimes iniciais de cumprimento de pena, quais as medidas despenalizadoras existentes em nosso ordenamento jurídico e a sua aplicabilidade.

3 NOÇÕES E PROPÓSITO DA PENA

Inaugurando o presente capítulo, se faz necessária uma abordagem global acerca do modo evolutivo da teoria da pena à luz das escolas penais, de modo que, a partir da referida análise busca-se compreender as origens e a finalidade da pena para o direito penal.

3.1 EVOLUÇÃO DA PENA

A evolução da pena está diretamente conectada com o avanço do Direito Penal, visto que as primeiras leis foram leis penais, para o bem e a ordem da sociedade é que se permite o recurso à pena (LYRA, 1955, p.10-12).

O desenvolvimento histórico do Direito Penal é dividido em diversas fases, iniciando-se pela vingança privada, onde vigorava a Lei de Talião e o Código de Hammurabi. Avançando, passou-se para a fase da vingança divina representada pelo Código de Manu. Logo em seguida, na Roma Antiga, é chegada a fase da vingança pública, onde a pena era tratada como o meio de conservação do Estado. Por fim, surge a fase humanitária, capitaneada por Beccaria e, também, a fase científica, que dá início às Escolas Penais. Em cada uma dessas fases a pena tinha sentido e finalidade diferente (ESTEFAM, 2017 p.334).

No mesmo sentido, também calha fazer menção à lição de Greco:

Assim, várias legislações surgiram ao longo da existência da raça humana, com a finalidade de esclarecer as penalidades cominadas a cada infração por elas previstas, a exemplo da lei dos hebreus, concedidos por Deus a Moisés durante o período no qual permaneceram no deserto à espera da terra prometida, bem como os Códigos de Hamurábi e de Manu (GRECO, 2007, p. 487).

Passado o período primitivo da vingança privada, surge o período humanitário com a obra *Dos Delitos e das Penas* (1764), de Cesare Benesanna, mais conhecido como Marquês de Beccaria (ESTEFAM, 2017, p. 334-335).

Marquês de Beccaria foi o responsável por dar início à Escola Clássica que, logo em seguida, foi aperfeiçoada por Francesco Carrara. Beccaria teve como ponto fulcral da Escola Clássica a modulação de uma Justiça Penal mais justa e humana. Após este período, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo e Cesare Lombroso, lecionavam acerca da Escola Positiva, ocasião em que a Ciência Penal deveria voltar-se à figura do criminoso. Por fim, surge a Terceira Escola e outras tantas que a sucederam (ESTEFAM, 2017, p. 335).

Ainda sobre a evolução histórica das penas até o marco temporal de Beccaria, inaugurando um novo modelo de punição penal, necessário se faz a menção das lições de Greco:

Verifica-se que desde a Antiguidade até, basicamente, o século XVIII, as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado. O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio de ideias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, começou-se a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, sob a falsa bandeira da legalidade. (GRECO, 2007, p.487).

Calcado na teoria do contrato social, Beccaria declarava que os homens compreenderam a condição de sua existência em sociedade ao ceder uma parte de sua liberdade para assegurar a própria segurança. Assim, as sanções impostas aos indivíduos que violassem a lei deveriam ser proporcionais à parcela de liberdade concedida. Afirma ainda o autor, que não poderiam ser concebidas a incriminação de condutas sem que houvesse previsão legal prévia, cominando as respectivas penas (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 71-72).

E, para tanto, Lyra acrescenta:

Beccaria pugnou por um Direito penal leigo, preventivo, com bases e limites, pela prévia legalidade de crime e pena, pela publicidade, regularidade, rapidez e lealdade do processo e do julgamento, pela pureza e certeza da prova, pelo direito de asilo, pela proporcionalidade entre crime e pena, pela abolição da prisão preventiva, da pena de morte, da tortura, da infâmia, do banimento, do uso de pôr a cabeça a prêmio, do 'suplício da incerteza', pela aplicação da pena somente em caso de necessidade, impondo-se sempre a menor, segundo as circunstâncias. (LYRA, 1980, p.8-9)

Ao encontro de Lyra, Bonfim e Capez tratam do tema a partir de uma resenha introdutória:

Antes da análise da Escola Clássica propriamente dita, mister prévia idéia sobre o fundamento de punir, que, em última instância, diz respeito à ideia do direito penal, configurando seu grande ponto da discórdia, uma vez que o direito penal oscila ao longo do tempo entre as concepções correccionalistas da pena e as retributivistas, sendo essa, pendularmente, a síntese histórica do seu próprio fundamento. Com o advento do Iluminismo e o surgimento da Escola Clássica, o homem, figura central do direito penal e não mais mero objeto de repressão, passou a ser considerado um ser racional, dotado de livre arbítrio; suas boas ou más ações derivam de um ato soberano de decisão, cujos resultados danosos ao meio inserem-se em uma condição de inevitabilidade, pois tudo emana da consciência e da vontade. Dessa forma, a pena é vista como imposição de caráter moral a quem errou, assumindo mais compromissos com postulados éticos do que com concepções utilitárias e protetivas. É o caráter *retributivista* da sanção: *malum passionis propter malum actionis* (ideia de retribuição do mal pelo mal) ou *malum passionis quod infligitur ob malum actionis* (o mal de que se padece por causa do mal que se fez), conforme a linguagem de Hugo Grotius. [...] A teoria *relativa* ou *utilitária* parte de uma visão mais pragmática. A pena não tem por finalidade impor um castigo ao infrator, mas simplesmente impedir que este volte a delinquir (*punitur ut ne peccetur* – pune-se para que não peque), ou outrem, à falta de exemplar punição. (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 59-60).

Os adeptos da teoria relativa ou utilitária trataram de lhe conferir um caráter preventivo, dividindo-a, portanto, em prevenção especial e prevenção geral.

A prevenção especial, tinha como fim a repressão e a reclusão do indivíduo que demonstrasse ser nocivo ao meio social, com o objetivo de obstar a prática de novos crimes. Outra meta era a prevenção geral, que visava a intimidação do ente coletivo através do rigor punitivo, fazendo com que as pessoas, ao presenciarem o castigo, fossem desestimuladas para a prática do crime. Trata-se da teoria mista da pena, que vigorou em uma das vertentes da Escola Clássica, compatibilizando com as premissas da Escola Positiva. (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 61).

Ademais, tanto a teoria de prevenção geral e prevenção especial, podem ser divididas em negativas e positivas.

O estudo da prevenção geral pode se dar por dois aspectos: o primeiro deles trata da prevenção geral negativa, mais conhecida por prevenção por intimidação, oportunidade em que a sanção aplicada ao criminoso deverá refletir no corpo social, na busca de se evitar que a coletividade inicie uma jornada criminosa. Existe também outra vertente da prevenção geral, que é a prevenção geral positiva, em que a pena, além da intimidação social, busca o respeito a determinados valores, promovendo assim, a integração social (GRECO, 2007, p. 490).

Ainda, há que se fazer menção à prevenção especial que, também, divide-se em duas vertentes. A primeira delas trata da prevenção especial negativa, onde o objetivo é a neutralização do infrator, que se dá através de sua segregação no cárcere. Já pela prevenção especial positiva, a missão da pena consiste em fazer com que o infrator não cometa novos delitos, estando, assim, intimamente ligada com o caráter ressocializador. (GRECO, 2007, p. 490-491).

3.2 DAS ESCOLAS PENAIS EM ESPÉCIE

O significado de Escola Penal é a soma de conjuntos, princípios e teorias que buscavam elucidar o propósito do Direito Penal, os fins da pena e, também, a compreensão do criminoso. (ESTEFAM, 2017, p.54).

3.2.1 Escola Clássica

Para a Escola Clássica, havia uma comparação da alma humana sob uma balança na qual os pratos seriam os motivos das ações humanas. A vontade era capaz de elevar o prato que mostrasse os motivos mais pesados, em que pese, contra a lei da gravidade. O livre arbítrio é o cerne da imputabilidade moral, sendo este, a causa da responsabilidade/pena. Desse modo, só é possível imputar o delito a alguém, quando este estiver dotado de livre arbítrio, podendo optar entre os motivos. Assim, a Escola Clássica possui graus de responsabilidade proporcionais ao ímpeto do livre

arbítrio. Quanto mais próximo da perfeição for o livre arbítrio, maior será a responsabilidade do agente que, conseqüentemente, deverá sofrer maior reprimenda criminal (GARCIA, 1959, p. 95).

Dentro do estudo da Escola Clássica, a partir das lições de Garcia, Bonfim e Capez também lecionam acerca do tema:

Foi com os clássicos que brotou a cristalina noção de proporcionalidade, pois o castigo, para ser moralmente justificável, devia guardar relação qualitativa e quantitativa com a ação reprovável, não podendo ser-lhe superior, tampouco cruel, sob pena de colidir com os ensinamentos cristão, nos quais se baseava a referida escola. [...]. Entende-se, pois, por “Clássica” a Escola que reuniu diversos afluentes anteriores ao positivismo (que originará a segunda Escola), quando se distinguiu a justiça humana da justiça divina e, sobretudo, quando se gizaram os direitos e garantias individuais contra o Estado absolutista de então, a par de dar-se a sistematização das normas repressivas por Feuerbach, Romagnosi, Carrara etc. [...]. É possível, contudo resumir claramente seus postulados que vão além da fundamentação e da limitação do direito de punir, da certeza da determinação, pessoalidade e mitigação das penas, com exclusão da pena capital e das penas corporais e infamantes, para transformar em primazes legislativos, entre outros, os seguintes direitos e garantias individuais: 1) definição do crime (*nullum crimen sine lege*); 2) definição da pena (*nulla poena sine lege*); 3) proporcionalidade da pena (*poena commensurari debet delicto*); 4) defesa (*nemo potest inauditis damnari*); 5) decisão favorável (*in dubio pro reo* ou *in dubiis réus est absolvendus*); 6) interpretação favorável (*favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*); 7) presunção de inocência (*innocentia praesumitur ante condemnationem*). De igual sorte, em relação à dogmática assim se caracterizou a Escola Clássica: “1. método lógico-abstrato; 2. imputabilidade moral e livre arbítrio; 3. o crime e a pena como entes jurídicos; 4. pena-castigo, como meio de tutela jurídica. (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 62-63).

Na mesma acepção, disserta Estefam:

A escola Clássica, Idealista ou Primeira Escola surgiu na Itália, de onde se espalhou para todo o mundo, principalmente para a Alemanha e para a França. Pode ser dividida em dois períodos: a) teórico ou teórico-filosófico (Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria); e b) prático ou ético-jurídico (Francesco Carrara e Enrico Pessina). [...]. A maior característica desta Escola foi seu método de trabalho *dedutivo*, pois a análise do jurista, segundo defendiam, deveria partir do direito positivo vigente para, então, passar às questões jurídico-penais. Os clássicos adotavam ainda, certos princípios absolutos (que invocavam o ideal de Justiça) que se sobrepunham às leis em vigor; compreende-se que assim o fizessem, pois, no contexto em que tal Escola aflorou, predominavam leis draconianas, excessivamente rigorosas, de penas desproporcionais, e tios penais vagos, enfim, de uma “situação de violência, opressão e iniquidade”. Isto se pode ver já no prefácio da obra de Beccaria: “[...] essas leis [referindo-se às normas vigentes na Europa], produto dos séculos mais bárbaros, são examinadas neste livro no que diz interesse ao sistema criminal; e ousa-se expor-lhes as desordens aos responsáveis pela felicidade pública, por meio de um estilo que afasta o vulgo ilustrado e impaciente. E, mais adiante, arremata “Seria, pois, um erro atribuir princípios contrários a *lei natural*[...]”. (ESTEFAM, 2017, p. 54-55).

No contexto dogmático, a pena, por sua vez, compõe-se como uma forma de retribuição pelo injusto praticado. Possui índole repressiva, aflitiva e pessoal. O ser humano, portador do livre arbítrio (razão pura da responsabilidade/pena), sofrerá as consequências de suas más escolhas. Aquela pessoa que, de modo livre e consciente, violar norma penal incriminadora, sofrerá a sanção penal correspondente. (ESTEFAM, 2017, p. 56).

3.2.2 Escola Positiva

O direito penal recebeu grande contribuição médico-antropológica da Escola Positiva, sendo fundamental para a sua evolução. O acusado, depois de ser considerado mero objeto para a aplicação do direito penal, acaba tomando papel de protagonismo. Neste período, foram várias as contribuições, de cunho garantista, à ciência criminal, como a individualização da pena, o conceito de periculosidade, medidas de segurança e outras tantas circunstâncias de valoração subjetiva da culpabilidade. Logo em seguida, caracteriza-se a referida Escola, pela busca da responsabilidade social na figura criminoso, analisando-se as influências do meio em que o acusado estava inserido. Através do positivismo criminológico, o delito, antes considerado um ente jurídico, tornou-se um fenômeno de desajuste social. De ação moralmente censurável, passou a ser considerado um mal a ser eliminado, assim como uma doença que viola o corpo humano (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 72-73).

Prosseguindo com o estudo, é a lição de Estefam:

A maior distinção entre as duas escolas reside menos nas conclusões particulares e mais no *método* “[...] – dedutivo, de lógica abstrata, para a escola clássica, - indutivo e de observação dos fatos para a escola positiva; aquela tendo por objeto o ‘crime’ como entidade jurídica, esta, ao contrário, ‘o delinquente’ como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito praticado. Ao voltarem os olhos ao delinquente, os positivistas centraram sua análise na morfologia e na psicologia. Analisaram a criminalidade, observando suas causas, e se utilizaram, com frequência, da estatística. Note-se que a *Escola Clássica* via o crime como “entidade jurídica”, enquanto a *Escola Positiva* o encarava como fato social e humano. (ESTEFAM, 2017, p.56).

O ponto envolvendo o livre arbítrio para a Escola Clássica, era rechaçado por completo a partir da visão implementada pela Escola Positiva.

O livre arbítrio, defendido pelos clássicos, tornou-se objeto de rejeição em nome do determinismo. Desse modo, ou o homem nascia livre e deveria ser punido conforme suas escolhas, ou, desde o nascimento já estaria fadado a ser um criminoso, por conta da sua raça, biotipo físico e demais fatores sociais. Os positivistas tratavam a segunda assertiva como verdadeira. Para tanto, nesta Escola, a pena não tinha caráter retributivo, mas fundamentalmente preventivo. Não havendo possibilidade de corrigir criminosos, a pena serviria como instrumento de defesa social. A sanção não era balizada somente pela gravidade da infração, mas, também, pela periculosidade do agente (ESTEFAM, 2017, p. 57).

Sobre a finalidade da pena na Escola Positiva, ensinam Capez e Bonfim:

A finalidade da pena, defende-se, não é punir o criminoso, mas ajustá-lo às condições de convivência social, prevenindo assim novos delitos. Há um incremento no estudo das disciplinas criminológicas (criminologia), da antropologia crimina, da sociologia criminal, enfim. A sanção penal passou a ser considerada não um castigo proporcional à culpabilidade, mas um instrumento de defesa social, cujo limite consistia na necessidade da medida para recuperar o criminoso ou impedir que ofendesse a tranquilidade coletiva. (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 73).

Superado o estudo da Escola Positiva, se faz necessário, também, o estudo da Terceira Escola.

3.2.3 Terceira Escola

Através do intenso debate entre a Escola Clássica e a Escola Positiva, nasce a Terceira Escola, mais conhecida por Escola Eclética, Crítica, Sociológica ou, também, do Naturalismo Crítico. A terceira escola buscava a mescla das demais escolas e, dessa forma, gerar uma terceira geração. (ESTEFAM, 2017, p.58).

Assim complementa Estefam:

Da Escola Positiva, adotaram as “premissas acerca da gênese natural da criminalidade, com o propósito de utilizar os dados da antropologia e a sociologia criminal, pondo em maior relevo o delinquente perante o crime”; da Clássica, conservaram o princípio de uma diferenciação entre os delinquentes imputáveis e não imputáveis, admitindo, contudo, “que também destes se deve ocupar a lei penal, porém, com medidas que são providências

de segurança e por isso mesmo substancialmente diversas das penas, que representam o castigo proporcionado à culpa” (ESTEFAM, 2017, p. 58).

A Escola Positiva sustentava, através dos ecléticos, a necessária investigação antropológica e sociológica inseparável do método positivo. Em sentido contrário aos positivistas, afastaram a tese da criminalidade inata tratando o crime juridicamente, avançando com o dogmatismo elaborado pelos clássicos. Mergulhando no estudo do Direito Penal como ciência normativa, não havia como dispensar o método dedutivo, que impunha as regras pelas quais através do raciocínio se equivaliam as consequências (GARCIA, 1959, p.106).

Em resumo, para Lyra (apud; ESTEFAM, 2017, p. 58), as principais ideias da Terceira Escola se resumiam em: (i) método positivo nas ciências penais e lógico-abstrato no direito criminal; (ii) questionamento da culpa moral como do estado perigoso; (iii) a infração como fenômeno originário e como ente jurídico; (iv) penas e medidas de segurança, como duplo meio de luta contra o crime.

3.2.4 Demais escolas

Além da Escola Clássica, Positiva e, também, da Terceira Escola, não menos importante, foram as Escolas que a sucederam, tais como a “Escola Moderna” na Alemanha, tendo como principal expoente Franz Von Liszt, a “Escola Técnico-Jurídica”, capitaneada por Arturo Rocco, a “Escola Correccionalista”, de Karl Roder e, por fim, a “Escola da Defesa Social”, de Felipe Gramatica, Adolphe Prins e Marc Ancel. (ESTEFAM, 2017, p.57-58).

A “Escola Moderna” surge no cerne da euforia filosófica que permeava o final do século XIX, vez que o positivismo havia inserido a figura do homem no centro da pesquisa criminológica, abrindo-se, então, os caminhos dos juristas (dogmáticos) e dos criminólogos. Dessa forma, em 1889, através de Von Liszt, nasce a União Internacional do Direito Penal. A Escola Moderna Alemã era pensadamente eclética, visando assim, o estudo do “direito penal total”, através da convergência das ciências que formariam a “enciclopédia penal”. Por fim, o delito era analisado, também, sob o prisma antropológico e sociológico, além do jurídico. (BONFIM; CAPEZ, 2004, p.97-98).

Dando início a Escola Técnico-Jurídica, ensinam Bonfim e Capez:

Assim podemos dizer que o marco inicial do *tecnicismo jurídico* (Escola Técnico-Jurídica) se deu com a aula magna proferida por Arturo Rocco (em 1930, veio a ser autor do Código Penal italiano) na Universidade de Sassari, em 1910, onde ele tratou do problema do método no direito penal. Na verdade, consoante acentua Mir Puig, Rocco se deu conta, já naquela oportunidade, de que a doutrina alemã, com Von Liszt, Binding e Beling, entre outros, já estava muito à frente da Itália no desenvolvimento da dogmática. Aproveitou, assim, para exortar os italianos a imitar os alemães, deixando de discutir questões metafísicas ou criminológicas para ocupar-se do direito positivo, para uma análise técnico-jurídica. Arturo Rocco, Vincenzo Manzini e Edoardo Massari foram os principais e primeiros expoentes da Escola “Técnico-Jurídica” a trazerem o método das sistematizações dogmáticas do direito privado, diferentemente do que pretendia a Escola Positivista, que apresentava sistematizações presumidamente objetivas, depois repudiadas. Também, a Escola Técnico-Jurídica batia-se principalmente contra a “Escola Clássica”, lastreada eminentemente nas abstrações filosóficas dos séculos XVIII e XIX, que invocaram constantemente o direito natural, racional ou ideal, levando a corriqueiros exercícios acadêmicos impregnados de metafísica e escolástica, sobretudo, no pertinente às questões do livre-arbítrio e da responsabilidade moral. Nesse sentido, Manzini demonstrou a inutilidade jurídica das pesquisas filosóficas, explicando ainda que a sociologia criminal “está para o direito penal como uma ciência descritiva está para outra normativa. Ao direito penal não importa escrever os fatos e relações de causalidade social, mas dar normas imperativas que nada têm que ver com as leis biológicas ou sociais. (BONFIM; CAPEZ, 2004, p.98-99).

Analisando as grandes correntes norteadoras da Escolas Penais, conclui Marques:

De um rápido balanço das escolas e correntes penais, a conclusão a que se chega é a de que três das mais importantes e significativas diretrizes penalistas pecaram por excessos e extremismos. Na escola clássica, houve a hipertrofia metafísica, visto que ela se preocupou apenas com o homem abstrato, sujeito de direitos, e elaborou suas construções com o método dedutivo do jusnaturalismo; na escola positiva, reponta a hipertrofia naturalistas, uma vez que a preocupação foi o estado do homem como ser contingente, como elemento da vida cósmica sujeito às leis físicas que regem o universo, sem olhar para o princípio espiritual da pessoa humana; na escola técnico-jurídica, houve a hipertrofia dogmática, como estudo apenas de relações jurídicas secas e sem conteúdo, em função exclusivamente do direito positivo e do *jus scriptum*. (MARQUES, 1997, p.81).

Para que se compreenda como ocorre a aplicação da pena nos dias atuais, pertinente é o estudo do surgimento da pena, sua evolução histórica e objetivos a serem cumpridos.

3.3 APLICAÇÃO DA PENA

Através da pena busca-se uma resposta do Estado para o cometimento de um delito, ou seja, a responsabilidade jurídico-penal pela violação de norma incriminadora. A pena consiste na privação da liberdade ou restrição de determinados bens jurídicos do agente que praticou o delito. A aplicabilidade da pena se dá através de um devido processo legal, onde se observará a autoria e materialidade da infração cometida, além da antijuridicidade e culpabilidade que, se não atingida por uma causa excludente da ilicitude ou excludente de culpabilidade, se aplicará a sanção ao agente infrator.

3.3.1 Penas permitidas no Brasil: pena privativa de liberdade e penas alternativas à prisão

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, prescreve quais as penas que são permitidas no Brasil. São elas: 1. A privação ou restrição da liberdade; 2. Perda de bens; 3. Multa; 4. Prestação social alternativa; 5. Suspensão ou interdição de direitos (CUNHA, 2017, p. 435).

As penas privativas de liberdade dividem-se em três modalidades: reclusão, detenção e prisão simples. “As duas primeiras cominadas abstratamente a crimes e a outra, a contravenções penais” (ESTEFAM, 2017, p. 350).

Considera-se a pena de reclusão mais grave ou mais severa que a pena de detenção, pois, se refere e se aplica ao cometimento de crimes mais sérios, distinguindo-se quanto ao regime inicial de cumprimento, efeitos específicos da condenação, espécie de medida de segurança aplicável e a prioridade na execução (ESTEFAM, 2017, p.350). Nesse sentido complementa o autor acerca das distinções entre os regimes de cumprimento de pena, Estefam:

- a) *regime inicial*: a pena de reclusão admite, em tese, que o juiz fixe, na sentença condenatória, quaisquer dos três regimes iniciais de cumprimento (fechado, semiaberto e aberto) ao passo que na detenção, somente pode ter lugar os dois últimos regimes iniciais (CP, art. 33).

Deve-se assinalar que uma pena de detenção pode ser cumprida em regime fechado, desde que o sentenciado tenha ingressado nos regimes aberto ou semiaberto e, por força de regressão (LEP, art.118), seja transferido para aquele regime; *b) efeitos específicos da condenação*: dentre os efeitos extrapenais específicos da condenação (CP, art. 92), encontra-se a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, exclusiva para crimes punidos com reclusão. Assim, por exemplo, se um juiz condenar um pai por estuprar a própria filha, poderá na sentença declarar-lhe incapaz para exercer seu poder familiar (em face de todos os filhos, não só daquela que foi vítima do delito). Se o magistrado, todavia, condenar um pai pelo crime de abandono material (CP, art. 244), não poderá fazer o mesmo, porquanto tal infração é apenada com detenção; *c) espécie de medida de segurança aplicável*: se o fato praticado pelo inimputável ou semi-imputável por doença mental (CP, art. 26) for punido com reclusão, o juiz somente poderá impor-lhe a medida de internação em Casa de Custódia e Tratamento; sendo apenado com detenção, deverá aplicar a internação ou, excepcionalmente, optar pelo tratamento ambulatorial (art. 97, *caput*, do CP); *d) prioridade na execução*: as penas mais graves (reclusão, portanto) são executadas prioritariamente (CP, arts. 69, *caput*, e 76). Significa que, se uma pessoa foi condenada em dois processos distintos, num deles a uma pena de reclusão e no outro, de detenção, aquela será a primeira a ser executada (independentemente da quantidade imposta) (ESTEFAM, 2017, p. 350-351).

A pena de prisão simples é aplicada apenas para contravenções penais, possuindo as seguintes características: a) é cumprida sem rigor penitenciário; b) só admite seu cumprimento nos regimes aberto e semiaberto (o condenado não poderá regredir de regime); c) o condenado deve ficar separado daqueles que cumprem pena de reclusão ou detenção; d) o trabalho é facultativo para penas de até 15 dias (ESTEFAM, 2017, p. 351).

As penas restritivas de direito, previstas nos artigos 43 a 48 do Código Penal, são penas alternativas à prisão e se dividem em: a) prestação de serviço à comunidade; b) limitação de fins de semana; c) interdição temporária de direitos; d) prestação pecuniária; e) perda de bens e valores (CUNHA, 2017, p. 436-437).

As penas restritivas de direito, possuem três características: a) autonomia: são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, conforme enuncia o *caput* do artigo 44 do Código Penal. “[...] todas as penas criminais (sejam elas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou multa são autônomas)” (ESTEFAM, 2017, p. 372); b) substitutividade: na sentença, o juiz aplica primeiramente uma pena de prisão, para posteriormente, se preenchidos os requisitos legais, substituí-la por pena restritiva de direitos; c) conversibilidade em prisão: a conversibilidade da pena restritiva de direito em pena de prisão, ocorre na fase de execução da pena e decorre do “[...]”

descumprimento injustificado da restrição imposta, ou quando sobrevier condenação a pena de prisão por outro crime, desde que não seja possível o cumprimento simultâneo das sanções” (ESTEFAM, 2017, p. 373).

São requisitos para a substituição de prisão por pena restritiva de direitos nos crimes dolosos: a) a pena imposta não pode ultrapassar quatro anos; b) o crime não pode ter sido praticado com violência (real) ou grave ameaça contra a pessoa; c) que o réu não seja reincidente em crime doloso; d) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. “Nos crimes culposos, não se exige qualquer requisito, além da verificação das circunstâncias judiciais [...] A reincidência [...] somente figura como obstáculo à medida se o agente for reincidente em crime doloso” (ESTEFAM, 2017, p. 375). Aqui precisa adicionar que pode haver a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, desde que o indivíduo não seja reincidente específico e o juiz entenda que a medida é socialmente adequada.

A prestação de serviço à comunidade, consiste na realização de serviços que beneficiem a comunidade e instituições públicas, como escolas, hospitais e etc. A prestação de serviço à comunidade, espécie das penas restritivas de direito, é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação de liberdade. Já a prestação pecuniária “consiste no pagamento em dinheiro para a vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, [...] fixada pelo juiz” (CUNHA, 2017, p. 484-485).

A perda de bens e valores se dá através do perdimento do produto ou lucro obtido através do crime, ou o montante do prejuízo causado, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, conforme enuncia o art. 45, § 3º do Código Penal. Sobre o tema, melhor explica Bitencourt:

Há duas distinções básicas entre ‘confisco-pena’ e ‘confisco-efeito da condenação’: 1ª) o *confisco-efeito* destina-se à União, como receita não tributária, enquanto o *confisco-pena* destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional; 2ª) o objeto do *confisco-efeito* são os instrumentos e produtos do crime (art. 91, II, do CP), enquanto o objeto do confisco-pena é o patrimônio pertencente ao condenado (art. 45, §3º, do CP). Não é, lamentavelmente, nem a reparação do prejuízo causado nem o proveito do crime. Esses dois –

prejuízo causado e proveito do crime – servem apenas de parâmetro para o cálculo (BITENCOURT, 2012, p. 655-656).

Por sua vez, a limitação de fins de semana resulta na obrigação do condenado de permanecer nos sábados e domingos, durante cinco horas diárias em casa de albergado ou outro estabelecimento destinado para este fim, conforme prevê o artigo 48 do Código Penal. O juiz na sentença deverá informar o local no qual o apenado deverá comparecer para o cumprimento dessa medida.

Já a interdição temporária de direitos consiste em cinco espécies, conforme descrito no artigo 47 do Código Penal: a) proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; b) Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público. “Essas duas primeiras são específicas só podendo ser aplicadas aos crimes cometidos no exercício de cargo, função, atividade, profissão ou ofício, com violação de deveres a estes inerentes” (CUNHA, 2017, p. 487), conforme o artigo 56 do Código Penal. São as demais espécies: c) a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículos (art. 47, inciso III, do Código Penal. Há uma observação pertinente quanto a esta espécie, pois, foi tacitamente revogada pelo Código de Trânsito Brasileiro, a Lei nº 9.503/97; d) proibição de frequentar determinados lugares; e) proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

A multa, também conhecida como uma forma de sanção, está prevista no artigo 32 do Código Penal, estando seu regramento previsto no artigo 49 e ss do mesmo Estatuto Repressivo. “ A prestação pecuniária não se confunde com a pena de multa” (CUNHA, 2017, p. 437). Sobre as espécies de pena de multa, disserta Estefam:

Há duas espécies de pena de multa na legislação penal: a) a *cominada diretamente no preceito secundário* do tipo penal incriminador (exs: arts. 155 a 158, 168 e 171 do CP); b) a *multa substitutiva ou vicariante*, imposta em substituição a uma pena privativa de liberdade (art. 44, §2º, do CP), que pode ser *isolada* (quando a pena de prisão não ultrapassar um ano, ou *cumulada*, quando superior a este patamar, mas inferior a quatro anos) (ESTEFAM, 2017, p.387).

Examinadas as espécies e modalidades de prisão previstas no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que além da pena privativa de liberdade, existem medidas alternativas à prisão. Para melhor compreender como se dá a aplicação da

pena, bem como, de que modo se inicia o seu cumprimento, se faz necessário uma análise nesse sentido.

3.3.2 Aplicação da pena e regime inicial de cumprimento

O Código Penal brasileiro adotou o sistema trifásico para a realização do cálculo/aplicação da pena privativa de liberdade. Na primeira fase da dosimetria da pena utiliza-se os critérios (circunstâncias judiciais) previstos no artigo 59 do Código Penal, para, a partir da análise dessas circunstâncias, se estabelecer uma pena-base. Após a fixação da pena base, parte-se para a segunda fase da dosimetria da pena, onde irá incidir as circunstâncias agravantes e atenuantes (se houver), previstas no artigo 61 ao 66 do Código Penal. Seguidamente, passa-se à análise das causas de diminuição e aumento da pena, no qual estão previstas tanto na Parte Geral como na Parte Especial do Código Penal (CUNHA, 2017, p. 441).

Analisadas todas as fases da dosimetria da pena, chegando-se ao *quantum* estabelecido, o juiz irá anunciar, na sentença, o regime inicial de cumprimento da pena, “[...] bem como a possibilidade (ou não) de substituição da pena por medidas alternativas (restritivas de direito, multa ou suspensão condicional da execução da pena – *sursis*)” (CUNHA, 2017, p. 441).

São três os regimes iniciais de cumprimento da pena, o regime fechado, o regime semiaberto e o regime aberto. O regime fechado deve ser cumprido em penitenciária, sendo este regime o mais gravoso. O artigo 34, §1º, do Código Penal prevê que o preso deverá, em regra, ficar sujeito ao trabalho durante o dia e ao isolamento durante a noite. O trabalho deve ser realizado dentro do próprio estabelecimento prisional, observadas as aptidões do apenado, quando possível. Excepcionalmente o juiz pode autorizar o trabalho externo do apenado, observados os critérios do artigo 34, §1º do CP e art. 37 da LEP, dentre as principais, a demonstração de aptidão do condenado ao trabalho que será submetido, que tenha cumprido um sexto da pena e que o trabalho seja realizado em obras ou serviços públicos. De acordo com o instituto da remição, a cada três dias trabalhados o preso resgata um dia de pena, conforme previsto no artigo 126, § 1º, inciso II da LEP. Cabe

referir que há também a remição pelo estudo, conforme enuncia o artigo 126, § 6º da LEP, e a remição pela leitura, conforme entendimento consolidado no HC 312.486/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Dje 22/06/2015 (CUNHA, 2017, p. 475).

O regime semiaberto, conforme previsto na Lei de Execução Penal, deve ser cumprido em colônia agrícola. O trabalho deverá ser realizado durante o período diurno, dentro do estabelecimento acima referido. “Admite-se, por fim, mesmo que fora do estabelecimento prisional, a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, art. 35, §2º, CP” (CUNHA, 2017, p. 477).

O regime aberto é baseado no autocontrole e responsabilidade do condenado, conforme enuncia o artigo 36 do Código Penal. O condenado deverá trabalhar durante o dia e permanecer recluso durante o período noturno e nos dias de folga, conforme mencionado no artigo 36, §1º, do Código Penal. “O recolhimento dar-se-á, em regra, no estabelecimento denominado Casa de Albergado” (CUNHA, 2017, p. 477). Em não havendo casa de albergue, poderá permanecer em estabelecimento próprio para essa finalidade, ou então, conforme as condições do apenado, poderá permanecer em prisão domiciliar, art. 117, da LEP (CUNHA, 2017, p. 478). É possível a concessão de prisão domiciliar ao condenado com mais de 70 anos de idade; portador de doença grave; tiver o condenado filho deficiente mental ou físico que dele dependa, ou ser condenada gestante.

No que pertine ao regime inicial de cumprimento de pena, vale ressaltar importante observação, na lição de Estefam:

Na falta de estabelecimento adequado (p. ex., inexistência de Casa de Albergado na comarca), segundo entendem nossos Tribunais Superiores, não se pode permitir que o sentenciado permaneça em regime mais rigoroso do que aquele a que faz jus. Cabe, portanto, ao Juízo das Execuções determinar sua colocação em regime mais benéfico ou, se for o caso, em prisão-albergue domiciliar (ESTEFAM, 2017, p. 358).

Quando se tratar de pena superior a oito anos, o regime inicial de cumprimento da pena será o fechado. Quando a pena for superior a quatro anos e não exceder a oito anos, poderá ser fixado o regime inicial semiaberto, isto se o criminoso for primário, caso contrário, se reincidente, o regime inicial deverá ser o fechado. Quando a pena for igual ou inferior a quatro anos, o regime de cumprimento será o aberto,

condicionado, a depender da primariedade do condenado, pois, se reincidente, o regime inicial poderá ser o semiaberto ou fechado, observadas as circunstâncias judiciais do agente (CUNHA, 2017, p. 478).

A partir da abordagem realizada, observa-se que como se dá a aplicação da pena em nosso ordenamento jurídico e, também, como funcionam os regimes iniciais de cumprimento das penas, a partir do *quantum* da pena aplicada.

3.3.3 O Instituto da suspensão condicional da pena (*sursis penal*)

A fim de evitar que o condenado seja recolhido à prisão, nosso ordenamento jurídico, nos arts. 77 a 82 do Código Penal e arts. 156 a 163 da Lei de Execução Penal, prevê o *sursis penal*, no qual suspende por determinado período a execução da pena privativa, sob determinadas condições (CUNHA, 2017, p. 502). Nesse mesmo sentido, Cunha:

[...] o terceiro é o franco-belga, adotado pelo CP nos artigos 77 a 82 do Código Penal. Nesse sistema, a ação penal segue o seu curso regular com a condenação e imposição da pena privativa de liberdade para, em momento imediatamente posterior, serem estabelecidas condições previstas em lei às quais deverá o condenado se submeter para alcançar a extinção da sanção imposta. (CUNHA, 2017, p. 504).

O legislador retrata quatro espécies de *sursis*, sendo eles o *sursis simples*, previsto no artigo 77, c/c o artigo 78, §1º, ambos do Código Penal, o *sursis especial*, previsto no artigo 77, c/c o artigo 78, § 2º, ambos do Código Penal, o *sursis etário*, previsto no artigo 77, § 2º, 1ª parte, do Código Penal e o *sursis humanitário*, previsto no artigo 77, § 2º, 2ª parte do Código Penal (CUNHA, 2017, p. 504).

O *sursis etário* beneficia o condenado com mais de setenta anos. No *sursis humanitário* se beneficia o condenado que, por razões de saúde, é impossibilitado o tratamento de doenças no regime prisional. No *sursis simples* e especial, a pena privativa de liberdade que será suspensa não poderá ser superior a dois anos, incluindo-se o concurso de crimes. O período de prova será de dois a quatro anos. No *sursis humanitário* e etário, a pena que será suspensa não poderá ultrapassar quatro

anos, incluindo-se também o concurso de crimes, variando o período de prova entre quatro a seis anos (CUNHA, 2017, p. 504). No mesmo sentido, complementa Cunha:

Deve-se atentar para a possibilidade de leis especiais disporem de forma específica sobre o instituto [...]. No “sursis” simples, no primeiro ano do período de prova, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 78, § 1º). No sursis especial, porque o condenado reparou o dano ou demonstrou impossibilidade de fazê-lo, se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do art. 78, §1º, pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: (A) proibição de frequentar determinados lugares; (B) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; **(C)** comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (art. 78, § 2º). Nos demais (etário e humanitário), as condições a serem cumpridas no primeiro ano de período de prova vão depender se o beneficiário reparou ou não o dano resultado do crime. A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado (art. 79 do CP). [...] Só poderá valer-se da medida alternativa do “sursis”: (A) o condenado não reincidente em crime doloso (art. 77, I); A pena de multa anteriormente imposta não impede que seja concedida a suspensão (art. 77, § 1º, CP). Ratificando o teor legal a súmula nº 499 do STF prescreve que “*Não obsta à concessão do sursis a condenação anterior à pena de multa*”. (B) Quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício (art. 77, II); (C) Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código (art. 77, III, Código Penal) (CUNHA, 2017, p. 505).

Ocorrerá a revogação da suspensão condicional da pena quando o beneficiário for condenado em sentença não recorrível por crime doloso; quando o beneficiário frustrar a execução da pena de multa ou não a efetuar, sem qualquer motivo justificável, a reparação do dano; quando o beneficiário descumpra as obrigações de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana. A revogação facultativa do benefício consiste nas hipóteses em que o beneficiário descumpra qualquer outra condição imposta no feito da concessão do benefício, conforme o artigo 78, § 2º, ou art. 79, ambos do Código Penal; quando o favorecido é condenado, em sentença irrecorrível, por crime culposo ou contravenção penal, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, conforme previsto no art. 81, § 1º, do Código Penal (CUNHA, 2017, p. 508).

A cassação do benefício se dará pelo não comparecimento injustificado do beneficiário na audiência admonitória; pelo provimento de recurso da acusação contra a concessão do benefício; quando o condenado na audiência recusar as condições

impostas. Vale ressaltar que a cassação ocorre anteriormente ao início do cumprimento do *sursis* (CUNHA, 2017, p. 509).

As hipóteses de prorrogação do benefício ocorrem quando for facultativa a revogação e o juiz preferir estender o período de prova até o máximo, evitando assim o cancelamento do benefício, conforme artigo 81, § 3º do Código Penal; quando o favorecido esteja sendo processado por outro crime ou contravenção, conforme prevê o artigo 81, § 2º, do Código Penal. Nesse caso a prorrogação será automática e perdurará até o final definitivo do julgamento (CUNHA, 2017, p, 509).

Já a extinção ocorre conforme dispõe o artigo 82 do Código Penal, quando decorrido o prazo sem que haja a revogação do benefício, considerar-se-á extinta a pena privativa de liberdade (CUNHA, 2017, p. 509).

3.3.4 O Instituto do Livramento Condicional

Esse instituto proporciona a “[...] antecipação da liberdade do sentenciado, em cumprimento de pena de prisão, de modo a readaptá-lo ao meio social” (ESTEFAM, 2017, p. 457).

Para que o condenado seja beneficiado pelo livramento condicional, deve se atentar para alguns requisitos, quais sejam: a) condenação à pena privativa de liberdade por período igual ou superior a dois anos; b) reparação do dano causado à vítima, salvo quando for impossível fazê-lo (ESTEFAM, 2017, p. 459); c) o cumprimento mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; d) cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; e) comprovado: I. bom comportamento durante a execução da pena; II. Não cometimento de falta grave nos últimos doze meses; III. Bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; IV. Aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto; f) se cumpridos mais de 2/3 da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza, conforme enuncia o artigo 83 e seus incisos, do Código Penal.

Quanto ao livramento condicional aplicável aos delitos previstos nos artigos 33, caput, § 1º, 34 a 37 da Lei nº 11.343/2006, será regulado pelo artigo 44 do mesmo Estatuto Repressivo. “De acordo com a norma especial, dar-se-á livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico” (ESTEFAM, 2017, p. 460).

Quanto à revogação do livramento condicional, disserta Estefam:

A revogação obrigatória dá-se com a superveniência de condenação transitada em julgado, impondo pena privativa de liberdade, tenha o crime sido praticado antes ou durante o período de prova do livramento condicional. [...] *A revogação facultativa* ocorre com a condenação irrecorrível, por crime ou contravenção penal, desde que tenha sido aplicada pena alternativa. Dá-se também com o descumprimento das condições impostas pelo juiz das execuções, sejam as legais (LEP, art. 132) ou as judiciais (CP, art. 85). Efeitos da revogação do livramento [...] a) a expedição de mandado de prisão, para que o restante da pena privativa de liberdade seja cumprido no cárcere; b) a impossibilidade de se computar o período de prova no quinquênio depurador da reincidência – art. 64, I, do CP (isto é, no prazo de cinco anos em que a condenação anterior deixa de gerar a recidiva); c) a vedação do cômputo do período de prova no prazo mínimo para pleitear reabilitação criminal (art. 94, caput, do CP). (ESTEFAM, 2017, p. 461).

Com base nos dois últimos institutos acima estudados, do *sursis* e do livramento condicional, constata-se que essas unidades são responsáveis por evitar que o condenado seja posto em regime prisional, surgindo assim a possibilidade de haver um “cumprimento de pena” fora do cárcere, desde que observados os requisitos apresentados.

4 MEDIDAS DESPENALIZADORAS

As medidas despenalizadoras tem como objetivo aplicar uma penalidade ao indivíduo infrator, sem, no entanto, levá-lo ao cárcere, evitando assim a privação de sua liberdade. Serão estudadas a seguir quais são as medidas despenalizadoras adotadas no nosso ordenamento jurídico, da mesma forma, como ocorre a sua aplicabilidade.

4.1 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Também conhecido como procedimento sumaríssimo, o Juizado Especial Criminal possui previsão constitucional, conforme o artigo 98, inciso I, da CF/88, atribuindo-lhe a competência para a conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo (aquelas que possuem pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior a dois anos, cumulada ou não com multa – art. 61 da Lei 9.099/95) com a aplicação da composição civil dos danos, transação penal e, também, a suspensão condicional do processo, que se irradiam por todo o ordenamento jurídico. (BONFIM, 2019, p. 801).

4.1.1 Composição civil dos danos

O instituto da composição civil dos danos está, inicialmente, previsto no artigo 72 da Lei 9.099/95:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. (BRASIL, 1995)

Desse modo, a composição civil dos danos é materializada através de um acordo firmado entre o autor do fato e a vítima e que deverá ser homologado pelo juiz que preside a audiência preliminar. Assim, por decorrência da homologação do acordo, haverá renúncia ao direito de queixa, caso a infração penal apurada seja processada através de ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação (BONFIM, 2019, p. 806).

Entretanto, não havendo a composição civil, dar-se-á oportunidade a vítima para representar, verbalmente, contra o autor do fato. Outrossim, o ofendido poderá ajuizar ação civil de natureza indenizatória para receber os valores referentes aos danos sofridos pela infração, sem prejuízo do recebimento do valor acordado na composição civil dos danos. (BONFIM, 2019, p. 807).

4.1.2 Transação Penal

Sobre a transação penal, assim dispõe a Lei 9.099/95:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (BRASIL, 1995).

A transação penal é representada por uma proposta do Ministério Público, para a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa ao autor da infração. Entretanto, a referida proposta só ocorrerá caso não seja possível o arquivamento do feito, bem como, se trate de ação penal pública incondicionada ou, por fim, que haja representação em se tratando de ação pena pública condicionada à representação. (BONFIM, 2019, p. 807).

Prossegue, ainda, Bonfim:

Características: Trata-se de ato: a) bilateral; b) personalíssimo; c) formal; d) voluntário; e e) tecnicamente assistido. *Iniciativa:* cabe ao Ministério Público, com exclusividade. *Pressupostos:* além de se tratar de infração de menor potencial ofensivo, não poderá: I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 anos, pela aplicação de pena restritiva de direito ou multa, nos termos deste artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como, os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. (BONFIM, 2019, p. 816-817).

Resta ainda, tratar da última medida despenalizadora prevista na Lei 9.099/95, a suspensão condicional do processo.

4.1.3 Suspensão condicional do processo

O instituto da suspensão condicional do processo, também conhecido como *sursi* processual, encontra previsão legal no artigo 89, da Lei 9.099/95. Veja-se:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos. (BRASIL, 1995).

O instituto da suspensão condicional do processo se irradia para todo o ordenamento jurídico, sendo aplicável para as infrações penais que possuam pena privativa de liberdade mínima igual ou inferior a um ano, levando-se em conta para o cálculo, as causas de aumento e de diminuição presentes no caso concreto (DEZEM, 2017, p. 923).

Outra observação acerca da pena em abstrato para a incidência do *sursi* processual diz respeito à súmula 243 do STJ, para o qual, o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja no somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano. E, também, não menos importante, o verbete 723, do STF, para o qual, não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o amento mínimo de um sexto for superior a um ano. (DEZEM, 2017, p. 922-923).

Portanto, estando presentes os requisitos legais, o Ministério Público fará a proposta de suspensão, impondo o cumprimento de algumas condições, quais sejam: (i) reparação do dano, se possível; (ii) proibição de ausentar-se da Comarca sem autorização; (iii) comparecimento pessoal e obrigatório mensalmente; (iv) proibição de frequentar determinados lugares. (DEZEM, 2017, p. 924).

No mesmo sentido, prossegue, Dezem:

Aceita a proposta, o feito ficará suspenso por 2 a 4 anos, dependendo do que constar na proposta. Este período de suspensão é chamado de período de prova, ocasião em que também ficará suspensa a prescrição, nos termos do artigo 89, §6º. [...] Caso não haja revogação da suspensão condicional do processo, encerrado o período de prova deverá o juiz declarar extinta a punibilidade. [...] É importante notar que, em tese, assim que extinta a punibilidade pelo feito o acusado poderá se beneficiar novamente deste instituto. Isto porque não há a limitação de 5 anos existente para a transação penal. Digo em tese, pois pode não ser possível a suspensão condicional do processo por violação dos requisitos subjetivos. A lei prevê causas obrigatórias e causas facultativas de revogação da suspensão condicional do processo. Assim temos: a) causas obrigatórias de revogação (art. 89, §3º, da Lei 9.099/1995): se, “no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar sem motivo justificado, a reparação do dano”; b) causas facultativas de revogação (art. 89, §4º, da Lei 9.099/1995): “A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. Vencido o período de prova, os autos irão conclusos ao juiz, que remete os autos ao promotor. O promotor faz uma cota requerendo a vinda da folha de antecedentes atualizada. Caso não conste nenhuma anotação então será extinta a punibilidade. (DEZEM, 2017, p. 924-925).

4.1.4 Acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal foi criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, através da Resolução nº 181/17, posteriormente alterada pela Resolução nº 183/18, sendo transportados para o artigo 28-A do Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964/19 (CUNHA; PINTO, 2020, p. 182).

Entende-se como o acordo de não persecução penal um “tratado” realizado entre o Ministério Público e o investigado, este último acompanhado por um advogado ou defensor público, homologado pelo juiz.

Os pressupostos para que incida o acordo de não persecução penal devem ser cumulativos, sendo eles: a) existência de procedimento investigatório; b) não ser o caso de arquivamento dos autos; c) cominada pena mínima inferior a quatro anos e o

crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; d) o investigado tiver confessado formal ou circunstanciadamente a prática do crime (CUNHA; PINTO, 2020, p. 184).

As condições do acordo de não persecução penal estão previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal e são elas: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos de produto ou proveito do crime; c) prestar serviço à comunidade ou a entidades por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do artigo 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); d) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do artigo 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente como função, proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (CUNHA; PINTO, 2020, p. 185-186).

Sobre o não cabimento do instituto do acordo de não persecução penal, discorrem Cunha e Pinto:

O §2º impede o acordo de não persecução penal em determinadas hipóteses. Não cabe ANPP nos crimes de menor potencial ofensivo. As condições pessoais do investigado também podem servir de impedimento para o ajuste (reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas). O fato de o agente ter sido beneficiado anteriormente com o ANPP, transação penal ou suspensão do processo é igualmente um obstáculo. O tipo de delito pode impedir o ANPP. Crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, pouco importando o sexo da vítima, não merece o ANPP. Crime contra mulher por razões da condição de sexo feminino, ainda que cometido fora do ambiente doméstico e familiar também não. Ao lado dessas vedações, não se pode perder de vista o não cabimento de ANPP para crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Nesse ponto, como alertamos acima, a violência que impede o ajuste é aquela presente na conduta, e não no resultado. Logo homicídio culposo, por exemplo, admite o ANPP (CUNHA; PINTO, 2020, p. 187-188).

Quanto à formalidade do acordo, esta será efetuada nos autos do procedimento investigatório ou do Inquérito Policial, devendo constar a qualificação do acusado, as

condições e eventuais valores a serem restituídos, bem como as datas para que seja realizado o cumprimento. O benefício deverá ser estabelecido pelo membro do Ministério Público e pelo investigado, assistido pelo seu defensor. A vítima não participará do ato acordado, porém deverá ser intimada acerca da homologação do benefício, bem como, de eventual descumprimento (CUNHA; PINTO, 2020, p. 188).

Sobre a análise judicial do acordo de não persecução penal, dissertam Cunha e Pinto:

O juiz marca audiência para verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença de seu defensor, bem como sua legalidade. [...] A legalidade do ANPP também será objeto de análise judicial. [...] ao analisar o ANPP, o juiz pode: a) homologar o acordo de não persecução penal, devolvendo os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal (§6º). b) se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições disposta no acordo de não persecução penal, devolver os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta do acordo, com a concordância do investigado e seu defensor (§5º). Tendo a concordância do investigado, a hipótese é de retratação. Ou o Ministério Público reabre as negociações, ou oferece a denúncia-crime. c) se entender que não é caso de acordo, devolverá os autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia (§8º). (CUNHA; PINTO, 2020, p. 189).

Para que haja a extinção da punibilidade do acusado, é necessário que não haja o descumprimento das medidas estabelecidas, pois, em sendo descumpridas, o *Parquet* comunicará ao juiz para que ele rescinda o acordo, vindo posteriormente o membro do Ministério Público oferecer denúncia. Antes que seja decidido pela rescisão do acordo, o acusado deverá ser ouvido. Vale ressaltar que só haverá a rescisão quando o descumprimento for injustificado (CUNHA; PINTO, p. 190, 2020).

Quando cumpridas todas as medidas estabelecidas no acordo, será declarada extinta a punibilidade do réu. Cumpre mencionar que a prescrição não correrá enquanto não cumprido ou rescindido o acordo de não persecução penal, mantendo-se assim, suspensa a prescrição (CUNHA; PINTO, 2020, p. 191).

Com base no estudo das medidas despenalizadoras existentes em nosso ordenamento jurídico, observa-se que existe um vasto impedimento para que o acusado seja efetivamente recluso em um regime prisional, sendo-lhe ofertadas diversas oportunidades para corrigir o dano causado à terceiros, bem como, medidas correccionais, que evitam o cárcere.

4.2 PROGRESSÃO DE REGIME NO BRASIL

Passe-se agora à análise de como ocorre a progressão de regime no Brasil, quais os critérios para a execução da pena privativa de liberdade e qual o *quantum* de cumprimento dá direito ao réu a progressão de regime. Será abordado como era a progressão de regime antes da inovação da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “Lei Anticrime” e, após a vigência da mesma lei.

4.2.1 Progressão de regime antes da Lei nº 13.964/19

O artigo 112 da Lei de Execução Penal trata de como se dará a progressão de regime, vejamos o que dizia o dispositivo:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (BRASIL, 2003)

Conforme o enunciado acima, o réu desde que cumprido alguns requisitos, era transferido do regime mais gravoso para um regime menos rigoroso. Vale atentar que a progressão poderá se dar de ofício pelo juiz, mediante requerimento do Ministério Público, pelo advogado ou defensor público ou pelo próprio réu.

Para que houvesse a progressão do regime fechado para o regime semiaberto, era necessária a observação dos seguintes requisitos: a) condenação sem efeito suspensivo (ainda que houvesse pendência de recurso); b) cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior, devendo ser de 2/5 no caso de condenado a crimes hediondos e equiparados, se o apenado for primário, sendo de 3/5 se for reincidente; c) bom comportamento carcerário durante a execução; d) oitiva do Ministério Público e da defesa; e) a depender das peculiaridades do caso ou se tratando de crime hediondo, o juiz poderá, desde que fundamentadamente, requisitar exame criminológico. No mesmo sentido dispõe a súmula vinculante nº 26 e a súmula nº 439 do STJ (CUNHA, 2014, p. 119).

Em se tratando da progressão do regime semiaberto para o aberto, além dos requisitos acima mencionados, a Lei de Execução Penal exige que sejam observadas as condições e os pressupostos presentes nos artigos 113, 114 e 115 (CUNHA, 2014, p 120). É o que dispõem os artigos, respectivamente:

“Art. 113: O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo Juiz. Art. 114: Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; II – apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e sendo de responsabilidade, ao novo regime. Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei. Art. 115: O juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatória: I – permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II – sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III – não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV – comparecer ao Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado. (BRASIL, 2003)

Abstratamente falando, conforme disposto no artigo 33, §2º, alíneas *a b e c*, do Código Penal, o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la no regime fechado. O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto. O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

4.2.2 Progressão de regime na vigência da Lei nº 13.964/19

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.964 em 2019, o artigo 112 da Lei de Execução Penal foi alterado, dispondo que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, sendo o condenado transferido de regime mais gravoso para regime menos gravoso, sempre determinado pelo juiz da vara de execução penal, observado cada caso concreto.

Para que o condenado venha a ter o direito de progressão de regime, é necessário que ele cumpra os requisitos objetivo e subjetivo. O requisito objetivo diz respeito ao tempo decorrido, ou seja, o período de tempo em que houve o cumprimento da pena pelo condenado. O requisito subjetivo se refere ao

comportamento do condenado no sistema carcerário, sendo necessário para a progressão de regime que ele tenha tido um bom comportamento, seguido pelo aval do diretor da prisão. Veja-se como ficou o artigo 112 da LEP:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (BRASIL, 2019)

Conforme exposto no dispositivo acima, observa-se que a mudança que a mudança se deu em relação ao critério objetivo para a progressão de regime, ou seja, o cumprimento da pena pelo tempo decorrido, cada qual com sua peculiaridade. O reeducando para progredir do regime fechado para o semiaberto deve cumprir parcela da pena no regime mais rigoroso, variando esse tempo conforme a natureza do delito e as condições pessoais do beneficiário (CUNHA; PINTO, 2020, p. 2047).

A partir da análise de como ocorre a progressão de regime no Brasil, verifica-se que é dada a benesse ao condenado de progredir de regime, face o cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo, sendo lhe dada a oportunidade, muitas vezes, de cumprir a pena longe do cárcere.

4.3 EXAME DA CRIMINALIDADE NO BRASIL

Há uma série de delitos no Brasil que se quer chega ao conhecimento das autoridades competentes. Esse evento é conhecido popularmente como “Cifra Negra”,

no qual se refere, como citado anteriormente, à porcentagem de delitos não solucionados, e/ou desconhecidos, podendo assim se dizer que os níveis de criminalidade são maiores do que aqueles que são de fato registrados.

4.3.1 ESCLARECIMENTO DOS DELITOS NO BRASIL

Como apontado acima, existe um vasto cometimento de crimes cometidos no Brasil no qual não se toma conhecimento de sua ocorrência pelas autoridades aptas a solucioná-los. Isso se dá principalmente pela omissão das vítimas em relatarem o ocorrido, abrindo mão de direitos penalmente tutelados.

Dados do Meta 2: A impunidade como alvo, diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil, dispõe que:

O índice de elucidação dos crimes de homicídio é baixíssimo no Brasil. Estima-se, em pesquisas realizadas, inclusive a realizada pela Associação Brasileira de Criminalística, 2011, que varie entre 5% e 8%. Este percentual é de 65% nos Estados Unidos, no Reino Unido é de 90% e na França é de 80%. [...] o País tem o maior número absoluto de homicídios do mundo (43.909 em 2009), mais do que a Índia (40.752 em 2009), que tem o equivalente a cinco vezes a nossa população e maior volume de pessoas vivendo abaixo da linha da miséria. (ENASP, 2012, p. 22).

Ainda, da análise de um crime em específico, estima-se que apenas um em cada 53 roubos registrados tem a sua autoria esclarecida no estado do Rio de Janeiro (PESSI, 2018, p. 103).

De acordo com o Diagnóstico de Investigação de Homicídios da ENASP, no período compreendido como pouco mais de 15 anos, cerca de 700 mil homicídios cometidos no Brasil sequer foram denunciados (PESSI, 2018, p.107).

Os dados acima demonstram uma deficiência na elucidação de crimes em nosso país, seja pela omissão das vítimas em denunciar às autoridades, seja pela impossibilidade de desvendar a autoria.

4.3.2 CRIMINALIDADE NO BRASIL

Conforme abordado anteriormente, o Brasil possui uma baixa taxa de elucidação de delitos cometidos, o que por si só pode gerar grande insegurança na sociedade. Feito isso é necessária a abordagem dos dados sobre a criminalidade no Brasil, a exemplo, a partir da incidência de crimes específicos.

A incidência de altos índices de criminalidade no Brasil fica evidente quando da análise da ocorrência em números, especificamente do delito de roubo, tendo um total de 1.761.700 no ano de 2016, sendo essa somatória uma constatação somente nas capitais brasileiras e, a ocorrência de 1.703.872 no ano de 2017, dados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

O número de incidência do crime de homicídio no Brasil é também catastrófico, no ano de 2016 foram 61,6 mil mortes violentas. Em 2017 foram 63,9 mortes violentas. O número de estupros no ano de 2016 totalizou 55.070 vítimas e, no ano de 2017 61.032 vítimas, conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

Esses dados são da análise de três tipos penais apenas, dentre centenas que existem em nosso ordenamento jurídico. Vale lembrar que o número é muito maior se levarmos em conta a deficiência na elucidação dos delitos, onde a sua maioria não chega ao conhecimento das autoridades competentes.

Segundo a Organização Mundial da Saúde, no ano de 2018 o Brasil figurava na 9ª posição dentre os países mais violentos do mundo. De acordo com a reportagem do site “Notícias R7”, a agência da ONU relatou que a cada 100 mil pessoas, 31,1 são mortas, colocando o Brasil como nono país mais violento do mundo. A ONU revelou ainda que as taxas brasileiras são cinco vezes a média mundial de homicídios e, que a média é de 6,4 homicídios para cada 100 mil habitantes, um quinto dos números brasileiros.

Outro fato que chamou a atenção da agência, é que o número de homicídios no continente americano se aproxima ao total de vítimas de guerras pelo mundo, tendo sido mortas no ano de 2016, cerca de 180 mil pessoas em conflitos armados nos cinco continentes. No período correspondente entre o ano de 2012 e 2016, as guerras geraram a morte de 2,5 pessoas por 100 mil habitantes no mundo.

De acordo com o Diagnóstico de Investigação de Homicídios da ENASP, no período compreendido como pouco mais de 15 anos, cerca de 700 mil homicídios cometidos no Brasil sequer foram denunciados (PESSI, 2018, p.107).

Ainda, conforme dados apontados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, no período compreendido entre 2017 e 2018, a cada 23 assassinatos, um se tratava de latrocínio. Em termos de movimento e tendência, 2.486 pessoas foram vítimas de latrocínio em 2017 e em 2018, foram 1.929 vítimas.

De acordo com o 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, foram registrados 490.956 roubos e furtos de veículos no Brasil no ano de 2018. Isso corresponde a 33,26% de todos os crimes patrimoniais registrados no período, totalizando um equivalente a mais de mil e trezentos roubos e furtos por dia, e a cinquenta e sete veículos roubados e furtados por hora (quase um por minuto).

Cabe salientar, por oportuno frente a abordagem, que a pena no Brasil não é aplicada em mais de 90% dos casos, devendo ainda ser considerado as absolvições e as subnotificações de crimes (PESSI, 2018, p. 69).

A partir dos dados acima apresentados, observa-se que o Brasil possui uma taxa de criminalidade muito alta, produzindo mais mortes em solo nacional, do que as guerras geraram no mundo inteiro.

4.3.3 POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

A partir da análise da incidência de delitos específicos no Brasil, assim como, da elucidação de sua autoria e tomada de conhecimento pelas autoridades competentes, é imperioso o estudo acerca da população carcerária em nosso país.

Primeiramente, é importante mencionar que o Brasil atualmente figura como o sexto país mais populoso do mundo, conforme dados da Organização das Nações Unidas (ONU). No ano de 2012, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública anunciou em sua pesquisa que o Brasil figurava como o 4º país que mais encarcera no mundo. À época, o Brasil figurava como o 5º país mais populoso do mundo. De acordo com o jornalista Felipe Moura Brasil, em entrevista à Veja, em termos proporcionais, o país

figurava à época em 34º lugar na lista do Centro Internacional de Estudos Prisionais. No ano de 2016, o Brasil ocupava o 30º lugar, enquanto Cuba, paraíso terrestre do garantismo penal, figurava em sétimo (PESSI, 2018, p. 70).

O Centro Internacional de Estudos Prisionais (ICPS, na sigla em inglês), é responsável pelos rankings absoluto e relativo. Aponta o jornalista Felipe Moura Brasil que nos dados do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), nunca são comparadas em relatórios as taxas de criminalidade existentes no Brasil e em outros países. Conforme disserta na Veja, o jornalista mostra que o Infopen apresenta um panorama geral da situação prisional dos vinte países com maior número de presos no mundo, conforme a figura abaixo:

3.1. Contextualização do sistema prisional brasileiro no mundo
Figura 1. Informações prisionais dos vinte países com maior população prisional do mundo

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos sem condenação
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.657.812	119	-	-
Rússia	673.818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607.731	300	161,00%	41,00%
Índia	411.992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308.093	457	133,90%	20,60%
México	255.638	214	125,80%	42,00%
Irã	225.624	290	161,20%	25,10%
Indonésia	167.163	66	153,00%	31,90%
Turquia	165.033	212	101,20%	13,90%
África do Sul	157.824	290	127,70%	26,00%
Vietnã	142.636	154	-	12,80%
Colômbia	116.760	237	149,90%	35,20%
Filipinas	110.925	113	316,00%	63,10%
Etiópia	93.044	111	-	14,00%
Reino Unido	85.704	149	111,60%	14,40%
Polônia	78.139	203	90,20%	7,70%
Paquistão	74.944	41	177,40%	66,20%
Marrocos	72.816	221	157,80%	46,20%
Peru	71.913	232	223,00%	49,80%

Fonte: elaboração própria com dados do ICPS. Último dado disponível para cada país⁷

7. Disponível em www.prisonstudies.org, acessado em maio de 2015 (maioria dos dados de 2013 e 2014).

Figura 01 – Tabela de taxas da população carcerária mundial
 Fonte: PRISON STUDIES (2013 e 2014).

A partir da imagem acima, o jornalista explica que o relatório dá margem à confusão, pois indica a posição do Brasil em números de presos por 100 mil habitantes, não no ranking de todos os países do mundo, mas nos 20 países com maior número absoluto de presos e, esses 20 países não são necessariamente os que têm maior número de presos por 100 mil habitantes. Assim, aponta Felipe Moura Brasil, que na lista correta do ICPS, os Estados Unidos está em 2º, Rússia em 8º e Tailândia em 10º, também estão, obviamente, na frente do Brasil, com a diferença de

que há mais algumas dezenas de países à frente do nosso, que não constavam na figura do relatório.

Em estudo comparativo internacional com os demais países, através do sítio eletrônico “prisonstudies.org”, constatou-se que o Ministério da Justiça, no ano de 2016, procurou impulsionar a posição do Brasil no comparativo, não respeitando os critérios adotados pelo instituto. Nas palavras de Bruno Carpes “[...]o estudo global considera corretamente como preso, somente aquele que se encontra em regime integralmente fechado; e como preso provisório somente aquele que se encontra aguardando julgamento (CARPES, 2017, p. 378).

De acordo com o relatório do CNMP, dentre os presos provisórios e no regime integralmente fechado, o Brasil possuía em 2016 456.108 presos e não 622.202, conforme o Ministério da Justiça havia informado. Essa diferença influencia na taxa de presos a cada 100 mil habitantes. Se adotado o critério dos demais países, o Brasil passaria para a 60ª posição mundial e na 8ª posição na América do Sul (dentre 13 países), sendo 224 presos a cada 100 mil habitantes. Importante mencionar que no segundo semestre de 2014, enquanto 279.912 pessoas ingressaram no sistema prisional, saíram praticamente 200.00 pessoas (CARPES, 2017, p. 379). No mesmo sentido contempla o autor, Carpes:

Ainda, ambos os relatórios consideram presos provisórios todos aqueles sem julgamento transitado em julgado, apresentando percentuais que oscilam entre 35% e 36%, taxas menores que as de Suíça e dos Países Baixos, e em paridade com a Itália, todos países que não utilizam o nosso critério alargado. Não obstante a falta de critério equânime adotado pelos órgãos oficiais, segundo o próprio comparativo global, o país ocupa a 117ª posição em número de presos provisórios para cada 100.000 habitantes. Por fim, em meio ao relatório do Infopen encontra-se o percentual de 26% para presos provisórios sem julgamento há mais de 90 dias, critério praticamente similar ao adotado pelos demais países. Por óbvio, pois, o número de presos provisórios não pode ser causa de preocupação para as autoridades brasileiras e os “especialistas” (CARPES, 2017, p. 379).

Em estudo realizado pelo juiz de direito Aylton Cardoso de Vasconcellos no Estado do Rio de Janeiro, constatou que os processos de réus soltos correspondiam a 94,64% do total, em 90,33% dos processos criminais encerrados em 2015, não houve imposição de pena criminal por sentença condenatória, 52,07% dos presos provisórios já haviam sido julgados em primeiro grau (CARPES; PESSI, 2018).

A partir de todo estudo e dados apresentados neste capítulo, verifica-se que o Brasil enfrenta muitos problemas com os altos índices de criminalidade, no qual a atenção deveria se dar na solução desses delitos e em uma efetiva punição.

5. CONCLUSÃO

Os estudos realizados na seara criminal, precisamente das matérias jurídicas do Direito Penal e Processual Penal demonstram qual a visão do Garantismo Penal acerca do cometimento de um crime e a figura do criminoso, seja pelos motivos que o levaram a delinquir, seja pela sua posição na relação processual penal.

O Garantismo Penal se utiliza da premissa de que o delinquente é a vítima do processo legal, pois, como visto no capítulo inaugural deste trabalho, se trata de um sujeito vítima de uma sociedade que lhe negou oportunidades de crescimento na vida. Ferrajoli em sua obra cita Karl Marx, legitimando que a sociedade deve buscar a igualdade de classes, mesmo que para isso seja necessário delinquir. O delito seria a revolução pela qual se busca a igualdade.

Partindo da premissa de que para o criminoso lhe restou apenas a delinquência, quando viola as leis penais, está em verdade fazendo justiça social, jogando para a vítima a culpa por seus próprios atos, isentando-se de sua responsabilidade social mesmo que agindo por livre arbítrio.

Ferrajoli não enxerga a pena como o resultado de um mal injusto provocado contra a sociedade, defendendo quaisquer outras soluções para esse problema, desde que ao delinquente não sobrevenha sentença que o prive de sua liberdade.

O que se observa é que existe uma proteção exacerbada e desproporcional em relação ao criminoso pelos adeptos do garantismo penal, onde a vítima parece não existir. Se fosse verdade que todas as pessoas pobres necessitassem delinquir, então o número de delitos e criminosos em nosso país seria muito maior, pois, qualquer indivíduo morador de comunidades pobres e favelas seria considerado delinquente pela sua classe social.

Por óbvio as garantias e direitos fundamentais dos indivíduos devem ser observados dentro de um processo jurídico, porém, mantendo a devida proporcionalidade, não apenas tutelando os direitos do acusado, mas também os direitos das vítimas, vítima real na relação processual, aquela que teve bens jurídicos violados. O Estado deve proteger a sociedade contra qualquer tipo de arbitrariedade praticada por terceiros, proporcionando a devida proteção à sociedade.

A evolução da pena, como mostrado no segundo capítulo, nos revela que a sociedade evoluiu com o tempo, buscando aplicar a justiça àqueles que delinquem com moderação e simetria. Não se admite mais a vingança privada e a vingança divina, essas foram evoluindo até que o poder de punir fosse exclusivamente do Estado. Com a evolução das escolas penais é que se teve a devida proporção na aplicação de punição àquele que infringe a lei.

Quando a um sujeito é aplicada uma pena, antes da imposição dessa sanção lhe foi oportunizado um devido processo legal, onde foram observados a autoria e a materialidade da infração, bem como, toda a estrutura que compõe a teoria tripartida do crime. Esse mesmo sujeito teve direito a todos os meios de defesa e provas. Então, depois de todo o trâmite processual legalmente e estritamente seguido, não se pode falar em ilegalidade da pena imposta, do contrário, seria subverter por completo a lógica da repressão penal estatal, recaindo-se, apenas, punição sobre a vítima, a qual fora obrigada a suportar o ato criminoso.

Com o exame das penas previstas em nosso ordenamento jurídico, os critérios de cumprimento de pena, regimes iniciais para o cumprimento da pena, progressão de regime, assim como as medidas despenalizadoras, frente a grande incidência do cometimento de delitos específicos como o roubo, estupro, homicídio, latrocínio e furto de veículos, pode-se inferir que em nosso país temos um sistema penal leniente com o criminoso. O sistema progressivo permite que criminosos sejam postos à rua antes mesmo de cumprirem toda a pena.

A leniência penal não é a única causa para que a sociedade brasileira vivencie a impunidade, outro fator é a baixa elucidação de crimes, como exemplificado no presente trabalho o delito de homicídio, que tem menos de 8% de elucidação. Outro exemplo é o delito de roubo que, como já citado, no Estado do Rio de Janeiro um a cada 53 roubos têm sua autoria desvendada.

Alguns afirmam que no Brasil existe um encarceramento em massa, quando na verdade se trata de uma afirmação equivocada. Há vários critérios como foram apontados anteriormente, que deixaram de ser avaliados ou que foram propositalmente conduzidos a erro, como por exemplo a contabilização do número de presos em delegacias (37.444 “presos”). O Instituto Internacional Prison Studies é um órgão responsável pela análise e contabilização de sistemas penitenciários do mundo inteiro. O Ministério da Justiça, ao enviar os dados sobre a população carcerária a esse órgão, não observou os critérios utilizados pelo instituto. O Prison Studies considera como preso somente aquele indivíduo que se encontra em regime integralmente fechado e como provisório o que aguarda julgamento. Assim, enquanto o órgão federal do Ministério da Justiça informa 622.202 presos, o Conselho Nacional do Ministério Público informa no mesmo período (ano de 2016) 557.310 presos. Quem informa o número de presos ao CNMP são os membros do Ministério Público, no qual são os responsáveis por fiscalizar mês a mês os estabelecimentos prisionais.

Se levados em consideração os critérios a partir do número de presos provisórios e no regime fechado, no ano de 2016 contabilizaria o total de 456.108 presos. Esse critério é adotado pelos demais países quando da contagem de presos, assim, o Brasil passaria a figurar a 60^o mundial, com 224 presos para cada 100.000 habitantes. Antes, com critérios que não são aceitos mundialmente, o Brasil figuraria em terceiro lugar em números absolutos de encarceramento.

A partir da pesquisa realizada é possível contemplar que em verdade não existe um superencarceramento no Brasil, apenas a narrativa de que o país prende demais. Ainda, se levarmos em consideração a quantidade de crimes praticados anualmente e que efetivamente levam o indivíduo que o praticou ao encarceramento, ainda assim poderíamos concluir a pouca efetivação da punição.

É verdade que o sistema carcerário brasileiro se encontra em condições extremamente precárias, e é verdade também que os governantes não destinaram os fundos do FUNPEN àquilo que realmente deveria ser investido, no sistema penitenciário. Cabe a todo cidadão em conjunto com juristas e pensadores do Direito cobrar uma melhoria nas prisões brasileiras, não apenas denunciar a falha do sistema penitenciário como escopo para o desencarceramento.

Outra possível solução seria a efetivação de uma prisão mais longa, proporcionando uma pena satisfatória de acordo com o delito cometido, mantendo o real propósito da pena em seu caráter retributivo e repressivo. O sistema penal brasileiro não deveria funcionar como uma porta giratória, onde o cumprimento mínimo da pena legitima a soltura de bandidos diariamente. O crime não pode representar uma compensação para aquele que o pratica, e a sociedade não pode continuar pagando por essa vantagem aos criminosos.

O discurso de que o problema para a criminalidade é o sistema prisional não parece lógico diante da pesquisa apresentada. O que agrava o problema da criminalidade é a leniência penal, as inúmeras benesses oferecidas aos réus, que veem no crime uma oportunidade de adquirir vantagens facilmente. Se a prática de delitos compensa, então é melhor continuar delinquindo do que exercer um trabalho digno.

Os três Poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário) juntos devem buscar medidas adequadas à solução da criminalidade, uma sociedade perfeita está longe da realidade, mas um corpo social mais protegido e seguro é algo que não precisa estar tão distante.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Lozano. **A falácia do garantismo integral**, 2019. Disponível em: <https://wp.ibccrim.org.br/artigos/320-julho-2019/a-falacia-do-garantismo-integral/> - Acesso em: 08 nov. 2020
- ANUÁRIO BRASILEIRO SEGURANÇA PÚBLICA, 2018. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguranc%CC%A7a-Pu%CC%81blica-2018.pdf> – Acesso em: 09 nov. 2020
- ANUÁRIO BRASILEIRO SEGURANÇA PÚBLICA, 2019. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf - Acesso em: 12 jan. 2021
- ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **O Direito Penal Econômico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número 25. Ano 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. de 1999
- ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2018. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes/49/atlas-da-violencia-2018> - Acesso em: 10 jan. 2021
- ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/publicacoes/50/atlas-da-violencia-2019> – Acesso em: 10 jan. 2021
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva: 2004
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019
- BRASIL ESCOLA. Países mais populosos do mundo. Não paginado. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/paises-mais-populosos-mundo.htm> - Acesso em: 10 jan. 2021.
- CALDAS, Andressa. **Constituição e Garantismo Jurídico: uma Proposta de Refundação do Contrato Social**. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 35, 2001.
- CARVALHO, Olavo de. **O imbecil coletivo: atualidades inculturais brasileiras**, Rio de Janeiro: Record, 1 ed, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **ENASP: Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil (2012)**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/244-relatorios/5989-enasp-diagnostico-da-investigacao-de-homicidios-no-brasil-2012> - Acesso em: 12 abr. 2021

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DALLAGNOL, Deltan. **É preciso um garantismo integral**, 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>. Acesso em: 09 nov. 2020

DARIO, Ippolito **O garantismo de Luigi Ferrajoli**, 2011. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/733/1757>. Acesso em: 23 set. 2020

DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm - Acesso em: 12 maio 2021

DEFESA NET: O Ministério da Verdade, 2018. Disponível em:

<https://www.defesanet.com.br/ghbr/noticia/30023/Bruno-Carpes-e-Diego-Pessi---O-Ministerio-da-Verdade> - Acesso em: 01 maio 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

FERRAJOLI, Luigi; ZOLO, Danilo. **Marxismo y cuestión criminal**, 1977. Disponível em: https://proletarios.org/books/Ferrajoli_Zolo-Cuestion_Criminal.pdf. Acesso em: 02 nov. 2020

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemologia jurídica y garantismo**, México, D. F: Distribuciones Fontamara, S. A., 1 ed., 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia e medo**. Trad. Sérgio Lamarão. Discursos Sediciosos: crime direito e sociedade, Rio de Janeiro, 2019

FERRAJOLI, Luigi. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Colombia, 1 ed. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3 ed., 2000.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1959.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GRILO, Ludmila Lins; DANELON, Thaméa. Garantismo. **Instagram**, 2020. Não paginado. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CGoGndXDI-D/>. Acesso em: 09 nov. 2020

LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. **Lei de execução penal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm

LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm - acesso em 13/04/2021

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1997.

MARX, Karl. **Forced Emigration**, 1853. Disponível em:

<http://www.marxists.org/archive/marx/works/1853/03/04.htm> - Acesso em: 02 nov. 2020

META 2: A IMPUNIDADE COMO ALVO – Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil. Disponível em:

https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relatorio_Enasp_-_FINAL_-_web.pdf - Acesso em: 10 jan. 2021

NOTÍCIAS R7: Brasil é o 9º país mais violento do mundo segundo OMS, 2018. Disponível em:

<https://noticias.r7.com/cidades/brasil-e-o-9-pais-mais-violento-do-mundo-segundo-a-oms-17052018> - Acesso em: 20 mar. 2021

OLIVEIRA, Plínio Corrêa de. **Revolução e Contra-Revolução**. São Paulo: Petrus, 2012.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR: O mito do encarceramento em massa, 2017. Disponível em:

<https://revista.mpm.mp.br> – Acesso em: 15 abr. 2021

SOUZA, Leonardo Giardin de; PESSI, Diego. **Bandidolatria e Democídio: ensaios sobre o garantismo penal e a criminalidade no Brasil**. Porto Alegre: SV Editora, 3 ed., 2018.

SOUZA, Leonardo Giardin. **Tá começando a ficar feio**, 2019. Disponível em:

<https://www.burkeinstituto.com/blog/direito/ta-comecando-ficar-feio-leonardo-giardin>. Acesso em: 02 nov. 2020

SOUZA, Leonardo Giardin. **Garantismo penal: o cavalo de Troia do sistema de justiça criminal brasileiro**, 2018. Disponível

em:<https://revista.mpm.mp.br/artigo/artigos-ineditos-garantismo-penal-o-cavalo-de-troia-do-sistema-de-justica-criminal-brasileiro/>. Acesso em: 13 nov. 2020

VEJA: Mitos e verdades sobre a população prisional e jornalismo no Brasil, 2017. Disponível em:

<https://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/mitos-e-verdades-sobre-populacao-prisional-e-jornalismo-no-brasil/> - Acesso em: 12 abr. 2021

V. SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia: La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica**. Madri: Trotta, 1999.