

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS
PENAS DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE APLICADO AOS
CONDENADOS POR TRÁFICO DE DROGAS NO ESPÍRITO SANTO**

WALACE PANDOLPHO KIFFER

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-
GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE
FEDERAL DE SANTA CATARINA, COMO REQUISITO
À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

ORIENTADOR: PROF. DR. HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

**FLORIANÓPOLIS (SC)
AGOSTO DE 2001.**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CPG

A PRESENTE DISSERTAÇÃO, INTITULADA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE APLICADO AOS CONDENADOS POR TRÁFICO DE DROGAS NO ESPÍRITO SANTO

ELABORADA POR WALACE PANDOLPHO KIFFER

E APROVADA POR TODOS OS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA COMPOSTA PELOS PROFESSORES ABAIXO ASSINADOS, FOI JULGADA ADEQUADA PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

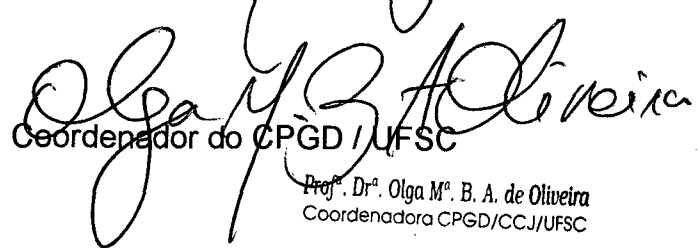
FLORIANÓPOLIS (SC), AGOSTO DE 2001.

BANCA EXAMINADORA:


PROF. DR. HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES
Orientador

PROF. DR. ANTONIO MARIA RODRIGUES DE FREITAS ISERHARD
Membro


PROF. DR. JOSEL MACHADO CORRÊA
Membro


Coordenador do CPGD / UFSC
Prof. Dr. Olga M. B. A. de Oliveira
Coordenadora CPGD/CCJ/UFSC

Dedicatória

Dedico o presente trabalho, à minha esposa Edma Silva Pandolpho Kiffer, pelo incentivo e compreensão que sempre me dispensou;

Aos meus pais Olgário Kiffer (in memoriam) e Maria Luiza Pandolpho Kiffer;

Aos meus filhos Flávia Silva Pandolpho Kiffer e Walace Pandolpho Kiffer Júnior;

À Christine Silva Ribeiro e Alice Henrique Ribeiro, a primeira enteada e a última neta do coração;

Aos casais Aroldo e Penha, Beto e Carminha, Cornélio e Jô, pela compreensão quando dos afastamentos do grupo para me dedicar à dissertação, bem como pelos momentos de lazer ao som do violão;

Às funcionárias do 1º Juizado Especial Criminal de Vitória, Comarca da Capital e a Jozélia;

Aos demais colegas do mestrado, pelo incentivo e apoio nas horas difíceis.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado forças na elaboração deste trabalho.

Ao meu orientador Professor Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues, pela compreensão, estímulo e sabedoria com que me orientou, indicando obras, tão necessárias à elaboração do presente trabalho.

À direção do Centro Universitário de Vila Velha – UVV, pelo incentivo e compreensão.

A Carlos, funcionário da Logos Livraria, pela rapidez na busca dos livros solicitados, assim como, a todos aqueles que de alguma forma me incentivaram.

RESUMO

A presente dissertação de Mestrado em Direito tem como objetivo realizar uma reflexão crítica sobre o princípio constitucional da individualização das penas de privação de liberdade, aplicado aos condenados por tráfico de drogas no Estado do Espírito Santo. Assim, partiu-se da análise da política criminal, para reconhecer que os princípios constitucionais representam a primeira manifestação de política penal. Em seguida, trata-se do princípio da individualização da pena, como princípio constitucional e o seu reconhecimento no constitucionalismo brasileiro, bem como as propostas de penalização formuladas pelo garantismo. Após, focaliza-se a pena de prisão na hipótese do tráfico de drogas, para reconhecer que não é a melhor proposta para a solução do problema. Aborda-se a possibilidade de substituição da pena aplicada aos crimes de tráfico de drogas, nos moldes da Lei nº 9.714/98, bem como a necessidade de mudanças na postura dos juízes na interpretação da lei penal, em consonância com os princípios constitucionais. Por último, busca-se a implementação efetiva de práticas de substituição das penas, visando torná-las eficazes para garantir que benefícios advindos com leis novas, sejam reconhecidos, em atenção à preocupação retratada pelo fracasso da pena privativa de liberdade, que é utilizada como o principal instrumento para reprimir os crimes, contudo, demonstra-se que esta produz reincidência e mais violência.

RESUMEN

La presente disertación de la maestría en derecho tiene como objetivo realizar una reflexión crítica sobre el principio constitucional de la individualización de las penas de privación de libertad, aplicado a los condenados por tráfico de drogas en el estado de el Espíritu Santo. Así, se partió de la análisis de la política criminal, para reconocer que los principios constitucionales representan la primera manifestación de la política penal. En seguida, se trata de el principio de la individualización de la pena, como principio constitucional y el suyo reconocimiento en el constitucionalismo brasileño, bien como las propuestas de penalización formuladas por el garantismo. Después, focalizar-se la pena de prisión en la hipótesis de el tráfico de drogas , para reconocer que no es la mejor propuesta para la solución de el problema.

Se plantea la posibilidad de la substitución de la pena aplicada a los crímenes de tráfico de drogas, en los moldes de la ley número 9.714/98, así como la necesidad de mudanzas en la postura de el jueces en la interpretación de la ley penal, en consonancia con los principios constitucionales. Por último, se busca la implementación efectiva de practicas de substitución de las penas, con vista a hacerlas eficaces para garantizar que los beneficios con leyes nuevas, sean reconocidas, en la pena privativa de la libertad, que es utilizada como el principal instrumento para reprimir los crímenes, con todo, demonstra-se que esta no produce cualquier efecto, sino reincidencia y más violencia.

SUMÁRIO

Introdução	9
Capítulo I: POLÍTICA CRIMINAL	
1. O conceito de política criminal	17
2. Princípios de política criminal	23
2.1. O princípio da legalidade	26
2.2. O princípio da taxatividade	30
2.3. O princípio da humanidade	32
Capítulo II: ESCOLAS E MOVIMENTOS NA ÁREA DO DIREITO PENAL	
1. A evolução da pena na dogmática tradicional. Velho Paradigma	40
2. Outros movimentos do século XIX	56
3. O movimento de defesa social	58
4. O movimento de lei e ordem	64
5. A desconstrução da dogmática tradicional. O novo paradigma. A criminologia crítica	66
6. O movimento de despenalização	69
Capítulo III: A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O GARANTISMO	76
1. Conceito de princípio constitucional	79
2. O princípio da individualização da pena no constitucionalismo brasileiro	82
3. O Garantismo	91

Capítulo IV: A PENA DE PRISÃO NO CASO DE	
TRÁFICO DE DROGAS	102
1. Pena de prisão não representa a segurança jurídica	104
2. A pena e o princípio da culpabilidade	106
3. Aplicação de pena e reincidência	108
4. A aplicação da pena e os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade	112
Capítulo V: O JUIZ DE DIREITO E A	
SUBSTITUIÇÃO DA PENA	116
1. A necessidade de mudança na forma de pensar, por parte dos juízes	121
2. As modificações introduzidas no código penal pela Lei nº 9.714 de 25 de novembro de 1998	124
3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a hipótese	127
4. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e de outros Tribunais do país	134
Capítulo VI: AS NOVAS PRÁTICAS DE SUBSTITUIÇÃO	
DAS PENAS, COMO TORNÁ-LAS EFICÁZES	139
1. Os apenamentos por tráfico de drogas, a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.714/98, no Estado do Espírito Santo. Breve histórico	149
2. A realidade: o aumento da população carcerária	152
3. A solução: aplicação do artigo 44 do código penal e artigo 66, inciso I da lei de execução penal	155
4. A pena deve ressocializar e não estigmatizar	157
Considerações Finais	161
Bibliografia	170

INTRODUÇÃO

“O Princípio Constitucional da Individualização das Penas de Privação de Liberdade Aplicado aos Condenados por Tráfico de Drogas no Estado do Espírito Santo”, tema escolhido para a presente dissertação, surgiu a partir da designação recebida para exercer a judicatura como juiz adjunto na Quinta Vara Criminal de Vitória (Vara das Execuções Penais), onde, durante alguns anos, trava-se contato com graves problemas sociais, envolvendo presos e seus familiares.

O tema posteriormente foi re-motivado pelas aulas ministradas no Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, especialmente em razão dos novos conhecimentos, sobre o pensamento de autores e obras até então desconhecidas.

O objetivo geral do presente trabalho é verificar se o princípio constitucional da individualização da pena de privação de liberdade aplicado aos condenados por tráfico de drogas permite ao operador jurídico a substituição da pena de prisão por outros tipos de apenamentos, visando evitar o encarceramento, uma vez que prisão não é instrumento apto para assegurar as finalidades que são atribuídas, na atualidade, à pena: retribuição, intimidação, ressocialização e incapacitação do condenado.

De forma específica, conceitua-se política criminal para demonstrar a sua relevância na solução dos fenômenos criminais, especialmente em razão de estar ligada aos princípios constitucionais, que devem ser respeitados por ocasião da solução dos referidos fenômenos.

Aborda-se o pensamento das escolas penais, bem como os movimentos na área do direito penal, para demonstrar como ocorreu a evolução da pena, desde a chamada dogmática tradicional até o aparecimento do

movimento de criminologia crítica, que passou a pregar novas formas de apenamentos a partir da crítica à prisão.

Em seguida, menciona-se a individualização da pena com a finalidade de demonstrar que a mesma é feita tanto na lei, quanto por ocasião da sentença, demonstrando-se ainda, o momento em que a individualização da pena foi elevado ao patamar de princípio constitucional no constitucionalismo brasileiro. Após isso, retrata-se a proposta do Garantismo, que representa uma forma de modelo normativo estruturado no princípio da legalidade, sugerindo novas práticas, por exemplo, aplicação de penas alternativas, diminuição do tempo de duração da pena privativa de liberdade e supressão da pena de multa, uma vez que essas penas não atendem aos fins que se queira lograr com a sua aplicação.

Posteriormente, é feita uma análise da pena de prisão, na hipótese específica do crime de tráfico de drogas, onde se mostra que essa modalidade de apenamento não representa qualquer segurança jurídica.

Demonstra-se, ainda, a necessidade de uma nova postura por parte dos juízes de direito na implementação de penas substitutivas, como forma de se atender ao princípio constitucional da individualização da pena e evitar interpretações carentes de fundamentação, como ocorre na atualidade.

Por derradeiro, enfoca-se a necessidade de novas práticas substitutivas das penas de prisão e os instrumentos aptos a torná-las eficazes, para evitar o que se constata no momento, ou seja, o aumento da população carcerária, proporcionado pela aplicação cega e desenfreada da pena privativa de liberdade.

Amadurecida a idéia, passa-se ao empreendimento da tarefa, uma vez que reputa-se de real importância a contribuição para o debate travado, especialmente em razão da discordância existente entre autores de renome na literatura jurídica nacional e a prática adotada pelos Juízes e Tribunais do país,

no tocante a reconhecer em prol dos condenados por tráfico de drogas a possibilidade de se interpretar as leis de forma a evitar a aplicação da pena privativa de liberdade ou qualquer benefício introduzido no ordenamento jurídico, em razão da hediondez do fato criminoso.

Valeu-se de uma metodologia baseada na pesquisa bibliográfica interdisciplinar, com a utilização de um instrumental teórico que haurisse contribuição na filosofia do direito, na teoria política, na sociologia, na criminologia e na ciência do direito, complementada por uma pesquisa documental, tendo como objeto de estudo, a pena de privação de liberdade e o tráfico de drogas, sob o aspecto constitucional da individualização da pena, bem como as propostas dos vários movimentos de política criminal.

Portanto, a dissertação foi dividida em seis capítulos, onde desenvolveu-se os objetivos de forma especificada, sendo que esses voltaram-se para o objetivo geral que foi proposto, acrescidos de considerações finais, buscando-se realçar as teses centrais do trabalho.

No capítulo primeiro, conceitua-se o que seja política criminal, reconhecendo-se que a Constituição Federal se traduz como primeira manifestação legal da chamada política penal. A partir disso, busca-se as principais diretrizes da política constitucional retratadas nos Princípios Constitucionais que mais intimamente se relacionam com o sistema penal: Princípio Republicano, Princípio da Legalidade, Princípio da Retroatividade da Lei mais Benéfica, Princípio da Personalidade ou da Transcendência da Pena, Princípios da Racionalidade e Humanidade da Pena, e Princípio da Individualização da pena.

O segundo capítulo residiu no estudo das Escolas e Movimentos na área do Direito Penal. Assim, foi abordada a evolução da pena na dogmática tradicional, representando o velho paradigma, onde foram estudadas as teorias sobre o direito penal, o crime e a pena, que deram origem a chamada Escola

Clássica. Em seguida, analisa-se a chamada Escola Positiva, que opunha-se à Clássica, após quase um século de dominação dessa, com o método dedutivo de lógica abstrata, utilizando o método naturalístico no direito penal e dele afastando as indagações filosóficas. No item dois, cuida-se do Movimento de Defesa Social e, por consequência, a forma de tratar os problemas da política criminal, a princípio visto como ação do Estado que se destinava a garantir a ordem social, pregando, caso necessário, até mesmo a abolição do direito penal e os sistemas penitenciários em vigor. Esse movimento evoluiu e, com a chamada Novíssima Defesa Social, passa a defender a negativa veemente da punição-retribuição, preferindo o pensamento preventivo, pondo fim à ideologia do tratamento, para garantir ao agente do crime o direito de ser diferente. Por outro lado, pregava um direito penal humanista, visando proteger a dignidade humana. O item três reside no estudo do chamado Movimento de Lei e Ordem, onde a penalização é fundamentada como castigo e retribuição de forma severa, devendo ser cumpridas as penas aplicadas em estabelecimentos de segurança máxima, bem como a ampliação da prisão provisória, diminuição das garantias processuais e uma diminuição dos poderes do juiz na individualização da pena, além de menor controle judicial da execução penal. No item quatro, menciona-se a desconstrução da Dogmática Tradicional, que representa o novo paradigma, com os ensinamentos da Criminologia Crítica, buscando atribuir à pena funções socialmente úteis. No item cinco, aborda-se o Movimento de Despenalização, fundamentado no fato de que o sistema penal não é o melhor caminho para a solução dos fenômenos criminais, razão pela qual pugna pela abolição completa do sistema penal.

No capítulo terceiro, analisa-se a individualização da pena como necessidade de valorar o indivíduo, evitando, assim, que sejam ignoradas as diferenças entre os cidadãos, pois cada acusado é um e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis. Daí ser elevado a princípio constitucional. No item um desse capítulo, cuida-se do conceito de princípio constitucional, estabelecendo-se a diferença entre princípios e regras e a importância dos princípios constitucionais, especialmente em razão de relacionar-se com o

princípio da individualização da pena, o que gera a obrigação para o aplicador da lei de, ao aplicá-la, ficar obrigado a respeitar as opções qualitativas e quantitativas das penas, além de outros princípios que tenham aplicação no sistema jurídico. No item dois, aborda-se o princípio da individualização da pena, no constitucionalismo brasileiro, ficando demonstrado que somente com a Constituição de 1946 foi elevado à categoria de princípio constitucional. No item três, estuda-se o Garantismo e a aplicação das penas, segundo a forma preconizada por Luigi Ferrajoli, onde se constata que, basicamente, esse pensamento surge em razão do descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas e por isso vai permitir que, embora não sejam fixados os direitos fundamentais, as leis sejam interpretadas sob uma nova visão. Além disso, faz alusão à necessidade de uma nova prática no tocante à pena, o que enseja uma proposta de redução na quantidade de penas aplicadas, bem como a necessidade de supressão das penas pecuniárias e restritivas de direitos. Por outro lado, propõe um sistema de penas alternativas para superar a pena privativa de liberdade.

No capítulo quarto, avalia-se a pena de prisão no caso de tráfico de drogas, que representa hoje no Brasil, a grande arma contra o tráfico de drogas, sustentado pelo chamado Movimento de Lei e Ordem. No item um desse capítulo, focaliza-se que a pena de prisão não representa segurança jurídica, apesar da pregação do Movimento de Lei e Ordem, pois se tem apregoado como funções da pena: retribuição, intimidação, ressocialização e incapacitação. No entanto, isso não ocorre, uma vez que a prisão é local de efeitos deletérios e ao invés de servir para trazer qualquer benefício à sociedade, por não atender as suas finalidades, acaba gerando violência e reincidência. No item dois, aborda-se a pena e o princípio da culpabilidade, que é o fundamento da imputação do delito e da aplicação de sanção criminal. No que tange ao tipo penal previsto no artigo 12 da Lei nº 6.368/76, vê-se uma total impossibilidade do juiz extrair o desvalor e o grau de reprovabilidade da conduta do autor, sem que corra o risco de analisar, ao invés do fato, o julgamento ético do infrator, gerando assim, uma anomalia que irá se traduzir na culpabilidade vinculada à periculosidade do agente ante a nefasta

guerra que se declarou ao suposto traficante, proporcionando quebra de vários princípios constitucionais em prol de uma desenfreada punição, demasiadamente severa e a justificar desrespeito às garantias processuais. No item três, centra-se o foco de análise sobre a aplicação de pena e a reincidência, servindo essa de justificativa para impedir benefícios e agravar penas, denotando uma incongruência, pois é sabido que o que justifica a punição é a conduta e, se já houve punição pelo fato anterior, com imposição de pena, como pode esse mesmo fato acompanhar o fato posterior, com a finalidade de aumentar a pena? Reconhecer o reincidente como perigoso afeta o princípio da igualdade, reconhecendo-se pessoas boas e más. Portanto, nada justifica que ainda se tenha essa circunstância como agravante de pena ou a impedir benefícios ao autor de condutas delituosas. No item quatro, faz-se uma avaliação da aplicação da pena e os regimes de cumprimento de penas para esclarecer que desde o advento da reforma penal de 1984, com o alargamento das possibilidades de aplicação dos regimes aberto e semi-aberto, aconteceu um grande avanço na legislação penal. No entanto, ao ser disciplinado o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, percebe-se um retrocesso, ante a manutenção da regra de que o reincidente, qualquer que seja a quantidade de pena imposta, deverá se submeter a execução inicial da pena em regime fechado. Por outro lado, surge a regra do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, que estabeleceu o regime integralmente fechado para os denominados crimes hediondos e os seus assemelhados. Assim, mais uma vez constata-se a influência das campanhas do Movimento de Lei e Ordem. Ora, é flagrante a inconstitucionalidade desse dispositivo, por ferir o princípio da individualização da pena que foi restringido por lei ordinária, obstando assim, a completa realização daquele.

No capítulo quinto, o enfoque está relacionado com o Juiz de Direito e a aplicação da pena, que com a promulgação da Lei nº 9.714, publicada em 26 de novembro de 1998, tem a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por penas alternativas, desde que presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, modificado pela lei antes mencionada. No item um desse

capítulo, busca-se demonstrar a necessidade de mudança na forma de pensar por parte dos juízes, uma vez que após a reforma de 1984, e apesar dos avanços que trouxe em seu bojo, essa não foi implementada. Assim, com a possibilidade de aplicação do *sursis* nas penas até dois anos, o que se viu foi que por vários motivos, a reforma não foi bem sucedida. Agora surge a mudança, advinda com a Lei nº 9.714/98, que espera-se seja aplicada em sua integralidade, muito embora, no Estado do Espírito Santo até agora tenha sido muito pouco utilizada, especialmente na hipótese do delito de tráfico de drogas. No item dois, analisa-se as mudanças introduzidas no Código Penal, especialmente em seu artigo 44 e incisos, as quais vão viabilizar a aplicação de penas alternativas às condenações não superiores a quatro anos, o que permite reconhecer ser possível sua aplicação, nas hipóteses do delito de tráfico de drogas. No item três, enfoca-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a regra de exceção prevista no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, face o que estatui o artigo 33, parágrafo 2º do Código Penal e artigo 112 da Lei de Execução Penal, no tocante a progressividade dos regimes de cumprimento, bem como a substituição da pena nos crimes hediondos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, com a nova redação, dada pela Lei nº 9.714/98. Apesar da posição adotada pelos tribunais superiores, cabe ressaltar que tal regra é inconstitucional, como reconhecem vários autores de renome nacional, bem como é possível a substituição da pena nos moldes do artigo 44 do Código Penal, na hipótese do delito de tráfico de drogas. No item quatro, aborda-se a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que acompanha o entendimento dos tribunais superiores, em flagrante déficit interpretativo.

No último capítulo, estuda-se as novas práticas de substituição das penas e como torná-las eficazes, uma vez que a jurisprudência dos tribunais superiores e a posição de alguns autores é no sentido de ser impossível a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, mesmo que preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, pelo simples fato da política criminal da lei de crimes hediondos ser incompatível com a da Lei nº

9.714/98. É evidente que o argumento não convence, face ferir vários princípios constitucionais, especialmente o que determina que a pena deve ser individualizada, além de não atender ao princípio da humanidade da pena, previsto no artigo 5º, incisos III e XLVII da Constituição Federal. No item um desse capítulo, analisa-se os apenamentos por tráfico de drogas, a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.714/98, no Estado do Espírito Santo, ficando caracterizado que apesar da possibilidade da substituição face a quantidade da pena aplicada, em pouquíssimos casos, tais substituições foram aplicadas. No item dois, analisa-se a consequência dessa postura por parte dos juízes criminais, a qual gerou um considerável aumento da população carcerária no Estado. No item três, busca-se apontar a solução para a diminuição da população carcerária com aplicação de penas alternativas e modificação dos regimes de cumprimento de penas nos crimes hediondos, a partir do cumprimento de um sexto da pena aplicada, respectivamente, por ocasião da individualização da pena e na segunda hipótese, e em relação àqueles condenados que já cumpriram um sexto da pena. No item quatro, busca-se enfatizar que a pena deve ressocializar e não estigmatizar, pois, só assim, se estará dando integral cumprimento ao princípio constitucional da individualização da pena, cabendo então ao juiz criminal, no momento da individualização, optar pelo regime prisional a ser aplicado, buscando aquele menos gravoso em relação ao infrator da norma penal, pendendo, portanto, ao princípio da individualização da pena e reafirmando outros princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do Estado Democrático de Direito, uma vez que está mais do que demonstrada a total incapacidade da pena de prisão em ressocializar alguém.

CAPÍTULO I

POLÍTICA CRIMINAL

1. O CONCEITO DE POLÍTICA CRIMINAL

Cabe, ao iniciar o presente estudo, analisar não só os movimentos de política criminal mas também o sistema de penalização advindos de cada um dos modelos apregoados, uma vez que: *“As relações entre Estado e Direito têm-se constituído numa das mais relevantes questões teóricas no bojo da Filosofia Jurídica e da Teoria Geral do Direito”*.¹

O homem pune-se mutuamente desde o início da sua existência. Assim, a pena, no início, era aplicada somente na esfera privada. Cabia à família, ao próprio ofendido ou à tribo, o direito de punir aquele que merecia um castigo, no sistema *“do olho por olho, dente por dente”*. Ainda não existia a preocupação com a política criminal.

Com o surgimento do Estado, motivado pelo anseio social, a pena que era instintiva e desorganizada, passou a ser a resposta do ordenamento jurídico ao crime, uma vez que como esclarece Frederico Marques: *“A vida em sociedade, que é inclinação natural do homem, exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleçam regras indispensáveis ao convívio dos indivíduos”*.²

Dessa forma, o Estado representado pela figura do soberano, chama para si a responsabilidade de organizar essa vida social e, por consequência, de ordenar a prática penal, iniciando assim a fase da política criminal. É do surgimento do direito penal, ou seja, do poder de punir organizado e gerido pelo

¹ WOLKMER, A. C. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 2000. p. 75.

² MARQUES, J. F. *Tratado de Direito Penal, Vol.I*, Campinas: Bookseller, 1997, p. 19

Estado que nasce a necessidade de se estabelecer limites e diretrizes ao sistema penal, ocorrendo uma espécie de contrato com toda a sociedade.

Esse contrato social enseja o disciplinamento da coerção penal como meio de prover a segurança social. Em razão disso, surge também a necessidade de se estabelecer a política criminal.

Assim, como modelos de política criminal e conhecidos como paradigmas tradicionais, segundo Figueiredo Dias, temos:

“a) O modelo das escolas clássica e neoclássica. (...) Neste contexto, a política criminal – e, de forma particular, o sistema sancionatório – há – de especialmente adequar-se à trilogia que se põe na base da concepção do direito penal substantivo: retribuição e prevenção geral de intimidação, como fins que justificam e dão sentido às penas, repressão de todos os crimes e punição (castigo) dos agentes respectivos, como funções que ao Estado cumpre realizar sem lacunas, por regra em nome de idéias e de exigências transcendentais. (...);

b) O modelo da escola positiva ou moderna. Outro modelo político-criminal arranca de uma concepção escorada numa ideologia do tratamento e nutre-se das teses da escola positiva ou moderna. Um tal modelo – que poderia chamar-se ‘modelo vermelho’, por o seu surgimento ter, de algum modo, correspondido à reação das classes trabalhadoras contra o domínio da burguesia – tornou-se em modelo típico do Estado Social ou do Estado providência e liga-se a um ideal reabilitativo, caracterizado pelo estabelecimento de um paralelo, o mais extenso e apertado, entre a política criminal e a medicina. Deste ponto de vista, o crime é uma doença social; em todo o caso, por princípio, ‘curável’ através do tratamento a ser aplicado coactivamente durante a execução da sanção, aqui constituída, por excelência, pela sanção detentiva (pena de prisão ou medida de segurança de internamento);

c) Modelos ‘mistos: a ‘defesa social’. (...) Em 1954 Marc Ancel publica a sua obra A Defesa Social Nova (...). Com efeito, o movimento da defesa social nova preocupa-se particularmente com acentuar as notas da legalidade e da humanidade do sistema político-criminal: manutenção e reforço do princípio da legalidade na sua vertente substantiva; defesa da idéia do Estado de Direito como pedra-angular de toda a concepção político-criminal; sistema legal e formalizado do processo penal; indispensabilidade da função do juiz como supremo protector e garante dos direitos individuais.”³

Na atualidade, como reconhece Baratta: *“Política Criminal é, primeiramente um conceito complexo. Sua finalidade é unívoca, porém seus*

³ DIAS, J.F. *Direito Penal Português*, Lisboa: Aequitas, 1993. p.58-59-60-61.

instrumentos são indetermináveis, porque só são definidos negativamente: instrumentos penais de um lado e instrumentos não penais de outro."⁴

Para Nilo Batista, o conceito de política criminal é:

*"Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal."*⁵

Zaffaroni, sobre política criminal, afirma que:

"Se por política se entende a ciência ou arte de governo, por política criminal pode entender-se a política relativa ao fenômeno criminal, o que não seria mais que um capítulo da política geral. Política criminal seria a arte ou a ciência de governo com respeito ao fenômeno criminal".⁶

Mais adiante afirma que: *"A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos"*.⁷

Delmas-Marty, no prefácio da sua obra sobre política criminal, esclarece que:

"A expressão 'Política Criminal' foi durante muito tempo sinônimo de teoria e prática do sistema penal designando, conforme a expressão de Feuerbach, 'o conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime'. Este ainda é o sentido que autores contemporâneos lhe atribuem. Entretanto, constata-se hoje que a Política Criminal se desligou tanto do Direito Penal quanto da Criminologia e da Sociologia Criminal e adquiriu um significado autônomo. É quando, em 1975, Marc Ancel cria a revista 'Archives de Politique Criminelle', ele frisa de imediato a necessidade de

⁴ BARATTA, A. **Defesa dos Direitos Humanos e Política Criminal**. In Rev. Discursos Sediciosos, Ano 2 – número 3 – 1º semestre de 1997, p. 57.

⁵ BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 34.

⁶ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J.H. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 1999. p. 132.

⁷ Id., p. 132.

*não limitar a Política Criminal apenas ao Direito Penal e propõe que seja considerada como 'a reação, organizada e deliberada, da coletividade contra as atividades delituosas, marginais e anti-sociais', empenhando-se em destacar sua dupla característica de 'ciência de observação' e de 'arte', ou de 'estratégia metódica da reação anticriminal'. Poder-se-ia dizer, retomando e ampliando a definição de Feuerbach, que a Política Criminal compreende 'o conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal', e aparece portanto como 'teoria e prática das diferentes formas do controle social'.*⁸

Ribeiro Lopes enfatiza:

"Na ordem contemporânea fala-se em política criminal em dois sentidos diferentes: para uns, como Nuvolone, a política criminal é uma disciplina de observação que determina quais são os objetivos dos sistemas penais e em que medidas são alcançados na realidade, estes a concebem como a arte de legislar ou aplicar a lei com o fim de obter os melhores resultados na luta contra os delitos.

Para outros, como Zaffaroni, política criminal é a política referente ao fenômeno delitivo, e como tal não é mais do que um capítulo da política geral do Estado. Neste sentido, não pode estar em oposição ao Direito Penal, porque este é uma materialização daquela. A política penal seria o aspecto mais importante da política criminal.

*Parece-nos mais correta a posição de Zaffaroni que dedica à política criminal o papel de dirigir o Direito Penal para seu fim adequado, cumprindo assim corretamente sua tarefa de proteção social. Neste sentido não é possível negar-se à política criminal o cumprimento de uma função crítica, tanto dos valores jurídicos como da realização social desses valores. A política penal não pode estar separada das distintas posições políticas gerais que a informam".*⁹

Dessa forma, merece acolhida o conceito de política criminal proposto por Zaffaroni, uma vez que, a norma jurídica surge da decisão política e traduz uma decisão, também, política.

Assim, para a existência de uma boa política criminal, é necessário que a decisão política esteja voltada para o âmbito social, educacional, de distribuição de renda, de programas visando evitar a reincidência e, principalmente, assegurar e efetivar os princípios constitucionais previstos na Constituição Federal, relativos às garantias individuais como instrumentos da política constitucional.

⁸ DELMAS - MARTY, M. **Modelos e movimentos de política criminal**. Trad. de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992. p. 5.

⁹ LOPES, M.A.R. **Princípios políticos do direito penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 199-200.

Portanto, sabe-se que a legislação penal faz parte da legislação em geral, ou seja, do ordenamento jurídico, exigindo-se que deva ser interpretada dentro desse contexto, já que a política criminal é um capítulo da política geral. Assim sendo, é evidente que a Constituição Federal se traduz como primeira manifestação legal da chamada política penal, face à supremacia daquela, uma vez que, segundo Zaffaroni: *“A norma é filha da decisão política, leva sua bagagem genética, mas o cordão umbilical entre a decisão político-penal e a norma é cortado pelo princípio da legalidade, ao menos no que concerne à extensão punitiva”*.¹⁰

Elenca Zaffaroni, como principais diretrizes da política constitucional as seguintes:

“a) princípio republicano (ou democrático), que impõe a racionalização dos atos do poder público e, conseqüentemente, também do Poder Judiciário, o que obriga à interpretação lógica e coerente das leis penais. O princípio da soberania do povo impede que a justiça penal seja exercida sob invocações de poderes absolutos ou maiores do que aqueles que emergem da vontade do povo. Ambos os princípios emergem do art. 1º, parágrafo único da Constituição: ‘Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’; b) o art. 5º, inciso XXXIX, estabelece o princípio da legalidade, que, como corolário, inclui o princípio da reserva legal, que deriva do art. 5º, inc. II. Ambos decorrem do princípio republicano (ou democrático): quando o art. 5º, inc. XXXIX, estabelece inexistir crime e pena sem lei anterior, está determinando que só pode ser crime aquilo que está proibido pela lei, e que fora da proibição legal, não pode haver crime e pena; c) o art. 5º, inc. XL, estabelece o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Este princípio não admite exceções que possam ser fixadas pelo código penal, como veremos no momento oportuno; d) o inciso XLV do art. 5º consagra o princípio da personalidade ou da transcendência da pena: ‘Nenhuma pena passará da pessoa do condenado’; e) os princípios de racionalidade e de humanidade da pena expressam-se na proibição da pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e de penas cruéis (art. 5º, inc. XLVII, alíneas a, b, c, d, e e, respectivamente). A pena de morte pode ser aplicada na legislação penal militar, constituindo-se numa exceção, como tal prevista pela Constituição Federal, ‘em caso de guerra declarada’, nos termos do art. 84, XIX, da Carta Magna. O princípio da humanidade da pena encontra-se fixado no art. 5º, inc. XLIX: ‘é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral’; f) Constituição Federal estabelece que a lei deverá regular a individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI), o que indica que as penas não podem ser fixadas pelo menos como critério geral, permitindo ao juiz a escolha da pena dentre ‘as privativas ou restritivas de liberdade’, ‘perda de bens’, ‘multa’, ‘serviço social alternativo’, ‘suspensão ou interdição de direitos’, entre outras (art. 5º, inc. XLIV, alíneas a, b, c, d, e e, respectivamente). O inc. LXVII proíbe a prisão civil por dívidas (‘não haverá prisão civil por dívida salvo a responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável

¹⁰ ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELLI, J.H. op. cit. p. 133.

de obrigação alimentícia e a do depositário infiel'); g) competência da União para elaborar com exclusividade a legislação penal (art. 22, inc. I).¹¹

Esses princípios, como reconhece Ribeiro Lopes:

“São os princípios decididos pelo titular do poder constituinte – a nação. Representam o momento máximo de definição do perfil estatal em suas funções e estrutura essencial, que o destacam e qualificam em relação ao universo de Estados que com ele competem na ordem internacional”.¹²

Dessa forma, se a Constituição Federal é a primeira manifestação da política penal, face a decisão do poder político: a Nação. Agora passa-se à análise desses princípios, uma vez que a fonte normativa principal dos princípios políticos penais é o estatuto jurídico do Estado, ou seja, a própria Constituição.

¹¹ Id., p. 135-136.

¹² LOPES, M. A. R. op. cit. p. 225.

2. PRINCÍPIOS DE POLÍTICA CRIMINAL

Cabe, então, mencionar os princípios que se relacionam com o sistema penal, não querendo isso dizer que são os únicos, pois sabe-se que existem outros princípios da mesma natureza, ou até mesmo, outros que não sejam da mesma natureza e que se relacionam com o Direito Penal.

Sabe-se que o Direito Penal moderno está assentado em determinados princípios fundamentais, que são próprios do Estado de Direito Democrático, destacando-se os seguintes, segundo a opinião de Nilo Batista: “1. princípio da legalidade (ou da reserva legal, ou da intervenção legalizada); 2. princípio da intervenção mínima; 3. princípio da lesividade; 4. princípio da humanidade; 5. princípio da culpabilidade”.¹³

O princípio da Legalidade originou-se nos ideais da Ilustração (Montesquieu, Rousseau), em especial na obra *Dei Delitti e Delle Pena* (1764) de Beccaria que anunciou:

“Apenas as Leis podem fixar as penas com relação aos delitos praticados; e esta autoridade não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade agrupada por um contrato social. Nenhum Magistrado (que também faz parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro da mesma sociedade”.¹⁴

A formulação latina – *Nullum crimem, nulla poena sine lege* - deve-se a Furbach, conforme menciona Ribeiro Lopes ao afirmar: “*Feuerbach, no início do século XIX, consagrou o princípio da reserva legal através da fórmula latina nullum crimen, nulla poena sine lege*”.¹⁵ Entretanto, conforme esclarece Nilo Batista:

¹³ BATISTA, N. op. cit. p. 64.

¹⁴ BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*, trad. Carlos Campana. São Paulo: 1978. p. 109.

¹⁵ LOPES, M. A. R. op. cit. p. 77.

“Ao contrário do que se difunde frequentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla ‘nullum crimen nulla poena sine lege’; nelas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas ‘nulla poena sine lege’, ‘nullum crimen sine poena legali’ e ‘nulla poena (legalis) sine crimine’.”¹⁶

Das idéias de igualdade e de liberdade, surge para o Direito Penal, um caráter diferente do que predominou durante a existência do Estado Absolutista, fazendo nascer limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Posteriormente, esses princípios foram integrando-se aos Códigos Penais dos países democráticos e, por último, receberam tratamento constitucional, visando garantir os direitos fundamentais do cidadão.

Na Constituição brasileira atual, estão inseridos no artigo 5º, e as suas funções se dirigem a orientar o legislador ordinário na elaboração das leis, voltadas para os direitos humanos, com embasamento em um direito penal da culpabilidade, mínimo e garantista.

Acentua Batista:

*“Tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo direito penal, seja através de norma expressa (como, por exemplo, o princípio da legalidade – art. 1º CP), seja pelo conteúdo de muitas normas a eles adequadas (como, por exemplo, a inexistência de pena de morte ou mutilações – art. 32 CP – e o objetivo de integração social na execução da pena – art. 1º LEP – com relação ao princípio da humanidade), não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático”.*¹⁷

Inobstante a maioria dos autores buscarem elencar os principais princípios como roteiro para o Direito Penal de um Estado de direito, comunga-se aqui com o entendimento de Lopes quando sustenta:

¹⁶ BATISTA, N. op. cit. p.66.

¹⁷ Id., p. 61-62.

*“De nossa parte reconhecemos pertinentes ao Estado de direito material os seguintes princípios do Direito Penal quanto ao preceito primário: legalidade, intervenção mínima, insignificância, taxatividade, lesividade, culpabilidade e humanidade. Quanto ao preceito secundário enumeramos os princípios da proporcionalidade, individualização e finalidade da pena”.*¹⁸

Reconhece ainda Lopes:

*“O princípio da legalidade penal pode ser ainda desdobrado nos seguintes princípios decorrentes: anterioridade da lei penal, irretroatividade, retroatividade penal benéfica, exigibilidade de lei escrita, proibição da analogia, taxatividade, legalidade da pena e legalidade das contravenções penais”.*¹⁹

A pretensão desse texto é trazer à baila considerações sobre o princípio da legalidade, taxatividade e humanidade como sustentáculo de propostas à efetiva aplicação da lei penal, por parte dos juízes.

¹⁸ LOPES, M. A. R. op. cit. p. 75.

¹⁹ Id., p. 75.

2.1. O princípio da legalidade

Vislumbra-se que:

“O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da ‘previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado’, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do ‘sentimento de segurança jurídica’ que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei. Está o princípio da legalidade inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.”²⁰

No Brasil, o princípio figura na Constituição Federal, entre os direitos e garantias fundamentais e no artigo 1.º do Código Penal, tendo como abrangência a pena que foi cominada pelo legislador, a pena aplicada pelo juiz e a pena executada pela administração, ficando vedado que critérios de aplicação ou regimes de execução mais severos possam retroagir.

É importante reconhecer que, no tocante à execução da pena, até mesmo a matéria disciplinar, no transcorrer do cumprimento da reprimenda, está agora devidamente comprometida com o princípio da legalidade face o que dispõe o artigo 45 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Registre-se, por oportuno, que apesar da previsão legislativa proibir a punição por fatos não definidos anteriormente, como infrações ao regime disciplinar durante a execução da pena imposta, o que se vê, pelo menos no Estado do Espírito Santo, é o desrespeito ao princípio, em muitas oportunidades, face a supremacia do poder de mando dos diretores dos estabelecimentos penais. Tais fatos geram problemas de toda ordem, especialmente no tocante a

²⁰ BATISTA, N. op. cit. p. 67.

fugas e rebeliões por parte dos apenados, com conseqüente destruição do patrimônio público.

Nesse aspecto, inteira razão cabe a Jackson Chaves Azevedo quando traz, à baila, as palavras de Heleno Fragoso, no prefácio da edição brasileira da obra de Marc Ancel:

*“O sistema de justiça criminal está em crise, pela discrepância profunda entre suas aparências e suas realidades. Trata-se de um sistema opressivo, desigual e injusto em que a Teoria do Direito Penal, cumprindo a função ideológica que lhe é atribuída, está inteiramente divorciada da realidade”*²¹

Por isso, afirma o referido autor:

*“Se déssemos a palavra ao sistema, que não tem voz, para que, em termos bem simples, expressasse o seu funcionamento ideológico, ouviríamos algo mais ou menos assim:
- Eu sei que a minha prática, o que eu faço, é diferente do que eu digo, mas se eu disser isso, ninguém vai me aceitar. E como o que eu quero é exatamente o que faço, preciso continuar mentindo, porque só consigo fazê-lo enquanto disser o que digo. É graças ao que digo (legalidade, prevenção, ressocialização, etc.) que posso fazer o que eu faço (construção seletiva da criminalidade)”*²²

É o que se tem visto, por exemplo, apesar das garantias constitucionais estarem presentes na execução da pena, mas a realidade demonstra outra coisa completamente diversa.

É interessante mencionar, conforme reconhece Nilo Batista que:

“Sem dúvida, a principal função do princípio da legalidade é a função constitutiva, através da qual se estabelece a positividade jurídico-penal, com a criação do crime (pela associação de uma pena qualquer a um ilícito qualquer). Nem sempre se percebe que o

²¹ FRAGOSO, H.C. apud AZEVEDO, J. C. **Reforma e “contra” reforma penal no Brasil – uma ilusão... que sobrevive.** Florianópolis: OAB/SC, 1999. p. 40-41.

²² Ibid, p. 41.

princípio da legalidade não apenas exclui as penas ilegais (função de garantia), porém ao mesmo tempo constitui a pena legal (função constitutiva)”²³.

Na atualidade, não paira qualquer dúvida de que o princípio da legalidade representa uma garantia individual que protege o cidadão contra o poder do Estado.

Dessa forma, sob o prisma de garantia individual, Nilo Batista afirma que o mesmo pode ser decomposto em quatro funções:

“Primeira: proibir a retroatividade da lei penal (nullum crimen nulla poena sine lege praevia); Segunda: proibir a criação de crimes e penas pelo costume (nullum crimen nulla poena sine lege scripta); terceira: proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (nullum crimen nulla poena sine lege stricta); quarta: proibir incriminações vagas e indeterminadas (Nullum crimen nulla poena sine lege certa).”²⁴

Não se explicarão todas as funções acima mencionadas, pois foge à proposta do trabalho, mas se é forçado a reconhecer, como o fez Lopes:

“Outro desses princípios relevantes pendente-se à garantia da execução legal, segundo o qual a sanção penal – pena e medida de segurança – será executada na forma prescrita em lei – ‘a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado’ (art. 5º, XLVIII, CF); ‘é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral’ (art. 5º, XLIX, CF) –, com plena vigência do princípio da legalidade, ‘de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal’ (Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84, item 19)”²⁵.

Destaca ainda Lopes: *“Podemos ainda destacar dentro do princípio da legalidade como seu corolário o princípio da irretroatividade da lei, ressalvada*

²³ BATISTA, N. op. cit. p. 68.

²⁴ Ibid., p. 68-70-74-77.

²⁵ LOPES, M. A. R. op. cit. p. 78.

a retroatividade favorável ao acusado – ‘a lei penal não retroagirá, salvo quando para beneficiar o réu’ (art. 5º, XL, CF; art. 2º, CP)”.²⁶

Como frisado anteriormente, para a proposta que se tem em mente ao desenvolver o presente estudo, as afirmativas acima transcritas já trazem o suporte teórico necessário para reconhecer que a execução de pena, no país, não tem respeitado o princípio da legalidade, nos aspectos propostos pelos incisos XLVIII, XLIX e XL, do artigo 5º da Constituição Federal e do artigo 2º do Código Penal.

²⁶ Id., p. 78.

2.2. O princípio da taxatividade

Para Lopes:

“O princípio diz respeito à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica. Tal assertiva constitui postulado indeclinável do Estado de Direito material – democrático e social (cf. arts. 1º a 6º, CF). Procura-se evitar o arbitrium judicis através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuismos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos.”²⁷

E, mais adiante, arremata:

“O princípio de legalidade, para ser realmente eficaz, deve ser conccionado com o princípio da taxatividade. Enquanto o primado da anterioridade se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais de ilicitude, a fim de se saber, de modo taxativo, o que é penalmente ilícito ou proibido”²⁸.

É bom frisar que a determinação não diz respeito apenas ao preceito primário da norma, devendo ser observado também, no tocante ao preceito secundário, quando estabelece a pena, os seus limites e as regras de cumprimento.

Assim, para ilustrar os absurdos cometidos pelo legislador ordinário, basta comparar a legislação relativa a tóxicos, prevista na Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que, em seu artigo 12, ao punir os crimes ali descritos, fixa um limite de pena que oscila entre 3 e 15 anos de reclusão. Ora, vê-se que as penas, com essa lei, subiram estratosféricamente em relação à legislação anterior,

²⁷ Ibid., p. 83.

²⁸ Id., p. 86.

constatando-se ainda que o máximo da pena corresponde ao quántuplo do mínimo.

Diante disso, só resta reconhecer que os delitos previstos no artigo 12 da lei de tóxicos, com a fixação da pena que lhe foi prevista, ofende de forma flagrante os princípios da legalidade e da separação dos poderes, que são pressupostos fundamentais do Estado de Direito, uma vez que, conforme reconhece Lopes, amparado em Franco:

“Não pode caber ao juiz, na individualização da pena, um poder discricionário e ilimitado. A determinação da pena deverá, portanto, ser sempre um compromisso entre a fixação legal (exigência de segurança jurídica) e a determinação judicial (justiça do caso particular), e este compromisso desaparece quando o juiz, através de margens penais dilatadas, absorve tarefas próprias do legislador, com significação de arbítrio incontrolável e de ofensa aos princípios da legalidade e da separação dos poderes, que são pressupostos fundamentais do Estado de Direito”.²⁹

É preciso reconhecer que o princípio da taxatividade está conexionado ao de legalidade, sendo que este comporta uma nova dimensão, uma vez que há uma vinculação que se estabelece entre ele e o processo de tipificação. Portanto, é preciso que a lei defina o fato criminoso e comine pena dentro de parâmetros não exagerados, como é o caso da hipótese anteriormente mencionada.

²⁹ Ibid., p. 87.

2.3. O princípio da humanidade

No que tange ao princípio da humanidade, é bastante esclarecedora a descrição feita por Foucault sobre a execução de Damians, em 1757, com a qual abre o seu livro sobre o nascimento da prisão.³⁰

No Brasil não foi diferente, conforme esclarece Nilo Batista:

“Entre nós, um breve exame no livro V das Ordenações Filipinas, que regeram no Brasil até 1830, quando promulgado o código imperial, revelará a indiscriminada cominação da pena de morte, a objetificação do condenado e a discriminação jurídica da pena cabível segundo a classe social do autor ou da vítima. Para os trabalhadores escravos, esses princípios permaneceram com plena eficácia mesmo após 1830, através das penas de morte e açoites, largamente empregadas, ou dos cruéis castigos do ‘direito penal privado’ vigente nos engenhos, na cafeeicultura ou nas charqueadas.”³¹

Esses exemplos retratam a ferocidade e crueldade das penas aplicadas durante muitos séculos.

Como instrumento de combate à falta de racionalidade e proporcionalidade da pena, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo XV, mencionava que: *“as penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade”*.

Portanto, o princípio da humanidade tem por escopo frear o poder punitivo estatal, que não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que venham a lesionar a constituição físico-psíquica dos condenados.

³⁰ FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 9.

³¹ BATISTA, N. *op. cit.* p. 98.

Importante frisar que o referido princípio consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem³² e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.³³

Reconhece Lopes:

“A idéia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas (v.g., multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana)”.³⁴

A vigente Constituição Federal reconhece o princípio da humanidade, nos incisos III (proibição de tortura e de tratamento cruel ou degradante), XLVI (individualização, ou seja, “proporcionalização” da pena) e XLII (proibição de penas de morte, cruéis ou perpétuas), do artigo 5º.

Destarte, como lembra Nilo Batista, amparado em Zaffaroni: *“A racionalidade da pena implica tenha ela um sentido compatível com o humano e suas cambiantes aspirações. A pena não pode, pois, exaurir-se num rito de expiação e opróbrio, não pode ser uma coerção puramente negativa”*.³⁵

Escreve Silva Franco, citado por Lopes:

“Mais do que nunca, é mister que se examine o princípio da humanidade como valor positivo, ou seja, como norma reitora de todo o processo de execução da pena. É óbvio que, nesse enfoque, não se atribui à pena a finalidade única ou, mesmo, prioritária de ressocializar o condenado e de conduzi-lo a um subseqüente reinserimento na vida social. Quem, na atualidade, sustenta que a execução da pena, em particular da pena privativa de

³² Art. VI “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

³³ Art. 5º, inc. II – “ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

³⁴ LOPES, M. A. R. op. cit. p. 102.

³⁵ BATISTA, N. op. cit. p. 100.

liberdade, está movida pela idéia exclusiva da ressocialização, é, no mínimo, um cinico".³⁶

Colhe-se igualmente em Lopes, invocando os ensinamentos de Antônio Garcia Pablos:

"Destarte, o ideal ressocializador não pode mais ser entendido 'como substituição coativa dos valores do indivíduo, nem como manipulação de sua personalidade', mas, sim, 'como intento realista de ampliar as possibilidades de participação, na vida social, do apenado, através de uma oferta ao mesmo de alternativas de futuro, ao comportamento criminal'. Significa que a execução da pena privativa de liberdade há de programar-se de tal modo que se evitem, na medida do possível, os efeitos negativos, dessocializadores, próprios da privação da liberdade".³⁷

Viu-se que o Inciso V da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, pela resolução 217 A (III), estabeleceu que: *"Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanas ou degradantes"*.

De igual modo, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – 1966, consta que: *"Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana"*.

O 8º Congresso da ONU recomendou a adoção das Regras Mínimas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, o que ocorreu em 14 de dezembro de 1990, pela Resolução 45/180 da Assembléia Geral, que foram denominadas de Regras de Tóquio e oficialmente denominadas Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade.

³⁶ FRANCO, F., apud LOPES, M. A. R. Ibid., nota de rodapé n. 100, p. 103-104.

³⁷ PABLOS, A. G., apud LOPES, M. A. R. Ibid., p. 103-104.

Na atualidade, está bem demonstrada a preocupação de estudiosos do mundo inteiro em encontrar caminhos para a prevenção do delito e o tratamento do delinqüente.

Dessa forma, das regras mínimas que foram aprovadas, diz Damásio de Jesus:

*“Na Seção I são apresentadas idéias gerais que formam a base das Regras de Tóquio. Suas idéias constituem a filosofia e o sistema que devem orientar a ação legislativa, as sentenças, a execução de penas e a evolução futura. Nos princípios se advoga em favor da promoção das medidas não-privativas de liberdade e maior participação da comunidade. Eles salientam que, como em todas as esferas da Justiça Penal, é necessário atingir um equilíbrio na formulação, imposição ou execução de medidas não privativas de liberdade”.*³⁸

Merecem transcrição as regras 1.1 e 1.2, colhidas na obra de Damázio de Jesus:

*“1.1. As presentes Regras Mínimas enunciam um conjunto de princípios básicos para promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão.
1.2. As presentes Regras têm por objetivo promover uma maior participação da comunidade na administração da Justiça Penal e, muito especialmente, no tratamento do delinqüente, bem como estimular entre os delinqüentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade”.*³⁹

Feitas essas considerações e sem adentrar nos detalhes das Regras de Tóquio, (o que será feito mais adiante), deve-se agora tecer considerações a respeito da prisão.

³⁸ JESUS, D. E. **Penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 216.

³⁹ Id., p. 216/217.

Da prisão, disse Foucault: “...foi denunciada como o grande fracasso da justiça penal”.⁴⁰

E acrescenta:

- “As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta: (...).

- A detenção provoca reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, (...).

- A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes.

- A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras: (...).

E nesses clubes é feita a educação do jovem delinquente que está em sua primeira condenação: (...).

- Enfim a prisão fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento: (...).⁴¹

Merece menção ainda, sobre a prisão, as palavras de Oliveira:

“Pela própria natureza repressiva da prisão, o preso é obrigado a uma obediência sem limites, à rigidez e submissão dos regulamentos, às ordens e contra-ordens, jamais podendo opinar, sugerir, contestar ou sobrepor-se à autoridade administrativa ou ao sistema. Dessa forma, o encarceramento serve apenas para punir, socializando o preso para o mundo do crime, ficando em segundo plano o atendimento à saúde física e mental, à higiene, à vida espiritual, ao trabalho, à escolaridade e ao lazer. É inútil falar-se em ressocialização quando se esbarra nas dificuldades e obstáculos criados pela própria instituição e quando se subtrai do preso o senso da dignidade, responsabilidade e iniciativa.”⁴²

⁴⁰ FOUCAULT, M. op. cit. p. 221.

⁴¹ Ibid., p. 221-222-223.

⁴² OLIVEIRA, O. M de. **Prisão: Um paradoxo social**. Florianópolis: UFSC, 1996. p. 235.

Do relato até agora feito, vislumbra-se que, apesar da existência de Princípios Constitucionais que buscam humanizar a pena, seja na fase de imputação, de individualização ou de execução, o meio encontrado - a pena privativa de liberdade - não foi capaz de satisfazer, face os graves problemas que acarreta, como bem relata Egidio de Carvalho:

“Não existe prisão humana. De fato, a ablação da liberdade ambulatoria e o domínio, em nome do Estado, que um agente de segurança penitenciária exerce sobre o homem preso, tornam inumano o local da expiação da pena. É para a liberdade que o homem foi feito. Liberdade de entraves, de cadeias de qualquer espécie, e liberdade para construir, para criar-se a si e a um grupo solidário. Tudo isto a prisão nega. Ela é, pois, o contravalor por excelência da humanidade. Mas, existe, está aí como um problema a requerer solução. A expressão ‘quase-humano’ procura atenuar a insolubilidade da questão. Tem duplo sentido; inicialmente, reconhece a impossibilidade de vir a ser a prisão, por melhor que seja, um lugar humano, onde o preso aperfeiçoaria seus dons e faculdades; em segundo, e o ponto nuclear aqui reside, quer dar a entender que é possível suportá-la como instituição, desde que haja espaço para o corpo e a palavra do preso.”⁴³

Diante dessa evidente contradição, é necessário indagar-se: A pena cumpre alguma função em relação ao apenado?

Responde-se aqui com as palavras de Baratta:

*“A pena é uma violência institucional; ela é a repressão das necessidades reais. A suspensão dos correspondentes direitos humanos em relação às pessoas consideradas responsáveis, penalmente é justificada dentro da teoria do ius puniendi pelas funções instrumentais e simbólicas que a pena deve cumprir e com a infração realizada pelo sujeito declarado responsável. Não obstante, sabemos muito bem que tais funções não se realizam, não são ‘úteis’, e que tal suspensão de direitos, num elevado número de casos, dá-se com imputados à espera de julgamento; que na maioria dos sistemas punitivos, o indiciado cumpre uma pena extralegal ou de outro modo antecipada desde a sua primeira relação com a polícia; igualmente, deve-se destacar que isto ocorre geralmente com os acusados oriundos dos grupos sociais mais vulneráveis e marginalizados da população, que são os clientes fixos do sistema de justiça criminal”.*⁴⁴

⁴³ CARVALHO, P. A. E de. **Seis postulados sobre a prisão na utopia de uma sociedade igualitária e democrática.** In Revista brasileira de ciências criminais. Ano 8 - n.º - 31 – julho – setembro – 2000. São Paulo: RT, p. 170-171.

⁴⁴ BARATTA, A. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal.** In Fasc. De Ciências Penais. Porto Alegre, v. 6, n. 2, p.52-53, abr/mai/jun, 1993.

Portanto, se a pena é uma violência, porque então continuar-se apenando, embora se tente legitimar essa punição com as chamadas garantias constitucionais?

Reconhece, ainda Baratta:

*“O direito penal da Constituição encontra-se hoje na mesma condição do direito penal dos iluministas: ele tem a tarefa de delimitar e regular a pena. Para que não aconteça como no caso do direito penal liberal, que se restringiu apenas a elucubrações intelectuais, o direito penal da Constituição tem necessidade de encontrar uma autêntica e forte dimensão política. Isto somente é possível se ele se tornar parte constitutiva de uma política integral de proteção aos direitos”.*⁴⁵

E continua:

*“O direito penal mínimo é, ao mesmo tempo, o direito penal da Constituição. Isto representa o espaço residual que resta para a intervenção punitiva dentro da política integral de proteção aos direitos, quando esta intervenção se considera inevitável para reagir perante gravíssimas violações de direitos fundamentais. Enquanto direito penal da Constituição, o direito penal mínimo é uma contínua, vigilante e imaginativa obra de controle do sistema penal e de todos os mecanismos institucionais e sociais de criminalização, de reforma legislativa, processual, penitenciária e policial; uma obra que se destina a realizar os princípios constitucionais em matéria penal e que se conforma aos resultados das mais avançadas pesquisas sobre a análise crítica do sistema penal e sobre as estratégias integradas de proteção aos direitos.”*⁴⁶

Ante os argumentos de Baratta, fica evidenciado que não basta colocar-se na Constituição as garantias, como limite do sistema punitivo do Estado; é necessário ir além disso:

*“(…)entendê-lo como garantismo positivo, isto é, como resposta às necessidades de segurança de todos os direitos, e inclusive os de prestação por parte do Estado, e não somente da pequena (ainda que importante) parte desses, representada pelos ‘direitos de prestação de proteção’ contra agressões provenientes de comportamentos delituosos de pessoas”.*⁴⁷

⁴⁵ BARATTA, A. **Defesa dos direitos humanos e política criminal.** In Ver. Discursos ... op. cit. p. 68.

⁴⁶ Ibid., p. 69.

⁴⁷ Id., p. 69.

Ressalta Baratta:

*“Não é justificado descuidar daquela parte da insegurança urbana que de fato tem origem nas violações delituosas dos direitos nas cidades; não obstante, a necessidade de segurança da cidadania não é somente uma necessidade de proteção frente à criminalidade e aos processos de criminalização: é uma necessidade de ser e sentir-se garantida em todos os direitos, o de existir, de ser livre, de desenvolver as próprias capacidades, de se expressar e se comunicar, de ter uma qualidade de vida digna e gratificante, de ter voz e poder influir sobre as condições das quais, concretamente, depende a forma própria de ser e existir”.*⁴⁸

Não há outro caminho: é necessário se repensar as políticas criminais e a pena de prisão. Por isso, vale a pena reproduzir os ensinamentos de Baratta:

*“A teoria do direito penal mínimo representa uma proposta de política criminal alternativa na perspectiva da criminologia crítica. Trata-se, sobretudo, de um programa de contenção da violência punitiva através do direito baseado na mais rigorosa afirmação das garantias jurídicas próprias do Estado de Direito e dos direitos humanos de todos os cidadãos, em particular das vítimas, processados e condenados pelo sistema de justiça penal. Seu programa consiste numa ampla e rigorosa política de descriminalização e, numa perspectiva final, na superação do atual sistema de justiça penal e sua substituição por formas mais adequadas, diferenciadas e justas de defesa dos direitos humanos frente à violência”.*⁴⁹

Concluindo, vê-se que o Estado, para sustentar o seu discurso político contra o crime, lança mão da pena. Essa, por sua vez, não cumpre a sua missão, uma vez que, especialmente em relação à pena privativa de liberdade, a mais comum que se tem utilizado, pelo fato de segregar, dá origem a uma série de problemas vivenciados e denunciados por vários estudiosos, quando combatem a existência da prisão. Diante de tais razões, impõe-se reconhecer a necessidade da adoção de uma política criminal que garanta de forma efetiva os direitos humanos dos cidadãos.

⁴⁸ Ibid., p. 69.

⁴⁹ BARATTA, A. **Direitos humanos:...** op. cit. p. 56.

CAPÍTULO II

ESCOLAS E MOVIMENTOS NA ÁREA DO DIREITO PENAL

1. A EVOLUÇÃO DA PENA NA DOGMÁTICA TRADICIONAL. VELHO PARADIGMA

O exemplo trazido por Foucault, no início de sua obra, sobre a execução de Damiens, em 1757, já mencionado anteriormente, retrata a forma de reação aos criminosos com atos de punição cruéis e arbitrários, através de suplícios, empregados em nome da ordem representada pelo absolutismo.⁵⁰

É lógico que “os diferentes sistemas penais e suas variações estão intimamente relacionados com as fases do desenvolvimento econômico”.⁵¹

Georg Rusche e Otto Kirchheimer reconhecem ainda que:

*“Na história da administração penal, várias épocas podem ser destacadas, durante as quais sistemas de punição completamente diferentes foram vigentes. Indenização (penance) e fiança foram os métodos de punição preferidos na Baixa Idade Média. Eles foram gradativamente substituídos durante a Alta Idade Média por um duro sistema de punição corporal e capital que, por sua vez, abriu caminho para o aprisionamento, em torno do século XVII”.*⁵²

Interessa aqui analisar as teorias sobre o Direito Penal, o crime e a pena desenvolvidos em diversos países no século XVIII, até meados do século XIX, e que originaram a chamada Escola Clássica.⁵³

⁵⁰ Absolutismo entendido como termo usado na primeira parte do século XVIII, para indicar toda a doutrina que defenda o “poder absoluto” ou a soberania absoluta do Estado.

⁵¹ RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 21.

⁵² Id., p. 21.

⁵³ Escola clássica entendida no sentido que lhe dá ANDRADE (1997): “as teorias sobre o Direito Penal, o crime e a pena desenvolvidos em diversos países europeus no século XVIII até meados do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica”.

Segundo Baratta:

*“(...) a escola liberal clássica não considerava o delinqüente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito”.*⁵⁴

Dentro dessa concepção:

*“(...) o direito penal e a pena eram considerados pela Escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinqüente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime.”*⁵⁵

Fica assim evidenciado que é necessário limitar não só a cominação e a aplicação da sanção penal, bem como o modo de se exercer o poder punitivo do Estado, o que vai gerar a sustentação da necessidade ou utilidade da pena e o aparecimento do princípio da legalidade.

A forma de punição do Estado, antes das idéias do século das luzes, está bem demonstrada nas palavras de Georg e Kirchheimer, quando dizem:

“No todo, o sistema era substantivamente a expressão do sadismo, e o efeito dissuasivo do ato público era negligenciável. Esta a razão porque a imaginação mais mórbida de hoje pinta com dificuldade a variedade de torturas que eram infligidas. Lemos acerca de execuções por facas, machado e espada, cabeças sendo golpeadas com toras ou cortadas com arado, pessoas sendo queimadas vivas, deixadas a morrer de fome em porões, ou tendo espinhos cravados em sua cabeças, olhos, ombros e joelhos, estrangulamento e asfixiamentos, sangramentos e desvicamentos até a morte, estiramentos do corpo até o esquartejamento, tortura sobre a roda, tortura com pinças encandecentes, deslocamento da pele, corpos cerrados em pedaços ou atravessados com ferro ou instrumentos de madeira, queimaduras na estaca e muitas outras formas elaboradas de crueldade. Não é de se

⁵⁴ BARATTA, M. A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 31.

⁵⁵ *Id.*, p. 31.

*estranhar que praticamente todos os crimes eram puníveis com a morte, e que a questão vital era a maneira pela qual a morte seria infligida”.*⁵⁶

Como reação aos atos de punição cruéis e arbitrários, através dos suplícios, amparados no absolutismo, surge a filosofia do século XVIII, que foi influenciar a Revolução Francesa, e com ela, a consagração dos princípios contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que tiveram caráter universal. A partir daí, tais princípios transformaram-se em dogmas constitucionais de garantias contra o absolutismo e o arbítrio.

Como ressalta Baratta:

*“(...) as escolas liberais clássicas se situavam como uma instância crítica em face da prática penal e penitenciária do ancien régime, e objetivavam substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes (princípio de humanidade, princípio de legalidade, princípio de utilidade)”.*⁵⁷

Acentua Andrade:

*“Ao mesmo tempo, enquanto aquele saber fundacional é marcado por uma dimensão crítico-negativa (do status quo do Direito e da Justiça Penal) convivendo com uma dimensão positiva ou construtiva de projeção (de um novo Direito e uma Justiça Penal), o saber clássico da maturidade abandona a dimensão combativa e é essencialmente positivo. Entre ambos, saliente-se, medeia o início do movimento europeu de codificação”.*⁵⁸

Pode-se reconhecer, então, que, com as novas conquistas liberais, ocorreu no campo penal o fim gradativo dos suplícios impostos pela vingança pública. A partir daí, deveria a sociedade encontrar uma forma humana e justa de punir os criminosos, de forma proporcional entre a transgressão e o castigo, o que gerou uma mitigação das penas.

⁵⁶ RUSCHE, G.; Kirchheimer, O. op. cit. p. 36-37.

⁵⁷ BARATTA, M. A. *Criminologia ...* op. cit. p. 31.

⁵⁸ ANDRADE, V. R. P. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: livraria do advogado, 1997.p.46.

A mitigação das penas se deu em razão da existência de uma visível unidade ideológica que, segundo Andrade:

*“Trata-se do seu inequívoco significado político liberal e humanitário, pois a problemática comum e central que preside aos seus momentos fundacionais e atravessa o seu desenvolvimento é a problemática dos limites - e justificativa - do poder de punir face à liberdade individual”.*⁵⁹

Findo o absolutismo, as sanções perderam a função de reafirmar o poder em nome da ordem e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade. Com isso, o criminoso passa a ser considerado violador do pacto social, tornando-se inimigo da sociedade.

O grande marco dessa transformação foi a obra “*Dos Delitos e das Penas*”, de César Beccaria, publicada em 1764, conforme reconhece Andrade:

*“O impacto histórico e a importância da obra de Beccaria não se devem à sua originalidade, mas à sua capacidade de expressar o vigoroso movimento europeu de reforma penal que vem no bojo do Iluminismo, estabelecendo as bases fundacionais do moderno Direito Penal (e Processual Penal). Neste sentido ela simboliza, a um só tempo, as reivindicações daquele movimento e as origens da Escola Clássica”.*⁶⁰

Ao insurgir-se contra a pena de morte, por considerá-la cruel e ineficaz à prevenção geral, Beccaria passa a ser reconhecido como abolicionista da pena capital e contra as injustiças que eram praticadas pelo absolutismo.

Como justificativa ao abrandamento das penas, Beccaria utilizou o seguinte fundamento: “*as penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas*

⁵⁹ Ibid., p. 47.

⁶⁰ Id., p. 48-49.

*serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos”.*⁶¹

É importante frisar que a obra de Beccaria possui duas dimensões, como reconhece Andrade:

“Na sua dimensão crítica (negativa), denuncia o estado da legislação penal vigente, dominado por uma heterogênea e caótica profusão de leis obscuras: um ‘código sem forma, produto monstruoso de séculos mais bárbaros...’. E responsabiliza estes vícios da legislação por possibilitarem a arbitrária e desigual aplicação da lei conforme a condição social do acusado.

*.....
Na dimensão reconstrutora (positiva), ‘Dos Delitos e das Penas’ consiste, em decorrência, na formulação programática dos pressupostos do Direito Penal e Processual Penal no marco de uma concepção liberal do Estado e do Direito baseada nas teorias do contrato social, da divisão dos poderes, da humanidade das penas e no princípio utilitarista da máxima felicidade para o maior número de pessoas.’*⁶²

Da visão de Beccaria, era impossível conceber-se uma sanção penal que impusesse ao criminoso um sofrimento cruel, desproporcional ao crime que cometeu, ou seja, que ultrapassasse o grau de necessidade de prevenção geral. Nesse sentido, o castigo tinha, por meta impedir, o culpado de tornar-se prejudicial à sociedade e afastar os cidadãos da prática do crime.

Além disso, pode-se reconhecer, como afirma Duek Marques:

*“A obra de Beccaria, baseada no contrato social (Rousseau), pregava, ainda, o princípio da legalidade e a exclusividade de o legislador estabelecer as penas em matéria penal, o que foi igualmente observado na Declaração de Direitos de 1789, em seu artigo 8.”*⁶³

Ao basear-se no contrato social, Beccaria pregava o princípio da legalidade e que só o legislador, com exclusividade, poderia estabelecer penas

⁶¹ BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 27.

⁶² ANDRADE, V. R. P. *op. cit.* p. 49.

⁶³ MARQUES, O. H. D. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 53.

em matéria penal, além de insurgir-se contra a crueldade das penas, quando sustenta:

*“(...) mesmo que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e ao fim que se lhes atribui, o de impedir os crimes, bastará provar que essa crueldade é inútil, para que se deva considerá-la como odiosa, revoltante, contrária a toda justiça e à própria natureza do contrato social”.*⁶⁴

De tudo que disse, surge a certeza, representada pelas palavras de Andrade: *“Com o saber iluminista-reformista que a obra de Beccaria simboliza nasce, portanto, um projeto de refundação do Direito e da Justiça Penal e, com ele, uma promessa de segurança jurídica individual para a modernidade”.*⁶⁵

Resta então, reconhecer que a Beccaria é tributada a concepção do crime e da pena, surgindo uma corrente de pensamento que fizesse frente à tirania do Estado e à teoria do Direito divino.

Sem qualquer dúvida, seu pensamento pode ser traduzido no seu próprio teorema:

*“De tudo o que acaba de ser exposto pode deduzir-se um teorema geral utilíssimo, mas pouco conforme ao uso, que é o legislador ordinário das nações: É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.*⁶⁶

Com seu pensamento alicerçado no Contrato Social, no direito natural e no utilitarismo, via, na pena, um meio de evitar que o criminoso incidisse no pecado e não um castigo imposto ao delinqüente por haver pecado, razão porque dizia que a pena deveria ser eficaz ou útil, sob o aspecto do exemplo e da prevenção.

⁶⁴ BECCARIA, C. op. cit. p. 28.

⁶⁵ ANDRADE, V. R. P. op. cit. p. 52.

⁶⁶ BECCARIA, C. op. cit. p. 133.

A obra de Beccaria foi a base que edificou a escola clássica. Embora se deva reconhecer que outros autores contribuíram para o seu desenvolvimento e apogeu.

Manuel de Lardizabal Y Uribe, contemporâneo de Beccaria, em seu livro “*Discurso sobre as Penas*” antecipando-se ao correccionalismo⁶⁷, sustentou que as sanções tinham caráter utilitário de emenda do delinqüente e de prevenção geral por meio da intimidação, pois seria uma crueldade e tirania aplicá-las por vingança ou com mero escopo de *atormentar* os homens. Para ele, a vingança só teria sentido se fosse revestida de alguma utilidade.⁶⁸

Segundo Lardizabal Y Uribe, não é possível desfazer um delito já cometido, nem as dores e tormentos mais atrozes que possam ser impostas ao condenado teriam o condão de desfazer as ações já consumadas. As leis, porquanto livres de paixão, devem castigar sem ódio ou cólera.⁶⁹

De suma importância foram as considerações de Lardizabal Y Uribe a respeito da culpabilidade. Consoante seu entendimento, o agente só seria responsável pela prática de um crime se tivesse atuado com dolo ou culpa em sentido estrito.⁷⁰

A doutrina de Lardizabal Y Uribe não se limitava ao caráter retributivo e intimidativo da sanção penal. Já advertia que na sua opinião os cárceres só se prestavam para viciar os prisioneiros, razão porque pregava a substituição das prisões por casas de correção.

⁶⁷ Termo entendido no sentido que lhe dão Concepción Arenal e Pedro Dorado Montero: imposição de métodos corretivos durante a execução penal, não com o objetivo de castigar, mas sim com o de recuperar o delinqüente e torná-lo útil à sociedade. Ver Oswaldo Henrique Duek Marques, *Fundamentos da pena*, p. 77.

⁶⁸ URIBE, M. L. Y. *Discurso sobre as penas*. Granada: Comares, 1997. p. 46.

⁶⁹ Id., p. 47.

⁷⁰ Ibid., p. 49.

Diferentemente de Beccaria, sobre a pena de morte, Manuel de Lardizabal manifestou-se favorável à sua manutenção, por entender que sua abolição abriria as portas para delitos mais atrozes, que não poderiam ser expiados senão com a morte do agente.⁷¹

Na condição de partidário da pena capital, contestou esse autor, a tese abolicionista de Beccaria, considerando quimérico o contrato social pela desigualdade de tratamento nele contida. Isso porque não haveria proporção entre a pena e o delito, se alguém pudesse privar outrem de seu maior bem que é a vida, sem se expor ao mal maior, que é a privação dela.⁷²

Outro contemporâneo de Beccaria foi Jeremias Bentham, considerado grande expoente do princípio utilitário das penas, uma vez que sustentava se constituir um mal contra os que praticam atos proibidos pela lei, com a finalidade de prevenir infrações futuras.⁷³

Acreditava que a justificativa das penas, estaria contida na sua utilidade de tornar inócuo o criminoso, que era considerado inimigo público. Nesse sentido, enfatiza:

*“A pena causa um mal na primeira ordem, e um bem na segunda: faz passar o criminoso por um padecimento, em que tem incorrido por sua vontade; e nos seus efeitos secundários transforma-se em um bem, amedronta os homens perigosos, é o alento das almas inocentes, e vem a ser o único abrigo que pode manter e conservar qualquer sociedade”.*⁷⁴

Sobre a pena de morte, após abalizar os prós e os contras, Bentham manifestou-se partidário da sua abolição. Mas conclui:

⁷¹ Ibid., p. 81.

⁷² Id., p. 83.

⁷³ BENTHAM, J. M. apud MARQUES, O. H. D. **Fundamentos...** op. cit. p. 56.

⁷⁴ Id., p. 56.

*“(...) se quiserem conservar a pena de morte para terror, seja só para castigar os crimes que levam o horror público ao seu maior auge, para homicídios acompanhados de circunstâncias atrozes, e, mais que tudo, para o malvado que tirou a vida a muita gente; e, neste caso será necessário dar à pena de morte o maior aparato trágico possível sem recorrer a tormentos complicados”.*⁷⁵

Pregava, como forma de prevenção da criminalidade, que o Estado deveria propiciar meios de subsistência e educação dos indivíduos. Isso é retratado na passagem que segue:

*“(...) um bom Governo é a imagem de um pai, que não mortifica; nem desterra. seus filhos, senão depois de esgotar todos os meios de os poder emendar. Facilitai os meios de cada um poder ganhar a sua vida, desterrai a ociosidade, e os delitos serão menos: educai a mocidade; na boa educação e na paz e felicidade das famílias estão as sementes da felicidade geral”.*⁷⁶

Neste aspecto, Bentham segue os passos de Beccaria, segundo o qual é preferível prevenir os crimes a ter de puni-los.

Coube a Bentham a criação do projeto arquitetônico do panóptico, destinado às casas de correção, que foi utilizado na construção de várias prisões, a partir da primeira metade do século XIX. O seu criador o definia como:

*“(...) um edificio circular, ou polígono com seus quartos à roda de muitos andares, que tenha no centro um quarto para o inspetor poder ver todos os presos, ainda que eles não o vejam, e donde os possa fazer executar as suas ordens sem deixar seu posto”.*⁷⁷

Sobre esse projeto arquitetônico, diz Foucault: *“O panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens”.*⁷⁸

⁷⁵ Ibid., 57-58.

⁷⁶ Id., p. 58.

⁷⁷ Ibid., p. 58.

⁷⁸ FOUCAULT, M. op. cit. p. 169.

A escola clássica, depois de Beccaria e outros, teve pensadores tanto na Itália quanto na Alemanha, destacando-se no primeiro: Filangieri, Rossi, Carmignami, Romagnosi e, por último, Carrara. Na Alemanha, destacam-se: Fierbacht, Kant e Hegel.

Reconhece Noronha que na Escola clássica:

“(...) se contêm tendências diversas, que, por sinal, até porfiavam, antes do aparecimento da Escola Positiva, o que bem se explica, não só por sua orientação diversa – tais quais as doutrinas absolutas e relativas – como também porque apresentavam nuances e matizes próprios, advindos da natural influência da personalidade de quem as defendia, do país onde eram expostas etc.”⁷⁹

A unanimidade dos autores reconhece Carrara como o maior vulto da Escola Clássica, pois em suas obras defendia *“(...) a concepção de delito como um ente jurídico, constituído por duas forças: a física e a moral; a primeira é o movimento corpóreo e o dano causado pelo crime; a segunda é a vontade livre e consciente do delinqüente”*.⁸⁰

No tocante à pena, dava uma só justificação como realça Andrade: *“A teoria da pena focaliza o delito em sua vida externa, observando-a em suas relações com a sociedade civil, considerada em sua primária razão de ser, isto é, como um ministro necessário de tutela jurídica na Terra”*.⁸¹

Em conclusão, pode-se afirmar, como fez Iserhard:

“Para esta escola, a punição se fundava no livre arbítrio, fundando-se os efeitos da pena na velha concepção da lei de talião, de que o mal merece o mal, provindo a pena do mal praticado pelo delinqüente e não do mal que se quer prevenir, encontrando-se a sua justa medida, não no mal que se pretende evitar, mas na própria essência e gravidade do delito praticado.”⁸²

⁷⁹ NORONHA, E.M. *Direito penal*. Volume 1, São Paulo: Saraiva, 2000. p. 30.

⁸⁰ *Id.*, p. 31.

⁸¹ CARRARA, *apud* ANDRADE, V. R. P. *op. cit.* p. 58.

⁸² ISERHARD, A. M. R. F. *O caráter vingativo da pena*. Florianópolis: 1987. (Mestrado em direito). Pós-graduação em direito da UFSC. (164. p.) p. 38-39.

Destarte como destacou Iserhard: *“A pena, para esta escola, é um mal imposto ao indivíduo que merece um castigo em vista de uma falta considerada crime, que voluntária e conscientemente cometeu”*.⁸³

Em oposição a essa escola, depois de quase um século de domínio no âmbito do Direito Penal, surge a escola positiva ou antropológica, no final do século XIX, com tendência a utilizar o método naturalístico no Direito Penal e dele afastando as indagações filosóficas. A nova corrente de pensamento, ao contrário da clássica, busca na observação e na experiência científica os instrumentos aptos para resolver os problemas criminais.

Como destaca Ferri:

“Precisamente, para os partidários da Escola, a essência de seu programa reside no novo método instaurado:

*‘A diferença profunda e decisiva entre as duas Escolas está portanto principalmente 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 (delinqüente) como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito praticado’.*⁸⁴

Esse novo movimento iniciou-se com a publicação do livro *“O Homem Delinqüente”* (1876), de Cesare Lombroso, onde sustenta a tese do criminoso nato. Isso se deve pelos seus caracteres antropológicos, explicados pelo atavismo.

Menciona Andrade:

“Procurou desta forma individualizar nos criminosos e doentes apenados anomalias sobretudo anatômicas e fisiológicas (como pouca capacidade craniana, frente fugidia., grande desenvolvimento dos arcos zigomático e maxilar, cabelo crespo e espesso, orelhas grandes e agudeza visual) vistas como constantes naturalísticas que denunciavam, a seu

⁸³ SODRÉ, M. apud ISENHARD, A. M. R. F. Id., (164. p.) p. 39.

⁸⁴ FERRI, apud ANDRADE, V. R. P. op. cit. p. 63.

*ver, o tipo antropológico delinqüente, uma espécie à parte do gênero humano, predestinada, por seu tipo, a cometer crimes”.*⁸⁵

Menciona também o fundador da Escola positiva, Cesare Lombroso, além da criminalidade atávica, anatômica e fisiológica, a insensibilidade moral e afetiva, como principal traço do caráter dos delinqüentes. Tanto é que afirmou:

*“Com a mesma facilidade deplorável com que vêem ou provocam a morte dos outros, o espetáculo sendo mesmo, um verdadeiro prazer, uma necessidade, sob o impulso da vingança ou do ódio, ou mesmo somente como consequência do hábito. Daí a ausência aparente, ou a incoerência de motivos, que se observa com freqüência nos crimes mais atrozes”.*⁸⁶

É de se registrar que, posteriormente, Lombroso reviu sua tese, afastando as afirmativas a respeito de um tipo físico especial de delinqüente. Isso se confirma com as palavras de Andrade:

*“Posteriormente, diante das críticas suscitadas, reviu sua tese, acrescentando como causas da criminalidade a epilepsia e, a seguir, a loucura moral. Atavismo, epilepsia e loucura moral constituem o chamado, por Vonnacke, de ‘tríptico lombrosiano’.”*⁸⁷

Os estudos de Lombroso abriram o caminho para a reformulação positivista acerca do sistema punitivo. Perde assim eficácia a idéia de castigo, em razão da sua proposta de determinismo, o que é seguido por seus sucessores com propostas de medidas de defesa social.

Alem disso, de sua obra originaram-se a criminologia e as ciências a ela relacionadas, como a psicologia, a biologia e a sociologia. Assim, o Direito Penal passa a ser estudado em conjunto com outras áreas do conhecimento humano.

⁸⁵ Id., p. 64-65.

⁸⁶ CESARE, L. **O homem criminoso**, tradução do original francês por Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: (s/d) p. 492.

⁸⁷ ANDRADE, V. R. P. op. cit. p. 65.

Coube a Ferri a segunda resposta sobre as causas do crime, como destaca Andrade:

*“Foi de Ferri, então, considerado o maior expoente e o mais autêntico representante da Escola Positiva, que veio a segunda resposta sobre as causas do crime. Desenvolvendo a Antropologia lombrosiana e orientando-se por uma perspectiva sociológica, admitiu uma tríplice série de causas ligadas à etiologia do crime: Individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social) e, com elas, ampliou a originária tipificação lombrosiana da delinquência”.*⁸⁸

Nessa perspectiva sociológica atribuída a Ferri, contesta-se o livre-arbítrio dos criminosos (da Escola Clássica) e os classifica em cinco categorias: natos, loucos, habituais, de ocasião e por paixão, reconhecendo-se que, a cada um, deve incidir uma espécie de reação (pena), direcionada segundo a periculosidade individual.

Vê-se, então, que sob o ponto de vista da Escola Positiva, ao contrário do classicismo, o criminoso passou a ser o centro de suas análises, justificando Ferri essa nova preocupação com as seguintes palavras:

*“(...) o criminoso, sendo o autor do fato proibido ao qual se deve aplicar a pena cominada pela lei e sendo por isso, ele, o protagonista da Justiça Penal prática, deve sê-lo também da Ciência Criminal. É por isso ao estudo do crime e da pena, admiravelmente feito pelos criminalistas clássicos, é necessário propor e acrescentar o estudo do delinqüente, cujo crime praticado – tendo também um valor próprio de maior ou menor gravidade moral e jurídica – é sobretudo o sintoma revelador de uma personalidade mais ou menos perigosa, para a qual se deve dirigir uma adequada defesa social. É preciso portanto abandonar, visto não corresponder à realidade, o critério fundamental da Escola Clássica, que considerava o autor do crime como um ‘tipo médio’, igual a quaisquer outros homens, salvo os poucos casos aparatosos e taxativamente catalogados de menor idade, loucura, surdez-mudez, embriaguez, ímpeto de cólera e de dor”.*⁸⁹

Por outro lado, reconhece Marques:

“Propõe, ainda, a substituição da responsabilidade moral pela responsabilidade social, decorrente da vida do homem em sociedade, na qual a reação punitiva fundamenta-se nas

⁸⁸ Ibid., p. 65.

⁸⁹ FERRI, apud ANDRADE, V. R. P. Id., p. 66.

medidas preventivas de defesa social. Os critérios preventivos superam os da repressão, e a pena confunde-se com a medida de segurança. Ambas se alicerçam na periculosidade do agente e possuem tempo indeterminado de duração, condicionado à regeneração do delinqüente. Caso esta não ocorra, a sanção pode chegar à perpetuidade. Assim, a pena-castigo dos clássicos é substituída pela pena-defesa e pela pena-educação.”⁹⁰

Daí porque como ressalta Andrade:

*“Ferri ter preconizado os chamados ‘substitutivos penais’ vistos como um conjunto de providências consistentes em reformas práticas de ordem educativa, familiar, econômica, administrativa, política e também jurídica (de Direito Privado e Público), destinadas a atuar na eliminação ou atenuação das suas causas. Porém, como a prevenção (indireta ou direta) não pode impedir que os crimes se cometam, sobrevem a necessidade da repressão”.*⁹¹

Dessa forma, vê-se que para Ferri, falhando a prevenção (indireta ou direta), é necessário que o criminoso sofra repressão, ao contrário da penalidade apregoada pelo classicismo, que é a (retribuição).

Isso se confirma nas palavras de Ferri:

*“(…) a pena, como última ‘ratio’ de defesa social repressiva, não se deve proporcionar – e em medida fixa – somente à gravidade objetiva e jurídica do crime, mas deve adaptar-se também e sobretudo à personalidade, mais ou menos perigosa, do delinqüente, com o seqüestro por tempo indeterminado, quer dizer, enquanto o condenado não estiver readaptado à vida livre e honesta, da mesma maneira que o doente entra no hospital não por um lapso prefixo de tempo – o que seria absurdo – mas durante o tempo necessário a readaptar-se à vida ordinária. Daqui resulta que a insuprível exigência para a hodierna Justiça Penal é esta: assegurar uma defesa social mais eficaz contra os criminosos mais perigosos e uma defesa mais humana para os criminosos menos perigosos, que são o maior número”.*⁹²

Por outro lado, Ferri equipara para os efeitos de defesa social, o imputável ao inimputável. Pois, para ele, ocorrido um crime, não importa que o autor possua inteligência normal ou seja um doente mental. Em qualquer caso, deve o Estado exercer o seu direito-dever de defesa social, estando apenas

⁹⁰ MARQUES, O. H. D. op. cit. p. 71.

⁹¹ FERRI apud ANDRADE, V. R. P. op. cit. p. 68-69.

⁹² Id., p. 69.

subordinado à individualização da pena, face à personalidade de cada delinqüente e a sua possibilidade de readaptação social.

Por isso afirma:

“Não negamos que, no estado atual do sentimento público, o julgamento religioso, moral, social (mais que legal) seja diferente para o crime realizado por um homem aparentemente normal e para o levado a efeito por um homem evidentemente anormal ou inconsciente. Mas nós dizemos que o juízo ético e religioso sobre as ações humanas é de competência da filosofia, da teologia e do sentimento comum; mas não pode, não deve paralizar a ação do Estado, que deve prover à preservação social”.⁹³

Inobstante as diversas maneiras de defesa social que devem ser individualizadas de acordo com a personalidade do infrator, Ferri sugere que todos os delinqüentes devem ter uma sanção, sem distinção de sexo, idade, nacionalidade ou saúde mental. Isso ocorre em razão das normas penais, ditadas pelo legislador por necessidade de proteção da sociedade, serem endereçadas a todas as pessoas de forma indistinta. Portanto, para a imposição da sanção penal, devem ser prevalecentes os critérios relativos à proteção do corpo social em detrimento da aferição da culpabilidade de cada infrator isoladamente.

Outro grande expoente da Escola Positiva foi Garofalo, que em sua obra denominada “*Criminologia*”, criou o conceito de *delito natural*, a *teoria da criminalidade* e o *fundamento do castigo* ou *teoria da pena*, como acentua Gomes e Molina.⁹⁴

Garofalo distinguiu quatro tipos de delinqüente: o assassino, o criminoso violento, o ladrão e o lascivo.⁹⁵

Por outro lado, defendia a pena de morte para determinados tipos de criminosos sob o argumento de que:

⁹³ FERRI, E. *Princípios de direito criminal*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 232-233.

⁹⁴ GOMES, L. F.; PABLOS DE MOLINA, A. G. *Criminologia*. RT, São Paulo: 2000. p. 185.

⁹⁵ Id., p. 186.

“Do mesmo modo que a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, também o Estado deve eliminar o delinqüente que não se adapta à sociedade e às exigências da convivência. Esta defesa radical da ordem social leva-lhe a aceitar a pena de morte em certas hipóteses (criminosos violentos, ladrões profissionais e criminosos habituais, em geral), assim como penas de particular severidade que, a seu juízo, formam parte do catálogo ou repertório de penas de um sistema racional (v.g., envio do delinqüente por tempo indefinido para colônias agrícolas).”⁹⁶

Constata-se, assim, que Garofalo tem importante participação na filosofia do castigo, nos fins da pena e nas medidas de prevenção e repressão da criminalidade. Para esse autor, a pena deve ser diretamente proporcional às características do delinqüente. Descartou, ainda, a idéia de proporção como medida da punição.

⁹⁶ Ibid., p. 187.

2. OUTROS MOVIMENTOS DO SÉCULO XIX

Vê-se que tanto os postulados da Escola Clássica quanto os da Escola Positiva eram extremados na disputa pela explicação das causas dos crimes e na forma de reprimi-los. Isso deu ensejo ao aparecimento de outras Escolas, como por exemplo as Escolas Ecléticas e a Escola chamada Neoclássica.

Assim, na Itália, apareceu a terza Scuola, com Alimena, Carnevale e Impallomeni. Essa escola teve como postulados como enfatizam Gomes e Molina:

“(...) nítida distinção entre disciplinas empíricas (método experimental) e disciplinas normativas (que requeriam um método abstrato e dedutivo); contemplação do delito como produto de uma pluralidade muito complexa de fatores endógenos e exógenos; substituição da tipologia positivista por outra mais simplificada, que distingue os delinquentes em ‘ocasionais’, ‘habituais’ e ‘anormais’; dualismo penal ou uso complementar de penas e medidas de segurança, frente ao monismo clássico (monopólio da pena retributiva) ou ao positivismo (exclusividade das medidas de segurança); atitude eclética a respeito do problema do livre arbitrio, conservando a idéia da responsabilidade moral como fundamento da pena, e a de temibilidade como fundamento da medida; atitude de compromisso, também, quanto aos fins da pena, conjugando as exigências de retribuição com as de correção do delinquentes”.⁹⁷

Na Alemanha, surge a Escola de Maburgo, tendo como representante o alemão Franz Von Liszt⁹⁸, que sem afastar-se da corrente Positiva, principalmente no que se refere a sua defesa da pena indeterminada, apresenta nova concepção do Direito Penal, visando conciliar, de forma eclética, alguns princípios das Escolas Clássica e Positiva.

Assim, os postulados dessa escola como ressaltam Gomes e Molina, são :

⁹⁷ Ibid., p. 192.

⁹⁸ Id., p. 192.

*“(...) análise científica da realidade criminal, dirigida à busca das causas do crime, em lugar de uma contemplação filosófica ou jurídica deste, pois a ótica jurídica, dogmática, é complementar porém não substitutiva da empírica; desdramatização e relativização do problema do livre arbítrio, o que conduz a um dualismo penal que compatibiliza as penas e as medidas de segurança, baseadas, respectivamente, na culpabilidade e na periculosidade; a defesa social apresenta-se como objetivo prioritário da função penal, embora se acentue a importância da prevenção especial”.*⁹⁹

Como se nota, para Von Liszt¹⁰⁰, no tocante à pena, o tema que neste trabalho interessa mais de perto representa prioritariamente a defesa social, face a crença no poder intimidativo das sanções penais. Ora, é lógico que tanto o pensamento da Escola Clássica quanto o pensamento da Escola Positiva e de outras Escolas, apesar de suas imensas contribuições para o desenvolvimento do Direito Penal, através dos tempos, representam velhos paradigmas que necessitam ser substituídos por outro que melhor esclareça o crime e as formas de reprimi-lo, bem como quais as penas mais ideais para se combater o problema criminal.

⁹⁹ Ibid., p. 193.

¹⁰⁰ Id., p. 193.

3. O MOVIMENTO DE DEFESA SOCIAL

Não se trata de uma nova Escola. Para Marc Ancel:

“A nova defesa social é, atualmente, um movimento dinâmico e propagador das idéias que surgem e se entrecruzam nos domínios da ciência penal. É inegável o seu papel como estímulo e emulação para os estudos, pesquisas e observações em torno dos problemas criminais, dentro de um amplo espectro, seja no direito e no processo penal, seja sobretudo na definição de uma política criminal garantidora do respeito aos direitos humanos. Ele é a expressão moderna das conquistas da Revolução Francesa e da antevisão genial de Beccaria. Nas palavras de Marc Ancel, o movimento moderno de política criminal de defesa social nasceu de uma reafirmação dos Direitos do Homem, da dignidade do ser humano e de sua proteção efetiva na comunidade social... ele é a resultante por sua vez da corrente libertadora e humanitária de 1789 e da tradição cristã em sua vocação humanista.”¹⁰¹

O referido movimento surge após a primeira grande guerra mundial sob os influxos do pensamento humanista, uma vez que, a partir daí, predominou o tecnicismo jurídico, segundo o qual o direito penal deve desvincular-se de qualquer indagação de política criminal ou de cunho filosófico, o que ocasionou o retrocesso face ao positivismo crítico.

O Movimento de Defesa Social teve como idealizador o advogado e professor italiano Felippo Gramatica, que fundou em Gênova, em 1945, um centro de estudos de defesa social, sendo realizado dois anos após a sua fundação, o primeiro Congresso Internacional de Defesa Social em San Remo.

Em 1949, foi realizado o segundo congresso em Liege, que teve grande ressonância e dele saiu constituída a sociedade internacional de defesa social cuja presidência coube a Gramatica. Este, como acentua Lins e Silva:

“(...) adotava uma posição radical. Para ele a Defesa Social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do direito penal e dos sistemas penitenciários vigentes. Depois do caráter repressivo e da crueldade dos regimes derrubados pela guerra, a manifestação do Centro criava perspectivas alvissareiras. Sentia-se um sopro renovador, progressista, arrojado, talvez

¹⁰¹ ANCEL, M., apud LINS E SILVA, E. org. ARAÚJO JÚNIOR, J. M. op. cit. p. 33.

*utópico, quanto aos objetivos a alcançar. O movimento de Gramática logo se tornou um foco aglutinador e, ao mesmo tempo, irradiador de modernas concepções”.*¹⁰²

Portanto, uma dessas concepções teve em Marc Ancel um dos seus corifeus e o seu livro “*A Nova Defesa Social*” trata os importantes problemas da política criminal. O livro é de 1954 e foi refeito em 1985, com um novo título, “*A Defesa Social*”.

A nova defesa social, como se mencionou, não deve ser tida como um escola, mas sim como uma conjugação de aspirações humanistas e democráticas em matéria penal.

Nega de forma veemente a punição-retribuição, preferindo o pensamento preventivo, pondo fim à ideologia do tratamento, para garantir ao agente do crime o direito de ser diferente.

Sua finalidade maior é de ser uma política criminal humanista, com bases científicas, visando proteger a dignidade humana.

Tem como características fundamentais, segundo João Marcelo de Araújo Júnior:

“a) Em primeiro lugar, como já deixamos entrever, estamos diante de um movimento e não de um corpo de doutrina estável, lógico, acabado, tendente ao estabelecimento de dogmas. Ao contrário, é notório o seu antidogmatismo, especialmente em relação ao neoclássico, que, desde o final da Guerra, vem tentando restaurar a doutrina que vai de Binding, na Alemanha, a Carrara, na Itália. Além disso, tem caráter multidisciplinar, razão pela qual abriga em suas linhas as mais diversas posições.

b) Sua segunda característica é a mutabilidade. Suas concepções variam no tempo, acompanhando as mudanças nas necessidades sociais, isto porque se trata de um movimento prático, destinado a provocar a reforma das instituições jurídico-penais e da própria estrutura social. Daí não ser especulativo, nem procurar se acrisolar através de abstrações.

¹⁰² Ibid., p. 30.

*c) Finalmente, tem a marca da universalidade. Por sua concepção crítica, multidisciplinar e pluridimensional do fenômeno criminal, está acima e além das peculiaridades das legislações nacionais”.*¹⁰³

O mencionado autor reconhece como postulados do movimento de defesa social:

“a) Realizar permanente exame crítico das instituições vigentes, buscando atualizar, melhorar e humanizar a atividade punitiva, bem como reformar ou, até mesmo, abolir essas instituições. É, portanto, um movimento preterpenal.

b) Outra posição básica é a vinculação a todos os ramos do conhecimento humano, capazes de contribuir para uma visão total e completa do fenômeno criminal. Adota tal posição, por entender que a simples política penal é incabível, porque o Direito Penal não é o único instrumento no combate à criminalidade. Aliás, reconhece expressamente, que o Direito Penal, além de não ser a única, não é, também, a melhor arma a ser empregada nessa luta. Da visão multidisciplinar decorre sua aproximação com a Criminologia, sem que, entretanto, se confunda com ela, como, aliás, também não se identifica com o Direito Penal. A Criminologia é, por assim dizer, uma preliminar da Defesa Social, que nela recolhe as informações necessárias ao estabelecimento de uma estratégia, coerente e firme, de combate à delinquência.

*c) Desses postulados decorre o terceiro. Através da crítica científica das instituições e dos conhecimentos hauridos nas fontes das ciências humanas, a Novíssima Defesa Social arquiteta um sistema de política criminal, que garanta os direitos do homem e promova os valores essenciais da humanidade. Esta a razão porque rejeita o sistema neoclássico, que é punitivo-retributivo”.*¹⁰⁴

Para os adeptos do movimento da Nova Defesa Social, o direito penal deve afastar-se do tecnicismo jurídico e o delito não pode ser considerado apenas do ponto de vista abstrato, para ser compreendido e estudado com base em pesquisas criminológicas, segundo a realidade subjetiva do agente. É necessário se estudar a realidade subjetiva do autor do fato delituoso para que se possa alcançar a individualização da pena, visando a reinserção do condenado na sociedade. Para essa corrente, a pena deixa de ser retributiva e passa a utilizar medidas racionais de tratamento do delinqüente, com o fim de ressocializá-lo.

Há, por parte do movimento da Nova Defesa Social total contrariedade à pena de morte, além de postular a revisão das sanções atribuídas

¹⁰³ ARAÚJO JR., J. M. **Os grandes Movimentos de Política Criminal de Nosso Tempo-Aspéctos.** Sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 67-68.

¹⁰⁴ Id., 68-69.

aos delitos de pequena monta, bem como a descriminalização de algumas condutas, por razões de novos valores sociais ou face a ínfima ofensa ao bem jurídico tutelado.

Como acentua João Marcelo:

“(...) para os ilícitos de pequena monta, estabelece o caminho da descriminalização, enquanto que para as novas e graves infrações à economia e contra os demais direitos difusos, bem como para a criminalidade estatal (abuso de poder, corrupção, etc.), recomenda a via oposta, isto é, a da criminalização, destacando entretanto que os Estados não deverão recorrer a leis de emergência, que importem naquele terrorismo penal a que se referiu Heleno Fragoso e possam violar as conquistas do Direito Penal Liberal, como, por exemplo, o princípio da legalidade... De fato, não se deve esquecer que o Direito Penal deve atuar dentro de uma política que garanta a proteção dos direitos fundamentais do homem. No que se refere à descriminalização de certas condutas, o direito penal alemão, recentemente, retirou o caráter penal das contravenções, sancionando-as somente com multas de caráter administrativo. No mesmo sentido, o Código Penal Português de 1982, que eliminou a velha categoria das contravenções.”¹⁰⁵

Ainda no movimento da nova defesa social, há uma preocupação com a vítima, como esclarece Antônio Scarense Fernandes:

“Movimentos cada vez mais crescentes foram despontando em grande número de países, levando à criação de associações e internacionais, regionais e nacionais preocupadas em delimitar, definir, discutir e assegurar os direitos da vítima, chegando-se, inclusive, na Assembléia Geral das Nações Unidas de 29 de novembro de 1985, a aprovar uma Declaração dos Direitos Fundamentais da Vítima”¹⁰⁶

É bom frisar que essa política ligada à vitimologia, voltada para a reparação dos danos causados pelo delito, tem se mostrado eficaz como um meio de revigorar o tecido social, através da reparação dos danos, inclusive como substitutivo da pena privativa de liberdade, nas infrações de menor gravidade, como se nota após a promulgação da lei dos juizados especiais de pequenas causas e das penas alternativas, inseridas no ordenamento jurídico brasileiro pelas Leis nº 9.099/95 e nº 9.714/98.

¹⁰⁵ MARCELLO, J. apud MARQUES, op. cit. p. 97. Em nota de rodapé nº 178.

¹⁰⁶ FERNANDES, A.S. *O Papel da Vítima no Processo Criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 11.

Inobstante a importância do tratamento dispensado pelos seguidores do movimento da nova defesa social, ao delinqüente e à pena, crê-se que os postulados apregoados se ressentem de inovações, uma vez que não se justifica que o delinqüente tenha o direito de ser criminoso e por isso seria uma violação aos seus direitos fundamentais a exigência de ressocialização face ao seu direito de ser diferente.

Não se pode negar os avanços do movimento da nova defesa social, quando apregoa um tratamento mais humano ao criminoso, uma vez que está mais do que demonstrado que a pena privativa de liberdade, quando de curta duração não serve a qualquer programa de recuperação do apenado. Já nas penas de longa duração, são maiores os riscos de degradação do condenado¹⁰⁷, o que impede a sua recuperação e aumenta os riscos da sociedade, uma vez que o mesmo irá retornar ao convívio social, ao final da pena.

É necessário encontrar-se o meio termo. Sabe-se que com a prisão as conseqüências nefastas não se reproduzem apenas sobre o encarcerado, mas atingem também a sua família. Assim, o mal da pena (enquanto essa não puder ser totalmente eliminada, na visão dos utópicos)¹⁰⁸, deve ser diminuído, com o encurtamento do prazo de prisão e com a oferta de oportunidade ao condenado de continuar, mesmo preso, a *participar* da família, como forma de não perder o estímulo para poder voltar à sociedade, como pessoa e em condições de desfrutar aquilo que de bom ela pode oferecer-lhe.

¹⁰⁷ Não devemos esquecer que a partir dos anos 60 até o final da década de 80, houve uma preocupação por parte de sociólogos e, também de psiquiatras, psicólogos e criminólogos sobre as chamadas instituições totais. A definição dada à expressão “Instituição Total” por Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, Trad. Dante Moreira, São Paulo: Perspectiva, 1974, foi ponto de referência para vários estudos: “uma instituição total pode ser definida como um local de residência e de trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. As prisões servem como exemplo claro disso”. (Goffman, op. cit. p. 11).

¹⁰⁸ A referência diz respeito ao movimento abolicionista no âmbito penal, como uma corrente da criminologia crítica que reúne diversas teses cujo núcleo comum é a proposta de abolição das penas privativas de liberdade e do sistema penal em geral. Ver Mauricio Martinez Sanches, *La Abolición del sistema penal*, Bogotá: Temis, 1990.

Por outro lado, o julgador está submetido a parâmetros indesejáveis, máximo e mínimo, como se esse mínimo fosse a tábua de salvação da sociedade, ou seja, como se encarcerando o condenado por três ou quatro anos fosse suficiente para readaptá-lo à vida social, sendo que o que ocorre é o contrário. O jovem adentra à prisão por ter furtado um par de tênis e após algum tempo de convivência naquela instituição é um futuro assaltante de bancos.

Portanto, conforme frisado anteriormente, o movimento de política criminal da Nova Defesa Social não deixa de retratar um avanço quando postula um tratamento mais humano ao delinqüente, entretanto é ainda carente de outros instrumentos aptos a resolverem o problema da criminalidade.

4. O MOVIMENTO DE LEI E ORDEM

Merecem destaque as palavras de João Marcelo de Araújo Júnior:

*“Nos últimos anos, especialmente a partir da guerra do Vietnã, o mundo vem assistindo a um progressivo aumento da criminalidade, embora, algumas vezes, apenas, aparente. Tal fato e, especificamente, os crimes atrozes são apresentados pelos mass media e por alguns políticos como fenômeno terrificante, gerador de insegurança e conseqüente do tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos, que, por isso, não lhe têm respeito. Essa propaganda maciça de fatos assustadores provoca na população um verdadeiro estado de pânico, do qual se aproveitam movimentos políticos, geralmente autoritários, para se apresentarem como detentores da fórmula infalível contra a onda criminosa, que querem inculcar existir. O remédio milagroso outro não é senão a ideologia da repressão, fulcrada no velho regime punitivo-retributivo, que recebe, agora, o enganoso nome de Movimento de Lei e Ordem”.*¹⁰⁹

Os defensores desse pensamento partem do pressuposto de que a sociedade está dividida em homens bons e maus. Para controlar a violência desencadeada pelos maus, somente com a imposição de penas privativas de liberdade, ou a pena de morte, o controle seria viável. Surgem então os ideais de retribuição e castigo.

Como acentua João Marcelo:

“Esses movimentos ditam uma política criminal em que:

- a)- a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido;*
- b)- Os crimes atrozes sejam punidos com penas severas;*
- c)- As penas privativas de liberdade por crimes praticados com violência sejam executadas em estabelecimentos de segurança máxima;*
- d)- A prisão provisória tenha o seu espectro ampliado;*
- e)- As garantias processuais sejam minimizadas;*
- f)- Haja diminuição dos poderes de individualização do Juiz e menor controle judicial da execução penal”.*¹¹⁰

No nosso País, esses aspectos se fazem presentes, especialmente na denominada Lei de Crimes Hediondos, entre outras, onde está patenteada uma ideologia autoritária e repressiva, levada a efeito por reformas pontuais, que

¹⁰⁹ ARAÚJO JÚNIOR, op. cit. p. 70.

¹¹⁰ ARAÚJO JÚNIOR, J. M. **Justiça Penal**. volume 4. São Paulo: RT, 1997. p. 147.

acabam por desorganizar o sistema de justiça penal, além de proporcionar um aumento da população carcerária, face a impossibilidade de se aplicar aos crimes hediondos o regime de progressão no cumprimento da pena imposta.

Inúmeras são as desvantagens proporcionadas pelo implemento da política criminal do Movimento de Lei e Ordem, pois prega a pena pela pena, o mal pelo mal, sem apresentar qualquer aspecto científico visível. É evidente o retrocesso na história da pena.

Basta que se compare a população carcerária existente antes do advento da lei de crimes hediondos e sua posterior modificação com a atual população carcerária, que se constata o desatino de uma política criminal que se fundamenta no anseio constante de uma população carente de proteção estatal e que é levada pela mídia a buscar soluções mágicas e imediatas para resolver os problemas criminais, como se esses não fossem o reflexo da política econômica, social e educacional adotada pelo Governo.

5. A DESCONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA TRADICIONAL. O NOVO PARADIGMA. A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

O Estado moderno, do ponto de vista do controle centralizado, racionalizado e burocratizado, está condicionado à natureza do sistema penal. Portanto, como cita Andrade:

*“(...) o Estado moderno se caracteriza por deter (ou pela pretensão de deter) o monopólio da violência física, que constitui o aspecto especificamente político da dominação numa sociedade territorialmente delimitada, o sistema penal, institucionalização desta violência, aparece estatalmente centralizado”.*¹¹¹

Afirma ainda Andrade, respaldada em Zaffaroni:

*“No Estado moderno ocidental, o poder de punir e o sistema penal em que se institucionaliza é marcado por uma dupla via legitimadora. Por um lado, por uma justificação e legitimação pela legalidade que se conecta com o seu enquadramento na programação normativa; por outro lado, por uma justificação e legitimação utilitarista que se conecta com a definição dos fins (funções declaradas) perseguidos pela pena.”*¹¹²

A primeira função, ou seja, a legitimação pela legalidade, segundo Andrade: *“resulta da intervenção do Direito (positivo = lei) na história do poder de punir.”*¹¹³

A Segunda, conforme Baratta, se caracteriza porque:

*“(...) a racionalidade do Direito não pode se fundamentar unicamente sobre seus caracteres formais, mas requer sobretudo a instrumentalidade do conteúdo com respeito a fins socialmente úteis, a legalidade, representando um limite negativo e formal do poder de punir, não esgota seu discurso legitimador”.*¹¹⁴

¹¹¹ ANDRADE, V. R. P. op. cit. p.176.

¹¹² Id., p. 177.

¹¹³ Ibid., p. 177.

¹¹⁴ BARATTA, A. apud ANDRADE, V. R. P. Ibid., p. 179.

Isso, de acordo com Basoco, representa que: “(...) o saber oficial, além de atribuir ao Direito Penal a função de ‘proteção de bens jurídicos’, o que é hoje praticamente pacífico, trata de atribuir também à pena funções socialmente úteis”.¹¹⁵

Pode-se afirmar que houve uma construção (legitimadora) do moderno sistema penal e seus paradigmas fundamentais de sustentação, representados pelo tripé Dogmática Penal – Criminologia – Política Criminal, durante o final do século XVIII e que atravessou o século XIX.

No tocante à desconstrução e deslegitimação do moderno saber penal, que teve início a partir da década de 60, do século XX, foi iniciada conforme Andrade, com:

*“(...) a crítica historiográfica dos sistemas penais, desenvolvida a partir da crítica à prisão, ocupa uma importante página do impulso desestruturador representando, na sugestiva denominação cunhada por Cohen, autênticas ‘histórias revisionistas’ da gênese do moderno sistema penal. Mas ele atinge seu apogeu com a passagem da crítica à prisão à crítica do sistema penal, globalmente considerado e convertido em objeto específico de análise científica, na qual as investigações sobre a prisão passam a ocupar um dos níveis analíticos”.*¹¹⁶

Como resultado desse fenômeno, destaca-se, como reconhece Andrade:

*“Nesta conversão, transforma-se o próprio estatuto do saber criminológico, pois ela se dá através da desconstrução e superação do paradigma etiológico pelo paradigma da reação social, o que tem sido considerado uma ‘revolução de paradigma’ em Criminologia, processo este que culmina na construção da Criminologia crítica”.*¹¹⁷

Além da mudança de paradigma na criminologia, ocorreram também mudanças na política criminal, que antes estava reduzida à Política da pena e

¹¹⁵ BASOCO apud ANDRADE, V. R. P. Ibid., p. 179.

¹¹⁶ ANDRADE, V. R. P. Id., p. 183-184.

¹¹⁷ Ibid., p. 184.

reforma do Direito e do sistema penal, surgindo então políticas criminais alternativas.

Reconhece Andrade que:

*“Em linhas gerais, os grandes eixos de alternativas política-Criminais então em curso, fundamentam-se na necessidade da mínima – e redefinida – intervenção penal ou na abolição do sistema penal e sua substituição por formas alternativas de resolução de conflitos como mediação e conciliação. De forma que se distribuem, centralmente, entre posturas minimalistas e abolicionistas, ou posturas que, sem recusar a utopia abolicionista a longo prazo reivindicam um Direito Penal mínimo baseado na reconstrução crítica e fortalecimento das garantias liberais a curto e médio prazo”.*¹¹⁸

Como foi acentuado, há na atualidade um movimento de abolição do sistema penal, defendido por Louk Hulsman, cujo pensamento será objeto do tópico seguinte.

¹¹⁸ ANDRADE, V. R. P. *Ibid.*, p. 185.

6. O MOVIMENTO DE DESPENALIZAÇÃO

Louk Hulsman, professor de Direito Penal da Universidade de Rotterdam, co-autor do livro “Penas Perdidas, o Sistema Penal em Questão”, inicia a sua crítica ao sistema penal, afirmando:

*“Ao tratarem dos problemas da Justiça Penal, os discursos políticos, grande parte da mídia e alguns estudiosos da política criminal se põem de acordo e dão a palavra a um determinado ‘homem comum’. Esse homem comum seria obtuso, covarde e vingativo. Não faria distinção entre os marginais, os violentos, os molestadores de todos os tipos, reservando-lhes em bloco o desprezo público. Imaginaria as prisões cheias de perigosos assassinos. E veria no aparelho penal o único meio de proteção contra os fenômenos sociais que o perturbam”.*¹¹⁹

Será que o sistema penal é o melhor caminho para a solução dos fenômenos criminais?

É evidente que não, e isso é ressaltado por ele, ao afirmar:

*“quando estes homens e estas mulheres compreenderem o peso que essa máquina de punir e excluir, herdada dos séculos passados, faz recair sobre nossas sociedades, não se encontrará mais ninguém que avalize um tal sistema.”*¹²⁰

Para demonstrar o acerto das críticas formuladas por Hulsman, basta que se atente para a política das drogas no Brasil que, para Batista: “(...) gosta de apresentar-se como uma guerra”.¹²¹

Realmente, a policia mata suspeitos de tráfico, mais que se mata na guerra, só que a verdade não se apresenta, pois sempre haverá a desculpa de troca

¹¹⁹ HULSMAN, L.; CELIS, J. B. **Penas Perdidas. O sistema penal em questão**. Niterói - RJ: Luam, 1997. p. 55.

¹²⁰ *Id.*, p. 56.

¹²¹ BATISTA, N. **Revista Discursos Sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 3, nº 5 e 6, p. 78, 1º e 2º Semestres de 1998.

de tiros com traficantes ou confronto entre traficantes pelo controle do tráfico nos postos de venda.

Inobstante tais inverdades, no tocante ao procedimento judiciário, não é muito diferente do que ocorre com a área policial. Basta que se observe, como diz Batista: *“O modelo bélico da política criminal imprime suas marcas também no procedimento judiciário, a começar pela contradição de julgar alguém que, por constituir-se num inimigo, deve ser implacavelmente abatido (= condenado).”*¹²²

Assim, se justificam os excessos de prazos, violações ao devido processo legal, o desrespeito às garantias constitucionais, especialmente, no tocante à utilização de provas ilícitas, uma vez que se trata do inimigo que deve ser condenado de qualquer maneira.

Mas, não é só nesses aspectos que o inimigo deve ser abatido. Aplicada a pena, e tendo sido o delito equiparado ao crime hediondo, qualquer benefício só será concedido após o cumprimento de dois terços da pena, proporcionando um aumento da população carcerária que é levada aos locais mais inóspitos, sem qualquer preocupação com o que acontecerá com o condenado, sua família, amigos, etc. É o inimigo que foi abatido, pelo menos por enquanto. Só que há o esquecimento de que um dia voltará a conviver em sociedade.

Por tais razões, acredita-se que Hulsman e Celis estão cobertos de razão: *“Neste dia, uma verdadeira consciência popular reivindicará sua abolição”.*¹²³

¹²² Ibid., p. 91.

¹²³ HULSMAN, L.; CELIS, J. B. op. cit. p. 56.

Outras razões são invocadas por Hulsman e Celis, para pregar a abolição do sistema penal, invocando, dentre elas, a burocracia, afirma:

“Quando o discurso oficial (político, jurídico, científico, etc.) faz referência ao sistema penal, implicitamente o considera um sistema racional, concebido, criado e controlado pelo homem. Nada mais mentiroso. Você retoma esta mesma imagem, quando pensa: ‘Existem a polícia, os Juizes, a administração penitenciária... Existem o Parlamento que faz as leis e os tribunais que as aplicam. Cada elemento intervém a seu tempo e funciona em harmonia com os outros. É um sistema sério, graças ao qual a justiça é prestada e a sociedade libertada de elementos antissociais que perturbam sua evolução normal’.”¹²⁴

Ledo engano. Sabe-se que cada um desses órgãos trabalha de forma isolada, cada um desempenha seu papel, sem qualquer preocupação com o que aconteceu antes ou vai acontecer depois. Cada um desses organismos preocupa-se com objetivos internos.

Mesmo na hipótese de ocorrer preocupação, por parte de alguns funcionários, com a pessoa que se vê envolvida com o sistema penal, seja policial, promotor, juiz ou diretor de penitenciária, de nada adianta essa preocupação, uma vez que o sistema existe para reprimir, ou seja, cada um faz sua parte para, no final, sair o produto acabado, quer dizer, o prisioneiro.

Ocorre que esse prisioneiro só existe em razão da falta de condições que lhe foram negadas desde o seu nascimento, pelo próprio sistema que agora irá puni-lo.

Outro aspecto abordado por Hulsman e Celis, para justificar a abolição do sistema penal, é a questão da prisão, afirmando:

“Esforce-se por imaginar, tente interiorizar o que é a prisão, o que é o encarceramento. Aprendemos a pensar sobre a prisão de um ponto de vista puramente abstrato. Coloca-se em primeiro lugar a ‘ordem’, o ‘interesse geral’, a ‘segurança pública’, a ‘defesa dos valores sociais’... Fazem com que acreditemos - e esta é uma ilusão sinistra - que, para nos resguardar das ‘empreitadas criminosas’, é necessário - e suficiente! - colocar atrás

¹²⁴ Ibid., p. 58-59.

*das grades dezenas de milhares de pessoas. E nos falam muito pouco dos homens enclausurados em nosso nome... ”.*¹²⁵

Para conhecer o que é uma prisão, basta que se siga os passos de Oliveira, quando cita o professor Augusto Thompson em sua obra, “A questão penitenciária”, onde analisa o tema. Vejamos:

“A aplicabilidade generalizada da pena privativa de liberdade propiciou o aparecimento de grande número de comunidades fechadas. Nestas comunidades passaram a conviver indivíduos de diferentes procedências, quer de família, de ambiente ou religião, com idade, costumes e nível socio-econômico-cultural os mais diversos, separados de forma abrupta da sociedade livre e desenvolvendo obrigatoriamente uma vida própria.

Esta sociedade prisional propicia um ambiente fechado muito particular, com regime específico, resultante inicialmente da imposição decretada pela ordem judicial, quase sempre afastada de sua execução, onde certos indivíduos, de repente e de forma coercitiva, se vêem envolvidos.

O sistema prisional não representa hoje apenas uma simples questão de grades e de muros, de celas e de trancas, mas é visto como uma sociedade dentro de uma sociedade, onde foram radicalmente alterados numerosos comportamentos e atitudes da vida livre.

Por sua vez, tal instituição tem seu objetivo maior no custodiamento e na manutenção da ordem interna dessa sociedade, que concentra um poder repressivo nas mãos de muitos poucos, abrindo um infundável abismo entre os mandantes e os mandados, um verdadeiro regime totalitário, em que os presos são submetidos panopticamente a um controle extremo através de constante vigilância e minucioso regulamento, a uma estrutura severa e limitada, de privacidade impossível, em que a conduta e a intimidade de cada um é observada pelos demais.

*O mundo da prisão é antes de mais nada um mundo complexo. Não há objetivos definidos, exceto o imediatismo de segregar o indivíduo da sociedade. O conflito do preso com os funcionários da prisão e com os demais presos é uma constante. A vida social numa prisão é sobremaneira difícil e quase impossível devido a um ambiente de desconfiança total, esperteza e desonestidade lá reinantes. É um mundo do (eu), (mim) e antes do (nosso) , (deles) e (dele) ”.*¹²⁶

Não menos ilustrativos são as afirmativas de Lins e Silva sobre a prisão: “Hoje não se ignora que a prisão não regenera nem ressocializa ninguém; perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fabrica de reincidência, é uma universidade às avessas onde se diploma o profissional do crime.”¹²⁷

Não é sem razão que Foucault, sobre o fracasso da prisão, em reduzir os crimes reconhece que: “O sucesso é tal que, depois de um século e

¹²⁵ Id., p. 61.

¹²⁶ OLIVEIRA, O. M. op. cit. p. 75-76.

¹²⁷ LINS E SILVA, E. op. cit. p. 33.

meio de 'fracasso', a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la".¹²⁸

Muitos outros estudiosos poderiam ser lembrados sobre o fracasso que representa a prisão como instrumento de sustentação do sistema de controle do fenômeno criminal, mas crê-se que já está por demais evidenciado que a prisão não se presta à solução desses fenômenos.

Como lembram Hulsman e Celis:

"O sistema penal produz efeitos totalmente contrários ao que pretende um determinado discurso oficial, que fala em favorecer a emenda do condenado'. O sistema penal endurece o condenado, jogando-o contra a 'ordem social' na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele uma outra vítima".¹²⁹

Por essas razões e outras, sustentadas por Hulsman e Celis, invocando que:

"É preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper os laços que, de maneira incontrolada e irresponsável, em detrimento das pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, unem os órgãos de uma máquina cega cujo objeto mesmo é a produção de um sofrimento estéril. Um sistema dessa natureza é um mal social. Os problemas que ele pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira".¹³⁰

Essa outra maneira de resolver os problemas sociais é elencada por Hulsman e Celis, mas se deixará de abordá-la nesta oportunidade, por fugir à pretensão do presente trabalho. Entretanto, retornar-se-á às suas idéias sobre as mudanças que podem ser promovidas no sistema penal, no último capítulo desta dissertação.

¹²⁸ FOUCAULT, op. cit. p. 230-231.

¹²⁹ HULSMAN, L.; Celis, J. B. op. cit. p. 72.

¹³⁰ Id., p. 91.

Para finalizar, resta reconhecer que a abolição do direito penal já era invocada por Filippo Gramatica, quando fundou em Gênova, em 1945, o Centro de Estudos de Defesa Social.

Mas, como ressalta Lins e Silva:

“Os exageros do pioneirismo de Gramatica viriam a ser podados pela moderação dos que acorreram ao chamado de sua pregação. Marc Ancel, que viria a conter os excessos do Centro, a ele, entretanto, aderiu com entusiasmo porque desenvolveu-se uma ‘atmosfera singular de fervor e esperanças’ e implantou ‘as bases do verdadeiro movimento moderno de defesa social: uma confiança no destino do homem, uma proteção do ser humano, uma reação contra a repressão cega, uma preocupação de humanizar as instituições penais e de assegurar a recuperação social daquele que se tenha desviado para a delinqüência: estas são as primeiras afirmações da defesa social, no momento em que ela toma verdadeiramente consciência de si mesma’.”¹³¹

Resta então a pergunta: não será a nova defesa social um continuísmo do sistema penal, tal qual sempre existiu?

A resposta se encontra nas palavras de Hulsman e Celis: *“Os movimentos que tentam devolver ao detento sua dignidade humana, através da ‘humanização’ das prisões, geralmente se baseiam num sentimento de solidariedade pela sorte daqueles que foram levados ao cárcere”.*¹³²

Mas, como acentua o referido autor é preciso mais do que isto, é preciso haver:

“(…) a solidariedade com os condenados; a solidariedade com as pessoas vitimizadas; a solidariedade com o conjunto de pessoas que vivem numa sociedade e que precisam se libertar de suas falsas crenças e dos erros que cometem ao relacionar levemente seus problemas na sociedade com a existência do sistema penal; e, finalmente, a solidariedade com as pessoas que asseguram o funcionamento do sistema penal e que, se pudessem deixar de trabalhar pela sobrevivência de tal máquina, sentiriam o prazer de se libertar. Os que perceberem e quiserem assumir estas quatro formas de solidariedade não se contentarão com um simples posicionamento de reforma das prisões - e nem mesmo com a

¹³¹ LINS e SILVA, E. op. cit. p 31.

¹³² HULSMAN, L.; CELIS, J. B. op. cit. p. 93.

*abolição pura e simples da pena de prisão. Para estes, onde me incluo, trata-se de derrubar todo o sistema”.*¹³³

Solidariedade, entretanto, não se pode transformar em insegurança, com a abolição do sistema penal. Necessário se faz que haja mudanças radicais na forma de apenar, assim como na quantidade das penas a serem impostas, ficando a pena privativa de liberdade reservada à criminalidade violenta.

¹³³ Ibid., p. 93-94.

CAPÍTULO III

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O GARANTISMO

Não paira qualquer dúvida de que a individualização da pena, elevada a princípio constitucional, visa a expressar a valoração do indivíduo, impedindo que sejam ignoradas as diferenças. A sua importância decorre do fato de que cada acusado é um, e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis.¹³⁴

Portanto, é necessário que haja uma individualização na primeira fase, ou seja, na lei, e outra individualização, já agora por ocasião da sentença. Assim: *“individualizar... é estabelecê-la, flexibilizá-la, mensurá-la, tendo em vista a culpabilidade do autor pelo fato e as particularidades deste, e não de qualquer autor por qualquer fato ou por fatos pretéritos.”*¹³⁵

Ao exigir a individualização da pena, o princípio constitucional inserido no artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal, está afirmando a necessidade do legislador, ao elaborar a lei, cunhando os tipos penais, elencar as penas e graduá-las dentro de parâmetros abstratos e fixar os limites extremos, levando sempre em consideração as conveniências sociais e políticas. Já no plano posterior, isto é, na fase de aplicação da pena, o juiz na sentença deverá, em cada caso concreto, levando em conta a culpabilidade do autor do fato, determinar a espécie de pena a ser aplicada dentre aquelas que foram previstas e, dentro dos limites previstos, fixar a quantidade necessária e suficiente à repressão e prevenção do delito.

¹³⁴ BOSCHI, J. A. P. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 58.

¹³⁵ *Id.*, p. 58.

Impõe-se, ainda, uma terceira etapa que é representada pela execução, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, momento em que se inicia essa nova relação entre o Estado e o condenado, intervindo aí, além do juiz e do representante do Ministério Público, também outros órgãos da administração pública, que são encarregados de materializar a execução da pena imposta.

Dessa forma, a individualização da pena requer, como reconhece Boschi:

*“Delimitar qualitativa e quantitativamente as penas na sentença é, portanto, exercer atividade destinada à medição da culpabilidade para a conseqüente quantificação da reação do Estado (pena) contra o crime e o criminoso, tendo em conta determinado fato e determinado infrator, consoante deflui da fórmula constante do artigo 29 do CP”.*¹³⁶

Isso implica que o princípio da individualização da pena está em constante interação com outros princípios e normas constitucionais, em especial com a norma prevista no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, que como garantia do indivíduo, impõe a necessidade de o juiz fundamentar a sua decisão, para dar conhecimento às partes do processo, a forma e as razões que o motivaram, uma vez que deve atender a regras legais específicas, que são próprias de um direito penal democrático e moderno, visando proporcionar que seja acompanhado todo o procedimento pelo acusado e também pelo acusador, com a possibilidade de impugnação por via recursal.

É digno de registro que na fase última, ou seja, na execução da pena, onde intervém outros órgãos do Estado, e como determina o artigo 6º da Lei nº 7.210/84, a execução deve desenvolver-se, seguindo programa de tratamento individualizado elaborado por comissão técnica de classificação, resguardando assim, as diferenças próprias dos condenados e também dos fatos que foram cometidos.

¹³⁶ Ibid., p. 59.

Na atualidade, o que se vê é o não cumprimento por parte desses órgãos do Estado, pois em algumas penitenciárias sequer existe a comissão técnica de classificação, como ocorre no Estado do Espírito Santo.

Além disso, é incompreensível que o Estado não dê efetivo cumprimento à Lei de Execução, uma vez que é visível a olho nu, o total descumprimento das normas mais elementares previstas na referida lei, especialmente no tocante ao cumprimento da pena em penitenciárias, quando o que se vê é o réu ser condenado e cumprir toda a sua pena, em estabelecimentos destinados a presos não condenados, sem contar com a total falta de técnicos aptos a lidarem com o ser humano que incidiu no crime.

É necessário se reconhecer, como fez Marco Antônio Marques da Silva:

*“Um sistema de direito penal, no Estado Democrático de Direito, deve ter como limite os direitos humanos acolhidos na Constituição Federal e nos tratados e convenções internacionais. Qualquer violação por parte do Estado destes direitos atinge de forma direta a dignidade humana, impedindo, assim, a concretização das garantias constitucionais, objetivo do processo penal”.*¹³⁷

Por tais razões, de extrema importância delinear o conceito de princípio constitucional, o que ocorrerá no tópico seguinte.

¹³⁷ SILVA, M. A. M. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001. p. 143.

1. CONCEITO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

É necessário esclarecer primeiro que se tem um problema bastante complexo, que é o relacionado com a distinção entre princípios e regras.

Assim, é preciso indagar qual é a função dos princípios. Sabe-se que existem dois tipos de princípios, conforme Canotilho:

*“(...) princípios hermenêuticos e princípios jurídicos. Os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a ratio legis de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juizes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito”.*¹³⁸

Portanto, o que interessa não é o princípio hermenêutico, mas os princípios na qualidade de normas, distintas das outras normas, conhecidas como regras jurídicas.

Dessa forma: *“O substantivo princípio, de origem latina, principium, principii, tem a mesma significação que começo, causa primária, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito”.*¹³⁹

Por outro lado, reconhece Canotilho:

“As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagreblsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1087.

¹³⁹ BOSCHI, J. A. P. *op. cit.* p. 25.

regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas)".¹⁴⁰

Por tais motivos, pondera Boschi: *"Em direito, princípios são enunciados de profunda significação ética, política, jurídica ou ideológica, que sustentam, como os pilares de uma obra, o conjunto da construção jurídica".¹⁴¹*

Como menciona Crisafulli:

"Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém".¹⁴²

Na atualidade, mister se faz reconhecer a importância dos princípios constitucionais tanto que Boschi assevera:

"Ao longo desta obra, insistiremos no alto grau de influência e de importância de princípios como o da proporcionalidade, o da humanidade e o da culpabilidade, na estruturação e compreensão de sistema de penas e do próprio processo de individualização e de execução".¹⁴³

Outra não é a opinião de Celso Antônio Bandeira de Melo quando diz:

¹⁴⁰ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.* p. 1087-1088.

¹⁴¹ BOSCHI, J. A. P. *op. cit.* p. 25.

¹⁴² CRISAFULLI, apud BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 230.

¹⁴³ BOSCHI, J. A. P. *op. cit.* p. 26.

“Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”¹⁴⁴

Dessa forma, constata-se que o princípio da individualização da pena tem inteira pertinência com outros princípios, o que faz com que o aplicador da lei, ao aplicá-la, fique obrigado a ter de respeitar, especialmente, a opção qualitativa e quantitativa das penas, além de outros princípios que tenham aplicação no sistema jurídico.

¹⁴⁴ GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 78-79.

2. O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

É importante esclarecer que o Brasil, desde o descobrimento em 22 de abril de 1500, foi regido pelas Ordenações Portuguesas (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). As primeiras, por curto período de tempo, mas como ressalta Claudia Pinheiro da Costa:

*“Interessante comentar o Livro V onde se reflete acerca das maiores desumanidades do Direito Penal, de fundamentação nitidamente medieval, onde os crimes eram meramente enumerados mais como pecados que como transgressões reconhecidas como ameaçadoras da segurança social, onde também as penas eram marcadas pelo seu excesso de rigor, como por exemplo em caso de homicídio, era punido o assassino com a pena de morte, conforme o artigo 4º do título XXXII”*¹⁴⁵

Assim, como esclarece Claudia Pinheiro da Costa:

*“Somente em 1505, inicia-se um trabalho de reforma e nova codificação da legislação, em face das mudanças sociais, estando o antigo código das Ordenações Afonsinas extremamente desatualizado, surgindo, assim, as Ordenações Manuelinas, cuja promulgação foi movida essencialmente pela vontade de Dom Manuel de deixar a sua marca na história e divulgar o sucesso das expedições marítimas, havendo também forte fundamentação religiosa em seus preceitos. Chegou-se ao absurdo de praticamente dobrar-se o rol de crimes elencados nas novas ordenações, sendo aqueles caracterizados basicamente por superstições. A influência das Ordenações Manuelinas no direito colonial foi a inserção de determinadas decisões oriundas da aplicação dos forais nas colônias no conteúdo da compilação, de modo a ser constituído um diploma de orientação dos órgãos jurisdicionais da colônia, semelhante a uma jurisprudência.”*¹⁴⁶

Naquela oportunidade, quem Governava as Capitânicas eram os Donatários, através dos seus forais, que condensavam os usos e costumes locais, que variavam de um local para outro, o que caracterizava a existência de vários forais, utilizando inclusive as ordenações do reino, na oportunidade conhecidas como Manuelinas.

¹⁴⁵ COSTA, C. P. *Sanção Penal Sua Gênese e Tendências Modernas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001. p. 56 - 57.

¹⁴⁶ Id., p. 58 - 59.

Merece ainda destaque, como assinala Costa, o fato de que:

*“Os forais continham disposições penais extremamente severas, estigmatizando duramente certos criminosos, impondo-lhes penas cruéis, percebendo-se também uma satisfação absoluta no ato de castigar por parte dos membros da justiça criminal. Assim sendo, havia a pena de corte das orelhas dos ladrões ou amputação de uma de suas mãos, e até em certos casos de ambas as mãos, já que se o indivíduo furtava perdia uma das mãos e se reincidia no furto perdia a outra. Às vezes os tribunais impunham a perda da mão para o caso de furto e a perda das duas em caso de roubo”.*¹⁴⁷

A seguir, Portugal ficou sob o domínio dos Espanhóis, razão pela qual, como ressalta Marques:

*“As Ordenações Filipinas, mandadas compor no reinado de Felipe II de Castela, por ato de 5 de junho de 1595, somente foram publicadas sob Felipe III (ou Felipe II, de Portugal), a 11 de janeiro de 1603. Foram elas o grande código do Brasil colonial, e persistiram em parte como lei do Brasil independente em longevidade impressionante e singular. Se após a restauração da independência portuguesa, as Ordenações foram confirmadas por Lei de 29 de janeiro de 1643, de el-rei D. JOÃO IV, no Brasil, determinava D. PEDRO I, em Lei de 20 de outubro de 1823, que as ditas Ordenações ‘ficassem em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior do Império’.*¹⁴⁸

Sobre o conteúdo da legislação penal regulada nas Ordenações Filipinas, destaca Marques:

*“De todos é sabido o rigor e iniquidade do livro V das Ordenações: O legislador ali ‘só teve em vista conter os homens por meio do terror’, como disse COELHO DA ROCHA. Penas crudelíssimas eram cominadas a infrações muitas vezes sem maior importância. E o catálogo de delitos era tão extenso que um rei africano estranhou, ao lhe serem lidas as Ordenações, que nelas não se contivesse pena para quem andasse descalço”.*¹⁴⁹

Mesmo com a Proclamação da Independência, ocorrida em 22 de abril de 1822, ainda vigoraram por mais de três séculos as Ordenações Filipinas, tanto é que Marques, citando Waldemar Ferreira, diz: *“Em matéria penal, foi em 1830, com a promulgação do Código Criminal, que se deu, como fala Waldemar*

¹⁴⁷ Ibid., p. 59.

¹⁴⁸ MARQUES, J. F. *Tratado de Direito...* op. cit. p. 114.

¹⁴⁹ Id., p. 115.

Ferreira, 'o esmaecimento do famoso livro V das Ordenações Filipinas em terras do Brasil'.¹⁵⁰

Interessante mencionar que, apesar da Independência, e mesmo com o advento da Carta Constitucional de 1824, o Livro V das Ordenações teve vigor no país, por mais de oito anos.

O que se destacava na nova Carta Constitucional do império era a determinação contida no artigo 179, parágrafo 18, que determinava a organização de um Código Cível e Criminal.

No tocante ao Código Criminal, este só foi promulgado a 16 de dezembro de 1830.

Não paira dúvida acerca do avanço contido no Código Criminal de 1830, conforme reconhece Claudia Pinheiro Costa:

*"(...) já no artigo 20 deste diploma legal, devido às influências iluministas européias e dos códigos penais europeus, como o Código francês de 1810, já se encontrava abolida a realidade bárbara, que até então vinha reinando no Direito Penal do nosso país, sob a euforia da independência do Brasil."*¹⁵¹

É inegável a influência exercida pela Revolução Francesa de 1789, sobre as legislações posteriores, tanto é que Bobbio reconhece:

"Como a Revolução Francesa, entrou prepotentemente na imaginação dos homens a idéia de um evento político extraordinário que, rompendo a continuidade do curso histórico, assinala o fim último de uma época e o princípio primeiro de outra. Duas datas, muito próximas entre si, podem ser elevadas a símbolos desses dois momentos: 4 de agosto de 1789, quando a renúncia dos nobres aos seus privilégios assinala o fim do regime feudal; 26 de agosto, quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem marca o princípio de uma nova era".¹⁵²

¹⁵⁰ FERREIRA, W., apud MARQUES, J. F. Ibid., p. 114.

¹⁵¹ COSTA, C. R. op. cit. p. 68.

¹⁵² BOBBIO, N. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 113.

Por ocasião da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 1795, que inspirou o Código Penal Francês de 1810, que por sua vez inspirou o Código Criminal pátrio de 1830, que em seu artigo 12 estabeleceu: *“A lei deve atribuir, tão – só, penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”*.¹⁵³

Assim, após a independência do Brasil e face aos progressos sociais que ocorreram no território e especialmente em razão das novas correntes políticas vindas da Europa, começam a penetrar no espírito do legislador brasileiro várias idéias que iriam modificar o sistema de crimes e penas.

É interessante reconhecer que embora a Constituição Imperial de 1824 não tenha trazido em seu bojo, de forma expressa, o princípio da individualização da pena como hoje esta inserido no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição de 1988, acarretou avanços especialmente no que tange à abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e de todas as demais penas cruéis, por força do inciso XIX do artigo 179.

Outro aspecto importante foi a adoção do princípio de que nenhuma pena passaria da pessoa do delinqüente, previsto no artigo 179, inciso XX, pondo fim à herança maldita que se transmitia aos parentes do criminoso, no sistema das Ordenações.

Apesar dos avanços é de se reconhecer que ainda persistiam as penas de morte pela força, conforme preceituava o artigo 38 do Código Criminal de 1830 e a pena de galés, de forma temporária ou perpétua conforme artigos 82, 169 e 272, que tratavam dos crimes de pirataria, perjúrio e lesão corporal, podendo a pena de galés temporária ser substituída por trabalhos forçados, conforme previa o artigo 311 do mencionado código.

¹⁵³ COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 145.

Aspecto importante do Código Criminal de 1830, era a forma de graduação da pena em: máximo, médio e mínimo, o que demonstra que, na aplicação da pena, o juiz estava obrigado pelo Código a aplicar as penas ali previstas, inexistindo a necessidade de individualizar a pena, como ocorre hoje, uma vez que o sistema adotado para as punições já estabelecia as penas a serem aplicadas e previamente fixadas em anos e meses de prisão.

Com o advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, de igual modo da anterior, não se tratou da questão da individualização da pena, muito embora em sua declaração de Direitos, prevista no artigo 72, conste nos seus incisos 19, 20 e 21, princípios importantes, o primeiro já previsto na Constituição anterior, de que nenhuma pena poderia passar da pessoa do delinqüente. Já com relação aos dois outros, um abolia a pena de galés e banimento judicial e o outro a pena de morte.

Importante ressaltar que o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 11 de outubro de 1890, em seu artigo 43, estabeleceu:

“Artigo: 43 - As penas estabelecidas neste Código são as seguintes:

- a)- Prisão celular;*
- b)- Banimento;*
- c)- Reclusão;*
- d)- Prisão com trabalho obrigatório;*
- e)- Prisão disciplinar;*
- f)- Interdição;*
- g)- Suspensão e perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro;*
- h)- Multa”.*

Embora o Código mencionado pudesse ser considerado como moderno em relação ao anterior, no que tange às penas previstas, não lhe pouparam críticas, conforme lembra Bruno:

“O primeiro Código Penal da República foi menos feliz do que o seu antecessor. A pressa com que foi concluído prejudicou-o em mais de um ponto, e nele a crítica pôde assinalar, fundadamente, graves defeitos, embora muitas vezes com excesso de severidade. Não

*tardou a impor-se a idéia da sua reforma, e menos de três anos depois da sua entrada em vigor já aparecia o primeiro projeto de Código para substituí-lo”.*¹⁵⁴

Também Nilo Batista criticou-o, conforme lembra Claudia Pinheiro da Costa:

*“O controle social tinha agora outra fisionomia: fábricas-prisões para menores aprenderem o trabalho (arts 30 e 40 do Código, e dec. nº 1313, de 17 de jan. 1891); prisões curtas, com o compromisso de ‘tomar ocupação’ logo após, ou na reincidência, remoção para as colônias penais nas ilhas marítimas ou nas fronteiras, para vadios, mendigos e capoeiras (se estrangeiros, posterior deportação), privação da liberdade para os homens trabalhadores que cometessem algum crime. A equação estava montada: ou fábrica ou cárcere”.*¹⁵⁵

O Código de 1890 sofreu mudanças para atualizá-lo, através de várias leis, tanto é que resistiu às idéias reformistas, e essas leis esparsas foram compiladas, como ressalta Pierangelli:

*“Essas leis esparsas que visavam a retificação ou complementação do Código foram compiladas pelo Desembargador Vicente Piragibe, que as sistematizou em um corpo de dispositivos, recebendo o nome de Consolidação das Leis Penais, a qual passou a ser o novo estatuto penal do Brasil, oficializada que foi por decreto de 14 de dezembro de 1932”.*¹⁵⁶

O advento da Constituição de 1934, aprovada em 16 de julho de 1934, representou um “compromisso”, como conclui Wolkmer:

*“A Carta Constitucional aprovada em 16 de julho de 1934, que primou por um momentâneo e histórico arranjo, não só golpeou o ideário revolucionário, como assegurou a supremacia da proposta liberal-réformista das oligarquias dos grandes Estados do Centro-Sul. O teor ideológico do novo texto constitucional permite considerá-lo como um instrumento de ‘compromisso’ entre a estrutura de poder do Estado – que tentava firmar seu modelo autoritário e centralizador – e as crescentes manifestações políticas dos novos segmentos da sociedade civil”.*¹⁵⁷

¹⁵⁴ BRUNO, A. op. cit. p. 166.

¹⁵⁵ BATISTA, apud. COSTA, C. R. op. cit. p. 70.

¹⁵⁶ PIERANGELLI, J. H. *Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica*. São Paulo: Jalovi, 1980. p. 10.

¹⁵⁷ WOLKMER, A. C. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989. p. 137-138.

Portanto, apesar de representar um compromisso, a Carta de 34, no aspecto dos Direitos e Garantias Individuais, embora tenha trazido avanços, ali não se inseriu o princípio da individualização da pena.

Do elenco dos Direitos e Garantias Individuais constantes da Constituição outorgada em 1937, pelo Presidente da República, evidentemente não poderia constar o princípio da individualização da pena, tendo em vista que aquela Carta Constitucional adotou um regime de força onde o Poder Executivo foi fortalecido e o Presidente legislava por decretos-lei, que depois eram aplicados por ele, como chefe do Executivo. Assim, o que houve foi ditadura pura e simples, com os poderes Executivo e Legislativo concentrando-se nas mãos do Presidente da República.

Logo após o término da II Guerra Mundial, em que o Brasil lutou ao lado dos aliados contra as ditaduras Nazi-facistas, inicia-se no mundo inteiro uma recomposição dos princípios constitucionais, o que gerou reformulação de Constituições em vigor e promulgação de outras.

Tais mudanças ocorreram em diversos países, como Itália, França, Alemanha, Iugoslávia, Polônia e outros, que acabaram influenciando a reconstitucionalização do Brasil.

A Lei Constitucional nº. 9, de 28 de fevereiro de 1945, que modificou vários artigos da Carta em vigor, deu início a esse processo de redemocratização, mediante a possibilidade de eleição direta do Presidente da República e do Parlamento. Acabou vitorioso o General Eurico Gaspar Dutra, que recebeu a faixa Presidencial do Ministro José Linhares, que ocupava o cargo desde 29 de outubro 1945, quando os Ministros Militares derrubaram Getúlio Vargas.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição de 1946:

*“Serviu-se, para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constitui o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos que o regeu”*¹⁵⁸

Apesar da afirmativa do autor acima mencionado, de que a Constituição de 1946, “*nasceu de costas para o futuro*”, é imprescindível reconhecer-se que no aspecto dos Direitos e Garantias Individuais trouxe em seu bojo um importante progresso pois, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, se inseriu o princípio da individualização da pena, elevando-se o que já vinha sendo reconhecido no Código Penal de 1940, artigo 42, a dogma Constitucional.

Esse aspecto foi expressamente reconhecido por Pontes de Miranda:

“O princípio da individualização da pena tornou-se, com os textos de 1945 e de 1967, ‘constitucional’, mas a sua natureza é apenas programática. Não são inconstitucionais as regras jurídicas que ainda não se inspiraram na técnica da individualização da pena”.¹⁵⁹

Assim, vislumbra-se da Carta Constitucional de 1946, em seu artigo 141, parágrafo 29: “*A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu*”.

No mesmo sentido é o ensinamento de Cretella Júnior: “O instituto da ‘individualização da pena’ foi objeto de regra jurídica constitucional, apenas formulada em 1946 (art. 141, § 29), quando a Constituição o introduziu em nosso direito positivo”.¹⁶⁰

¹⁵⁸ SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 78.

¹⁵⁹ MIRANDA, F. M. P. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo V (arts. 150, § 2º -156). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 217.

¹⁶⁰ CRETELLA JR., J. **Comentário à Constituição de 1988**. Tomo 1, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 503.

Com a elevação a princípio constitucional, a questão da individualização da pena passou a integrar o conjunto principiológico previsto pelo legislador constituinte de 1988, que fez opção por um modelo de garantias chamando a atenção para o fato de que, apesar de condenada, a pessoa não perde a sua dignidade, conforme estatui o artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal.

3. O GARANTISMO

Necessário se faz, inicialmente, explicar o que seja o garantismo. Hoje ninguém se escusa de reconhecer que o mundo jurídico vive rodeado de problemas que caracterizam uma crise. Na atualidade, pode-se afirmar que vivencia-se uma *“crise do direito e crise da razão jurídica”*.¹⁶¹

Assim, no primeiro aspecto como enfatiza Ferrajoli, é a chamada:

“(...) crise da legalidade, ou seja, do valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, que se exprime na ausência ou na ineficácia dos controlos, e portanto na variada e espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder”.¹⁶²

No que tange ao segundo aspecto, o mesmo autor afirma que: *“...é o da inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do Welfare State, agravada pela acentuação do seu carácter selectivo e desigual, em consequência da crise do Estado Social”*.¹⁶³

Para além disso, sustenta Ferrajoli a existência de um terceiro aspecto de crise do direito: *“...que está ligado à crise do Estado Social e que se manifesta na deslocação dos lugares de soberania, na alteração do sistema das fontes e, portanto, num enfraquecimento do constitucionalismo”*.¹⁶⁴

Portanto, Ferrajoli centra sua abordagem levando em conta que o garantismo surge em razão do descompasso que existe entre a normatização estatal e as práticas que, nela, deveriam estar fundamentadas. No campo do direito penal, que é o que nos interessa, o autor destaca que: *“se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto se si considera la legislación penal*

¹⁶¹ FERRAJOLI, L. *Revista do Ministério Público*, ano 16º - janeiro-março - 1995, nº 61, p. 29.

¹⁶² *Id.*, p. 29.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 30.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 30-31.

ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales."¹⁶⁵

Dessa forma, a idéia do garantismo é a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais, embora o seu conceito seja mais complexo.

É evidente que o garantismo deve ter influência não só no campo jurídico, mas de igual modo na esfera política, procurando diminuir a violência e ampliando a liberdade, buscando construir um arcabouço de normas jurídicas que irá dar ao Estado o poder de punir, em troca da garantia dos direitos do cidadão. Isso se traduz que mais garantista seria o sistema, quando lograsse diminuir a distância entre o texto da norma e sua aplicação ao mundo empírico.

Para Ferrajoli, a palavra garantismo apresenta três acepções, como ressalta Cadermatori:

*"(...) numa primeira, designa um modelo normativo de Direito, próprio do Estado de Direito, entendido aquele em três planos, a saber:
... no plano epistemológico caracteriza-se como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos."*¹⁶⁶

Portanto, pode-se afirmar que o modelo normativo se estrutura a partir do princípio da legalidade que, para Ferrajoli, no direito penal, corresponde ao "*modelo de legalidade estrita*",¹⁶⁷ o que representa a base do Estado de Direito.

Em sua segunda acepção:

¹⁶⁵ FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1998. p. 851.

¹⁶⁶ CADERMATORI, S. *Estado de Direito e Legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.76 e nota de rodapé n. 161.

¹⁶⁷ Id., p. 76.

*“Garantismo designa uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas, entendidas as três como diferentes entre si. A abordagem teórica neste caso permite estabelecer uma diferença entre ser e dever ser no Direito, postulando como seu problema central a divergência existente entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas efetivas (tendencialmente antigarantistas). Dos primeiros pode-se dizer que são válidos mas ineficazes enquanto as segundas são inválidas porém eficazes. Para isto, opera redefinições dos conceitos tradicionais de validade, vigência, legitimidade e eficácia”.*¹⁶⁸

Como terceiro e último significado:

*“(...) o ‘Garantismo’ designa também uma filosofia do direito e crítica da política, condensando-se numa filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência.”*¹⁶⁹

Embora seja uma teoria comprometida com os ideais democráticos, o que se questiona é a questão de como se fixar o conteúdo do que seja um direito fundamental, uma vez que, sem a fixação de conteúdo, a teoria garantista pode ser manipulada por ideologias diferentes do ideal do seu autor e passar a dar sustentação a regimes autoritários.

A resposta a essa indagação e justificação da impossibilidade de tal acontecimento pode ser dada a partir do princípio da secularização.¹⁷⁰

Assim, segundo Saio de Carvalho: *“Importante lembrar, preliminarmente, que entendemos ser a secularização a principal característica dos regimes republicanos”.*¹⁷¹

E mais adiante sustenta:

“A secularização, ainda, de acordo com cadeia principiológica estabelecida pela constituição, deduz inúmeros (sub) princípios, como o da inviolabilidade da intimidade e

¹⁶⁸ Ibid., p. 77.

¹⁶⁹ Id., p. 155.

¹⁷⁰ Entendido no sentido que lhe dá Saio de Carvalho: “O princípio está incorporado em nossa realidade constitucional, não sendo deduzível nos demais valores e princípios, mas sendo ‘o’ princípio do qual aqueles são deduzíveis”. CARVALHO, A. B.; CARVALHO, S. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2001. p. 12.

¹⁷¹ Id., p. 11.

*do respeito à vida privada (art. 5º, X); do resguardo da liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV); da liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI); da liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII); e da garantia de livre manifestação do pensar (art. 5º, IX). Note-se que, em realidade, a amplitude e o alcance do princípio é superior ao da sua gênese histórica iluminista, representando atualmente verdadeira pedra angular da democracia e ferramenta pródiga de legitimação/deslegitimação de toda atividade do poder estatal, seja legiferante, administrativa e - ou judicial. Possibilita, inclusive, a averiguação dos níveis de legitimidade e dos graus de justiça e validade de todo sistema jurídico, principalmente das legislações penais ordinárias - inclusive pré-constitucionais”.*¹⁷²

O referido autor conclui: *“O princípio da secularização constitui-se, assim, segundo Ferrajoli, o pressuposto necessário de qualquer teoria garantista e, ao mesmo tempo, de qualquer sistema de direito penal mínimo.”*¹⁷³

Portanto, pode-se concluir que a teoria garantista, embora não fixe o conteúdo dos direitos fundamentais, permite que se interprete as leis sob uma nova visão, como bem demonstra Ferrajoli:

*“...a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, que corresponde ao juiz, junto com a responsabilidade de eleger apenas os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos. Era isto, e não outra coisa – diga-se de passagem – o que entendíamos há vinte anos com a expressão ‘direito alternativo’, recordada por Perfecto Ibañez, e em torno da qual se produziram tantos equívocos: interpretação da lei conforme à Constituição e, quando o contraste for insanável, dever do juiz de declarar a invalidade constitucional; e, portanto, nunca sujeição à lei de forma acrítica e incondicionada, mas sujeição sobretudo à Constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através da reinterpretação em sentido constitucional e a denuncia de sua inconstitucionalidade”.*¹⁷⁴

Feitas essas breves considerações sobre a teoria garantista, no tocante à pena, Ferrajoli sustenta que:

“Una de las tareas más importantes que se impone a la actual reflexión filosófico-penal es por tanto la formulación, sobre la base de un repensamiento radical de la naturaleza de la pena, de un nuevo sistema de penas, alternativas a las vigentes: penas alternativas, téngase en cuenta - y no medidas alternativas -, aptas para satisfacer, como penas principales, el

¹⁷² Ibid., p. 14.

¹⁷³ Id., p. 15.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, L. apud CARVALHO, A. B.: CARVALHO, S. Id., p. 22.

doble fin del derecho penal dentro de una perspectiva de racionalización y de minimización del sistema sancionador.”¹⁷⁵

Para justificar o seu pensamento, Ferrajoli demonstra, de forma clara, que:

“La pena privativa de libertad, que en la época moderna ha constituido la alternativa más importante a las penas feroces y el principal vehículo del proceso de mitigación y de racionalización de las penas, ya no parece a su vez idónea – en cuanto no pertinente o no necesaria – para satisfacer ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal: ni la prevención de los delitos, dado el carácter criminógeno de las cárceles destinadas de hecho, como a estas alturas es unánimemente reconocido, a funcionar como escuelas de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad organizada; ni la prevención de las venganzas privadas, satisfecha en la actual sociedad de los mass-media bastante más por la rapidez del proceso y por la publicidad de las condenas que por la expiación de la cárcel. Por tanto, si es verdad que el grado de dureza tolerable de las penas está ligado en cada ordenamiento al grado de desarrollo cultural alcanzado por él, resulta posible hoy plantear una estrategia de reforma del derecho penal que apunte a largo plazo a la supresión integral de las penas privativas de libertad y a corto y medio plazo a una drástica reducción de su tiempo de duración legal, comenzando por la abolición de esa moderna barbarie que es la cadena perpetua.”¹⁷⁶

Advoga por outro lado:

“Pienso que la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y acaso, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; y que una norma constitucional debería sancionar un límite máximo, pongamos, de 10 años. Una reducción de este género supondría una atenuación no sólo cuantitativa sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de retornar a la libertad después de un breve y no tras un largo o acaso interminable período haría sin duda más tolerable y menos alienante la reclusión.”¹⁷⁷

Os argumentos que justificam o seu ponto de vista são evidentes, pois ninguém desconhece na atualidade que a prisão, como reconhece Ferrajoli: “(...) es, por tanto, una institución al mismo tiempo antiliberal, desigual, atípica,

¹⁷⁵ FERRAJOLI, L. op. cit. p. 411.

¹⁷⁶ Id., p. 412.

¹⁷⁷ Ibid., p. 414.

extra-legal y extra-judicial al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente afflictiva".¹⁷⁸

Também no que diz respeito às penas pecuniárias e às penas restritivas de direitos, Ferrajoli prega para que sejam abolidas, em razão dos inconvenientes que apresentam os dois sistemas de punição.

Assim, quanto às penas pecuniárias reconhece que:

*"(...) es una pena aberrante desde varios puntos de vista. Sobre todo, porque es una pena impersonal, que puede pagar cualquiera. De modo que resulta doblemente injusta: en relación com el reo, que no paga y se sustrae así a la pena; en relación com el tercero, pariente o amigo, que paga y queda así sometido a una pena por hecho ajeno."*¹⁷⁹

Ferrajoli propõe um sistema de penas alternativas, para superar a pena privativa de liberdade, reconhecendo, no entanto, que o problema mais difícil é com que tipo de pena substituí-la.¹⁸⁰

Sugere então medidas alternativas, como o arresto domiciliar, a reclusão de fim de semana, a semi-liberdade, a liberdade vigiada e outras semelhantes.¹⁸¹

Sustenta que atualmente essas medidas não são efetivamente alternativas, uma vez que não excluem, mas integram a pena privativa de liberdade e no curso da execução podem ser decididas de maneira arbitrária e discriminatória.¹⁸²

¹⁷⁸ Ibid., p. 413.

¹⁷⁹ Id., p. 416.

¹⁸⁰ Ibid., p. 418.

¹⁸¹ Id., p. 418 – 419.

¹⁸² Ibid., p. 419.

É necessário, segundo Ferrajoli, que sejam elevadas ao grau de penas principais e como tais aplicadas pelo juiz no momento da condenação, uma vez que se podem constituir como algumas das atuais medidas de prevenção em uma alternativa à pena de prisão, permitindo, então, a longo prazo, sua aplicação para todos os delitos, mas de forma imediata pelo menos para aqueles de menor gravidade.¹⁸³

Para o autor:

“Cualquier transformación de los contenidos de la pena requiere además una redefinición teórica y normativa de las privaciones de bienes o derechos compatibles con la salvaguardia de la dignidad de la persona. Puede ser útil, a tal fin, partir del reconocimiento de la naturaleza antieducativa y criminógena de la pena carcelaria. Si exigimos de la pena una función, ya que no educativa, cuando menos no deseducativa ni criminógena, entonces será necesario reducirla, redimensionándola o redefiniendo legalmente sus contenidos alternativos: no esperando – como se há dicho en el apartado precedente – alterarla en la fase ejecutiva, sino modificando su duración y calidad en la fase legislativa y judicial. Si entendemos que diez o quince años es el tiempo máximo de reclusión humanamente tolerable (y ya hoy de hecho tolerado y practicado), habremos de sostener que este límite deberá establecerse por la ley mediante la supresión de la cadena perpetua y la reducción proporcional de todas las demás penas privativas de libertad. Si pensamos que la reclusión es de por sí una aflicción inhumana y excesiva y que en la mayor parte de los casos no es necesario hacerla cumplir, siendo suficiente, supongamos, el arresto domiciliario, la residencia obligada o la semilibertad, es justo que también esto se traduzca en la transformación de las penas legales: através de la previsión legal de la reclusión sólo para pocos, gravísimos delitos y por un tiempo máximo determinado, por ejemplo, los primeros tres años; y la previsión, tras estos tres años primeros, y desde el comienzo para los demás delitos, de penas legales correspondientes a las actuales medidas alternativas, como la semilibertad, el arresto de fin de semana, los arrestos domiciliarios y otras semejantes.”¹⁸⁴

Desse defeito padece o atual Código Penal Brasileiro, ou seja, as penas previstas nos preceitos secundários dos tipos penais são penas privativas de liberdade e multa. Embora o artigo 44 do Código Penal permita a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito, nas hipóteses elencadas no referido artigo, vê-se que seria muito mais racional e compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, a aplicação de outras

¹⁸³ Ibid., p. 419.

¹⁸⁴ Id., p. 419 – 420.

modalidades de pena, para se evitar os efeitos da prisonização¹⁸⁵ e possibilitar àqueles que foram apenados cumprir suas penas de forma digna e sem afetar a sua liberdade, da forma como ocorre. Entrega-se o condenado de corpo e alma a uma instituição total, o que caracteriza um híbrido de pena corporal e pena disciplinar, quando poderia ser diferente, aplicando-se pena de restrição ou privação de outros direitos.

Como reconhece Ferrajoli:

*“Los tipos de penas privativas que pueden concebirse en hipótesis como alternativa a la privación de libertad son numerosos y variados, pudiendo tener por objeto singulares facultantes incluídas en la libertad personal o bien derechos diversos y menos extensos: como la semilibertad, la libertad vigilada, el arresto domiciliario y de fin de semana, que privan parcialmente de la libertad personal; la residencia obligada y la prohibición de residencia, que privan de la libertad de circulación; (...)”*¹⁸⁶

Concluindo, vê-se que a pena privativa de liberdade deve ser reexaminada, uma vez que está mais do que demonstrada a sua ineficácia, tanto para a hipótese de gerar a prevenção de novos delitos, como instrumento de ressocialização ou outro qualquer fim que se queira lograr com a sua aplicação.

Como visto, a abordagem de Ferrajoli leva em conta que o Garantismo surge em razão do descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam nela se fundamentar.

No aspecto do processo penal, é necessário reconhecer, como o faz Brandão:

“Na realidade da América Latina, em qualquer tipo de delito, chegam a uma condenação efetiva, especialmente nos grandes centros, aqueles que, por estarem presos preventivamente têm acelerado o rito processual. Mas quem é preso preventivamente? Os

¹⁸⁵ Termo usado por Donald Clemmer, em sua obra, “Prisonization in the Sociology & Correction, definindo-a : “Adoção em maior ou menor grau do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos – da cultura geral da penitenciária”. Apud. Oliveira, O. M. Op. Cit. p. 76

¹⁸⁶ FERRAJOLI, L. op. cit. p. 420.

*que não têm bens no distrito da culpa, os que não têm família, os que não têm ocupação.*¹⁸⁷

Portanto, vê-se de forma clara que a normatização estatal é uma, enquanto que as práticas efetivamente adotadas são outras.

Basta que se relembre o **arbítrio da capitulação**, como menciona Brandão:

*“Parece que uma situação que desautoriza outro princípio processual – e que demonstra claramente que tipo de instrumento é o processo penal – é o **arbítrio da capitulação**. Um dos dogmas intangíveis em sede de processo penal, é o de que o réu se defende do fato e não da capitulação. Estamos mais uma vez diante de um princípio que visa reforçar o imaginário de que o processo penal é realizado com a observância de todas as garantias para o acusado. Ainda que possa ser verdadeiro e importante para os fins da sentença final, este princípio não resguarda o direito do acusado no curso do processo. Sabidamente não é possível qualquer recurso do recebimento da denúncia, salvo em raríssimas hipóteses, como a prevista no artigo 44, § 2º, da Lei nº 5.250/67 (crime de imprensa) e da possibilidade de agravo regimental nos casos da ação penal de competência originária dos Tribunais (mas quem são os réus nestes tipos de processos?). De outro lado, salvo raríssimas hipóteses de inépcia da inicial por gritante problema formal, o juiz limita-se a receber a denúncia aderindo à capitulação, firme até mesmo no dogma de que o importante para a garantia dos direitos do réu é a descrição do fato. No entanto, o tipo de crime capitulado na inicial e a pena a ele cominada é que vão regular o sistema de **punição processual**. Assim, basta forçar a capitulação (na maioria das vezes nem pouco difícil) capitulando como doloso um crime culposos, para que se tenha a oportunidade de levar alguém à prisão provisória. Basta forçar a capitulação, capitulando em um tipo penal de fato punido com reclusão quando o certo seria capitular como tipo punido com detenção; ou, ainda, atualmente, forçar uma capitulação de um fato como crime hediondo, para que se tenha profunda alteração na condição processual do acusado. Pior, o acusado nada pode fazer senão submeter-se a essa situação. Poderia alguém dizer que o ‘habeas corpus’ seria o instrumento hábil para isso. Não é verdade, basta ver as decisões proferidas em ‘habeas corpus’ para concluir-se que nenhuma chance teria o impetrante em ver modificada a capitulação do fato de que é acusado. ‘Estar-se-ia adentrando no julgamento do mérito’, seria o argumento fatal. Veja-se um exemplo prático: pouco tempo atrás em um delito de trânsito ocorrido na cidade de Florianópolis, evidentemente culposos, um cidadão veio a causar a morte de uma menina, de boa condição social (observação importante, porque se a vítima fosse uma empregada doméstica que estivesse indo ao seu emprego o procedimento seria outro), cuja família ‘movimentou’ a comunidade com a feitura de ‘outdoors’ e passeatas. O autor da denúncia capitulou o fato como crime doloso, pela ocorrência de dolo eventual. Sem dúvida, isso tinha uma função: ‘dar uma resposta social imediata’. Com isso, foi possível a decretação da prisão preventiva.*¹⁸⁸

¹⁸⁷ BRANDÃO, P. T. **A instrumentalidade do processo no âmbito penal**. Revista *Álter Ágora*. nº 03. Outubro de 1995. Florianópolis. p. 53.

¹⁸⁸ Id., p. 53-54.

Ora, para retratar as preocupações de Brandão, antes mencionadas, adicione-se como exemplo a modificação das capitulações que envolvem os denunciados e condenados por tráfico de drogas, que atualmente têm sua liberdade restringida no Estado do Espírito Santo, onde os presídios estão lotados de supostos traficantes e, quando se examina a capitulação nos processos e guias de execução, constata-se de forma insofismável, que a quantidade de tóxicos apreendida era inexpressiva. Isso demonstra que não há respeito por parte dos juízes e Tribunais ao princípio da igualdade das partes que intervêm no processo penal.

É necessário reconhecer como menciona Salo de Carvalho:

“a Constituição de 1988 estabeleceu, de forma inédita, cláusulas específicas (positivas e negativas) em relação à pena e ao seu modo de execução. Partindo sistematicamente do princípio da legalidade (art. 5º, XXIX), a carta elencou cinco modelos diretos de incidência penal.”¹⁸⁹

Reconhece ainda Salo de Carvalho:

“Assim, ao regular a individualização da pena impôs restrições no que diz respeito ao público dos estabelecimentos carcerários (art. 5º, XLVIII) e determinou condições específicas de gênero (art. 5º, L). Por outro lado, impôs normas de caráter tutelar aos presos, condenados ou não, assegurando garantias inalienáveis e indisponíveis às quais o Estado-administração ou o Estado-jurisdição não podem restringir, pois versam sobre sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX).”¹⁹⁰

Dessa forma, apesar dos princípios constitucionais vigentes, razão assiste a Zaffaroni, citado por Salo, quando afirma:

“en la jurisprudencia y en la doctrina reina cierto grado de desconocimiento de la extensión de las garantías fundamentales em materia penal. Los autores latinoamericanos, en general, reconocen ampliamente el significado trascendente de los principios

¹⁸⁹ CARVALHO, S. *Pena e Garantias: Uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 175.

¹⁹⁰ Id., p. 175.

*garantizadores del derecho penal, pero es frecuente observar una carencia de profundidad en la aplicación de los mismos a la tarea dogmática concreta.*¹⁹¹

Portanto, como reconhece Saio de Carvalho:

*“A teoria do Garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.”*¹⁹²

Destarte, fica evidenciada a importância dos princípios constitucionais relacionados com a pena, especialmente o da individualização, que não pode de forma alguma ser negligenciado por parte dos juízes criminais, sob pena de afronta ao Estado democrático de Direito.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 175-176.

¹⁹² CARVALHO, A. B.; CARVALHO, S. op. cit. p. 17.

CAPÍTULO IV

A PENA DE PRISÃO NO CASO DE TRÁFICO DE DROGAS

A pena de prisão representa hoje, no Brasil, a grande arma contra o tráfico de drogas. Gostar-se-ia de acreditar que tal instrumento fosse apto para qualquer diminuição na prática das condutas descritas nos artigos 12, 13 e 14 da lei especial de repressão ao tráfico de drogas.

Na realidade o que tem ocorrido, como menciona Thompson, é que: *“o pau sancionatório só desce no lombo dos desgraçados, raramente (ou nunca) machucando os donos do poder”*.¹⁹³

Por tais razões merecem total apoio e aplicação, na prática, os ensinamentos de Karam, quando menciona que:

*“A atuação da Justiça Criminal, no decisivo e ainda inevitável momento da aplicação da pena, deve ser pautada por um exercício de poder que limite ao máximo os efeitos perversos, a intensidade e a extensão daquele irracional (e, já por isso, violento) instrumento de realização do poder punitivo do Estado.”*¹⁹⁴

Portanto, dispõe o artigo 12 da Lei de Tóxicos que a pena é de reclusão de três a quinze anos e pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias multa, o que nos autoriza invocar os ensinamentos de Karam no sentido de:

*“Dar ao Direito Penal um conteúdo ético, fazendo-o um instrumento de limitação, controle e redução dos níveis da violência punitiva, significa enfrentar estes condicionamentos políticos e ideológicos, superando o modelo do juiz ‘asséptico’, robotizado, ‘escravo da lei’, reprodutor do discurso e da prática dominantes, para, em primeiro lugar, reconhecer e afirmar a inquestionável natureza política da atuação do Poder Judiciário: todo exercício de poder estatal tem conteúdo político.”*¹⁹⁵

¹⁹³ THOMPSON, A. **Direito Alternativo (ou Justiça Alternativa?) na Área penal**. Discursos Sediciosos, ano 2, número 3 1º semestre de 1997, Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro: Revan. p. 35.

¹⁹⁴ KARAM, M. L. **Aplicação da Pena: por uma nova atuação da justiça criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2 - n. 6 - abril-junho - 1994. p. 122-123.

¹⁹⁵ Id., p. 122.

Como afirmou Batista:

“A substituição de um modelo sanitário por um modelo bélico de política criminal, no Brasil, não representa uma metáfora acadêmica, e sim a intervenção dura e freqüentemente inconstitucional de princípios de guerra no funcionamento do sistema penal. Mao Tse-Tung retomou certa feita a famosa comparação de Clausewitz, formulando-a nos seguintes termos: ‘a política é guerra sem derramamento de sangue, enquanto que a guerra é política com derramamento de sangue’. Neste sentido, podemos concluir que, em nosso país, temos para as drogas uma política criminal com derramamento de sangue.”¹⁹⁶

O atual apenamento e a forma de descrição dos fatos que ensejam a punição por tráfico de drogas, apresenta-se injusto e fornece elementos para conclusão de que a política visa punir a classe mais sofrida da população, pois o que se encontra em termos concretos nos presídios são pessoas que foram flagradas com pequenas quantidades de substâncias entorpecentes e, inobstante isso, são condenadas a uma pena cujo mínimo é de três anos de reclusão.

Cabível aqui uma crítica pelo que se tem visto ocorrer na realidade jurídica nacional. Quando se trata de alguém que é apanhado com drogas, mesmo que em quantidade razoável, se a sua condição social não for de miserável, não há dúvidas de que, fatalmente na hipótese, não será lavrado o auto de prisão em flagrante e, caso isso ocorra, provavelmente em Juízo, irá ocorrer uma desclassificação para o tipo previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos.

¹⁹⁶ BATISTA, N. **Política Criminal com derramamento de Sangue**. Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro: ano 3 - números 5 e 6 - 1º e 2º semestres de 1998. p. 92.

1. PENA DE PRISÃO NÃO REPRESENTA A SEGURANÇA JURÍDICA

Como mencionado no tópico anterior, a pena prevista para o infrator do artigo 12 da Lei de Tóxico, é a privativa de liberdade, que se traduz em prisão do infrator.

Na atualidade, menciona-se como funções (ou fins) da pena de prisão: retribuição, intimidação, ressocialização e incapacitação. Partindo-se dos fins da pena de prisão, é lógico que a sociedade acredita que ao segregar o delinqüente, ele recebe um castigo pelo fato que cometeu; irá se intimidar com a pena cominada ao fato delituoso, além de se reeducar para voltar a conviver em sociedade e, por último, a segregação vai impedir que o segregado possa cometer novos delitos, no meio social.

Sobre a retribuição, reconhece Leal:

“A prisão é, antes de tudo, um castigo. Está acima de quaisquer dúvidas que esta representa, na prática, muitíssimo mais do que a mera privação de liberdade, tendo em vista que o condenado perde, outrossim, num ambiente hostil, de tensões e promiscuidade moral, a segurança, a privacidade, a intimidade, a capacidade de auto promoção, a identidade social, subordinando-se, além do mais, a comandos autoritários, impostos não só pelo diretor, pelos agentes penitenciários, como também pelas lideranças formadas por outros presos.”¹⁹⁷

No tocante à intimidação, afirma Leal:

“É pacífico o entendimento de que a pena de prisão não intimida. Os cárceres estão abarrotados de pessoas que não se amedrontam diante da pena e pelas ruas circulam criminosos que praticam toda sorte de delitos, indiferentes à possibilidade de serem punidos.”¹⁹⁸

Quanto à ressocialização, enfatiza:

¹⁹⁷ LEAL, C. B. **Prisão - Crepúsculo de uma era**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 38-39.

¹⁹⁸ Id., p. 39.

“A prisão, em lugar de um instrumento de ressocialização, de educação para a liberdade, vem a ser, não importam os recursos materiais disponíveis, um meio corruptor, um núcleo de aperfeiçoamento no crime, onde os primários, os menos perigosos, adaptam-se aos condicionamentos sociais intramuros, ou seja, assimilam, em maior ou menor grau, os usos, costumes, hábitos e valores da massa carcerária, os ‘influxos deletérios’ de que nos fala João Faria Júnior, num fenômeno apelidado por Donald Clemmer de prisonization.”¹⁹⁹

Por último, sobre a incapacitação, arremata:

*“Através da clausura se impede, afinal, que o apenado possa cometer novos delitos, em meio livre.
As penas longas, por vezes sem progressão de regime, visam garantir o prolongamento desta incapacitação, que se indigita como necessária à segurança da sociedade.”²⁰⁰*

Entretanto, não é isso o que se vê. Com o advento da tecnologia dos telefones celulares, hoje o que se constata é a existência em larga escala da prática de crimes especialmente relacionados com o tráfico de drogas, por presidiários, tanto dentro dos presídios, como fora, quase sempre contando com a convivência de funcionários.

Dessa forma, fica patenteado que a pena de prisão não traz qualquer benefício para a sociedade, uma vez que não atende aos fins a que se propõe. Pelo contrário, acarreta uma ilusória segurança jurídica, face não se prestar ao papel que lhe é conferido. Tanto é assim que a sua principal característica hoje é incentivar a reincidência.

¹⁹⁹ Ibid., p. 40.

²⁰⁰ Id., p. 41.

2. A PENA E O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Maria Lúcia Karam afirma que:

“(...) a culpabilidade, como juízo de reprovação que se faz ao autor pela prática do injusto, juízo este fundamentado na possibilidade exigível de motivação pela norma, ainda deve ser erigida como critério básico para a determinação da pena no caso concreto, determinação esta que envolve o trabalho jurisdicional de eleição da espécie de pena (quando se têm cominações alternativas), de sua graduação dentro dos limites legais e dos mecanismos de sua execução.”²⁰¹

Por sua vez, segundo Saio de Carvalho:

“...instrumentalmente, a culpabilidade, além de ser o fundamento da imputação do delito e da aplicação da sanção criminal, adquire importância inegável como critério de dosimetria da pena, pois possibilita vincular o sujeito ao fato incriminado e estabelecer a retribuição penal devida - pena proporcional (razoável) à violação do bem tutelado.”²⁰²

Na hipótese do tipo penal descrito no artigo 12 da Lei de Tóxicos, é pouco provável que o juiz tenha reais condições de extrair o desvalor e o grau de reprovabilidade da conduta, sem correr o risco de analisar, ao invés do fato, o julgamento ético do infrator, o que caracteriza uma anomalia que irá se traduzir na culpabilidade vinculada à periculosidade do agente, ante a nefasta guerra que se declarou ao suposto traficante, quando na realidade o que se tem visto é a prisão de uma enorme quantidade de pessoas, com mínimas quantidades de substância entorpecente e que são condenadas como traficantes.

Dessa forma, como alerta Saio de Carvalho:

“Percebe-se, então, que o juízo de culpabilidade a ser realizado pelo juiz é duplice. Primeiramente, deve avaliar se aquele homem no caso concreto possuía autodeterminação e possibilidade de agir de modo diverso. Se negativa a resposta, estamos diante de causa exculpante que descaracteriza o delito. Em constatada a possibilidade, e conseqüentemente o delito, deve o juiz, na aplicação da pena, medir o grau de culpabilidade, ou seja, o

²⁰¹ KARAM, M. L. op. cit. p. 124.

²⁰² CARVALHO, A. B.; CARVALHO, S., op. cit. p. 38.

*quantum da possibilidade alética, para daí calcular a culpabilidade na conduta. Dessa forma, o juízo de culpabilidade como medida da pena deve recair sobre as possibilidades fáticas de o sujeito atuar de acordo com a norma, sendo, assim, extraído seu (des) valor e o grau de reprovabilidade”.*²⁰³

Portanto, é hora de se buscar, como enfatiza Karam,

*“...uma nova atuação da Justiça Criminal, ainda nos limites de um Direito Penal liberal, limites estes que, em nome do generalizado desejo de punição, da ilusória e perversa obsessão pela segurança, parecem cada vez mais distante. Aqui se postula apenas uma nova atuação da Justiça Criminal orientada para a aplicabilidade efetiva das garantias penais constitucionalmente asseguradas, o que já se constituiria em enorme avanço no sentido de fazer do exercício do poder contido na função judiciária um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva formal ou informal.”*²⁰⁴

Marques da Silva bem demonstra que, apesar do parágrafo da Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro, na reforma de 1984, ter adotado, em toda a sua extensão, o princípio da culpabilidade, quando afirma que: *“o princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o projeto”*, não representa o que efetivamente ocorre, pois:

*“No Brasil, apesar de mais de uma década de vigência do Código Penal de 1984, ainda não se concretizou o princípio da culpabilidade, que tem base constitucional na dignidade da pessoa humana, havendo, ainda, muita condenação em aspectos morais, como ocorre com a lei de crimes hediondos, produtora de injustiças e desproporcionalidades punitivas.”*²⁰⁵

Não se pode descuidar que a obsessão pela segurança da sociedade possa justificar o descumprimento das garantias penais e processuais penais constitucionalmente previstas.

²⁰³ Ibid., p. 41.

²⁰⁴ KARAM, M. L. op. cit. p. 125.

²⁰⁵ SILVA, M da. op. cit. p. 15.

3. APLICAÇÃO DE PENA E REINCIDÊNCIA

O artigo 63 do Código Penal trata de conceituar a reincidência, nos seguintes termos: *“Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”*.

A Lei de Execuções Penais, em seu artigo 7º, estatui:

Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.”

Por outro lado, segundo estatui o artigo 61 , inciso I do Código Penal, a reincidência funciona como circunstância agravante, ao lado de outras causas conforme previsão do inciso II, letras “a” até “j” , do mencionado artigo, que são, segundo Bruno, *“reveladoras de particular culpabilidade do agente, que aumentam a reprovação que a ordem jurídica faz pesar sobre ele, em razão de seu crime”*.²⁰⁶

Dessa forma, é considerado reincidente quem comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Também é reincidente quem pratica uma contravenção penal, depois do trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

Como visto, além do efeito de agravar a pena, a reincidência gera outros, tais como: determina a execução no regime mais gravoso que o apontado pela pena concretizada na sentença, salvo se a pena for de detenção, por ser

²⁰⁶ BRUNO, A. apud FRANCO, A. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1995. p. 752.

incompatível com o regime fechado inicial (artigo 33, parágrafo 2º, letras “a” e “b”); faz aumentar o prazo para a concessão do livramento condicional além de impedir o mesmo benefício para o condenado por crime hediondo (artigo 83, V do CP); aumenta de um terço o prazo para a prescrição da pretensão punitiva (artigo 110 do CP); interrompe o prazo da prescrição da pretensão condenatória (artigo 117, inciso VI do CP); torna obrigatória a revogação do sursis em crime doloso (artigo 81, inciso I do CP); e facultativa em crime culposo ou contravenção penal (artigo 81, parágrafo 1º); implica revogação do livramento condicional (artigos 86 e 87 do CP) e ainda impede a prestação de fiança em caso de condenação por delito doloso (artigo 323, inciso III do CPP).

Ante os efeitos acima mencionados, percebe-se a importância do instituto, no aspecto penal, no que tange à pessoa do autor do fato delituoso.

Merece menção o fato de que com o advento das Leis nº 8.072/90 e nº 9.714/98, readquiriu força a chamada reincidência específica, uma vez que, a primeira ao determinar o acréscimo do inciso V do artigo 83 do Código Penal, dispôs que não terá direito a livramento condicional o reincidente específico, gerando dúvidas e discussões ante a ampliação que permite, por falta de técnica, uma vez que vários são os crimes que foram tipificados e qualificados como hediondos sem falar nos que foram equiparados, proporcionando, assim, a possibilidade de se interpretar como reincidente aquele que praticou crimes hediondos, mesmo que de natureza diferente.

Não se pode negar que além de o acusado ter que satisfazer as condições subjetivas para a substituição, o que se tem visto é a rejeição do pedido de substituição da pena, fundamentando-se a negativa na desfavorabilidade das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, que foram quase todas repriminadas no inciso III, do artigo 44 do Código Penal.

Por outro lado, não se tem dúvida de que o princípio da legalidade e, por conseqüência, o princípio da culpabilidade que dele deriva, baseado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que fundamenta a República (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal), impõe a afirmativa de que é insustentável a manutenção do instituto da reincidência, seja como causa de agravamento de pena, seja como motivo a impedir a substituição da pena privativa de liberdade ou de concessão do livramento condicional, em crimes dolosos.

No que tange à agravamento da pena pela reincidência, a sustentação de sua inconsistência está relacionada com o fato de que não pode a reiteração criminal ser entendida como uma circunstância que vai acompanhar o fato posterior, na hipótese de nova conduta delituosa. Ora, se o que se pune é a conduta, não é possível que se aceite a punição, não pelo que foi realizado, mas sobre a pessoa do delinqüente. É inegável o arbítrio.

Ademais, é inconsistente a alegação de Hungria de que a reincidência *“é sinal de periculosidade, como a febre é sinal de infecção, como a putrefação é sinal de morte”*²⁰⁷, pois ver o reincidente como um perigoso fere o princípio da igualdade, eis que implica reconhecer pessoas perigosas e não perigosas, o mesmo que seres superiores e inferiores e, portanto, aptos a receberem tratamentos diferenciados. Ora, o princípio da igualdade, com sua vinculação à proteção da dignidade da pessoa humana, impede claramente que tal distinção seja feita.

Para justificar tal entendimento, vejam o que afirmou Karam:

“Mais importante, porém, é que nenhum dos argumentos levantados na tentativa de fundamentação da reincidência consegue se sobrepor ao fato incontestável de que o agravamento da pena de um delito (seja em sua quantidade, seja na forma de seu cumprimento), em função de um outro delito anteriormente praticado e pelo qual seu autor já foi apenado, constitui uma aberta violação do princípio de que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato”.²⁰⁸

²⁰⁷ HUNGRIA, apud CARVALHO, A. B., CARVALHO, S. op. cit. p. 57.

²⁰⁸ KARAM, M. L. op. cit. p. 127.

Mas, não é apenas o *bis in idem* que justifica o entendimento da proibição da reincidência agravar a pena, pois, como ressalta Boschi:

*“Há fortes críticas doutrinárias quanto à reincidência a partir do entendimento de que o cometimento de novo crime decorre menos da predisposição do agente de voltar a delinquir e mais da culpa das instituições totais de recuperação e tratamento existentes no país, bem como da completa falta de assistência ao egresso, que, em razão do estigma, dificilmente consegue restabelecer seus vínculos sociais e recolocar-se no mercado de trabalho. Nesse sentido fala-se hoje, em co-culpabilidade(...)”*²⁰⁹

Explicando o que seja a co-culpabilidade, afirma Zaffaroni:

*“Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de co-culpabilidade é uma idéia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (N. 118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do artigo 66”*²¹⁰

Por derradeiro, impõe-se reconhecer que a reincidência só tem contribuído para aumentar a população carcerária e, como se demonstrou no capítulo segundo, a prisão é uma fábrica de reincidências. Assim, por que insistir em punir de forma dupla, ou dificultar a concessão de livramento condicional ou substituição da pena privativa de liberdade por outra se, de antemão, já se sabe que o remédio prisão é ineficaz?

²⁰⁹ BOSCHI, J. A. P. op. cit. p. 267.

²¹⁰ ZAFFARONI, ; PIERANGELLI, J, H, op. cit. p. 610-611.

4. A APLICAÇÃO DA PENA E OS REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Foi visto, no capítulo anterior, a distinção entre princípios e regras. Assim, é de capital importância esclarecer que o que ocorre no nosso direito positivo, especialmente em relação a algumas leis especiais, onde alguns de seus mandamentos são inconstitucionais, por ferirem princípios constitucionais, afetando assim, todo o sistema de comando, retratando a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Dessa forma, a partir da reforma penal de 1984, foi previsto o alargamento das possibilidades de incidência dos regimes aberto e semi-aberto, o que representou um avanço. Porém, ao disciplinar os regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, constata-se um absurdo retrocesso, uma vez que foi mantida a regra de que o reincidente, qualquer que seja a quantidade da pena imposta, deverá sempre se submeter à execução inicial da pena, em regime fechado.

Ora, é evidente a contradição, por exemplo, entre o autor de dois estelionatos, condenado mais de uma vez, portanto reincidente, se atendido o preceito do artigo 64, inciso I do Código Penal, que terá de cumprir as penas no regime fechado e o autor de uma extorsão mediante seqüestro em que resulta morte, (Código Penal, artigo 159, parágrafo 3º), cuja pena é a mais grave prevista no código, que também terá de cumprir a pena inicialmente no regime fechado.

Assim, impõe-se questionar qual a lógica que impõe essa equivalência de tratamento a situações tão díspares.

É importante enfatizar que, apesar desse avanço limitado, advindo com a reforma penal de 1984, quando alargou as possibilidades de incidência dos regimes aberto e semi-aberto, mas na prática, sempre ocorreu uma resistência por parte de uma grande maioria de aplicadores da lei penal, ou seja, dos juízes

criminais, quanto à aplicação dos regimes mais brandos, fazendo com que o regime fechado fosse a regra, sustentando o inchaço das prisões, que passou a ser o centro de todo o sistema penal.

Ora, para reforçar ainda mais essa tendência de apenamentos desmedidos, eis que surge a Lei nº 8.072/90 e, com ela, a regra contida em seu artigo 2º, parágrafo 1º, que estabeleceu, para os crimes considerados hediondos e os que a eles se assemelham, a obrigatoriedade do cumprimento integral da pena, em regime fechado.

Essa determinação nada mais é do que uma injusta intensificação das campanhas de lei e ordem sendo que, como se frisou no capítulo segundo, os seus defensores partem do pressuposto de que a sociedade está dividida em homens bons e maus. Assim, para controlar a violência desencadeada pelos maus, somente a imposição de penas privativas de liberdade, ou a pena de morte seriam capazes de controlar a criminalidade.

No entanto, há uma vinculação necessária dos mecanismos de execução da pena àqueles critérios que presidem os demais momentos da determinação da pena.

Assim, a Constituição Federal, ao estabelecer no artigo 5º, inciso XLVI, que a lei regulará a individualização da pena, elevou-a ao patamar de princípio constitucional, o que consolida direito fundamental do cidadão, pois está relacionado com a tutela da liberdade individual, ficando, então, vedado ao legislador ordinário, estabelecer regra que vise obstar e impedir a completa realização daquele princípio, uma vez que o princípio não lhe autoriza restringir o seu conteúdo de direito fundamental.

É evidente que não só a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como a progressão no curso de sua execução, se caracterizam em aspectos essenciais de concretização do princípio

individualizador, que está intimamente ligado ao da legalidade, em sua função de garantia penal.

Tanto é assim que na própria exposição de motivos, Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984 (parte geral), item 50, consta: “Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório (...)”.

Se não bastasse isso, a lei penal nada mais faz do que ratificar a afirmação no sentido de que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é um dos aspectos fundamentais da individualização, tanto é que previu as mesmas circunstâncias que deverão ser consideradas na determinação da natureza do regime inicial e da pena a ser aplicada aos condenados. É o que se evidencia dos artigos 33, parágrafo 3º e 59, inciso III, do Código Penal.

Por esses motivos, nada melhor do que trazer a lume as palavras de Garcez Ramos:

“A verdadeira manietação, operada pela referida lei, dos juizes da execução penal, proibindo-os de conceder a progressão de regime para os condenados pelos crimes por ela enunciados e aumentando para dois terços o tempo de cumprimento de pena para a obtenção do livramento condicional, é flagrantemente inconstitucional. É que, conforme se sabe, a pena criminal tem três momentos perfeitamente cindíveis: cominação, aplicação e execução, que nada mais são do que etapas de um processo denominado de ‘individualização da pena’. No primeiro deles, o legislador desvaloriza o fato, exclusivamente, determinando, entre limites máximo e mínimo, ou apenas máximo, o desvalor possível. No segundo, o juiz desvaloriza, com virtual equilíbrio de critérios, o fato e o seu autor, de acordo com as regras de fixação da pena do Código Penal. No terceiro momento, o juiz da execução abandona já o fato criminoso, para fixar-se exclusivamente no seu autor, transformado em condenado. Nesse passo, é ilegítimo, por ferir o princípio da individualização da pena, tomar-se em consideração o fato praticado pelo condenado, pois condenados por crime ‘hediondo’ e por outro crime devem ser, para os fins de execução de pena, tratados de maneira equivalente. Se o princípio ferido é de sede constitucional – e o princípio da individualização da pena o é – essa ilegitimidade tem o nome de inconstitucionalidade”²¹¹

²¹¹ RAMOS, J. G. G. *A Inconstitucionalidade do Direito Penal do Terror*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 57.

Outro não é o entendimento de Boschi, quando afirma:

*“Particularmente, alinhamo-nos com os que sustentam ser inconstitucional o dispositivo da Lei 8.072, que consagra a dita proibição, pois entendemos que ele desatende a ordem emanada do inciso XLVI do artigo 5º, qual seja, a de que a lei ‘regulará’ a individualização da pena. Ao anunciar, categoricamente, que a lei ‘regulará’, a Constituição Federal, está dizendo que o legislador ordinário ‘não poderá deixar de regular’ a individualização da pena, procedimento que pressupõe, como estamos insistentemente afirmando neste trabalho, a consideração das singularidades do agente e do fato, e não de qualquer agente ou qualquer fato. Não fosse suficiente esse argumento, poderíamos invocar também, em favor da tese, a aplicação extensiva da Lei 9.455/97, que autoriza a progressão nos regimes do condenado por crime de tortura. Ora, se em relação a esse crime hediondo o legislador abrandou o rigor punitivo, não parece razoável afirmar a permanência desse rigor em relação aos demais crimes definidos igualmente como hediondos”.*²¹²

Para arrematar os argumentos expendidos até agora, impõe-se reconhecer que nem mesmo o instituto da coisa julgada pode impedir a progressão nos regimes, nos chamados crimes hediondos e nos a eles equiparados, uma vez que o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal estatui *“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*. Dessa forma, se lei nova permitiu a progressão no regime dos agentes condenados por crime de tortura, que também é assemelhado como o tráfico de drogas, aos crimes hediondos, porque não pode o juiz criminal ou os tribunais, fazer a aplicação da Lei de Execuções Penais que, em seu artigo 66, inciso I, é incisiva: *“Compete ao juiz da Execução. I- Aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado”*.

Só mesmo um instrumento de pressão social, desencadeado pelo movimento de lei e ordem, aliás de cunho nitidamente ideológico do tipo Segurança Nacional e fruto de inequívoca pressão de órgãos de comunicação de massa, pode levar a desatenção de um direito penal mínimo e proporcional.

²¹² BOSCHI, J. A. op. cit. p. 366-367.

CAPÍTULO V

O JUIZ DE DIREITO E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Ao abordar a caracterização do Estado contemporâneo, enfatiza Rodrigues:

*“Espera-se que um dia todos os estados existentes garantam eficazmente a plena liberdade de expressão e ação, dentro dos limites estabelecidos pela própria sociedade ou por ela referendados – não encobrendo, dessa forma, as contradições e a pluralidade inerentes a qualquer agrupamento humano. Que estejam estruturados segundo um modelo de organização social que assegure a todos os seus membros uma existência digna e saudável, caracterizada pelo suprimento de suas necessidades básicas e pela existência de condições concretas de sua realização enquanto pessoa humana. E que seu ordenamento jurídico contenha instrumentos efetivos de tutela desses valores. Essa realidade, em termos concretos, contemporaneamente não passa de um sonho”.*²¹³

Realmente não passa de um sonho. Hoje se tem instrumentos previstos no ordenamento, no entanto tais instrumentos por questões, as mais variadas, não são efetivados, pelo menos em relação a uma determinada camada social, como se esses componentes fossem diferentes das camadas de melhor poder aquisitivo, afetando, assim, a dignidade do ser humano, que vem a ser tratado de forma diferente.

Oportunas são as palavras de Roberto Lyra Filho:

*“Em muitos países, inclusive no Brasil, há dispositivos legais que contrastam com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Isto já foi reconhecido, entre nós, pelo atual presidente do Supremo Tribunal, Ministro F.M. Xavier de Albuquerque, quando tentou, em voto famoso, na justiça eleitoral, encaminhar uma jurisprudência (decisão uniforme, dada pelos tribunais, a questão de Direito) que situasse aquela Declaração, como é devido, acima de qualquer desvio legislativo. Acentuou, então, o destacado juiz liberal, que a Declaração dos Direitos do Homem é ‘capítulo duma evidente Constituição de todos os povos’, que ainda não ‘existe’ (como lei formalizada), mas orienta superiormente a captação do direito.”*²¹⁴

²¹³ RODRIGUES, H. W. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 21-22.

²¹⁴ LYRA FILHO, R. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999. p.11.

Não se tem dúvida de que a Declaração de Direitos do Homem é uma “*Constituição de todos os povos*” e, como destaca Gomes:

*“Em razão do significado ímpar da Declaração de 1948, que constitui uma verdadeira ‘Constituição Ética Universal’, na medida em que consagra um conjunto de valores comuns da Humanidade, e considerando, de outra parte, que a pena de prisão na atualidade, para além do seu fracasso, constitui a síntese mais emblemática das punições torturantes, desumanas, degradantes e cruéis, não se pode deixar de reconhecer que é dessa regra fundamental que devemos partir para a compreensão e estudo das penas e medidas alternativas à prisão, recordando que semelhante texto também aparece em praticamente todos os documentos internacionais de grande alcance supervenientes a ela.”*²¹⁵

Assim, impõe-se reconhecer que, em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas, mediante a Resolução 217 A (III), adotava e proclamava a Declaração dos Direitos Humanos.

No artigo V, está previsto que: “*Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes*”.

A partir disso, surgem no 1º Congresso da ONU, realizado em Genebra (1955), as chamadas Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos, identificadas como um dos primeiros documentos da ONU em relação ao detento.

Embora na época o pensamento era de que o crime tinha origens ou causas patológicas e, portanto, o tratamento do recluso iria proporcionar diminuição na reincidência. Logo se constatou que era inviável ressocializar qualquer condenado dentro da prisão.

²¹⁵ GOMES, L. F. *Penas e Medidas Alternativas à prisão*, Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, v. 1, São Paulo: RT, 2000. p. 21-22.

Abandona-se, então, a idéia de ressocialização, surgindo novas perspectivas. Assim, acredita-se na ressocialização do infrator por meio de penas alternativas, executadas fora do presídio e depois chega-se a um avanço no sentido de que tais penas deveriam ocupar o lugar da pena de prisão, pelo menos em relação à pequena e média criminalidade.

Dentro dessa nova concepção, como descreve Gomes:

“No 6º Congresso das Nações Unidas, a propósito, expediu-se a Resolução 8 e, no 7º, a Resolução 16, enfatizando a necessidade não somente da redução do número de reclusos, senão sobretudo a oportunidade de soluções alternativas à prisão, bem como o escopo de reinserção social dos delinqüentes. Coube, em seguida, ao Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente formular os primeiros estudos relacionados com o assunto. Logo que redigidas as Regras Mínimas sobre o tema, o 8º Congresso da ONU recomendou sua adoção, que ocorreu em 14 de dezembro de 1990, pela Resolução 45/110, da Assembléia Geral.”²¹⁶

Retorna-se ao tema, face a necessidade de se compreender as razões que motivaram o legislador brasileiro a adotar uma política alternativa de aplicação de penas, conforme frisou-se no capítulo I, sob o título “*Política Criminal.*”

As Regras de Tóquio têm o mesmo significado da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por não ser um tratado e sim um Acordo Internacional ratificado por meio de Resolução (217 A III), portanto, sem possuir força de lei. Contudo, conforme reconhece Piovesan:

“(…) não se cuida de um tratado; é um acordo internacional. Não é e não pretende ser um instrumento legal ou que contenha obrigação legal. É uma declaração de princípios básicos de direitos humanos e liberdades, que será selada com aprovação dos povos de todas as Nações.”²¹⁷

²¹⁶ JESUS, D.E. apud GOMES, L.F. Ibid., p. 23.

²¹⁷ PIOVESAN, apud GOMES, L. F. id., p. 24.

Dessa forma, vê-se que pelo disposto na regra 1.5, das Regras de Tóquio, todos os Estados-Membros devem envidar esforços no sentido de introduzi-las em seu direito interno, *in verbis*: “os Estados-membros devem introduzir medidas não-privativas de liberdade em seus sistemas jurídicos para propiciar outras opções, reduzindo deste modo a aplicação das penas de prisão(...)”.

Viu-se anteriormente que a prisão é um malefício em todos os aspectos. Assim, o principal objetivo que se pretende com as penas alternativas é exatamente o contido na regra acima citada.

A segunda e também importante preocupação das Regras de Tóquio, expressadas em várias normas, tais como: 1.5; 12.2; 9.1; 10.1; 10.4, desse acordo internacional, visam sempre ressocializar o delinqüente para evitar a reincidência.

Dessa forma, compreende-se porque o Brasil, após o advento da Lei nº 9.099/95, inaugurou um novo modelo de justiça penal, pelo menos no que tange aos delitos de menor potencial ofensivo.

Posteriormente, foi sancionada em 25 de novembro de 1998, a Lei nº 9.714, que foi publicada em 26 de novembro de 1998 e entrou em vigor naquela data, e que veio introduzir mudanças no direito penal, no aspecto da substituição da pena de prisão pelas penas alternativas, atendendo às disposições das Regras de Tóquio.

Na atualidade, é possível o juiz de direito fazer a substituição de pena privativa de liberdade, no momento da determinação da sentença (artigo 59, inciso IV do CP), uma vez que, por sua própria natureza, requer a prévia determinação da quantidade de pena a impor. E, considerando que na dosagem da pena o juiz deve escolher a sanção mais adequada, tendo em conta a personalidade do agente e os outros requisitos do artigo 59, e especialmente, a

finalidade preventiva, é recomendável que nessa oportunidade se examine a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade.

Assim, se essa não for superior a quatro anos ou se o delito for culposos, o juiz deverá considerar a hipótese de substituição. Somente se houver impossibilidade de substituição o juiz passará a examinar a possibilidade da suspensão condicional da pena (artigos 77, inciso III do Código Penal, 156 e 157 da Lei de Execuções Penais).

1. A NECESSIDADE DE MUDANÇA NA FORMA DE PENSAR, POR PARTE DOS JUÍZES

Antes de tratar da necessidade de mudança na forma de pensar por parte dos juízes criminais na aplicação das penas alternativas, impõe-se retroceder no tempo e voltar aos idos de 1984, face o advento da reforma penal, ocorrida com a Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, e frisar as palavras de Bitencourt:

*“Lembramos, com certa tristeza, o exemplo malsucedido da Reforma Penal de 1984, que dotou o sistema penal brasileiro de alternativas tais que, segundo se acreditava, dificilmente algum apenado com até dois anos de prisão iria para a penitenciária, pois além do sursis, ‘criaram-se as penas restritivas de direitos e revitalizou-se a pena de multa, com a adoção do sistema dias-multa’. O resultado final, como era de prever, deu no que deu: nenhum Estado da Federação se dispôs a construir as denominadas ‘casas de albergados’, de pequeno custo em termos de arquitetura penitenciária; os convênios com as entidades filantrópicas, assistenciais e congêneres, com raríssimas exceções, não foram celebrados e o sistema penitenciário nacional não recebeu a dotação orçamentária necessária e adequada para tornar possível a aplicação e execução das então inovadoras alternativas à pena privativa de liberdade, consagradas pela Reforma Penal de 1984.”*²¹⁸

Dessa forma, o que ocorreu foi uma total falta de aplicação por parte do poder judiciário daquelas penas, às milhares de pessoas que tinham direito de recebê-las, o que violava os direitos constitucionais dos cidadãos, sob o argumento de que era impossível fiscalizar o seu efetivo cumprimento. Portanto, o que ocorreu foi a ignorância das alternativas, com o conseqüente recolhimento à prisão, ou então concedia-se o sursis simples, sem qualquer fiscalização, com fundamento legal equivocado, já que ficava ignorado que a autorização do artigo 3.º, parágrafo único da mencionada lei limitava-se a um ano de vigência.

Assim, restaram às penitenciárias um enorme número de pessoas condenadas com penas inferiores a um ano, além de ocorrer uma outra situação, essa mais grave e desanimadora, pela não aplicação das alternativas propostas pela reforma, que foi exatamente a sensação de impunidade que, por sua vez,

²¹⁸ BITENCOURT, C. R. *Novas Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 69.

veio a gerar uma política criminal mais gravosa, que teve início com as leis dos crimes hediondos, do crime organizado e outras.

Apesar do fracasso acima retratado, da reforma penal de 1984, atualmente surge a possibilidade de aplicação de penas alternativas, nas hipóteses previstas pela Lei nº 9.714/98.

Portanto, para a efetiva implementação e aplicação dessas penas alternativas, será de fundamental importância que o governo tenha vontade política de operacioná-las como alternativas à prisão, fazendo dotação orçamentária suficiente, além de criação de quadros técnicos especializados que visarão acompanhar e fiscalizar a execução de casas de albergados, além de efetivo cumprimento do disposto no artigo 46, parágrafo único do Código Penal, para que não ocorra o insucesso dessa política criminal, que aliás, terá de sobreviver, com outro sistema, voltado para atender a sede de punir e de uma febril criminalização.

Assim, parece de capital importância que mesmo que o poder central não implemente os mecanismos necessários para a sua efetiva aplicação, nada impede que o juiz tome a iniciativa de implementá-las, como ressalta Gomes:

*“Mas a postura mais incorreta, sobretudo do Magistrado, diante desse modelo alternativo penal será a de ficar passivamente aguardando que o Estado venha a fornecer qualquer aparato ou suporte material para a aplicação e fiscalização da lei. O juiz já não tem que ficar esperando que os outros poderes atuem: cabe-lhe o estrito cumprimento da Lei de Execução Penal, criando patronatos, os conselhos da comunidade etc. Nada disso depende do Executivo, só do Judiciário. A boa e correta aplicação da lei, assim como o sucesso da sua fiscalização, depende sobretudo do próprio juiz, cuja omissão pode ser reputada imperdoável. Se temos agora a pena de prestação de outra natureza, é perfeitamente possível estabelecer uma política de benefícios trocados, isto é, destina-se a prestação (cesta básica de alimentos, remédios etc) a uma entidade e em troca podem-se obter vagas para a prestação de serviços à comunidade”.*²¹⁹

²¹⁹ GOMES, L. F. op. cit. p. 103.

Por fim, acredita-se que é necessária, por parte do juiz, uma postura diferente para perceber essa realidade e efetivamente aplicar, mesmo em crimes dolosos, desde que a pena seja até quatro anos, as penas alternativas e não ficar arranjando argumentos, fundados na culpabilidade, ou na periculosidade do agente para não aplicá-las. É necessário que haja uma conscientização, no sentido de que a pena de prisão já faliu há muitos anos, sendo necessário buscar-se outras alternativas, mesmo que os entendimentos dos Tribunais Superiores sejam em sentido contrário, como será retratado no tópico seguinte. Antes porém, é preciso realçar a necessidade de intensificação do debate sobre a aplicação das penas alternativas, pois só assim se terá a certeza do acerto da recente política criminal.

2. AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS NO CÓDIGO PENAL PELA LEI Nº 9.714 DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998

Antes do advento da Lei nº 9.714/98, o sistema penal brasileiro previa apenas seis tipos de penas alternativas substitutivas, quais sejam: multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, proibição do exercício de cargo ou função, proibição do exercício de profissão e suspensão da habilitação para dirigir veículo.

A lei antes mencionada trouxe em seu bojo quatro novas sanções restritivas, que são: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de freqüentar determinados lugares e prestação de outra natureza. Assim, atualmente encontram-se no nosso ordenamento dez sanções substitutivas.

Importante frisar que essas sanções são autônomas e substituem a pena de prisão, podendo ser aplicadas quando a pena não for superior a quatro anos, com exceção, apenas, dos delitos que foram cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, ou não importa a pena, se o crime for culposos.

Ademais, ficaram excluídos os réus reincidentes em crimes dolosos, em princípio, ou não podem contar com esse direito quando a sua culpabilidade, antecedentes, conduta ou personalidade ou ainda os motivos e circunstâncias não recomendarem a concessão da substituição.

Não resta dúvida de que os propósitos da lei não só são louváveis e guardam consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como com a Constituição Brasileira, que no inciso XLVI, letra "d", do artigo 5º, prevê a pena de *prestação social alternativa* que irá oportunizar: a diminuição da superlotação nos presídios, a diminuição dos custos do sistema prisional, benefícios na ressocialização dos autores de crimes por vias alternativas, não permitindo o contato dos presos primários com os institucionalizados, além de

evitar a estigmatização que dificulta o reencontro do preso com a vida social e o trabalho e, por último, a redução da reincidência, que como demonstram as pesquisas, é bastante elevada em relação àqueles que são colocados no sistema prisional.

Por fim, há uma preocupação na preservação dos interesses das vítimas, quando possível.

Tanto isso é verdade, que lembra Gomes:

*“... amplia-se um pouco mais o novo modelo de Justiça Penal inaugurado em 1995 pela Lei dos Juizados Especiais Criminais. Desse modo, ao modelo penal clássico, fundado na crença da pena de prisão dissuasória, que continua servindo de base inspiradora da política criminal brasileira paleorrepressiva, expressada em tantas leis penais puramente simbólicas nessa década – leis dos crimes hediondos, do crime organizado, da falsificação de remédios etc –, contrapõe-se, alternativamente, o novo modelo de Justiça Criminal”.*²²⁰

Outro aspecto que deve ser ressaltado, com relação à Lei nº 7.914 de 25 de novembro de 1998, é que as penas restritivas de direitos são genéricas, autônomas e substitutivas.

Assim, diz-se genéricas, em razão de serem suscetíveis de aplicação independentemente da natureza do crime ou da espécie de pena privativa de liberdade, desde que, com exceção nos crimes culposos, o *quantum* individualizado na sentença não seja superior a quatro anos.

Têm autonomia porque não podem ser aplicadas cumulativamente com as penas privativas de liberdade.

E, por derradeiro, são substitutivas porque são impostas no lugar das privativas de liberdade, ainda que cumuladas com multa.

²²⁰ Ibid., p. 99.

Como se pode ver, as penas privativas de liberdade, aplicadas até quatro anos, podem ser substituídas por penas alternativas nos moldes do artigo 44, inciso I do Código Penal, desde que satisfeitos os demais requisitos ali previstos.

Um dos requisitos exigidos é: *“se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa”*.

Diante do que está expresso no artigo acima mencionado, a grande indagação que surge é se no caso de tráfico de drogas, cuja pena mínima prevista no artigo 12 da Lei nº 6368/76 é de 3 anos e, assim, perfeitamente possível que a individualização das penas, em vários casos, não ultrapasse o limite de 4 anos, seria permitida a aplicação da pena substitutiva. É o que se irá abordar no tópico seguinte, especialmente no tocante ao entendimento da jurisprudência dos Tribunais do País.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A HIPÓTESE

Diante da regra geral prevista nos artigos 33, parágrafo 2º do Código Penal e 111 da Lei de Execução Penal, é característica própria das penas privativas de liberdade a progressividade nos regimes de cumprimento das penas.

No entanto, a regra geral foi alterada para comportar exceções: Dessa forma, tratando-se de crimes hediondos, a execução, conforme determina o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, e os Tribunais Superiores vêm decidindo assim, será em regime integralmente fechado.

A pretensão neste tópico é não só trazer os arrestos dos Tribunais Superiores e analisar o acerto ou desacerto desse reconhecimento da constitucionalidade da referida exceção legislativa, bem como analisar a jurisprudência dos referidos tribunais no tocante à possibilidade de aplicação das penas alternativas na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, após o advento da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.

Assim, no tocante à hipótese do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, decidiu o Supremo Tribunal Federal, por maioria, no H.C. 69.657-1, cujo relator foi o Ministro Francisco Resek cuja ementa está assim redigida:

“Habeas Corpus. Lei dos Crimes Hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do art. 2. par. 1 da Lei nº 8072. Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2. par. 1. Da lei nº 8072, dos Crimes Hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual a fixação da pena, sobretudo no que se refere a intensidade da mesma.

*Habeas Corpus indeferido por maioria.*²²¹

²²¹ STJ., Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em 07\mai\2001.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 5ª Turma cujo relator foi o Ministro Assis Toledo, no Recurso Especial nº 27932/TO, assim decidiu:

“PROCESSUAL PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. LEI DE CRIMES HEDIONDOS.

Os condenados pela prática de crime hediondo deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado, ante a expressa norma do art. 2, par. 1 da Lei 8.072/90, reputado constitucionalmente pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária (HC 69.657-1), Rel. Min. Francisco Resek).

Recurso Especial conhecido e provido, recomendando-se ao juiz da execução examinar a possibilidade de concessão de livramento condicional aos acusados.”²²²

O entendimento da maioria fundamentou-se no argumento de que a norma constitucional deferiu ao legislador ordinário a possibilidade de regulamentar os crimes definidos como hediondos e a ele competindo fixar os parâmetros dentro dos quais o aplicador da norma poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena, não deixando o legislador, no que tange aos crimes hediondos, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Em que pese o respeito que merece o entendimento da maioria dos Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Ministros da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiram o Habeas Corpus e o Recurso Especial cujas ementas antes foram transcritas, vários autores de renome nacional que serão citados a seguir, sustentam a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º, da Lei de Crimes Hediondos, assim justificando:

Karam:

“Não obstante entendimento de corrente majoritária no STF, é clara a inconstitucionalidade de tal regra. Naturalmente, aquele entendimento majoritário não deve impedir, mas ao contrário, estimular o questionamento da matéria, até porque nele

²²² STF., Disponível em: <http://www.stf.gov.br> Acesso em 07\mai\2001.

*refletido o já aqui mencionado 'déficit interpretativo' que, retirando o alcance e o significado que devem ser emprestados ao texto constitucional, acaba por desprezar direitos fundamentais, reforçando a irracionalidade do poder punitivo do Estado".*²²³

Garcez Ramos:

*"A verdadeira 'manietação', operada pela referida lei, dos juizes da execução penal, proibindo-os de conceder a progressão de regime para os condenados pelos crimes por ela enunciados e aumentando para dois terços o tempo de cumprimento de pena para a obtenção do livramento condicional, é flagrantemente inconstitucional."*²²⁴

Boschi:

"Particularmente, alinhamo-nos com os que sustentam ser inconstitucional o dispositivo da Lei 8.072, que consagra a dita proibição, pois entendemos que ele desatende a ordem emanada do inciso XLVI do artigo 5º, qual seja, a de que a lei 'regulará' a individualização da pena. Ao enunciar, categoricamente, que a lei 'regulará', a Constituição Federal, está dizendo que o legislador ordinário 'não poderá deixar de regular' a individualização da pena, procedimento que pressupõe, como estamos insistentemente afirmando neste trabalho, a consideração das singularidades do agente e do fato, e não de qualquer agente ou de qualquer fato.

*Não fosse suficiente esse argumento, poderíamos invocar também, em favor da tese, a aplicação extensiva da Lei 9.455/97, que autoriza progressão nos regimes do condenado por crime de tortura. Ora, se em relação a esse crime hediondo o legislador abrandou o rigor punitivo, não parece razoável afirmar a permanência desse rigor em relação aos demais crimes definidos igualmente como hediondos."*²²⁵

Mello:

*"Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado".*²²⁶

²²³ KARAM, M. L. op. cit. p. 128.

²²⁴ RAMOS, J. G. G. op. cit. p. 57.

²²⁵ BOSCHI, J. A. P. op. cit. p. 366-367.

²²⁶ MELLO, M. A. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 2 - n. 8 - outubro-dezembro - 1994. p. 102.

É evidente que inúmeras ementas de outras decisões, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça poderiam ser transcritas, pois a maioria dos Senhores Ministros afirmam, em seus votos, a constitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.

Da mesma forma, outros autores, também renomados, opinam pela constitucionalidade e outros, pela inconstitucionalidade, que não serão nominados, em razão dos argumentos utilizados, tanto pelos primeiros quanto pelos segundos, se fundamentarem nas mesmas razões invocadas na decisão do Supremo Tribunal Federal.

Inobstante tais fatos, necessário se faz assumir uma posição no tocante ao acerto de uma ou outra posição. Assim, não se pode furtar em concordar com aqueles que sustentam a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, especialmente em razão do mesmo não atender ao comando emanado do inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece o princípio da individualização da pena, além do legislador ter abrandado o rigor da punição, em relação ao crime de tortura, por intermédio da Lei nº 9.455/97, que pode e deve ser aplicada de forma extensiva, uma vez que autorizou a progressão dos regimes dos condenados por aquele delito.

Só dessa forma se pode pensar em evitar o grande mal que acarreta a prisão, chamado de prisionização, além de evitar que o condenado por tráfico de drogas, após cumprir dois terços da pena, receba o livramento condicional e volte de forma abrupta para a sociedade, em condições piores do que aquela em que foi segregado, pois terá perdido os amigos, a família já terá se desintegrado, os filhos já terão se prostituído e, o que é pior, será libertado sem que o Estado tenha cumprido o seu papel, quando da condenação. O que é ideal é que o condenado, pelo menos, não retorne pior do que quando entrou, conforme reconhece Boschi quando afirma:

“O ingresso na penitenciária produz a redução do indivíduo ao seu estado inicial mediante a destruição de seu senso de identidade e de auto-estima. Já não tem mais a liberdade que tinha ‘na rua’, perde a família, o emprego e, não raro, a propriedade de seus bens. Na prisão, é vítima de abusos sexuais e sofre de todas as violações que dizem com a sua intimidade, dando ensejo ao aparecimento de distúrbios sexuais e de conduta, enfermidades físicas e mentais, estas de tipos depressivos, que se aproximam de uma verdadeira dissolução da personalidade.”²²⁷

Impõe-se a seguir analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sobre a possibilidade de aplicação das penas alternativas na hipótese de condenação por crime de tráfico de drogas, após o advento da lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 79.567-RJ, cujo relator foi o Sr. Ministro Maurício Corrêa, decidiu:

*“Habeas Corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes (Lei nº 6.368/76). Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (Lei nº 9.714/98): Inaplicabilidade.
1 - O preceito insito no art. 44 do Código Penal dada pela Lei nº 9.714/98, é regra geral, não podendo ser aplicado à Lei nº 6.368/76, visto tratar-se de lei especial.
2 - A pena privativa de liberdade por crime previsto na lei de tóxicos, equiparável a crime hediondo, tem que ser cumprida integralmente no regime fechado em face da Lei 8.072/90, impossibilitando assim a sua conversão em pena restritiva de direitos.
3 - Habeas corpus indeferido.”²²⁸*

A decisão unânime fundamenta-se no princípio de que a lei geral não derroga a lei especial. Esse é um dos argumentos para a afirmação de que não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, no delito de tráfico de entorpecentes. Ora, o argumento é inválido, ante o disposto no artigo 12 do Código Penal que expressamente determina: *“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”*.

²²⁷ BOSCHI, J. A. P. op. cit. p. 123-124.

²²⁸ Revista Trimestral de Jurisprudência, volume 173 (PÁGINAS 701 A 1092) setembro de 2000. STF, p. 923.

Portanto, nas leis especiais referentes aos crimes hediondos e na Lei nº 9.714/98, não existe nenhum dispositivo que proíba a aplicação das penas alternativas, assim, não há como se deixar de dar cumprimento integral ao artigo 12 do Código Penal, fazendo incidir a disciplina das penas alternativas sobre referido crime, desde que presentes os pressupostos legais.

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“TÓXICOS – TRÁFICO. PENA ALTERNATIVA. LEI 9.714/98. INAPLICABILIDADE.

EMENTA OFICIAL. Tráfico de entorpecentes. Condenação. Pena Alternativa.

A lei dos crimes hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos, exclui a incidência da lei 9.714/98, modificativa da parte geral do Código Penal, por força do art. 12 do próprio diploma penal material brasileiro. As regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

*Ordem denegada”.*²²⁹

O entendimento do Sr. Ministro Relator Hamilton Carvalho, que foi acolhido pela 6ª Turma, não pode prosperar, uma vez que, embora a Lei nº 9.714/98 não tenha afetado a forma de execução penal prevista na Lei nº 8.072/90, não tratou de nenhuma forma de execução penal. Portanto, uma lei que tratou da substituição da pena privativa de liberdade, que antecede a execução, de forma alguma poderia revogar o sistema de execução das penas da Lei de Crimes Hediondos. Trata-se de categorias jurídicas dispares e, por isso, não possuem efeitos revogatórios entre si.

Sobre a possibilidade de que o delito de tráfico de drogas, em tese, admite a substituição por penas alternativas, ensina Damásio de Jesus:

²²⁹ Revista Jurisprudência Brasileira- Série Millennium, volume 39, Curitiba: Juruá, p. 137.

*“As penas alternativas não são absolutamente incompatíveis com os delitos previstos na lei de crimes hediondos. São admissíveis em alguns casos. Ex.: tentativa de atentado violento ao pudor com violência ficta, imposta a pena mínima de dois anos de reclusão. Cremos que não se apresenta como obstáculo o disposto no art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, que disciplinou os delitos hediondos e deu outras providências, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. Ocorre que as penas alternativas constituem sancionatórias de natureza alternativa, não se relacionando com os regimes de execução. De modo que o juiz tem dois caminhos: se impõe pena privativa de liberdade por crime hediondo, incide a Lei 8.072/90, se a substitui por pena alternativa, não se fala em regimes (fechado, semi-aberto e aberto). Nesse detalhe, a Lei dos Crimes Hediondos disciplina a ‘execução da pena privativa de liberdade’, não se relacionando com os pressupostos de aplicação das penas alternativas. Nesse sentido: Luiz Vicente Cernicchiaro, Crime Hediondo e pena alternativa, Correio Brasiliense Direito e Justiça, Brasília, 16 ago. 1999”.*²³⁰

Finalmente, segundo Luiz Flávio Gomes:

*“(…) pela lei vigente, não há como negar que as penas alternativas podem ser aplicadas aos crimes hediondos e particularmente ao tráfico de entorpecentes, desde que presentes seus requisitos legais. Portanto, como bem vem ressaltando a Colenda Sexta Turma do STJ (v., por exemplo, HC 10.1049-RO, rel. Min. Vicente Leal; STJ, REsp. 60046-SP, rel. Min. Vicente Leal), ‘é de rigor que a recusa à concessão do benefício seja sobejamente fundamentada, com exame das condições objetivas e subjetivas que indiquem a impropriedade do deferimento do pedido’.*²³¹

É necessário ressaltar que os argumentos utilizados para justificar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, na hipótese de crimes hediondos, não têm qualquer sustentação razoável.

²³⁰ JESUS, D. E. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 172.

²³¹ GOMES, L. F. op. cit. p. 120.

4. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO E DE OUTROS TRIBUNAIS DO PAÍS

Em pesquisa realizada nos julgamentos realizados pelas 1ª e 2ª Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, encontraram-se os seguintes arestos abordando o tema da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito:

*“Apelação Criminal – Tráfico de Entorpecente – Substituição da Pena Privativa de Liberdade Pela Restritiva de Direitos – Impossibilidade – Redução da Pena – Exclusão de Agravante: ‘Ex Officio’ – Recurso a que se nega provimento - por maioria de votos. A pena privativa de liberdade nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, equiparável a crime hediondo, tem que ser cumprida integralmente no regime fechado em face da Lei nº 8.072/90, impossibilitando assim a sua conversão em pena restritiva de direitos. Reduz-se a pena, eis que, excluída de ofício, a agravante do inciso I, do artigo 61 do Código Penal. Negado provimento ao recurso, por maioria de votos”.*²³²

Na Apelação Criminal nº 24040003726, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, cujo relator foi o Desembargador substituto Antônio Leopoldo Teixeira, decidiu, por maioria, com a seguinte Ementa:

*“Apelação Criminal – Tráfico de Entorpecentes – Aplicação da pena – Regime Inicial – Procedentes - Irregularidades – Nulidades – Inexistência – Desprovimento. Encontrando-se a pena aplicada de acordo com as disposições dos arts. 59 e 68 do Código Penal e no mínimo legal, nada há que se alterar, e quanto ao regime inicial de cumprimento, nos termos da Lei 8.072/90, torna-se impossível a sua substituição. Não havendo irregularidade ou nulidade de acordo com o maciço probatório, nega-se provimento ao apelo. Recurso Improvido”.*²³³

As duas ementas, anteriormente transcritas, demonstram de forma clara, o entendimento das duas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, no sentido de que, por tratar-se de crime hediondo, mesmo na hipótese da pena privativa de liberdade ser fixada até quatro anos ou

²³² Diário da Justiça do Estado do Espírito Santo, de 27 de abril de 2001, p. 27.

²³³ Id., de 15 de agosto de 2000, p. 32.

menos, não pode ser substituída por pena alternativa, sob o argumento de que a pena tem que ser cumprida integralmente em regime fechado.

Vê-se, portanto, que a não admissão da substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa fundamenta-se, exclusivamente, na hipótese mencionada por Gomes:

*“O que não será admitido, certamente, é a recusa de verificação do cabimento ou não da pena substitutiva fundada na ‘simples alusão à gravidade do delito em abstrato’ (p. ex.: crime hediondo, somente por ser hediondo, não admite a substituição: v. TJSP, HC 275.617-3). Com base nessa simples alusão à gravidade da infração, vários acórdãos no país vinham impondo ‘automático’ regime mais severo nos delitos de roubo. No Colendo Supremo Tribunal Federal firmou, a propósito, sólida jurisprudência no sentido de que ‘a simples alusão à gravidade do delito em abstrato, sem suficiente fundamentação, não basta, por si só, para a fixação do regime de cumprimento de pena mais gravoso ao réu’ (STF, HC 77.682- SP, rel. Min. Néri da Silveira, Informativo do STF 128, de 19 a 23 de outubro de 1998, p. 1; v. no mesmo sentido, STF, HC 77.790-6, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 27/11/1998, p. 10). Essa mesma doutrina é mais do que apropriada para as penas alternativas que somente poderão ser refutadas com base em sentença devidamente fundamentada”.*²³⁴

Dessa forma, inobstante o respeito que merecem os entendimentos dos membros das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, o mesmo é equivocado, não só diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal, expresso na doutrina acima transcrita, mas também especialmente porque ofende o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, que determina: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”*.

Além disso fere o entendimento de vários autores nacionais. O juiz precisa deixar claro por que deixa de aplicar a substituição e logicamente fundamentá-la para que não ocorra nulidade na sua decisão.

²³⁴ GOMES, L. F. *Penas e medidas...* op. cit. p. 116-117.

Ademais, não se pode esquecer de que o artigo 7º da Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90.

Se isso não fosse suficiente, elucidativos são os argumentos lembrados por Boschi, sobre o delito de tortura: *“Ora, se em relação a esse crime hediondo o legislador abrandou o rigor punitivo, não parece razoável afirmar a permanência desse rigor em relação aos demais crimes definidos igualmente como hediondos”*.²³⁵

Destarte, continua Boschi:

“Portanto, se da decisão que especificar o regime fechado inicial o Ministério Público não apelar, para obter eventualmente o cancelamento da cláusula, o juiz das execuções, pelo fundamento antes apontado, terá que deferir o requerimento de progressão, ainda que outro seja o seu entendimento pessoal”.²³⁶

Assim sendo, não há que se falar em coisa julgada para impedir a progressão dos regimes nos crimes hediondos, caso o juiz de execução entenda, e é forçoso reconhecer que este é o entendimento mais razoável - que o apenado faz jus à progressão - ante o advento de lei que lhe é mais favorável, consoante preceitua o inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal e também o artigo 66, inciso I, da Lei de Execuções Penais.

Mais razoável é que a substituição deva ser aplicada pelo juiz ao individualizar a pena em atenção ao disposto no artigo 59, inciso III do Código Penal, isto porque os argumentos expendidos para não permitir a substituição, não encontram qualquer justificativa plausível no nosso ordenamento jurídico.

A propósito, impõe-se transcrever a decisão da 3ª Turma, da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás:

²³⁵ BOSCHI, J. A. P. op. cit. p. 367.

²³⁶ Id., p. 367-368.

“EXECUÇÃO: CRIME HEDIONDO E TORTURA – PROGRESSÃO.

EMENTA: Agravo - Execução da pena – Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos). Regime Integralmente Fechado. Lei 9.455/97 – (Tortura) – Regime Inicialmente Fechado – Progressão. Os crimes pela prática de tortura, tráfico de entorpecentes e afins, o terrorismo e os demais definidos como crimes hediondos ou assemelhados, receberam o mesmo tratamento do legislador constituinte, na carta Magna de 1988 (art. 5º, LXIII), ao fixar-lhe o regime comum, considerando-os inafiançáveis, de graça ou indulto. A disciplina jurídica foi-lhes conferida pela lei 8.072/90, que dispôs: ‘a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado’. (art. 2º, § 1º). A Lei 9.455/97, quanto ao crime de tortura, que é objeto do mesmo tratamento constitucional dos demais ilícitos- típicos da chamada lei hedionda, registra no art. 1º, § 7º: ‘O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado’. Revogado então, o § 1º do art. 2º, da 8.072/90, pelo tratamento mais benéfico do § 7º do art. 1º da Lei 9.455/97, que vem unificar a situação prisional de todos os condenados, no que toca a progressão do regime fechado de cumprimento da pena. Agravo conhecido e provido. (TJ. 3º T, 1ª C. Crim. Ag. Nº: 151 – 1/284 – Rel. Des. Byron Seabra Guimarães. DJ.GO de 01/12/97, p. 7)”.²³⁷

A Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo nº 70000294942, cujo relator do acórdão foi o Des. Walter Jobim Neto, decidiu:

EMENTA: Execução da pena. Tráfico ilícito de Entorpecentes. Art. 12 da Lei 6368/76. Pena aplicada de 3 anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, ‘EX VI’ o parágrafo 1 do art. 2º da Lei 8.072/90. Possibilidade de Substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços a comunidade pelo tempo da pena aplicada, frente a não vedação da Lei 9.714/98. Aos Crimes Hediondos ou a eles equiparados, desde que se trate de ‘pequeno’ traficante que, sem visar lucro a atividade, sustenta o próprio vício por esse meio. (fls 11) (AGV: nº 70000294942, Segunda Câmara Criminal, TJRS, Rel: Des. Walter Jobim Neto, Julgado em 02/12/1999).”²³⁸

É preciso reconhecer que quanto à possibilidade de progressão de regime, nas hipóteses em que se tenha fixado o regime inicial integralmente fechado ou mesmo na hipótese de poder o juiz, ao fazer a individualização da pena, aplicar o regime aberto, desde que presentes as condições do artigo 44 do Código Penal, a jurisprudência de nossos tribunais, na hipótese de crime hediondo, entende ser incabível.

²³⁷ Diário da Justiça de Goiás, de 01 de dezembro de 1997. p. 7.

²³⁸ TJRS, Disponível em: <http://www.TJ.RS.gov.br/jprud/ementas/TJRS> Acesso em 09 de maio de 1997.

É lógico que algumas decisões não se furtaram em reconhecer a possibilidade da aplicação da progressão do regime de cumprimento de pena, ou a aplicação pelo juiz do regime aberto, ao individualizar a pena, conforme decisões antes transcritas.

Os argumentos para fundamentar essas decisões, que negam a possibilidade, são os mais variados, mas se resumem praticamente a dois, quais sejam: que são inaplicáveis as mudanças introduzidas no artigo 44, do Código Penal pela Lei nº 9.714 aos crimes hediondos e assemelhados; e por ser incompatível à política criminal da Lei nº 9.714/98 com a política criminal da Lei nº 8.072/90.

Não se deve esquecer, apesar dos entendimentos contrários, de que a Lei nº 9.714/98, que alterou os dispositivos do Código Penal pertinentes às penas restritivas de direito, associando-se às mais modernas escolas de direito penal e visando afastar a aplicação da pena privativa de liberdade nos casos em que esta não se revele necessária, porque inadequada à reintegração do condenado ao convívio social, como tem demonstrado os estudos dos especialistas da área.

Por outro lado, não há que se falar em políticas criminais antagônicas, entre a Lei nº 9.714/98 e nº 8.072/90, tanto isso é verdade que a Lei 9.455/98, que dispõe sobre o crime de tortura, também equiparado ao hediondo, como ocorre com o tráfico de drogas, deu tratamento diverso ao da Lei nº 8.072/90, quando permitiu a progressão no regime de cumprimento da pena. Sem dúvida fere o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º inciso XLVI, da Constituição Federal, a não aplicação do disposto no artigo 44 do Código Penal, e diante da isonomia entre os crimes, reconhecida pela Carta Magna, impõe-se reconhecer a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, seja em razão do princípio da Legalidade, seja do da Taxatividade, conforme artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal.

CAPÍTULO VI

AS NOVAS PRÁTICAS DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS E COMO TORNÁ-LAS EFICAZES

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.714, no dia 26 de novembro de 1998, data de sua publicação, promoveram-se alterações nos dispositivos do Código Penal, especialmente, em relação às penas restritivas de direitos, com a finalidade de afastar a aplicação da pena privativa de liberdade, naqueles casos em que esta não se revele necessária, uma vez que é inadequada à reintegração do condenado ao convívio social.

Anteriormente ao advento da lei mencionada, a reforma penal de 1984 criou de maneira pioneira no Código Penal, as penas restritivas de direitos, como solução genérica de substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas e capazes de evitar a prisão do criminoso de menor periculosidade, tanto que só era possível a substituição, na hipótese de pena inferior a um ano, conforme a antiga redação do inciso I do artigo 44 do Código Penal.

Ora, ganham vida as idéias de um direito penal moderno, distante da vindita privada e das penas tarifadas, preocupado com a ressocialização do delinqüente e com a reparação da vítima, ao mesmo tempo, atento à proteção dos bens jurídicos, tanto é que ocorreram mudanças em 1984, como mencionado acima, e logo depois, surgiu a Lei nº 9.099/95, que inaugurou um novo caminho por onde é necessário o direito penal seguir.

Dessa forma, deve-se crer que dotada do mesmo espírito é a Lei nº 9.714/98, que ampliou a experiência pioneira de 1984, aumentando as hipóteses de aplicação de penas alternativas, com a finalidade precípua de reduzir a aplicação de penas privativas de liberdade que acarretam a superlotação dos presídios, além de propiciar a multiplicação de marginais, ante a incontestável realidade de que os presídios tornaram-se verdadeiras escolas do crime, aliás,

reconhecido pela própria exposição de motivos, nos itens 26 e 29 da nova parte geral do Código Penal.

Se não bastasse isso, é digno de registro que o próprio artigo 59 do Código Penal, também de forma pioneira, assinalou a finalidade da pena: *“Necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime”*.

Assim, prevenção só pode ser entendida com o intuito de criar na mente do condenado a idéia de não retornar à prática criminosa. Mas, infelizmente, não é isso o que ocorre. Segrega-se o homem delinqüente, em ambiente indigno, onde imperam as sevícias, a corrupção e o convívio com marginais de alta periculosidade, sem qualquer chance de recuperação, somado ao fato de falta de assistência após esse período, e ainda se prevê causa de aumento de pena, fundado na reincidência.

Impõe-se assim, como mencionado no capítulo II, item cinco, retornar aos ensinamentos de Hulsman e Celis:

“Ao contrário do que uma determinada leitura da história quer fazer crer, não há uma progressão linear, no tempo, na direção de formas mais benignas de reação. Esta reação se tornou mais cruel quando os poderes se centralizaram e não mantêm qualquer ligação com um suposto desejo de vingança, que, de forma nenhuma, explica as variações ou os níveis da resposta social. A história e a antropologia mostram claramente que a evolução da ‘prática punitiva’ em um contexto estatal (esta é a própria definição do sistema penal), na realidade, se apoia em fatores bem diferentes do desejo de vingança da vítima, evolução esta que se justificou fundamentalmente através de outras formas de legitimação. A história e a antropologia permitem ainda que se afirme que não são a duração ou o horror do sofrimento infligido que apaziguam aqueles que eventualmente clamam por vingança, mas sim a dimensão simbólica da pena, ou seja, o sentido de reprovação social do fato que lhe é atribuído”.²³⁹

Muito embora o autor citado pugne pela total abolição do Direito Penal, evidentemente é necessária certa cautela no tocante a isso, pois a grande maioria dos autores, como Zaffaroni, Alexandre Barata, Luigi Ferrajoli, não defendem a abolição do Direito Penal, mas, a idéia de um direito penal mínimo.

²³⁹ HULSMAN, L.; CELIS, J. B de. op. cit. p. 120-121.

Impõe-se, então, reconhecer que as modificações introduzidas pela Lei nº 9.714/98 foram:

- “1)- Criação das modalidades de penas restritivas de direito consistente em:*
- a)- Prestação pecuniária: diferente da multa prevista no art. 49 do Código Penal, será fixada pelo juiz, a ser paga à vítima, aos seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, em valor não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos, deduzíveis do montante de condenação em ação civil de reparação de dano.*
 - b)- Perda de bens e valores em favor do Fundo Penitenciário Nacional, cujo teto será o prejuízo causado pelo crime ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro pela prática criminosa (o que for maior).*
 - 2)- A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao reincidente, quando a medida for socialmente recomendável, salvo o de reincidência específica (artigo 44, parágrafo 3º do Código Penal, com a nova redação).*
 - 3)- A satisfação da divergência quanto ao cômputo do tempo de cumprimento da pena restritiva, em caso de conversão em pena privativa de liberdade, afirmando que haverá dedução do tempo daquela no cumprimento desta (artigo 44, parágrafo 4º, do Código Penal, com a nova redação).*
 - 4)- Ampliação da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por multa para quando aquela for cominada em período igual ou inferior a um ano (art. 44, parágrafo 2º, do Código Penal, com a nova redação).*
 - 5)- Criação de mais uma hipótese de sursis, modificando a redação do art. 77, parágrafo 2º do Código Penal, que regula o chamado sursis etário (concedido ao maior de 70 anos), ampliando sua aplicação aos casos em que razões de saúde justifiquem a suspensão. Ou seja, admitindo o sursis para penas até anos, para quem tem menos de 70 anos por razões de saúde.*
 - 6)- Ampliação de um ano para quatro anos em relação à pena privativa de liberdade aplicada ao crime doloso, passível de substituição, se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.”*

Destarte, merece ser ressaltado que a Constituição Federal em vigor erigiu a dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos da República Federativa, constituída em Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III). Além disso, estabeleceu um vasto elenco de direitos e garantias fundamentais. Dentre eles se inserem o direito à vida, à liberdade e a proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, caput e inciso III), bem como o princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI). No aspecto penal, além da individualização da pena, a Constituição Federal autorizou a adoção de penas outras, além da tradicional pena privativa de liberdade.

Diante do permissivo legal constante do artigo 44, inciso I do Código Penal e desde que atendidos os requisitos previstos nos demais incisos do dispositivo, surge a possibilidade de se aplicar novas regras ao crime de tráfico de entorpecentes, previstos na Lei nº 6.368/76.

Como já foi ressaltado anteriormente, nada justifica a não aplicação das penas restritivas de direitos às hipóteses de tráfico previstas nos artigos 12, 13 e 14 da lei especial, mesmo no caso de agravação da pena, previsto no artigo 18, desde que a pena não seja superior a quatro anos e atendidos os demais requisitos da lei.

Por outro lado, tem-se visto, por parte da jurisprudência, os argumentos mais variados no sentido de ser incompatível a substituição no caso de condenação por tráfico de drogas. Também alguns doutrinadores se manifestam de forma contrária, como, por exemplo, Dalabrida, afirmando: “*é inaplicável aos crimes de tráfico de entorpecentes e drogas afins a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, apesar das novas disposições constantes na Lei 9.714/98*”.²⁴⁰

Apesar das palavras do autor anteriormente mencionado, creio que não se pode esquecer as palavras de Moura:

“A realidade tem mostrado, porém, que a adoção da ‘política de segurança’ não reduziu a criminalidade; as prisões continuam superlotadas; sendo inegável que o clima prisional piorou de maneira considerável, com a eclosão quase que diária de motins, fugas, e a recém criada figura do ‘resgate’ de presos nas delegacias de polícia. E, nesse contexto, é evidente que a invocação da finalidade da execução penal, prevista no artigo 1º da Lei 7.210/84, qual seja, a de ‘proporcionar condições par a harmônica integração social do condenado e do internado’, afigura-se inocente e irreal”.²⁴¹

²⁴⁰ DALABRIDA, S. E. **Lei 9.714/98. Aspectos Pontuais**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, ano 7 – n. 26 - abril-junho – 1999. São Paulo: RT, p. 127.

²⁴¹ MOURA, M. T. R. A. **Execução Penal e Falência do Sistema Carcerário**. Revista Brasileira de Ciências Criminas, ano 8 – n. 29 - janeiro-março 2000. São Paulo: RT, p. 353-354.

Assim, se a política de segurança não diminuiu a criminalidade, parece que uma lei que entrou em vigor oito anos após a publicação da Lei nº 8.072/90, como foi o caso da Lei nº 9.714/98, não poderia deixar de reconhecer essas circunstâncias, especialmente em razão de a nova lei estar imbuída do espírito moderno da lei penal, o que vai permitir ao juiz, com as novas práticas de substituição das penas, em razão da menor periculosidade, tornar efetivo, na prática, o comando do artigo 44 e seus incisos do Código Penal.

Por último, merece ainda menção que, anteriormente, foi publicada a Lei nº 9.455/97, que tipificou os crimes de tortura, atendendo a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, de 1984, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985, quando o Brasil assumiu compromisso internacional de considerar delitos em seu direito penal, todos os atos de tortura e as tentativas de práticas dessa natureza. O parágrafo 7º do artigo 1º da Lei nº 9.455/97 estabeleceu que o regime inicial referente à pena de reclusão aplicada ao autor das várias modalidades de tortura, com exceção da hipótese do parágrafo 2º do artigo 1º, deverá ser o regime fechado.

Por isso, na linguagem do legislador o seu propósito foi o de aplicar, na execução da pena referente à tortura, o regime progressivo, com as suas três etapas. Essa exceção diz respeito à pena de reclusão que admite, face os termos da alínea "C" do parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal, regime prisional aberto.

Ora, se assim agiu o legislador é óbvio que o seu procedimento se ajusta ao comando constitucional que determina que a pena deve ser individualizada (artigo 5º, inciso XLVI) além de atender o princípio da humanidade da pena (artigo 5º, incisos III e XLVII da Constituição Federal).

Por esses motivos, não se pode deixar de concordar com Franco: *"O legislador ordinário fez, portanto, uma reavaliação da matéria, derogando, em*

conseqüência, o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que determinava a aplicação integral, no tocante ao delito de tortura, do regime prisional fechado”.²⁴²

E continua Franco:

*“Não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por tortura e que, ao mesmo tempo, se negue igual sistema aos condenados por crimes hediondos. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave do que os crimes hediondos ou o tráfico ilícito de entorpecentes. A extensão da regra do § 7º, do artigo 1º da Lei 9.455/97, para todos os delitos referidos na Lei 8.072/90, equaliza hipóteses fáticas que estão constitucionalmente equiparadas e restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e a sistematização do ordenamento penal. Além disso, representa uma tomada de posição do legislador ordinário em sintonia fina com o texto constitucional”.*²⁴³

Diante dessas razões, parece manifestamente contrário ao espírito das Leis nº 9.714/98 e nº 9.455/97, qualquer esforço interpretativo no sentido de que tais leis não se aplicam aos crimes hediondos.

Não se pode desconhecer, em hipótese alguma, que os juízes estão vinculados aos princípios constitucionais e não podem contrariá-los através de suas decisões.

É bom frisar que as novas normas colocadas em prática pelas Leis nº 9.714/98 e nº 9.455/97, visando substituir a pena privativa de liberdade por penas alternativas, e o regime de cumprimento de penas não escapam das regras que ditam os melhores caminhos da boa interpretação da lei, que podemos citar como sendo: a) o princípio da isonomia; b) a equidade; e c) o elemento sistemático na interpretação finalística.

Pelo princípio da isonomia, que também se conhece como princípio de igualdade formal, quer dizer que a lei deve dispensar tratamento isonômico aos iguais, ou seja, se a Lei Fundamental tratou de forma equivalente,

²⁴² FRANCO, A. S. Tortura – Breves anotações sobre a Lei 9.455/97. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5 - nº 19 - julho-setembro - 1997. São Paulo: RT, p. 69.

²⁴³ Id., p. 69.

equiparados ou assemelhados, face a gravidade desses delitos, e o exemplo é a hipótese da tortura, do terrorismo, do tráfico e dos hediondos em geral, impondo-lhes de forma geral restrições que não impôs a qualquer outro tipo de crime, é claro que o legislador ordinário não poderia tratá-los de forma diferente, ou seja, tratar qualquer um deles de forma mais branda ou mais severa que o tratamento que fosse dispensado ao outro.

No que tange à equidade, é preciso distinguir a decisão por equidade e interpretação com equidade. Essa última é a que nos interessa, e como ensina Carlos Maximiliano:

*“Não se recorre à equidade senão para atenuar o rigor de um texto e interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva clara e prevista. Esta ressalva, aliás, tem hoje menos importância do que caberia outrora: primeiro, porque se esvaneceu o prestígio do brocardo – in claris cessat interpretatio; segundo, porque em outros tempos se atendia ao resultado possível de uma exegese e se evitava a que conduziria a um absurdo, excessiva dureza ou evidente injustiça, hoje com a vitória da doutrina da socialização do Direito, mais do que nunca o hermeneuta despreza o fiat justitia peret mandus – e se orienta pelas conseqüências prováveis da decisão a que friamente chegou”.*²⁴⁴

Assim, é o mesmo que dizer que a interpretação com equidade não depende de qualquer autorização expressa da lei, mas aparece como obrigação do aplicador da norma que busca sua justa aplicação ao caso concreto.

Se a Constituição equiparou, de forma expressa, os crimes de tortura aos de terrorismo, os dois, ao tráfico de entorpecentes, e eles, aos que a lei definisse como hediondos, não pode pairar qualquer dúvida, que na realidade criou uma classe de crimes assemelhados, equiparados. Portanto, devem ser tratados de forma isonômica. Por isso, se há restrições de natureza processual, devem ser iguais e, se há benefícios penais, também devem ser os mesmos. Seria ilógico tratamento diverso, pois esses crimes têm algo em comum que os liga, ou seja, a gravidade com que foram tratados.

²⁴⁴ MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 175.

É como se fosse uma chaga, impondo maior reprovção, e que se materializa na qualidade e quantidade das sanções que lhes foram cominadas.

Por outro lado, sabe-se que a Lei nº 8.072/90, ao tratar desses crimes, acabou indo além da autorização constitucional, e restringiu mais do que determinou a norma constitucional, traduzindo-se no fenômeno chamado inconstitucionalidade. Para que pudesse ajustar-se àquele mandamento constitucional, surge a Lei nº 9.455/97 que gerou a revogação na parte que a Lei nº 8.072/90 exorbitou, isto é, ao estabelecer o regime fechado integral, no seu artigo 2º, parágrafo 1º.

É necessário frisar que o sistema legal de interpretação no direito brasileiro, expresso nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, não fica restrito ao elemento formal, que é a norma escrita. Compõe-se ainda de outros elementos: o social, o político e o humano ou eqüitativo.

Cabe concluir que a intenção da lei não foi apenas a de tratar de forma diferente o crime de tortura, mas o de aperfeiçoamento da legislação, no sentido de resolver os conflitos sociais, resguardando princípios constitucionais que se fazem necessários a uma política criminal eficiente, sem esquecer da gravidade dos fatos, mas propiciando aos delinqüentes, tratamento humano e equânime.

Apenas esses dois aspectos concernentes à interpretação das normas já se mostram suficientes para demonstrar que não é possível que a vontade do legislador não fosse de harmonizar a forma de tratar os crimes da mesma natureza, quando elaborou as Leis nº 9.455/97 e nº 9.714/98.

Pelas razões até então elencadas, necessário que haja por parte dos juízes uma nova postura, no sentido de fazerem aplicação da nova lei, desconsiderando os argumentos até então utilizados para não substituição da

pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, apenas por tratar-se de crime hediondo, pois nada mais justifica esse entendimento.

É curial que essa postura irá dar integral aplicação ao Princípio Constitucional da Individualização da Pena, previsto pelo artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, que distingue a pena privativa de liberdade (alínea “a”) da prestação social alternativa (alínea “d”) e da suspensão ou interdição de direitos (alínea “e”), adaptando a pena ao condenado, consideradas as características do agente e do delito praticado.

Ademais, irá propiciar que seja possível a distinção do tratamento penal que se dispensa ao pequeno traficante que, via de regra, trata-se mais de vítima do que de algoz da sociedade, e só assim se chegará a um patamar de justiça material, que se coaduna com a finalidade da pena, sem propiciar prejuízos à proteção da saúde pública da sociedade. Muda-se o apenamento que está fundamentado na gravidade abstrata do delito, e surge um parâmetro equilibrado, em que se levará em conta a gravidade da conduta, a periculosidade do agente e o cabimento da substituição da pena a serem aferidos concretamente, caso a caso, em benefício da própria sociedade.

Se não bastasse, será possível a ressocialização do pequeno traficante, que irá influir na taxa de reincidência, pois, com a reprovação de sua conduta, sem o tratamento prisional, propiciará seu afastamento do cárcere, reconhecido como altamente maléfico em todos os aspectos, influenciando de forma decisiva na sua maior participação na sociedade. No tocante à prevenção do delito, isto em nada será prejudicado, uma vez que o traficante de maior periculosidade não será beneficiado com a pena alternativa, pois a gravidade concreta do fato não permitirá o mesmo tratamento.

Com a aplicação das penas alternativas, haverá uma participação efetiva do juiz ao aplicá-las ao pequeno traficante, em contribuir na diminuição dos índices de criminalidade, da reincidência, dos gastos com o sistema prisional,

ensejando uma diminuição do caos que impera no Brasil, no que tange a superlotação dos presídios e rebeliões motivadas por pretensões não atendidas pelas autoridades governamentais, que não têm cumprido com as suas obrigações em atender o mínimo dos direitos reconhecidos aos presos.

Essa nova postura por parte dos juízes irá contribuir, não com o aumento dos pequenos delinqüentes, conforme apregoam alguns, mas sem dúvida, com toda a sociedade brasileira.

1. OS APENAMENTOS POR TRÁFICO DE DROGAS, A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 9.714/98, NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. BREVE HISTÓRICO

No Estado do Espírito Santo, após a publicação da Lei nº 9.714/98, o que ocorreu foi uma total inércia por parte dos juízes em aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, nos casos de condenação por tráfico de drogas, com penas até quatro anos.

A postura dos juízes fundamenta-se na questão da hediondez do crime e utiliza como argumento a existência do parágrafo 1º, do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, que determina o regime de cumprimento da pena, em regime fechado integral.

Isso se constata pelas inúmeras Cartas de Guia que foram endereçadas à 5ª Vara Criminal de Vitória (Vara das Execuções Penais), que até 22 de janeiro de 2001, era competente para a execução das penas impostas em todo o Estado.

Das duzentas e noventa e sete Guias de Execução que foram recebidas no período de 19 de novembro de 1998 a 22 de janeiro de 2001, referentes a condenações por tráfico de entorpecentes, cujas penas aplicadas eram de até quatro anos, apenas em dezesseis casos ocorreu efetiva aplicação da substituição da pena por prestação de serviços à comunidade, nos moldes do artigo 44, inciso I do Código Penal.

A primeira foi proferida na Comarca de Vila Velha, pelo juiz da 1ª Vara Criminal. Merece ser destacado ainda, que todas as outras substituições, também foram aplicadas por juízes das Varas Criminais de Vila Velha.

Isso demonstra a postura dos juízes de manterem-se inertes na aplicação da substituição das penas privativas de liberdade por penas alternativas, por ocasião da individualização da pena.

De igual modo, posicionou-se o Juiz da Vara das Execuções Penais (5ª Vara Criminal de Vitória), que não aplicou, em momento algum, o disposto no artigo 66, inciso I da Lei de Execuções Penais.

Postura totalmente diferente teve o Juiz da Comarca de Bragança Paulista, Estado de São Paulo, que aplicou, Ex-Officio, a nova determinação contida no artigo 44, inciso I do Código Penal, conforme decisão proferida no Processo nº E/1999/B – Aplicação de Pena Alternativa, com os seguintes fundamentos:

“1- A lei 9.714 de 26/22/98, que deu nova redação aos arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Dec-Lei 2.848, de 07.12.1940 (Código Penal), favorece os condenados, porque ampliou as penas restritivas da liberdade não superiores a quatro anos, desde que presentes os demais requisitos do art. 44.

2- O princípio da especialidade, invocado pelo MP no parecer retro, que impediria a concessão do benefício, não tem aplicação ao caso.

A pena para o crime de tráfico de entorpecente, equiparado aos crimes hediondos, deve ser cumprida em regime integralmente fechado, segundo determina o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Todavia, isso não significa que tenha impedido a concessão de outros benefícios disciplinados na parte geral do Código Penal, porque não há nenhum dispositivo nessa lei tratando da matéria.

3 - A substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos, no caso, não foi sequer apreciada, porque a lei vigente na época não permitia o benefício. Porém, como foi mencionado na Portaria que deu início ao presente procedimento, cabe ao Juízo da Execução, por força do art. 66, I, da Lei de Execução Penal, ‘aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado’. Nesse sentido, aliás, dispõe a Súmula 611 do Colendo Supremo Tribunal Federal: ‘Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna’.

4- Colocadas estas premissas e examinando o caso dos autos, conclui-se que o sentenciado preenche os requisitos legais para a obtenção do benefício;

4.1 – A pena privativa de liberdade aplicada é de quatro anos;

4.2 – O crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa;

4.3 – Não se trata de reincidente em crime doloso;

4.4 – A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e circunstâncias do crime indicam que a substituição é suficiente para punição e prevenção do delito.

7- Assim, não obstante o judicioso parecer contrário do MP, é o caso de aplicação da Lei Penal Benigna, que irá revolucionar o conceito de Direito Penal e Penitenciário em nosso País: a privação da liberdade deve ser restrita aos criminosos efetivamente perigosos, que não tenham a mínima condição de conviver em sociedade, o que não é o caso do sentenciado.

8- Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, nos termos do art. 44 do CP, substituo o restante da pena privativa da liberdade aplicada ao sentenciado C.H.R.L por

penas restritivas de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas (art. 46 do CP) e limitação de fim de semana (art. 48 do CP).

„245

Louvável a atitude do Magistrado de Bragança Paulista, que substituiu a pena aplicada ao condenado, face a possibilidade de substituição, ante a mudança ocorrida após o advento da Lei nº 9.714/98, aplicando o disposto no artigo 66, inciso I, da Lei de Execuções Penais.

Já no Estado do Espírito Santo, o que se viu foi exatamente o contrário, apenas, alguns poucos juízes tiveram a mesma postura, não em relação aos processos de réus já condenados, pois, na vara de Execuções Penais, nenhuma aplicação ocorreu em relação à substituição das penas.

Como mencionou-se, poucos juízes da Comarca de Vila Velha, ao fazerem a individualização das penas aos acusados de tráfico de entorpecentes, efetivamente deram cumprimento ao Princípio Constitucional, previsto no artigo 5º, Inciso XLVI da Constituição Federal e aplicaram a substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade.

É evidente que essa postura por parte dos juízes do Estado do Espírito Santo, teve consequência: o aumento da população carcerária que será objeto de apreciação no tópico seguinte.

²⁴⁵ FUEUKAWA, N. **Tráfico de entorpecentes e penas restritivas de direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7- nº 26- abril-junho, 1999. São Paulo: RT, p. 222-223.

2. A REALIDADE: O AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA

Como foi enfatizado anteriormente, da data da entrada em vigor da Lei nº 9.714/98 até 22 de janeiro de 2001, ocorreram 432 (quatrocentas e trinta e duas) condenações por tráfico de drogas no Estado do Espírito Santo, que transitaram em julgado. Dessas, 135 (cento e trinta e cinco) foram condenações com apenamentos superiores a quatro anos, que não permitiriam a substituição da pena, por restritiva de direitos, nos moldes do artigo 44, inciso I do Código Penal. Das 297 (duzentas e noventa e sete) restantes, todas inferiores a quatro anos de prisão, em 16 (dezesesseis) condenações apenas, foram aplicadas as substituições.

Portanto, em 261 (duzentos e sessenta e um) casos de condenações a penas inferiores a quatro anos de prisão, não foram feitas as substituições.

Constata-se, dessa forma, que em dois anos e dois meses, ingressaram no sistema penal mais 261 (duzentos e sessenta e um) condenados, somente, por tráfico de entorpecentes, sem contar outros crimes hediondos onde também, possivelmente, se aplicou penas inferiores a quatro anos, e não foram substituídas na forma do artigo 44 do Código Penal. Além disso, não devemos esquecer os casos de condenados que já se encontravam cumprindo suas penas, que igualmente não foram beneficiados após o advento da citada lei.

Dessa forma, não se pode esquecer que muitas outras condenações ocorreram, mas, em razão de recursos, não houve ainda o trânsito em julgado da sentença, não sendo possível avaliar o tipo de apenamento que foi efetivamente aplicado.

Esses fatos demonstram à sociedade que a não aplicação da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, acarreta uma superlotação nos presídios e Delegacias de Polícias, especialmente em

razão das poucas vagas disponíveis no sistema prisional, tanto é assim que a maior penitenciária do Estado, o Instituto de Readaptação Social (IRS), localizado no Complexo de Pedra D'água, no Município de Vila Velha, tem capacidade para 222 (duzentos e vinte e dois) reeducandos.

Assim, vê-se que o número de presos que foram condenados no período anteriormente mencionado, e que deveriam ser encaminhados à penitenciária, aliás, única para atender os condenados da Capital, é bem superior às vagas existentes no estabelecimento.

Há de ser considerado ainda que a exigência de cumprimento de dois terços da pena para a concessão do livramento condicional, aos crimes hediondos, contribui de forma efetiva para o aumento da população carcerária, gerando o que já é do conhecimento de todos: rebeliões, resgate de presos, violência de toda ordem e, principalmente, reincidência, insatisfação por parte dos encarcerados face ao não cumprimento das regras mínimas no que tange ao tratamento do preso.

Diante do quadro existente no Estado do Espírito Santo, o que não é diferente do restante do país, o que tem ocorrido é que o preso ingressa no sistema penal, após ser condenado a uma pena privativa de liberdade, e não se cumpre a determinação contida no artigo 1º da Lei de Execuções Penais, cujo objetivo é efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

No entanto, o que ocorre é que os condenados sequer chegam a ingressar nos estabelecimentos penitenciários e acabam cumprindo as penas que lhes foram impostas, em Delegacias de Polícia ou nas chamadas "Casas de Detenção", destinadas a recolher *presos provisórios*, misturando-os com esses, o que acarreta a total perda do objetivo do encarceramento.

Assim, urge que providências sejam tomadas, aliás, como permite o disposto no artigo 44, inciso I, do Código Penal, com a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, no momento da individualização da pena ou a imediata aplicação do disposto no artigo 66, inciso I, da Lei de Execuções Penais, naqueles casos em que não houve a substituição na sentença e o apenado já tenha cumprido pelo menos um sexto da pena. Essas são providências que necessitam ser tomadas conforme será enfatizado no tópico seguinte.

3. A SOLUÇÃO: APLICAÇÃO DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 66, INCISO I DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Diante da comprovação de que 261 (duzentas e sessenta e uma) pessoas nos últimos dois anos foram condenadas por tráfico de drogas no Estado do Espírito Santo, cujas penas não foram superiores a quatro anos, e as respectivas sentenças condenatórias transitaram em julgado, oportunizando a execução da reprimenda, no regime fechado, como constou das respectivas sentenças, uma vez que não foram substituídas por penas restritivas de direitos, é óbvio que o sistema prisional teve que disponibilizar meios para receber essas pessoas.

Ora, como a única penitenciária existente na Capital do Estado do Espírito Santo é o Instituto de Readaptação Social (IRS), a solução foi manter essas pessoas nos presídios destinados a presos provisórios: Casa de Detenção, Anexo da Casa de Detenção, Delegacias de Polícias e Departamentos de Polícia Judiciária (DPJs), além de utilizarem a Casa de Custódia e o Mosp (Módulo de Segurança Penal), esse último, destinado a presos de maior periculosidade, conforme os critérios da Secretaria de Justiça do Estado.

O que é lastimável é que não se procura solucionar o caos em que o sistema prisional se encontra. Portanto, uma das hipóteses viáveis, para tentar diminuir a população carcerária, seria a aplicação da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes dos artigos 44, inciso I do Código Penal e 66, inciso I, da Lei de Execuções Penais, além de também ser viável a aplicação do regime semi-aberto para aqueles condenados, no regime fechado, a penas superiores a quatro anos e inferiores a oito, que já tivessem cumprido um sexto da pena, face a flagrante inconstitucionalidade do disposto no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos.

Se não se adotar medidas nesse sentido, o problema carcerário não tem solução à curto prazo, face as dificuldades financeiras do Estado e o tempo que é necessário para a construção de novos presídios.

Registra-se que a situação é tão crítica que, tomando como exemplo o Departamento de Polícia Judiciária de Vila Velha, se tem um quadro aterrador. O local foi construído para abrigar dezesseis presos provisórios, mas a situação é tão calamitosa que ali estão segregados uma média de oitenta a cem presos, às vezes chegando a cento e vinte, o que confirma de forma inequívoca uma frase famosa, reproduzida por Maria Thereza Rocha de Assis Moura: *“Brasil: aqui ninguém dorme sossegado.”*²⁴⁶

Portanto, é necessário reconhecer que se a pena não atende aos fins a que se propõe, a melhor solução é propiciar aos detentos condições de sobrevivência digna em sociedade, embora sujeitos à fiscalização para cumprirem as suas penas em regime menos rigoroso, mas que pelo menos, irá fazer com que muitos deles possam refletir sobre os exemplos dados por seus fiscalizadores e familiares e não retornem ao crime, e permitindo que permaneçam fora do sistema prisional, que não tem qualquer eficiência, ao contrário, torna o preso pior do que quando ingressou.

²⁴⁶ MOURA, M. T. R. A. op. cit. p. 351.

4. A PENA DEVE RESSOCIALIZAR E NÃO ESTIGMATIZAR

Na edição do Jornal da Globo, levado ao ar no dia 21 de maio do corrente ano, a apresentadora do jornal fez menção a uma reportagem elaborada por uma jornalista, com os seguintes dizeres: “*Em uma Delegacia do Rio Grande do Sul, os presos são recolhidos dentro de um armário*”.

Seria cômico se não fosse verdade. A presente reportagem demonstra de forma clara a situação a que chegou o sistema prisional, desde o início do ingresso do cidadão em uma Delegacia até o cumprimento da pena nas Penitenciárias.

No Estado do Espírito Santo, embora nenhuma autoridade constituída tenha tido a idéia de colocar presos no *armário*, a situação não é nada diferente, uma vez que é uma constante quando da prisão das pessoas, por falta de vagas, as mesmas permanecerem por vários dias, algemadas no corrimão da escada da Delegacia de Plantão e, até mesmo, em cadeiras daquela unidade policial ou nos bancos de cimento, em total desrespeito ao direitos humanos, proclamados em 1º de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, mediante a Resolução 217 A (III), com o propósito de reconhecer a dignidade inerente a todos os membros da família humana.

Como enfatiza Gomes:

*“A Organização DAS Nações Unidas, que evidentemente tem na pessoa humana seu eixo principal de preocupação e que sempre procurou estimular seus estados-membros a tratá-la sem nenhum tipo de discriminação, tinha curialmente que dedicar especial atenção também ao encarcerado, mesmo porque, como se sabe, a prisão, desde o seu nascimento, sempre deu ensejo a abusos e arbitrariedades”*²⁴⁷

É óbvio e evidente que a reportagem, antes mencionada, e os exemplos verificados no Estado do Espírito Santo, afrontam sobremaneira não só

²⁴⁷ GOMES, L. F. op. cit. p. 22.

a Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas também a outros documentos internacionais sobre Direitos Humanos.

Esses fatos estão relacionados com os presos provisórios. Não se pode, no entanto, desconhecer a falta de cumprimento desses direitos em relação ao preso condenado, uma vez que na fase de execução penal, tudo é possível: na prática, é como se o processo de execução fosse incompatível com o princípio da legalidade e isento de prazos. Pedidos de progressão de regime sequer são apreciados ou podem ficar meses sem apreciação, pedidos de livramento condicional indeferidos sem justificativa legal e, se não bastasse esse estado de desrespeito aos direitos do encarcerado, as transferências de um presídio para outro são feitas ao talante da autoridade administrativa, no caso, o Superintendente dos Estabelecimentos Prisionais, cargo criado na esfera da Secretaria de Justiça do Estado, sem qualquer autorização judicial. É como se o preso fosse um objeto qualquer que, a partir do momento que não atende aos interesses do Diretor do Presídio onde se encontra, é transferido sumariamente para outro local, sem qualquer justificativa e sem direito algum, sequer o de ser ouvido ou se tem interesse na sumária transferência.

O reconhecimento desses aspectos negativos da prisão são muito bem retratados por Foucault:

*“Dizem que a prisão fabrica delinquentes; é verdade que ela leva de novo, quase fatalmente, diante dos tribunais aqueles que lhe foram confiados. Mas ela os fabrica no outro sentido de que ela introduziu no jogo da lei e da infração, do juiz e do infrator, do condenado e do carrasco, a realidade incorpórea da delinquência que os liga uns aos outros e, há um século e meio, os pega todos juntos na mesma armadilha”.*²⁴⁸

Para Ramirez: *“Desde los inicios teóricos Del Derecho penal a fines Del siglo XVIII, uno de los problemas que más preocupó a los autores fue justamente el de la pena”.*²⁴⁹

²⁴⁸ FOUCALT, M. op. cit. p. 213.

²⁴⁹ RAMIREZ, J.B. *Bases Críticas de Un Nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 151.

Portanto, a pena privativa de liberdade, através dos tempos, sofreu mutações e hoje sua finalidade pode ser resumida, como reconhece Leal, a quatro finalidades, a saber: *“Retribuição, intimidação, ressocialização e incapacitação”*.²⁵⁰

Ora, vê-se, assim, que a pena de prisão está mais do que condenada. Na realidade não atinge a qualquer dos objetivos que os estudiosos afirmam ser sua finalidade.

Se isso ocorre, por que não colocar em prática um novo sistema onde os males da pena de prisão sejam diminuídos. Mas para isso é necessária uma nova forma de pensar e encarar a realidade do crime e do criminoso.

Ao juiz cabe aplicar o Princípio da Individualização da Pena, a ele cabe a responsabilidade de adotar esse ou aquele regime inicial de cumprimento dessa pena, uma vez que a individualização foi graduada com essa regra pela norma penal por força do comando constitucional. Impõe-se, então, reconhecer que a melhor solução para o combate à criminalidade não é a aplicação desenfreada da pena privativa de liberdade.

As finalidades da pena, ou seja, retribuição, intimidação, incapacitação e ressocialização são estigmatizantes; assim, é necessário que haja uma nova postura por parte dos juízes, para que reconheçam, como o fez Zaffaroni:

“A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penas”.²⁵¹

²⁵⁰ LEAL, C. B. op. cit. p. 38-41.

²⁵¹ ZAFFARONI, E. R. *Em Busca das Penas Perdidas: A perda de Legitimidade do Sistema Penal*, Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15.

O mesmo Zaffaroni reconhece, ainda, na mesma obra:

*“É absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio de legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando sabemos que estruturalmente, estão preparados para violar a todos. O que se pode pretender – e fazer – é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir o número e a intensidade dessas violações, operando internamente a nível de contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização desses princípios”.*²⁵²

Se o ordenamento jurídico permite que se empregue meios menos violentos de punição, parece um contra-senso que o juiz não os utilize, pois, assim, passa a legitimar a violência.

Na hipótese de ter de aplicar uma pena, que opte por aquela que não irá estigmatizar o punido, como ocorre com a pena privativa de liberdade, já que o ordenamento jurídico lhe permite fazer a substituição, uma vez que a estigmatização só irá contribuir para dificultar o retorno à sociedade daquele que um dia foi colocado na prisão, e, portanto, estigmatizado.

É preciso ter coragem e reconhecer que a pena deve buscar resgatar o criminoso do caminho do crime e não empurrá-lo ainda mais para a vida do crime. E esse papel parece reservado ao juiz, ao individualizar a pena e optar pelo regime prisional a ser aplicado. Deve ele buscar aplicar o menos gravoso àquele que transgrediu a norma penal, pois, só assim, estará reafirmando os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e do Estado Democrático de Direito.

²⁵² Id., p. 235.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se estabelecerá nestas considerações finais da dissertação uma reprodução dos capítulos, o que se reputa ter sido suficientemente detalhado na introdução. É necessário realçar, então, as teses principais advindas do desenvolvimento do trabalho, especialmente, em razão dos objetivos geral e específicos que foram propostos.

Assim, para justificar o objetivo geral, procedeu-se a uma incursão na política criminal. No caso, o que restou bem claro foi o fato de que várias são as propostas visando à solução dos fenômenos criminais.

Como primeira manifestação da política criminal, surgem os princípios constitucionais, positivados nas Constituições de todos os povos. Para além disso, outros movimentos buscam solucionar os fenômenos criminais, tais como:

a) O Pensamento da chamada Escola Clássica, que via o direito penal e a pena não como um meio para intervir sobre o sujeito delinqüente para modificá-lo, mas como instrumento legal da defesa da sociedade, criando mecanismos de dissuasão ou contra-motivação em face do crime. Isso faz nascer uma limitação na cominação e aplicação da sanção penal, além do modo de se exercer o poder punitivo do Estado, o que gera a sustentação da necessidade ou utilidade da pena e o aparecimento do Princípio da Legalidade. A partir de então, face as conquistas liberais, ocorre, no campo penal, o fim gradativo dos suplícios impostos pela vingança privada, o que obrigou a sociedade a encontrar uma forma humana e justa de punir os criminosos, além de uma mitigação das penas.

b) O Pensamento da Escola Positiva. As teses de Lombroso sobre a criminalidade atávica, anatômica e fisiológica, a insensibilidade moral e afetiva dos criminosos e, depois afirmando ser a causa da criminalidade, a epilepsia e a

loucura moral abriram caminho para a reformulação positivista, perdendo assim eficácia a idéia de castigo e passando-se a propostas de medidas de defesa social. A partir daí, o direito penal passa a ser estudado em conjunto com outras áreas do conhecimentos humano, contando ainda com a colaboração de outros autores, como Ferri e Garofalo.

c) O Movimento de Defesa Social. Iniciado por Fellipo Gramática que era radical e sustentava que a defesa social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, utilizando meios que importassem a própria abolição do direito penal e dos sistemas penitenciários. A seguir, surge com Marc Ancel um novo movimento chamado A Nova Defesa Social, com uma idéia multidisciplinar e com a pretensão de reformar as várias instituições jurídico-penais e a própria estrutura social. Nega a punição-retribuição, preferindo o pensamento preventivo, pondo fim à ideologia do tratamento, para garantir ao agente o direito de ser diferente. Esse movimento, embora represente um avanço, deixa a desejar, por ainda carecer de outros instrumentos aptos a resolver o problema da criminalidade.

d) O Movimento de Lei e Ordem. A pena é justificada como castigo e retribuição, devendo os crimes atrozos serem punidos com penas severas e a execução sendo cumprida em estabelecimentos de segurança máxima. Possui desprezo pelas garantias processuais e defende não só a diminuição dos poderes do juiz na individualização da pena, bem como menor controle judicial da execução penal. Essas premissas do movimento de lei e ordem se fazem presentes no nosso ordenamento jurídico, na Lei de Crimes Hediondos que se traduzem em verdadeira aberração jurídica, pois, prega-se o mal pelo mal sem qualquer aspecto científico visível, especialmente por estar patenteado que a pena de prisão nunca se prestou para ressocializar ninguém.

e) A Criminologia Crítica. Representando um novo paradigma, foi influenciar na mudança da política criminal, reforma do direito penal, surgindo então políticas criminais alternativas.

f) O Movimento de Despenalização. A postura adotada se prende ao fato de que, para o seu autor, Louk Husman, o sistema penal não é o melhor caminho para a solução dos fenômenos criminais, daí porque sustenta ser necessária a abolição do mesmo. Apesar do respeito que merecem as afirmativas de Hulsman, é necessária cautela. Não convence que a solução dos fenômenos criminais seja a abolição do sistema penal.

g) O Garantismo. Busca uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico a prescrições normativas oficiais. Visa, assim, construir um arcabouço de normas jurídicas que irá dar ao Estado o poder de punir, em troca da garantia dos direitos do cidadão. Assim, pugna pela redução das penas de longa duração, e a extinção das penas de multa e restritivas de direitos, buscando que a interpretação das leis seja feita sob uma nova visão, com a criação de um sistema de penas alternativas aptas a satisfazer como penas principais a dupla finalidade do direito penal, proporcionando uma racionalização e minimização do sistema sancionador.

Ora, de tudo que se observou com as propostas de política criminal existentes, não resta dúvida de que é necessário se repensar a punição e, dentro desse contexto, as propostas das políticas alternativas sobressaem-se como mais coerentes a evitar os problemas trazidos com a segregação dos criminosos, pois, hoje, não se pode desconhecer os malefícios proporcionados pela prisão.

No que diz respeito aos objetivos específicos, vislumbra-se que em razão da existência do princípio constitucional da individualização da pena, que visa a expressar a valoração do indivíduo, impedindo que sejam ignoradas as diferenças, tendo em conta que cada acusado é um, e cada fato se reveste de

singularidades próprias e irrepetíveis. Isso denota que é perfeitamente viável, mesmo na hipótese de crimes hediondos, que o juiz ao promover a individualização da pena, naquelas hipóteses em que a pena não seja superior a quatro anos, promova a substituição, visando atender não só ao princípio específico da individualização, bem como aos princípios do Estado Democrático de Direito, da Dignidade Humana, uma vez que a Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos da República Federativa, constituída em Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III).

No tocante à pena privativa de liberdade, como meio de reintegração social, está mais do que evidenciado que a prisão é um castigo que não intimida. Em lugar de ressocializar, de educar para a liberdade, é um núcleo de aperfeiçoamento para o crime, propiciando aos condenados adaptarem-se aos condicionamentos intramuros, assimilando os usos e costumes, hábitos e valores da massa carcerária. Portanto, causa mais malefícios à sociedade que benefícios a quem quer que seja.

Por fim, a incapacitação para a prática de novos delitos, de igual modo não se opera. Ao contrário, gera reincidência e maior violência, portanto, necessário se repensar a pena de prisão como instrumento de garantia social.

Assim, uma vez que a pena privativa de liberdade padece desses males, é necessário que se busque outros instrumentos de penalização, que possam diminuir os efeitos deletérios da prisão. Portanto, na atualidade, os presídios estão lotados, basicamente em razão da grande quantidade de pessoas apenadas por tráfico de drogas e outros crimes hediondos, em razão do legislador ordinário avançar na sua competência, criando regra inconstitucional, como aquela prevista no parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, que estabelece que a pena de prisão deve ser cumprida integralmente em regime fechado e que qualquer benefício só pode ser concedido depois de cumpridos dois terços da pena.

Se não bastasse isso, é terrível a guerra que se intensificou contra supostos traficantes. Ocorre que o que se vê nas prisões são pobres, e vem confirmar que a punição é endereçada apenas à camada social menos favorecida.

É preciso que os juízes criminais, como representantes do Estado, ao aplicarem as penas, tenham sensibilidade no tocante ao princípio da individualização da pena, uma vez que a prisão não regenera. Hoje, os estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade, sem qualquer dúvida, violam, - seja pelas condições físicas, seja pela superlotação -, o artigo V da Declaração dos Direitos Humanos, quando estabelece que “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanas ou degradantes”.

É necessário se enfatizar que, com o surgimento das Regras Mínimas de Tóquio, abandonou-se a idéia de ressocialização, surgindo novas perspectivas. A maior preocupação é utilizar-se a ressocialização fora dos presídios, por meio das penas alternativas, concluindo-se então que essas deveriam ocupar o lugar das penas privativas de liberdade, pelo menos em relação à pequena e média criminalidade.

Dessa forma, surge então a Lei nº 9.099/95 e posteriormente as Leis nº 9.955/97 e nº 9.714/98, todas imbuídas de propostas visando à introdução na legislação de apenamento diverso de privação de liberdade, e a possibilidade de substituição de penas, em quantidade mais dilatada, oportunizando, assim, outras opções de apenamentos, permitindo que a pena privativa de liberdade seja utilizada em menor escala.

Assim, é possível ao juiz fazer a substituição da pena privativa de liberdade, no momento da determinação da sentença, conforme expressa determinação contida no artigo 59, inciso IV do Código Penal que, por sua própria

natureza, requer a prévia determinação da quantidade de pena a impor. Daí porque, ao escolher a sanção mais adequada, tendo em conta a personalidade do agente e os demais requisitos do artigo 59 e, especialmente, a finalidade preventiva da pena, impõe-se que nessa oportunidade promova a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, nos crimes dolosos, caso a sanção não seja superior a quatro anos ou o delito seja culposos, não importando a pena prevista.

É necessário se rememorar a reforma efetuada na legislação penal brasileira em 1984, para se constatar que naquela oportunidade, apesar das mudanças introduzidas, na prática elas não foram eficazes por falta de aplicação por parte do Poder Judiciário às inúmeras pessoas que teriam direito de recebê-las. Na oportunidade, a justificativa era o fato de que não seria possível se fiscalizar o seu cumprimento.

Isso gerou uma sensação de impunidade e, anos depois, surgiu a Lei de Crimes Hediondos, a Lei dos Crimes Organizados e outras a impor penas alarmantes.

Hoje o Poder Judiciário tem a oportunidade, diante de novos mecanismos introduzidos na legislação penal, de fazer a aplicação desses instrumentos abrandadores das propostas de política criminal severa, tão apregoada pelo Movimento de Lei e Ordem, desde que haja um pouco de boa vontade dos juízes e tribunais do país em dar efetivo cumprimento aos princípios constitucionais, que são violados com o beneplácito de interpretações portadoras de inequívoco “déficit interpretativo”.

Por outro lado, também não se justificam as interpretações que restringem a aplicação das mudanças promovidas no artigo 44 do Código Penal, sob o argumento de que as políticas criminais das Leis nº 9.714/98 e nº 8.072/90 são incompatíveis.

É necessário se repensar a punição, até porque, como ocorre na atualidade, o apenado por infração do artigo 12 da Lei de Entorpecentes é obrigado a cumprir dois terços da pena, para receber o livramento condicional e possa voltar a viver em sociedade. Ocorre que essa volta se dá de forma abrupta e em condições piores do que aquela em que foi segregado, face os efeitos da prisionização, quando o ideal seria que o condenado, pelo menos, não retornasse pior do que quando ingressou no sistema penal.

Na atualidade não paira qualquer dúvida de que o artigo 59 do Código Penal, de forma pioneira, reconhece como sendo a finalidade da pena: “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

Destarte, se a finalidade da pena é a reprovação e prevenção do crime, necessário se faz que os juízes criminais e os tribunais do país promovam a efetiva substituição das penas privativas de liberdade por penas alternativas, nas hipóteses possíveis, uma vez que, só assim, haverá contribuição na diminuição dos índices de criminalidade, da reincidência, dos gastos com o sistema prisional, que é inoperante, e uma diminuição no caos que impera no Brasil, no que tange à superlotação dos presídios e rebeliões motivadas por pretensões da massa carcerária que não são atendidas pelas autoridades governamentais, por não atender o mínimo dos direitos reconhecidos aos encarcerados.

É digno de registro que no Estado do Espírito Santo, desde o advento da Lei nº 9.714/98, que introduziu modificações no artigo 44 do Código Penal, constata-se que poucas foram as decisões, nas hipótese de tráfico de drogas, em que se substituiu a pena privativa de liberdade por penas alternativas. O mesmo se diga das hipóteses de condenações anteriores à modificação do artigo antes mencionado, que não se aplicou a substituição como estabelece o inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal que estatui: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Assim, como trata-se de lei mais benéfica,

impõe-se aplicar o artigo 66, inciso I da Lei de Execuções Penais, uma vez que a lei é mais favorável aos réus.

O não reconhecimento desses direitos em prol dos condenados, proporcionou um aumento da população carcerária do Estado e, com isso, o aumento dos problemas gerados pela falta de estrutura, na solução desses problemas, gerando o encarceramento de presos em locais impróprios que afetam a dignidade do ser humano.

Por último, em razão da pena de prisão estar mais do que condenada, é preciso reconhecer que cabe aos membros do Poder Judiciário terem consciência e coragem de aplicar os meios menos violentos de punição, uma vez que o ordenamento jurídico permite, tornando realidade uma política criminal voltada para implementar um direito penal moderno e minimalista, com o qual sonham alguns dos envolvidos com os fenômenos criminais há muito tempo.

Somente a adoção dessa nova mentalidade, retratada pelas mudanças verificadas em nossa legislação penal, será capaz de resgatar o criminoso da vida do crime, e isso será possível de ser atendido no momento da aplicação da sanção penal ao desviado, devendo o magistrado ao promover a individualização da pena, optar pela substituição da mesma, nas hipóteses possíveis e lançar mão de regime prisional menos rigoroso, como forma de reafirmar outros princípios constitucionais, como: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do Estado Democrático de Direito e, especialmente, o princípio Republicano, expressados na nossa Lei Maior, como forma de não permitir o descumprimento do princípio previsto no artigo 5º, inciso XLIX, quando estabelece que: *“É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”*.

A continuar o estado de abandono a que são relegados os encarcerados, a omissão do Poder Judiciário na fiscalização das condições sub-humanas em que as sanções penais são executadas, a não aplicação das penas

alternativas por parte dos juizes e tribunais, com certeza, acarretará o descumprimento dos Princípios Constitucionais da dignidade da pessoa humana e individualização da pena. A salvação do sistema penal, na atualidade, está no respeito aos Princípios Constitucionais, especialmente, os relacionados com a soberania, cidadania, o respeito, a dignidade do ser humano, já que vivemos em uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se um Estado Democrático de Direito. Que os juizes sejam democratas e não torturadores.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bozi, 2ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: Mudança e Permanência de Paradigmas Criminológicos na Ciência e no Senso Comum**. In – Revista Brasileira de Ciência Criminais. N. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1996 a. pp. 276 a 287.

_____. **Dogmática e Sistema Penal: Em busca da Segurança Jurídica Prometida**. Florianópolis (tese de doutorado, Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina), 1994.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. **As Reformas Penais e o Sistema Penal ou “Nada Acontece por Acaso”**. In; Revista Justiça Penal (Org. Jaques de Camargo Penteado, Vol. 4, São Paulo: RT, 1997, p. 140-151.

_____. **Os grandes movimentos de política criminal de nosso tempo – Aspectos**. Sistema penal para o terceiro milênio: (atos do colóquio Marc Ancel). Rio de Janeiro: Revan, 1991.

AZEVÊDO, Jackson Chaves de. **Reforma e “Contra” Reforma Penal no Brasil- uma ilusão... que sobrevive**. Florianópolis: OAB-SC, 1999.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino de Oliveira. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

_____. **Defesa dos Direitos Humanos e Política Criminal**. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Revan, ano 2, número 3, 1º semestre de 1997, p. 57-69.

_____. **DIREITOS HUMANOS: Entre a Violência Estrutural e a Violência Penal**. In: Fascículos de Ciências Penais. Ano 6, vol. 6, nº 2- abr/mai/jun-1993, p. 44-61.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. **Política Criminal com Derramamento de Sangue**. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Ano 3, números 5 e 6, 1º e 2º semestre de 1998. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 77-94.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Carlos Campana. São Paulo: 1978.

_____. **Dos delitos e das penas**, tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas: Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 8ª ed., 1999.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **A instrumentalidade do processo no âmbito penal**. In: Revista *Álter Ágora*; nº 03 - outubro de 1995 - Florianópolis. p. 51-54.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal**, parte geral, tomo 1, Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. **Direito Penal**, tomo 3º, Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem Garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPANHOLE, Adriano.; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de.; CARVALHO, Saio de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. **Seis postulados sobre a prisão na utopia de uma sociedade igualitária e democrática.** In: Revista de Ciências Criminais. Ano 8–nº 31–julho-setembro – 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 170 - 181

CARVALHO, Saio de. **Pena e Garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CESARE, Lombroso. **O Homem Criminoso.** Tradução do Original Francês por Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: (s/d).

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Claudia Pinheiro da. **Sanção Penal: Sua Gênese e Tendências Modernas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentário à Constituição de 1988,** Tomo I, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CRUZ, Walter Rodrigues da. **As Penas Alternativas no Direito Pátrio.** São Paulo: Led- Ed. de Direito, 2000.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Lei 9.714/98 – Aspectos Pontuais.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais; ano 7 – n. 26 – abril - junho -1999, São Paulo: RT, 1999, p. 120-127.

DELMAS - MARTY, Mireille. **Modelos e Movimentos de Política Criminal.** Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

Diário da Justiça do Estado do Espírito Santo de 15 de agosto de 2000.

Diário da Justiça do Estado do Espírito Santo de 27 de abril de 2001.

Diário da Justiça do Estado de Goiás de 01 de dezembro de 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal Português**, parte geral II, as conseqüências jurídicas do crime. Lisboa: Aequitas, Editorial Notícias, 1993.

_____. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

FERNANDES, Antônio Scarence. **O papel da Vítima no Processo Criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1998.

_____. Revista do Ministério Público, ano 16º, janeiro-março-1995, nº 61, p. 29-49.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: O Criminoso e o Crime**. Tradução de Paolo Capitaneo, 2ª ed, Campinas: Bookseller, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Org. e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

_____. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Tortura – Breves anotações sobre a Lei 9.455/97.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5 – nº 19 – julho-setembro – 1997, p. 55 – 72.

GAROFALLO. Rafael. **Criminologia.** Tradutora, Danielle Maria Gonzaga, Campinas: Ped-Editora, Série Mestrado Jurídico, 1997.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** São Paulo: Perspectiva, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão.** São Paulo: RT, 2000.

_____. **Suspensão Condicional do Processo Penal.** São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio.; PABLOS DE MOLINA, Antônio Garcia. **Criminologia.** São Paulo: RT, 2000.

GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do direito da Execução Penal.** São Paulo: RT, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988:** (Interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed, 1998.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão.** Rio de Janeiro: Luam, 1997.

ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. **Do Caráter Vingativo da Pena.** Dissertação de Mestrado no Curso de Pós Graduação da UFSC. Florianópolis, 1987.

- JESUS, Damásio Evangelista. **Código penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Penas Alternativas**: Anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999.
- KARAM, Maria Lúcia. **Aplicação da Pena: Por uma Nova Atuação da Justiça Criminal**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2 – n. 6 – abril – junho - 1994, p. 117-132.
- _____. **Pelo Rompimento com as Fantacias em Torno de Delitos e de Penas**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8- nº 29- janeiro – março - 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 330-350.
- LAKATOS, Eva Maria.; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**: Procedimentos Básicos: Pesquisa Bibliográfica, Projeto e Relatório, Publicações e Trabalhos Científicos. São Paulo: Atlas, 1992.
- LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma Era**. 2ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. São Paulo: RT, 2000.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. São Paulo: RT, 1999.
- LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999 (Coleção Primeiros Passos: 62).

MARQUES. José Frederico. **Tratado de Direito Penal**, Vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MAXIMÍLIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MELLO, Marco Aurélio. **1- Nosso Direito Positivo e a Tortura. 2- Da Inconstitucionalidade do parág. 1º do art. 2º da Lei 8.072, de 25/7/90**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2 – n 8 – out/dez 1994. São Paulo: RT, p. 93-102.

MIRANDA, Francisco Manuel Pontes de. **Comentário à Constituição de 1967**. Tomo V (arts. 150, parág. 2º, 156). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Execução Penal e Falência do Sistema Carcerário**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8 – nº 29 – jan-mar-2000. São Paulo: RT, 2000, p. 351-363.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal** - volume 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: Um Paradoxo Social**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2º Ed., 1996.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. **Monografia Jurídica: Orientações Metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.

_____. **Escritos Jurídico-penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal**. Bogotá-Colômbia: Editorial Temis Librería, 1982

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Inconstitucionalidade do “Direito Penal do Terror”**. Curitiba: Juruá, 1991.

REVISTA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. Série Millenium, vol 39, Curitiba: Juruá.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDENCIA, vol. 173, Setembro 2000, STF.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade**. Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-penal**. Tradução de Luiz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUSCHE, Georg e Kirchheimer. **Punição e Estrutura Social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SANCHES, Maurício Martinez. **La abolición del sistema penal**. Bogotá: Temis, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

SOUZA NETTO, Marcelo Ferreira de.; FURUKAWA, Nagashi. **Tráfico de Entorpecentes e Penas Restritivas de Direito**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7- nº 26 – abr-jun/1999. São Paulo: RT, p. 221-223.

THOMPSON, Augusto. **Direito Alternativo (Ou Justiça Alternativa?) na Área Penal**. In: Discursos Sediciosos, ano 2 – número 3 – 1º semestre de 1997- Instituto de Criminologia, Rio de Janeiro: Revam, p. 35-39.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes Hediondos: O Mito da Repressão Penal**. São Paulo: RT, 1996.

URIBE, Manuel Ladirzabal Y. **Discurso sobre as Penas**. Granada: Editorial Comares, 1997.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

_____. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa. Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raul.; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: RT, 1999.